

I43

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

JONATAN SCHYTZER

Fordrans uppkomst inom insolvensrätten

IUSTUS



Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

143

Redaktör: Bertil Wiman

Fordrans uppkomst inom insolvensrätten

Jonatan Schytzer

§
iUSTUS
FÖRLAG

Abstract

The Rise of the Claim in Insolvency Law

The question of when a claim arises is quintessential in Swedish insolvency law. The claim has to have arisen before a certain critical time point to be included in insolvency proceedings, a composition (in a reorganisation) or a debt relief. The question if the claim has arisen before a critical time point is also used concerning recovery to the insolvency estate, set-off and to determine whether a post-commencement claim exists. The thesis delves into the question of the rise of the claim in Swedish insolvency law.

In recent years, there have been numerous cases from the Supreme Court of Sweden concerning the question of the rise of the claim. The Court has, in several of these cases, stated that the question of the rise of the claim mainly depends on the purpose of the specific provision. This way of reasoning is called functionalism in the thesis. Functionalism creates an openness towards arguments and principles which are relevant for the specific provision. Accordingly, principles and arguments of insolvency law become important to determine if a claim has arisen as regards to a provision within insolvency law. However, there are other ways of approaching the issue. For example, the doctrine of conditions and the principle of the substantial ground of the claim have also been used in the case law from the Supreme Court of Sweden. To determine whether a claim has arisen, the doctrine of conditions opens the door for an assessment based on the rules on the formation of contracts, while the principle of the substantial ground mainly relies upon the law of obligations. Insolvency law and the law of obligations are thus intertwined in the question of when a claim has arisen.

The different ways of reasoning are studied in detail in the thesis. A comparison is also made between their respective structure, as well as of the different normative assessments they rely on. How the Supreme Court of Sweden superordinated functionalism in NJA 2009 s 291 is also studied. The study of the different ways of reasoning forms the basis for the main part of the thesis and its topic, which is: The rise of the claim as regards to the critical time points within insolvency law.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2020

Upplaga 1:1

ISSN 0282-2040

ISBN 978-91-7737-135-9

Produktion: eddy.se ab, Visby 2020

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2020

Förord

Att lära sig forska är som att lära sig ett (konst)hantverk: Varenda liten aspekt av materialet ska behärskas. Verktygen ska bli som en förlängning av jaget. Kreativiteten ska komma till uttryck i verket. Jag har många att tacka för det hantverk jag har lärt mig och det mästarprov som härmed läggs fram för granskning.

Mikael Möller och Joel Samuelsson har varit mina läromästare. Micke har inspirerat mig genom sitt omåttliga intresse för insolvensrätt och obligationsrätt. För Micke finns det alltid ytterligare ett typfall att vända och vrida på. Att han därtill har björnkoll på stort och smått inom för-mögenhetsrätten har givit många, långa och framför allt givande samtal. Tack för ditt engagemang och för att du delat med dig av ditt kunnande, Micke! Joel har genom sin textkritik gjort mig till en bättre hantverkare. Han har givit perspektiv och i grunden förändrat hur jag ser på rättsvetenskapen, juridiken och tänkandet. Tack Joel, för att du har vidgat mina vyer!

Liksom att Rackenkonstnärerna inte enbart bestod av Christian Eriks-son och Gustaf Fjæstad har inte heller min hantverksmiljö enbart präglats av en duo. Många andra mästare har varit med och bidragit till miljön på Riddartorget. Tack till er alla. Håkan Andersson måste särskilt lyftas fram. Han är på flera sätt stilbildande för många ur den yngre generationen hantverkare i Uppsala. Tack Håkan, för att du har visat att rättsvetenskapen inte bara behöver bestå av funktionalism och rättsrealism, utan att det finns många andra inriktningar, skolbildningar och sätt att tänka på. Maria Grahn Farley bidrar också i allra högsta grad till att skapa en god miljö för oss yngre hantverkare, genom inspirerande konferenser och givande samtal. Tack Maria, för att du alltid tar dig tid och är intresserad av vad jag funderar på. Tack ska också riktas till Torbjörn Ingvarsson. Utan dig Torbjörn, hade det inte blivit några ytterligare studier och i förlängningen inget mästarprov.

Det är inte bara mästare som har bidragit till att jag utvecklat mitt hantverk och lyckats lägga fram detta mästarprov, andra nuvarande och före detta gesäller har också bidragit storligen. Underbara skrivarläger, kammarseminarier, bokklubbar, doktorandseminarier, konferenser och

samtal har skapat en fantastisk miljö att verka i. Tack till er alla! Ett särskilt tack bör ges till er som läst och kommenterat text, tack Oskar Mossberg, Marigó Oulis, Gustaf Almkvist, Mikael Ek, Haddis Akbari, Sanna Thorslund, Marek Keller, Johanna Chamberlain, Andreas Kotsios, Autilia Arfwidsson, Caroline Johansson, David Johansson, Rebecca Söderström, Markus Ehrenpil, Sara Hovi, Pär-Olof Persson, Benjamin Svensson, Gunnar Baldvinsson, Marc Landeman, Kristina Borodina, Erik Grahn och Peter Edin! Kvarstående oklarheter och misstag är naturligtvis mina egna.

Inget mästarprov utan gesällvandring. Tack Kim Sommer Jensen, för att du bjöd in mig till Aarhus, vilket gav välbehövlig skrivro och en djupare inblick i dansk rätt. Den nordiska vandringen har också gått till Linköping, Oslo och Helsingfors, där jag har presenterat mina alster och givits värdefull återkoppling – tack för alla kommentarer.

Mästarprovet hade inte varit vad det är om jag inte hade fått så många konstruktiva kommentarer på mitt slutseminarium. Stort tack till granskarna Ingrid Arnesdotter, Torgny Håstad, Hans Renman, Johan Sandstedt och Hans Ödén, och tack Alex Ljungvall, för dina kommentarer. Utan material hade mästarprovet inte alls kunnat komma till stånd, tack till alla på Juridiska biblioteket, för all hjälp under åren.

Jag vill också rikta ett varmt tack till Uddeholms forskarstipendium, Stiftelsen Ackordscentralen och Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, för att ni möjliggjorde denna tid. Tack ska även riktas till Anna Maria Lundins resestipendier, Uddeholms forskarstipendium och Mikael Möllers Huseliusmedel för generösa bidrag till mina gesällvandringar. För tryckbidrag tackar jag Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

På så vis kanske äpplet inte faller så långt från trädet, mamma och pappa – i någon mån kanske jag har tagit över, även om mina verktyg inte består av någon vävstol, hammare, svarv eller slip. Tack för att ni har visat vägen. Jag vill även rikta ett tack till övriga medlemmar i Uppsalamaffian. Tack också till alla i Börje SK PF-11/12, för den fantastiska energiinjektion ni ger. Sist men inte minst, Veronica, Theia och Ian, ni ger allt det som intellektuellt arbete inte kan ge; det är ni som skänker mening till min tillvaro. Tack för att jag får dela mitt liv med er!

Uppsala, en regnig dag i september 2020

Jonatan Schytzer

Innehållsöversikt

Förord 5

Förkortningar 17

I Om undersökningen 21

- 1 Studieobjektet: Fordrans uppkomst inom insolvensrätten 23
- 2 Teoretiska utgångspunkter och om hur studien ska genomföras:
Teori och metod 40
- 3 Avgränsningar 72
- 4 Vägen framåt: Avhandlingens disposition 78

II Argument & argumentationslinjer 81

- 5 Upptakt 83
- 6 Villkorsläran 90
- 7 Principen om den väsentliga grunden 110
- 8 Funktionalism och fordrans uppkomst 137
- 9 Systemargument 164
- 10 En jämförelse mellan villkorsläran, principen om den väsentliga
grunden, funktionalismen och systemargumenten 172

III FORDRANS UPPKOMST SÅVITT AVSER DE KRITISKA TIDPUNKTER SOM DE INSOLVENSRÄTTSLIGA BESTÄMMELSERNA AKTUALISERAR 209

- 11 Avstamp 211
- 12 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst 219
- 13 Motfordrans uppkomst – konkursborgenärens fordran mot
konkursgäldenären vid kvittning i konkurs 262
- 14 Huvudfordrans uppkomst – konkursgäldenärens fordran mot
konkursborgenären vid kvittning i konkurs 276
- 15 Massafordrans uppkomst 327

16	Fordrans uppkomst såvitt avser offentligt ackord	392
17	Fordrans uppkomst såvitt avser skuldsanering	429
18	Skuldens tillkomst såvitt avser 4 kap 12 § KL m m	446
19	Skuldens uppkomst såvitt avser 4 kap 10 § KL	471

IV Avslutande del 483

20	Fordrans uppkomst inom insolvensrätten – syntes	485
----	---	-----

Summary	492
---------	-----

Källförteckning	501
-----------------	-----

Rättsfallsregister	533
--------------------	-----

Sakregister	539
-------------	-----

Innehåll

Förord 5

Förkortningar 17

I OM UNDERSÖKNINGEN

1 Studieobjektet: Fordrans uppkomst inom insolvensrätten 23

- 1.1 En första glimt 23
- 1.2 Aktualitet och komplexitet 25
- 1.3 Studiens inriktning: Forskningsfrågor 31

2 Teoretiska utgångspunkter och om hur studien ska genomföras: Teori och metod 40

- 2.1 Har HD föreskrivit en metod i frågan om fordrans uppkomst? 40
- 2.2 Något om Wittgenstein och regelföljande:
Ur vilken aspekt argumenten och argumentationslinjerna ska studeras 44
- 2.3 Den omvända ordningen mellan förståelse och tolkning: Vad som kommer att vara viktigt för studien i avdelning II 54
- 2.4 Något om hur studien ska genomföras i avdelning III 62
- 2.5 Arbetsmaterial 69

3 Avgränsningar 72

4 Vägen framåt: Avhandlingens disposition 78

II ARGUMENT & ARGUMENTATIONSLINJER

5 Upptakt 83

- 5.1 Ingång: Högsta domstolens allmänna beskrivning av rättsläget i NJA 2009 s 291 83
- 5.2 Terminologi: Läror, principer och funktionalism 85

6 Villkorsläran 90

- 6.1 Inledande anmärkningar: Vad funktionalismen tog spjörn mot 90
- 6.2 Närmare om villkorsläran (bland annat om suspensiva och resolutiva villkor) 93
- 6.3 Villkorslärans relevans i dag 104

7 Principen om den väsentliga grunden 110

- 7.1 Inledande anmärkningar: Högsta domstolens användning av principen om den väsentliga grunden 110
- 7.2 Kort om kopplingsbegrepp (och Tù-tù) 117
- 7.3 Den väsentliga grunden – en styrande rättsprincip? 122
- 7.4 Principens betydelse 129

8 Funktionalism och fordrans uppkomst 137

- 8.1 Inledande anmärkningar: Precisering av när den funktionalistiska bedömningen aktualiseras 137
- 8.2 En historia om äganderättens övergång 141
- 8.3 Om bland annat begreppen syfte och ändamål i doktrinen 148
- 8.4 Tre exempel på hur Högsta domstolen har använt en funktionalistisk bedömning 151
 - 8.4.1 NJA 2009 s 291 151
 - 8.4.2 NJA 2013 s 725 155
 - 8.4.3 NJA 2014 s 537 158
- 8.5 Summering av den funktionalistiska bedömningen i Högsta domstolens tappning 160

9 Systemargument 164

- 9.1 Inledande anmärkningar 164
- 9.2 System och distinktioner 164
- 9.3 Den söderlundska associationstanken 169

10 En jämförelse mellan villkorsläran, principen om den väsentliga grunden, funktionalismen och systemargumenten 172

- 10.1 Inledande anmärkningar 172
- 10.2 ~~Substantialism och funktionalism~~ De normativa avvägningar som argumentationslinjerna bygger på 175
- 10.3 Skillnader i strukturen mellan argumentationslinjerna 179
- 10.4 Förhållandet mellan argumentationslinjerna – funktionalism eller mångfald av argumentationslinjer och argument 185
 - 10.4.1 Inledande anmärkningar 185
 - 10.4.2 Om hur funktionalismen överordnades andra argumentationslinjer och argument i NJA 2009 s 291 187
 - 10.4.3 Formalisering av en funktionalistisk bedömning 200
- 10.5 Avslutande kommentar 205

III FORDRANS UPPKOMST SÅVITT AVSER DE KRITISKA TIDPUNKTER SOM DE INSOLVENSRÄTTSLIGA BESTÄMMELSERNA AKTUALISERAR

11 Avstamp 211

- 11.1 Inledande anmärkningar: Något om avdelningens disposition 211
- 11.2 Riktmärken för konsekvensbedömningen – likabehandlings- och frysningsprincipen 213

12 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst 219

- 12.1 Inledande anmärkningar 219
- 12.2 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – dansk rätt 222
- 12.3 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – norsk rätt 222

12.4	Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – system-argument	223
12.4.1	Inledande anmärkningar	223
12.4.2	Om (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig	224
12.4.3	Om (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig	226
12.5	Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen	234
12.5.1	Inledande anmärkningar	234
12.5.2	Den linskogska riskprincipen	235
12.5.3	Om (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig	236
12.5.4	Om (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig	237
12.6	Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – några olika typfall	241
12.6.1	Inledande anmärkningar	241
12.6.2	Fordran med grund i avtal eller annan rättshandling	241
12.6.3	Delikt	245
12.6.4	Fordran på återbetalning (efter misstagsbetalning)	251
12.6.5	Fordran till följd av återvinning	252
12.7	Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – syntes	254
13	Motfordrans uppkomst – konkursborgenärens fordran mot konkursgäldenären vid kvittning i konkurs	262
13.1	Systemargument: Den självklara utgångspunkten	262
13.2	Motfordrans uppkomst – norsk rätt	266
13.3	Motfordrans uppkomst – dansk rätt	268
13.4	Motfordrans uppkomst – fler argument?	269
13.5	Motfordrans uppkomst – några olika typfall	273
13.6	Motfordrans uppkomst – syntes	274
14	Huvudfordrans uppkomst – konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären vid kvittning i konkurs	276
14.1	Inledande anmärkningar	276

14.2	Huvudfordrans uppkomst – dansk rätt	283
14.3	Huvudfordrans uppkomst – norsk rätt	284
14.4	Huvudfordrans uppkomst – argument och argumentationslinjer	285
14.4.1	Inledande anmärkningar	285
14.4.2	Kontextualisering	286
14.4.2.1	NJA 1916 s 154 och kritiken mot detsamma	286
14.4.2.2	NJA 1996 s 368	291
14.4.2.3	NJA 2009 s 291	295
14.4.3	Funktionalistisk bedömning och sakrättslig klassificering	298
14.4.3.1	Inledande anmärkningar – konsekvensbedömningens riktmärken	298
14.4.3.2	Om konkursborgenären eller konkursförvaltaren kan styra över om huvudfordran blir fullgången	300
14.4.3.3	Om varken konkursgäldenären eller konkursförvaltaren kan styra över om huvudfordran blir fullgången	302
14.4.3.4	Delikt m m	303
14.5	Huvudfordrans uppkomst – några olika typfall	305
14.5.1	Inledande anmärkningar	305
14.5.2	Penningfordringar med grund i avtal	305
14.5.2.1	Inledande anmärkningar	305
14.5.2.2	Om konkursborgenären råder över om fordran blir fullgången	306
14.5.2.3	Om ingen av parterna kan förhindra att fordran blir fullgången	307
14.5.2.4	Om konkursboet råder över om fordran blir fullgången	308
14.5.2.5	Frågan om huruvida en huvudfordran kan uppkomma redan innan ett avtal har ingåtts	310
14.5.3	Bristande komputabilitet vid konkursutbrottet avseende fordringar med grund i avtal	312
14.5.4	Om naturafordran inte är fullgången vid konkursutbrottet men komputabilitet föreligger	313
14.5.5	Regress	315
14.5.6	Delikt	318

- 14.5.7 Fordran till följd av återvinning och fordran på utbetalning av utdelningsmedel 319
- 14.5.8 Fordran på återbetalning (efter misstagsbetalning) 322
- 14.6 Huvudfordrans uppkomst – syntes 323

15 Massafordrans uppkomst 327

- 15.1 Inledande anmärkningar 327
- 15.2 Massafordrans uppkomst – dansk rätt 330
- 15.3 Massafordrans uppkomst – norsk rätt 331
- 15.4 Massafordrans uppkomst – systemargument 332
- 15.5 Massaskuldens uppkomst – associationstanken 339
- 15.6 Massafordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen 340
- 15.7 Massafordrans uppkomst – några olika typfall 349
 - 15.7.1 Inledande anmärkningar 349
 - 15.7.2 Fordran med grund i avtal om köp av lös egendom 350
 - 15.7.3 Fordran med grund i avtal om nyttjanderätt till fastighet 355
 - 15.7.4 Fordran med grund i anställningsavtal 361
 - 15.7.5 Upphovsrättsliga fordringar 364
 - 15.7.6 Obehörig vinst (eller ren förmögenhetsskada) 377
- 15.8 Massafordrans uppkomst – syntes 379

16 Fordrans uppkomst såvitt avser offentligt ackord 392

- 16.1 Inledande anmärkningar 392
- 16.2 Ackordsfordrans uppkomst – tvångsackord i dansk rätt 394
- 16.3 Ackordsfordrans uppkomst – tvångsackord i norsk rätt 396
- 16.4 Ackordsfordrans uppkomst – argument och argumentationslinjer 398
 - 16.4.1 Inledande anmärkningar 398
 - 16.4.2 Ackordslagarna 398
 - 16.4.3 Lagen om företagsrekonstruktion och förfogandeprincipen 402
- 16.5 Ackordsfordrans uppkomst – några olika typfall 406
 - 16.5.1 Inledande anmärkningar – endast avtalsgrundade fordringar tycks problematiska 406

16.5.2	Avtalsgrundade fordringar	407
16.5.2.1	Inledande anmärkningar	407
16.5.2.2	NJA 2014 s 537	409
16.5.2.3	HFD 2016 ref 62	416
16.5.2.4	AD 2019 nr 22	418
16.6	Ackordsfordrans uppkomst – syntes	422
17	Fordrans uppkomst såvitt avser skuldsanering	429
17.1	Inledande anmärkningar	429
17.2	Skuldsaneringsfordrans uppkomst – dansk rätt	431
17.3	Skuldsaneringsfordrans uppkomst – norsk rätt	433
17.4	Skuldsaneringsfordrans uppkomst – systemargument	434
17.5	Skuldsaneringsfordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen	438
17.6	Skuldsaneringsfordrans uppkomst – syntes	442
18	Skuldens tillkomst såvitt avser 4 kap 12 § KL m m	446
18.1	Inledande anmärkningar	446
18.2	Skuldens tillkomst – dansk rätt	450
18.3	Skuldens tillkomst – norsk rätt	451
18.4	Skuldens tillkomst – systemargument	452
18.5	Skuldens tillkomst – den funktionalistiska bedömningen	454
18.6	Skuldens tillkomst – några olika typfall	459
18.6.1	Inledande anmärkningar	459
18.6.2	Avtalsgrundade fordringar	459
18.6.3	Säkerhet och borgen	465
18.6.4	Delikt	467
18.7	Skuldens tillkomst – syntes	467
19	Skuldens uppkomst såvitt avser 4 kap 10 § KL	471
19.1	Inledande anmärkningar	471
19.2	Skuldens uppkomst – dansk rätt	473
19.3	Skuldens uppkomst – norsk rätt	473
19.4	Skuldens uppkomst – systemargument	473

19.5 Skuldens uppkomst – den funktionalistiska
bedömningen 475

19.6 Skuldens uppkomst – syntes 476

IV AVSLUTANDE DEL

20 Fordrans uppkomst inom insolvensrätten – syntes 485

Summary 492

Chapter 1–4: Introduction 492

Chapter 5–10: Arguments and Ways of Reasoning 494

Chapter 11–19: The Rise of the Claim as Regards to the Critical
Time Points that the Provisions within Insolvency Law Raises 497

Chapter 20: Synopsis 500

Källförteckning 501

Rättsfallsregister 533

Sakregister 539

Förkortningar

1734 års JB	jordabalken i 1734 års lag (upphävd)
1862 års konkurslag	konkurslag (1862:51) (upphävd)
1863 års norska lov om concurs og concursboers behandling	lov om concurs og concursboers behandling, av den 6 juni 1863 (upphävd)
1895 års lag om handelsbolag och enkla bolag	lag 28 juni 1895 om handelsbolag och enkla bolag (upphävd)
1907 års nyttjanderättslag	lag 14 juni 1907 om nyttjanderätt till fast egendom (upphävd)
1921 års ackordslag	lag (1921:227) om ackordsförhandling utan konkurs (upphävd)
1921 års konkurslag	konkurslag (1921:225) (upphävd)
1970 års ackordslag	ackordslag (1970:847) (upphävd)
1975 års aktiebolagslag	aktiebolagslag (1975:1385) (upphävd)
1984 års lag om företagshypotek	lag (1984:649) om företagshypotek (upphävd)
1994 års skuldsaneringslag	skuldsaneringslag (1994:334) (upphävd)
2006 års skuldsaneringslag	skuldsaneringslag (2006:548) (upphävd)
a a	anfört arbete
a st	anfört ställe
AD	Arbetsdomstolen
aktiebolagslagen	aktiebolagslag (2005:551)
avtalslagen	lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
bet	betänking
BFNAR	Bokföringsnämndens allmänna råd
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bl a	bland annat

bokföringslagen	bokföringslag (1999:1078)
BrB	brottsbalk (1962:700)
danska aftaleloven	lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr 193 om aftaler og andre retshandler på for- muerettens område
danska gældsbrevsloven	lovbekendtgørelse 2014-03-31 nr. 333 om gældsbreve
danska konkursloven	lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11 konkurslov
dekningsloven	lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordrings- havernes dekningsrett (Norge)
d v s	det vill säga
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	européiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grund- läggande friheterna
ELI	European Law Institute
ERPL	European Review of Private Law
f	och följande sida
ff	och följande sidor
finska konkurslagen	konkurslag 120/2004
fr o m	från och med
förmånsrättslagen	förmånsrättslag (1970:979)
gjeldsordningsloven	lov 17 juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
insolvensförordningen	Europaparlamentets och rådets förord- ning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden
JB	jordabalk (1970:994)
jfr	jämför
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms univer- sitet
kommissionslagen	kommissionslag (2009:865)
konkurslagen	konkurslag (1987:672)

konsumenttjänstlagen	konsumenttjänstlag (1985:716)
köplagen	köplag (1990:931)
lagen om beräkning av lagstadgad tid	lag (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid
lagen om domstolsärenden	lag (1996:242) om domstolsärenden
lagen om ekonomiska föreningar	lag (2018:672) om ekonomiska föreningar
lagen om F-skuldsanering	lag (2016:676) om skuldsanering för företagare
lagen om företagshypotek	lag (2008:990) om företagshypotek
lagen om företagsrekonstruktion	lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
lagen om godtrosförvärv av lösöre	lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre
lagen om handelsagentur	lag (1991:351) om handelsagentur
lagen om handelsbolag och enkla bolag	lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
lagen om resolution	lag (2015:1016) om resolution
lagen om återvinning till konkursbo	lag om återvinning till konkursbo 758/1991 (Finland)
lönegarantilagen	lönegarantilag (1992:497)
m fl	med flera
men	mening
mom	moment
NJA	Nytt juridiskt arkiv, Avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, Avdelning II
NJM	Nordiska juristmötet
norska gjeldsbrevloven	lov 17 februar 1939 nr 1 om gjeldsbrev
norska konkursloven	lov 8 juni 1984 nr 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
NOU	Norges offentlige utredninger
nr	nummer
o d	och dylikt
Ot prop	odelstingsproposisjon
p	punkt
patientskadelagen	patientskadelag (1996:799)
p g a	på grund av

produktansvarslagen	produktansvarslag (1992:18)
prop	proposition
RB	rättegångsbalk (1942:740)
red	redaktör
ref	referat
rekonstruktionsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132
rekonstruktionsloven	lov 7 mai 2020 nr 38 om midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19
RG	Rettens gang
RR	rådhusrätten
Rt	norsk retstidende
s	sida
s k	så kallad
skadeståndslagen	skadeståndslag (1972:207)
skuldebrevslagen	lag (1936:81) om skuldebrev
skuldsaneringslagen	skuldsaneringslag (2016:675)
SOU	Statens offentliga utredningar
st	stycke
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TSA	Tidskrift för Sveriges advokatsamfund
U	Ugeskrift for retsvæsen
UB	utsökningsbalk (1981:774)
Uncitral	United Nations Commission on International Trade Law
upphovsrättslagen	lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
uppl	upplaga
ÄktB	äktenskapsbalk (1987:230)

I
OM UNDERSÖKNINGEN

1 Studieobjektet: Fordrans uppkomst inom insolvensrätten

1.1 En första glimt

”Det vanligaste – och viktigaste – sättet på vilket förpliktelser uppkommer är utan tvekan genom *avtal*, och då naturligen det *ömsesidigt förpliktande avtalet*. Här ska nu ges en översiktlig framställning av grundreglerna om avtals ingående.”, Mellqvist & Persson I, Fordran & skuld, *Förpliktelser uppkomst*, Avtal s 20 (Noter uteslutna ur citatet).

”En ytterligare grund för en fordrings uppkomst är *skadegörande handling*. Här kan man urskilja två typfall. *För det första* de fall där någon utanför kontraktsförhållanden orsakar skada för vilken han eller hon är ersättningskyldig. Han eller hon ådrar sig då en förpliktelse att gentemot den skadelidande ersätta skadan.”, Mellqvist & Persson, I, Fordran & skuld, *Förpliktelser uppkomst*, Skadegörande handling s 43.

”Fordringar kan uppkomma på många olika sätt. Ofta uppkommer en fordran på grund av ett avtal. [...] En fordran kan också grundas på skadegörande handling.”, Ingvarsson, T, Fordringsrätt, *Fordringars uppkomst och upphörande* s 16.

”Den vanligaste fordringsgrunden är utan tvivel *avtal*, särskilt kredit- och låneavtal. [...] Även utan avtal kan fordringar ibland uppstå på grund av tjänster som utförs för någon. Framför allt skall uppmärksammas den allmänna grunden *negotiorum gestio* [...]. En viktig grund för fordringars uppkomst [...] är *skadegörelse*. Härmed avses då i första hand förorsakande av skada utan samband med kontraktsåtaganden [...]”, Tiberger, Fordringsrätt, *Fordringars uppkomst* s 15.

Bilden av fordrans (eller förpliktelsens) uppkomst i den fordringsrättsliga litteraturen visar oss att fordrans uppkomst handlar om *hur* en fordran uppkommer i bemärkelsen hur ett rättssubjekt blir förpliktat till en fordran. I huvudsak ger reglerna om hur avtal sluts och hur utomobligatoriska

skadestånd uppstår svaret på om en fordran har uppkommit, eftersom en fordran uppkommer genom avtalet eller den skadegörande handlingen.¹

I avhandlingen ska fordrans uppkomst studeras, men inte i bemärkelsen *hur ett rättssubjekt blir förpliktat till en fordran* (åtminstone inte strängt taget).² I stället är studieobjektet *fordrans uppkomst inom insolvensrätten*. Lokutionen (eller termen, om du så vill) fordrans uppkomst används nämligen i flera insolvensrättsliga bestämmelser, där det i tillämpningen av desamma behöver kunna bedömas om en fordran har uppkommit före eller efter en viss tidpunkt.³ Paradexemplet kan sägas vara att en fordran måste ha uppkommit innan konkursbeslutet meddelades, för att den över huvud taget ska kunna göras gällande i konkursen.

¹ Att teckna (mot)bilder, komma med anmärkningar och ställa kritiska frågor i texten är ett klassiskt grepp som återkommer i avhandlingen. Tanken är att tänkbara missförstånd och invändningar hos läsaren därigenom bemöts, se exempelvis Platon, Theaitetos 143d ff, om den platonska dialogen Theaitetos, i vilken Sokrates, Theaitetos och Theodoros resonerar om vad kunskap är, bl a genom att Sokrates ifrågasätter Theaitetos påståenden om vad kunskap är och ställer kritiska frågor till honom; Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 1, där Wittgenstein nyttjar ett citat från Augustinus som en motbild.

² Jfr nedan under exempelvis kapitel 12, särskilt avsnitt 12.7, om att svaret på frågan om huruvida en fordran har uppkommit emellanåt kan förstås på just det sättet inom insolvensrätten. Se även nedan under kapitel 20.

³ I avhandlingen behandlas också företagsrekonstruktion, trots att inledandegrunden såvitt avser just företagsrekonstruktion är illikviditet (eller illikviditet inom kort) och inte insolvens, se 2 kap 6 § lagen om företagsrekonstruktion. Jfr 1 kap 2 § konkurslagen, där det framkommer att inledandegrunden vad gäller konkurs är insolvens, samt 7 § skuldsaneringslagen och 8 § lagen om F-skuldsanering, i vilka det kommer till uttryck att inledandegrunden beträffande skuldsanering är kvalificerad insolvens. I förarbetena till lagen om företagsrekonstruktion betecknas inledandegrunden som illikviditet, se prop 1995/96:5 s 180. I lagutskottet lades det till ”eller att sådan oförmåga inträder inom kort”, lagutskottets betänkande 1995/96:LU11 under Den ekonomiska förutsättningen för företagsrekonstruktion. En bättre lämpad term än insolvensrätt, vars lydelse konnoterar till både konkurs och företagsrekonstruktion, saknas såvitt jag känner till i svensk rätt. Här skulle en ny term kunna lanseras, såsom pankrätt. Det medför antagligen andra problem, och just pankrätt ger antagligen fel konnotationer i en avhandling. I stället används begreppet insolvensrätt här, för att beteckna konkurs, skuldsanering och företagsrekonstruktion. Insolvens har använts för att beteckna ett förfarande som i strikt bemärkelse inte krävde att insolvens förelåg, för att förfarandet skulle inledas, se exempelvis SOU 2010:2, del 1 särskilt s 139 ff, som var ett lagförslag om ett samlat *insolvensförfarande*, trots att det var tillräckligt att gäldenären var illikvid för att ett förfarande under egenförvaltning skulle inledas. Den allmänna inledandegrunden var dock insolvens, se SOU 2010:2, del 2 s 6, 1 kap 4 § i lagförslaget. Se även Mellqvist & Welamson, L, Konkurs, som har undertiteln Och annan insolvensrätt. I monografin behandlas även företagsrekonstruktioner. Se även a s s 14, i vilket det uttrycks: ”Konkurs, företagsrekonstruktion och skuldsanering är dock alla tre rättsliga förfaranden som kan betraktas som insolvensförfaranden i vid mening.” Även HD har anammat den något mer vidsträckt betydelsen av begreppet insolvensrätt: ”Genom lagen om företagsrekonstruktion infördes ett nytt insolvensrättsligt förfarande.”, NJA 2019 s 731, HD:s domskäl st 23.

Redan här kan det framhållas att av 5 kap 1 § konkurslagen följer det uttryckligen att en fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning. Att fordran har uppkommit (villkorad eller inte) innan konkursbeslutet meddelades är emellertid inte tillräckligt för att fordran ska vara utdelningsberättigad i konkursen, men det är alltså nödvändigt för att fordran ska kunna göras gällande i konkurs.⁴

Huruvida en fordran har uppkommit före eller efter en viss tidpunkt ingår även i *bedömningen* av frågorna om en fordran ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion, om kvittning i konkurs ska medges, om en fordran ska omfattas av en skuldsanering och om en betalning av en skuld eller en ställd säkerhet ska kunna återvinnas (vilka är frågor som regleras i insolvensrättsliga bestämmelser). Frågan om fordrans uppkomsttidpunkt aktualiseras sålunda i en mängd insolvensrättsliga bestämmelser, där det i tillämpningen av desamma behöver kunna bedömas om en fordran har uppkommit före eller efter en viss tidpunkt. Dessa tidpunkter benämns *kritiska tidpunkter*.⁵ För att iterera: Studieobjektet är fordrans uppkomst inom insolvensrätten. *Närmare bestämt studeras i denna avhandling fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.*

1.2 Aktualitet och komplexitet

Frågan om fordrans uppkomst har fått förnyad aktualitet på senare år. Det finns en rad nya (vissa nästan rykande heta) avgöranden från Högsta domstolen och från Högsta förvaltningsdomstolen, i vilka domstolarna har uttryckt sig på ett annorlunda sätt i jämförelse med tidigare avgöranden i frågan.⁶ I det första rättsfallet i denna serie, NJA 2009 s 291, tog Högsta domstolen ett helhetsgrepp om frågan huruvida en fordran har uppkommit i de fall då den inte är fullgången vid den kritiska tidpunkten. Med att fordran är *fullgången* avses att samtliga omständigheter som grundar fordran har inträffat.⁷

⁴ Se vidare nedan under avsnitt 12.1.

⁵ Termen kritisk tidpunkt används av HD i bl a NJA 2009 s 291; NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537.

⁶ Se NJA 2009 s 291; NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537; NJA 2016 s 661; NJA 2019 s 941; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"); HFD 2016 ref 62.

⁷ Begreppet fullgången har givits den betydelsen av HD i bl a NJA 2009 s 291; NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537. Se vidare nedan under avsnitt 8.1, om vad som avses med att en fordran inte är fullgången.

Beträffande frågan uttalade Högsta domstolen inledningsvis att det av rättspraxis framgick att det inte fanns någon för alla fall gällande princip för att avgöra om en fordran har uppkommit. Därefter konstaterades:

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit svävande – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga [hänvisningar uteslagna]. Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgånngen är alltså i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.”⁸

Det citerade uttalandet (med mindre variationer) har upprepats vid ett antal tillfällen i såväl Högsta domstolen som i Högsta förvaltningsdomstolen.⁹ Det helhetsgrepp om frågan om fordrans uppkomst som Högsta domstolen tog i NJA 2009 s 291 tycks ha hårdnat.

Låt oss undersöka det citerade uttalandet lite närmare.¹⁰ Av uttalandet följer att det är när fordran är *svävande* vid den kritiska tidpunkten som syftet och ändamålet med den bestämmelse som tillämpningen gäller ska ha stor betydelse i bedömningen av om en fordran har uppkommit.¹¹ En fordran är svävande om något (eller några) men inte samtliga rättsfakta som ger upphov till den fullgångna fordran föreligger.¹²

Ett exempel får illustrera detta: Låt säga att du har köpt denna avhandling via Iustus.se. När boken dimper ned i postlådan visar det sig emellertid att du också har fått ett exemplar från författaren. Du väljer därför att avyttra det inköpta exemplaret på bokbörsen.com. Du får svar på din annons och ett avtal ingås med köparen. Därefter skickar du boken och fakturan till din medkontrahent, och enligt avtalet ska betalning ske efter leverans. Din penningfordran uppkommer här i ett skeende som är utsträckt över viss tid. De första omständigheterna inträffar i samband med avtalsslutet, men din fordran blir inte fullgånngen förrän leverans sker. Den är alltså svävande fram till den punkten. Inträffar en kritisk tidpunkt under tiden som din fordran är svävande ska alltså syftet och ändamålet

⁸ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12.

⁹ Se NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 (”Medansvar för rättegångskostnader”), HD:s domskäl st 11; HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

¹⁰ Det undersöks mer ingående nedan, se särskilt kapitel 8, där bl a HD:s användning av syfte och ändamål och på vilket sätt HD beaktat syftet och ändamålet med bestämmelsen undersöks.

¹¹ Se vidare nedan under kapitel 8, om syfte och ändamål samt andra riktmärken för denna bedömning.

¹² Se vidare nedan under avsnitt 8.1.

med den bestämmelse som tillämpningen gäller ha stor betydelse enligt Högsta domstolen; syftet och ändamålet med bestämmelsen kan sägas vara den lins genom vilken vi ska se på frågan om fordrans uppkomst.

Innebörden av Högsta domstolens allmänna uttalande kan förtydligas ytterligare. Här bör först uppmärksammas att samma typ av fordran har givits olika uppkomsttidpunkter i domstolens praxis beroende på vilken bestämmelse som har tillämpats. Högsta domstolen har bland annat funnit att avtalsgrundade fordringar har uppkommit genom avtalet, när en innehållanderätt upphört och om avbeställning inte längre är möjlig.¹³ En kort tentativ studie av hur bedömningen av om en fordran har uppkommit enligt det allmänna uttalandet kan visa hur detta är möjligt. Återigen kan bokförsäljningsexemplet användas. I enlighet med det allmänna uttalandet behövs bestämmelser i vilka lokutionen fordrans uppkomst ingår, för att en sådan studie ska kunna ske. 5 kap 1 § konkurslagen och 3 kap 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion får tjäna som de bestämmelserna i denna tentativa studie.

Enligt 5 kap 1 § konkurslagen får endast de fordringar som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades göras gällande i en konkurs. Mot bakgrund av Högsta domstolens uttalande blir frågan vilket rättsfaktum (eller vilka rättsfakta) som måste föreligga för att syftet och ändamålet med just den nämnda bestämmelsen ska få stor betydelse. Det ger svaret på när din penningfordran har uppkommit, såvitt avser 5 kap 1 §. För att besvara den nämnda frågan måste vi alltså känna till vilka syften och ändamål som är relevanta för regeln i 5 kap 1 § konkurslagen.

I NJA 2009 s 291, som gällde kvittning i konkurs, använde Högsta domstolen de insolvensrättsliga principerna likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen i sin bedömning, varvid det framhölls att förhållandena vid konkursutbrottet bör vara avgörande för borgenärernas inbördes rätt.¹⁴ Som kommer att framgå nedan är principerna lämpliga att använda även i frågan om fordrans uppkomst beträffande 5 kap 1 § konkurslagen.¹⁵ För att förhållandena vid konkursutbrottet ska vara avgörande för borgenärernas inbördes rätt bör endast de som är just borgenärer vid den tidpunkten kunna göra gällande sina fordringar i konkursen. Vi tar med oss det argumentet till exemplet.¹⁶

Frågan var alltså när din penningfordran, vars grund var bokförsäljningen, hade uppkommit såvitt avser bedömningen av om denna fordran får göras gällande i din medkontrahents konkurs. Avgörande bör vara om

¹³ Se NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537; NJA 2019 s 941.

¹⁴ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16.

¹⁵ Se nedan under avsnitten 11.2 och 12.5.

¹⁶ Se nedan under avsnitt 12.5.

du är borgenär vid konkursutbrottet. För att du ska vara borgenär måste du förstås ha en fordran mot din medkontrahent. Medkontrahenten måste alltså ha förpliktat sig vid den kritiska tidpunkten. Det sker genom avtalet. Din penningfordran bör följaktligen ha uppkommit genom avtalet, om utgångspunkt tas i Högsta domstolens uttalande. Kedjan fordran – borgenär – förpliktelse kan framstå som tautologisk. Att förpliktelsen sätts i centrum innebär likväl att ett visst perspektiv tas på fordringsförhållandet. Hur detta sker kommer att utvecklas nedan.¹⁷

Nästa konkretion av Högsta domstolens allmänna uttalande utgörs av en tillämpning av 3 kap 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion. I bestämmelserna regleras vilka fordringar som ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion. Det är endast de fordringar som har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktionen som omfattas av ackordet. Bokexemplet får anpassas något. Anta att din medkontrahent i nära tidsmässigt samband med köpet har ansökt om företagsrekonstruktion, och att ett ackord fastställs inom ramen för förfarandet. Frågan kan då ställas om din penningfordran har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion (och därför omfattas av ackordet samt ska sättas ned i enlighet med detsamma) eller om den har uppkommit efter samma tidpunkt (och att du därför har rätt till full betalning).

I bedömningen av den nämnda frågan i denna tentativa studie ska återigen syftet och ändamålet med de aktuella bestämmelserna ha stor betydelse. Och liksom i den tidigare bedömningen är likabehandlingsprincipen återigen aktuell. Högsta domstolen har nämligen använt principen för att avgöra frågan om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten för ett offentligt ackord. I NJA 2014 s 537 konstaterade domstolen att likabehandlingsprincipen innebär att var och en (av borgenärerna) ska drabbas av gäldenärsföretagets betalningsförmåga i förhållande till sin fordringsrisk. I uppkomsttidpunktsfrågan får det till följd att fordringar som är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten omfattas av ackordet enligt domstolen.¹⁸

För att avgöra om din penningfordran omfattas av köparens offentliga ackord får frågan alltså ställas om du var beroende av köparens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten (det vill säga ansökan om företagsrekonstruktion). Här bör det beaktas att fram till den tidpunkt då du lämnar ut varan kan du ha en rätt att innehålla densamma och inställa din fullgörelse i enlighet med 61 § köplagen. Denna innehållanderätt är beroende av att din medkontrahents handlingsätt eller ekonomiska för-

¹⁷ Se vidare nedan under avsnitt 12.5.

¹⁸ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

hållanden visar att det finns starka skäl att anta att köparen inte kommer att fullgöra sin prestation. Du blir alltså beroende av köparens betalningsförmåga först när du levererar boken.¹⁹ Din penningfordran bör alltså ha uppkommit först vid leveransen av boken, såvitt avser dessa regler.

Utifrån den tentativa studien av det allmänna uttalandet från Högsta domstolen kan konstateras att din penningfordran kan uppkomma genom såväl avtalsslutet som leveransen av boken. En och samma fordran, i bemärkelsen att den har en och samma grund, kan alltså ha flera tänkbara uppkomsttidpunkter. Som nämndes strax ovan visar även Högsta domstolens praxis detta. Tidpunkten för fordrans uppkomst kan följaktligen bero på vilken bestämmelse som ska tillämpas, om den av Högsta domstolen uttalade metoden används. Att syftet och ändamålet med bestämmelsen ska ha stor betydelse innebär att hänsyn tas till den regelkontext i vilken frågan om fordrans uppkomst befinner sig, såtillvida att om frågan ska bedömas i en insolvensrättslig regelkontext kommer insolvensrättsliga hänsyn att tas. Frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten blir då i hög grad en insolvensrättslig fråga.

Rättskälletäget är dock mer intrikat – andra argument än syftet och ändamålet med den bestämmelse som ska tillämpas har använts för att avgöra frågor om fordrans uppkomst. Det kommer till exempel indirekt till uttryck i förarbetena till 1921 års konkurslag, där det påtalas att frågan om huruvida en fordran har uppkommit inte är en konkurslags sak att avgöra.²⁰ Frågan om fordrans uppkomsttidpunkt är alltså enligt detta uttalande inte alls en insolvensrättslig fråga. Tidigare nämndes också att Högsta domstolen lade ut en ny linje genom de refererade allmänna uttalandena;²¹ det finns en mängd ytterligare argument och rättsliga normer som i många fall inte utgår från att syftet och ändamålet med den aktuella regeln ska avgöra om en fordran har uppkommit. *Principen om den väsentliga grunden* har redan nämnts. Den har också hänvisats till och använts i frågan om fordrans uppkomst i rättspraxis, förarbeten och doktrinen.²² Det har sagts att när den väsentliga grunden för fordran

¹⁹ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 8.

²⁰ NJA II 1921 s 535. Se även nedan under avsnitt 6.3, där detta uttalande undersöks utifrån en vidare, samtida kontext.

²¹ Jfr dock nedan under avsnitt 8.2, samt NJA 1987 s 243.

²² Se t ex NJA 1981 s 801; NJA 1990 s 110; NJA 2005 s 510; prop 1986/87:90 s 123; Ekdahl, Om fordran i konkurs s 5; Welamson, L, Konkursrätt s 441 f; Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 305; Hessler, Allmän sakrätt s 505; Heuman, Specialprocess s 248.

föreligger har fordran uppkommit. Den väsentliga grunden har då i regel bestått av avtalet eller den skadegörande handlingen.²³

Avseende avtalsgrundade fordringar finns det även en äldre lära om tidpunkten för fordrans uppkomst, *villkorsläran*. Den återgavs i många civilrättsliga standardverk från mitten av 1800-talet till mitten av 1900-talet, och får beskrivas som det då gällande sättet att hantera frågor om sådana fordringers uppkomsttidpunkt på. Läran utgår från ett antal begrepp, såsom det ovannämnda villkorsbegreppet, och leder till att en fordran har uppkommit när gäldenären har förpliktat sig. Ett visst perspektiv tas därigenom på fordringsförhållandet, vilket öppnar dörren för en avtalsrättslig bedömning av om gäldenären har förpliktat sig. Läran ger uttryck för att frågan om fordrans uppkomst är en obligationsrättslig frågeställning.²⁴

Emellanåt har även ett *systematiskt* perspektiv anlagts på frågan om fordrans uppkomst. Frågan såvitt avser 5 kap 1 § konkurslagen kan tas som exempel. I regeln föreskrivs, som sagt, att endast de fordringar som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades kan göras gällande i en konkurs. 5 kap 1 § konkurslagen kan läsas mot 3 kap 1 § samma lag. I den senare bestämmelsen stadgas det att konkursgäldenären inte får åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter det att konkursbeslutet meddelades. Beaktas bör också att det endast är fordringar mot just konkursgäldenären som kan göras gällande i gäldenärens konkurs. Utifrån konkurslagens systematik finns därför stöd för att (konkurs)gäldenären²⁵ åtminstone måste ha åtagit sig en förbindelse före den kritiska tidpunkten, för att en konkursfordran ska ha uppkommit.²⁶

Sammanfattningsvis finns flera tänkbara uppkomsttidpunkter för en och samma typ av fordran redan vid beaktande av den metodregel som Högsta domstolen uttalade i NJA 2009 s 291. Det finns även flera andra sätt att avgöra om en fordran har uppkommit. Rättskälsläget kan av dessa skäl beskrivas som komplext, och bland annat har underrätter kommit till olika slutsatser i samma typ av fråga om när en viss fordran ska ha uppkommit.²⁷ Det framstår alltså som att frågan om fordrans uppkomst

²³ Se NJA 1981 s 801, HD:s domskäl st 3. Se vidare nedan under kapitel 7, om principen om den väsentliga grunden.

²⁴ Se vidare nedan under kapitel 6, om villkorsläran.

²⁵ (Konkurs)gäldenär används för att beteckna den *blivande* konkursgäldenären. Konkursgäldenär ska dock inte tolkas motsatsvis nedan i detta avseende. Termen (konkurs)borgenär används på motsvarande sätt som (konkurs)gäldenär.

²⁶ Se nedan under avsnitt 12.4.

²⁷ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5845-12 den 2 januari 2013 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2667-13 den 26 augusti 2014, för ett tydligt exempel på att en fordrans uppkomsttidpunkt har bedömts på olika sätt av underrätter. HFD har

är aktuell att undersöka; frågan om fordrans uppkomst fordrar en undersökning.

1.3 Studiens inriktning: Forskningsfrågor

För att ta ut en kompassriktning för undersökningen behöver undersökningens frågeställningar anges. Men som redan har framkommit genom de exempel som har givits kan de *rättsliga* frågorna om fordrans uppkomst formuleras på lite olika sätt. Frågorna har också formulerats på lite olika sätt i både rättspraxis och doktrinen. Emellanåt har fokus lagts på den temporala aspekten av frågan. Frågan *när* fordran uppkommit har ställts, såväl abstrakt på regelplanet som i den konkreta tillämpningen.²⁸ När-frågan kan varieras såtillvida att frågan vid vilken tidpunkt fordran uppkommer kan ställas. Andra gånger har frågan formulerats som både en när- och en *vem*-fråga. Den senare frågan har då avsett vem som är förpliktad till fordran.²⁹ Någon gång har när-frågan kombinerats med spörs-målet *om* fordran har uppkommit. I dessa fall har det först avgjorts om ett visst rättsfaktum eller vissa rättsfakta givit upphov till att en fordran har uppkommit (alltså exempelvis avtalet, leveransen eller någon annan omständighet). Svaret har därefter tillämpats på ett visst händelseförlopp, för att därigenom ge svar på om fordran har uppkommit före eller efter

dock avgjort frågan som aktualiserades i underrätterna, se HFD 2016 ref 62. Se vidare nedan under avsnitt 16.5.2.3, om detta rättsfall.

²⁸ Se exempelvis NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11, i vilket HD konstaterar – angående den mer abstrakta bedömningen av fordrans uppkomst: ”Av praxis framgår också att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma *när* en fordran skall anses ha uppkommit [...]. [Min kursivering.]” Se även NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 22, i vilket HD i det enskilda fallet konkluderar: ”Slutsatsen blir att konkursbolaget *när* konkursbeslutet meddelades inte skall anses ha haft en sådan fordran hos ProCell som avses i 5 kap. 15 § första stycket konkurslagen. [Min kursivering.]” Från doktrinen kan nämnas att Nordveits avhandling om fordrans uppkomst har titeln *När oppstår en fordring?* Se även a s 13, där Nordtveit i avhandlingens allra första mening fastslår: ”Denne boken gjelder spørsmålet om når en fordring kan anses stiftet.”

²⁹ Denna kombination av frågor har främst aktualiserats i spörs-målet om en konkurs- eller en massafordran föreligger, se NJA 2004 s 836, HD:s domskäl st 3, i vilket HD uttryckte saken på följande sätt: ”Utmärkande för en konkursfordran, som är en fordran som görs gällande mot konkursgäldenären, jämfört med en massafordran, som är en fordran som riktar sig mot konkursboet, är att konkursfordran med ett fåtal undantag har uppkommit före konkursbeslutet under det att massafordran har uppkommit efter denna tidpunkt på grundval av t.ex. fortsatt drift av gäldenärens rörelse eller andra liknande åtgärder som vidtas för boets räkning. En konkursfordran anses i regel ha uppkommit före konkursbeslutet om det rättsfaktum som utgör den väsentliga grunden för fordran inträffat före konkursutbrottet.” Se även nedan i not 37, om konkurs- och massafordringar.

den kritiska tidpunkten.³⁰ Hur frågan formuleras i den redan nämnda syftes- och ändamålsförankrade metoden som Högsta domstolen har använt sig av i flera rättsfall på senare år bör också uppmärksammas. Enligt den metoden har ofta frågan om när eller om en fordran har uppkommit omformulerats till en fråga om huruvida rättsföljden i den relevanta regeln ska inträda. Utgångspunkt har dock tagits i någon av de redan nämnda frågorna.³¹

Studieobjektet i avhandlingen är fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Principiellt sett innebär det att de strax ovan nämnda frågorna rymms inom ramen för studien. Skillnaderna i hur rättsfrågan formuleras kan dock säga oss något annat, nämligen vilket perspektiv som frågan har betraktats ur. Bland annat belyser det från vilket perspektiv rättsförhållandet, eller mer precist fordringsförhållandet, mellan parterna betraktas och från vilket perspektiv de regler som ger upphov till fordringsförhållandet betraktas.

Om-frågan innebär att rättsreglerna ses utifrån ett logiskt perspektiv. Perspektivet kan synliggöras genom att rättsreglerna bryts ned till rättsfakta och rättsföljd.³² Det exempel i vilket du skulle sälja ett överexemplar av denna avhandling kan illustrera detta. Något förenklat kan uppkomsten av din penningfordran (det vill säga rättsföljden) konstitueras av (det komplexa)³³ rättsfaktumet avtalet och rättsfaktumet leveransen av boken till säljaren.³⁴ Rättsfakta och rättsföljd kan kläs i en villkorssats, bestående av en försats (rättsfakta) och en eftersats (rättsföljd), på följande vis: "Om avtal och leverans föreligger, så har en penningfordran uppkommit." Frågan blir då *om* din fordran har uppkommit, det vill säga *om* de rättsfakta som ger upphov till rättsföljden föreligger. Rättsfakta kan då avse såväl abstrakta rättsfakta som konkreta sådana, det vill säga rättsfakta på regelplanet, respektive rättsfakta i det konkreta fallet.

När-frågan är på många sätt självklar i en domstol, eftersom då en domstol bedömer en viss fordrans uppkomsttidpunkt anläggs med nödvändighet ett tillbakablickande perspektiv, i och med att det händelse-

³⁰ Se NJA 2012 s 876, där frågan om fordrans uppkomst avgjordes först, genom att det konstaterades vilken omständighet som gav upphov till att den villkorade fordran hade uppkommit, vilket utgjordes av ingåendet av anställningsavtal. Ordningen tillämpades sedan på det faktiska händelseförloppet.

³¹ Se vidare nedan under avsnitten 8.4 och 8.5.

³² Se till det följande nedan under avsnitt 7.1, om rättsfakta och rättsföljd samt villkorssatser.

³³ Se Ekelöf, m fl, Rättegång I s 53, om komplexa rättsfakta såsom ett rättsfaktum som består av flera rättsfakta.

³⁴ Beroende på vad som är avtalat kan förstås många olika rättsfakta aktualiseras.

förlopp som har givit upphov till tvisten redan har inträffat. Domstolen ställs inför frågan om *när* fordran uppkom i förhållande till ett visst händelseförlopp, såsom huruvida fordran uppkom före eller efter den kritiska tidpunkten. För att besvara denna fråga behöver domstolen också avgöra vilket rättsfaktum (eller vilka rättsfakta) som gav upphov till fordran. Frågan kan då formuleras som en om-fråga, enligt ovan, men också som en när-fråga, det vill säga *när* uppkom fordran? Vid avtalslutet eller vid leveransen?

Tidsperspektivet är också på sätt och vis inneboende i frågan om fordrans uppkomst, eftersom vissa rättsfakta förutsätter att andra redan har inträffat. Ett avtal ingås nästan alltid innan leverans sker,³⁵ en ansvarsgrundande handling inträffar nästan uteslutande innan skadan uppkommer,³⁶ och så vidare. När-frågan kan alltså sägas konnotera till såväl det faktiska händelseförloppet som den (ibland) nödvändiga tidsordningen mellan vissa rättsfakta.

Vem-frågan aktualiseras i en viss uppkomstfråga, nämligen i frågan om huruvida en konkurs- eller en massafordran har uppkommit.³⁷ Kon-

³⁵ Det finns exempel på motsatt ordning, såsom om en vara levereras och avtal ingås genom att varan konsumeras av den som har mottagit varan, se härom NJA 1961 s 658; Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 73; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 112 f; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 110.

³⁶ Se Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 873, som uttalar: "Kravet på orsakssamband innebär definitionsmässigt att den skadevällande handlingen inträffar innan skadan. Det finns en i kausalitetsbegreppet, som det används i ansvarsrättsliga sammanhang, inbyggd temporal ordning: En orsak kan inte inträffa efter dess effekt (skadan). Vidare torde det vara den allmänna uppfattningen att en orsak inte kan inträffa samtidigt som skadan. Det innebär således att den skadevällande handlingen, *per definition*, inträffar innan skadan. Med undantag för de, i svensk rätt ännu högst oklara, möjligheterna att begära ersättning redan vid *risk* för skada (som vi strax skall återvända till), kan skadestånd inte utdömas innan skadan inträffat. [Noter uteslutna.]" Se även vidare Schultz, Kausalitet s 243 ff. Jfr Andersson, H, Gränsproblem i skadeståndsrätten s 46, som nanserar denna indelning något: "Förutom svårigheten att definiera innebörden av en följdskada etc, kan också ett *visst godtycke* konstateras redan avseende beskrivningen av vad som tillhör *orsaks- respektive verkanssid*an. Man kan vid beskrivningen av en situation inkludera ett antal omständigheter i startögonblicket, men man kan också beskriva handlingen mer avskalat och såsom en följd se realiserandet av dessa andra omständigheter. [Noter uteslutna.]"

³⁷ En massafordran är en fordran mot konkursboet. Den blir ersatt innan utdelning sker till konkursborgenärerna på deras konkursfordringar. Det följer av 11 kap 1 § konkurslagen. En massafordran kan uppkomma såväl genom att konkursboet ikläder sig nya förpliktelser som att boet övertar konkursgäldenärens förpliktelser. Se vidare nedan under kapitel 15. Har fordran i stället uppkommit före konkursutbrottet med (konkurs)gäldenären som motpart är det en konkursfordran, jfr 5 kap 1 § samma lag och se nedan under kapitel 12. En konkursfordran får göras gällande i konkursen, men frågan om huruvida någon utdelning ska ges på den är bl a avhängig dess förmånsrätt enligt förmånsrättsla-

kursboet och konkursgäldenären utgör två olika rättssubjekt.³⁸ Det ter sig därför naturligt att ställa frågan *vem* borgenären har en fordran mot eller vem som är förpliktad till fordran. Det belyser därigenom en annan aspekt av fordringsförhållandet. I dessa fall kan frågan också formuleras som en om-fråga: Om fordran till exempel uppkommer genom avtalet eller leveransen. Det är dock subjektet som rättshandlar och därigenom konstituerar de rättsfakta som leder till att fordran uppkommer. När-frågan får också en annan betydelse i denna kontext. Konkursboet finns nämligen inte (som förpliktelsebärare) före konkursen, varför när-frågan också konnoterar till om fordran uppkom före eller efter konkursutbrottet i dessa fall.

Frågans formulering verkar alltså bero på vilket perspektiv som den betraktas ur. Som tidigare nämndes rymms principiellt sett samtliga de ovanstående frågorna inom ramen för studien. En frågeformulering som omfattar de nämnda frågorna, och som därför får tjäna som övergripande forskningsfråga är: *Vad krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar?*

Även denna fråga innebär dock att ett visst perspektiv tas på fordringsförhållandet mellan parterna, eftersom borgenärens *fordran* tas som utgångspunkt. Det är då lätt hänt att bedömningen av huruvida en fordran har uppkommit leder till frågan om huruvida borgenären har rätt till fordran.³⁹ Det kan i sin tur medföra att den andra sidan av fordringsförhållandet – det vill säga gäldenärens förpliktelse och om gäldenären har förpliktat sig – förbises i bedömningen. Det perspektivvalet som forskningsfrågan innebär talar för att frågan borde modifieras och i stället lyda: Vad krävs för att ett rättsförhållande ska ha uppkommit mellan parterna såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. En sådan formulering har dock andra nackdelar. Den främsta är att *fordrans* uppkomst är den lokution som oftast används i de insolvensrättsliga bestämmelserna och i samtalet om dessa frågor. Att tala om rättsförhållande i samband med ett ömsesidigt förpliktande sådant blir också mindre precist, då frågan inte är om båda (huvud)förpliktelserna har uppkommit utan bara om endera av dem har uppkommit. Jag har av dessa skäl valt att stanna vid forskningsfrågan: Vad krävs för att en *fordran* ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de in-

gen. I dessa situationer kan även gränsen mellan gäldenärs- och konkursfordran aktualiseras, se nedan under kapitel 12. Det är omdiskuterat huruvida frågan om en massafordran föreligger utgör en uppkomstfråga över huvud taget, se nedan under avsnitt 15.1.

³⁸ Se vidare nedan under avsnitt 15.4.

³⁹ Jfr nedan under avsnitt 15.5, om denna aspekt som tydligt lyfts fram i associations-tanken.

solvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar? Att det innebär att ett visst perspektiv tas på rättsförhållandet lyfts dock fram och beaktas i studien nedan. För övrigt kan här också framhållas att det nedan växlas mellan de redan nämnda frågeformuleringarna efter vad som synes lämpligt i respektive kontext, och att den övergripande forskningsfrågan på så vis inte alltid används.

Forskningsfrågan tar emellertid främst sikte på hur rättsläget är beskaffat. Kanske finns det fler aspekter av studieobjektet som är intressanta att undersöka och värdefulla att läsa om. Det finns i vart fall skäl att stanna upp och reflektera över denna fråga.

Emellanåt uppkommer det nämligen problem i samtalet om fordrans uppkomst. Deltagarna talar helt förbi varandra. Det verkar som att deltagarna i samtalet stundvis har så vitt skilda utgångspunkter att det uppstår kommunikationssammanbrott. Det är något som bör uppmärksammas här, i behandlingen av studiens inriktning. I och med det ska jag förstås inte föregå undersökningen av forskningsfrågan, utan endast visa på hur problemet kommer till uttryck genom att ge ett exempel på ett sådant kommunikationssammanbrott. Det kan nämligen säga något om vilken inriktning studien bör ha.

I kölvattnet efter NJA 2009 s 291 följde ett samtal om fordrans uppkomst. Rättsfallet behandlades på ett seminarium på Stockholm Centre for Commercial Law. Mårten Schultz inledning, som ska uppmärksammas här, kom att sparas till eftervärlden, såsom artikel i JT.⁴⁰ I artikeln kritiserar Schultz Högsta domstolens avgörande. Kritiken riktar sig inte mot domstolens slutsatser i den kvittningsfråga som prövades. Kritiken riktar sig i stället mot den *metod* som Högsta domstolen använde sig av. Schultz kritik bemöttes sedan av Stefan Lindskog i hans monografi *Betalning*. (Lindskog var för övrigt referent i det relevanta rättsfallet.) Utgångspunkt tas i Schultz artikel nedan.

Schultz artikel är inriktad på vad som krävs för att en (utomobligatorisk) skadeståndsfordran ska ha uppkommit, främst vad gäller den allmänna preskriptionsregelns (regeln, som återfinns i 2 § preskriptionslagen, innebär att en fordran preskriberas tio år efter dess uppkomst). Likafullt uttrycker han att slutsatsen har generell bäring och utgångspunkt tas i skadeståndsrätten:

”Ur ett *skadeståndsrättsligt* perspektiv framstår det i allmänhet som naturligt att tillkomsten relateras till den tidpunkt när ett anspråk kan göras gällande mot en skadevällare (eller den som ansvarar för en skadevällare).”⁴¹

⁴⁰ Se Schultz, *Skadeståndsfordrans uppkomst* s 870 ff. Även Heidbrink höll en inledning på seminariet som kom att sparas till eftervärlden i form av en artikel i JT, se Heidbrink, *Tankar om kontraktfordringars uppkomst* s 858 ff.

⁴¹ Schultz, *Skadeståndsfordrans uppkomst* s 872, noter uteslutna ur citatet.

I Schultz artikel får också de skadeståndsrättsliga begreppen och bedömningarna tjäna som verktyg i bestämmandet av fordrans uppkomsttidpunkt:

”För att någon skall ha en skadeståndsfordran så krävs det mer än en skadevällande handling. För att upprepa: Det krävs att handlingen faktiskt leder till en skada och det krävs att det föreligger ett adekvat orsakssamband mellan handlingen och skadan.”⁴²

Skadeståndsrätten, snarare än den bestämmelse som ska tillämpas i det enskilda fallet, sätts på så vis i främsta rummet av Schultz, även om han också beaktar den preskriptionsrättsliga kontexten.⁴³

Schultz kommenterar också särskilt det allmänna uttalandet i NJA 2009 s 291, om att villkorade fordringar kan uppkomma även om de inte är fullgångna, på följande vis:

”Kan det då sägas att en skadeståndsfordran uppkommer i och med att den skadevällande handlingen inträffat, men att den är villkorad av att det där-
efter inträffar en skada till följd av handlingen? För mig låter det krystat.

Att en skada inträffar är i och för sig ett rekvisit för att skadeståndsskyldighet skall uppstå men att beskriva rättsfaktumet skada som ett villkor för att den skadeståndsskyldighet som skadehändelsen medför skall utlösas ger intrycket av att skaderekvisitet (och orsakerekvisitet) på något vis skulle vara subsidiärt till ansvarsgrunden för bedömningen av om skadeståndsskyldighet uppstått. Någon sådan hierarki mellan de grundläggande skadeståndsrekvisiten kan man emellertid inte ställa upp.”⁴⁴

”Man kan bara födas en gång och en fordran är antingen uppkommen eller inte. *Tertium non datur.*”⁴⁵

En relativ bestämning av skadeståndsfordrans uppkomst är inte gångbar. En skadeståndsfordran kan nämligen inte uppkomma innan det finns en skada enligt Schultz. Hans slutsats, som han menar ska ses som en rimlig *utgångspunkt* i allmänhet, blir: ”En skadeståndsfordran skall anses tillkommen när den fixerats genom att samtliga de skadeståndsrättsliga grundrekvisiten uppfyllts.”⁴⁶

Då till Lindskog. Han har kritiserat Schultz för hans analys i allmänhet, och hans slutsats i synnerhet:

”Det må beträffande S[chultz] tilläggas att när han efter att ha argumenterat för att preskriptionstiden bör räknas från den tidpunkt då en fullgången

⁴² Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 873.

⁴³ Se Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 871 ff.

⁴⁴ Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 874.

⁴⁵ Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 888.

⁴⁶ Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 889.

skadeståndsfördring föreligger plötsligt tar språnget att påstå att detta bör gälla också i alla andra avseenden, så har man svårt att tro att han menar vad han skriver. Anser han sig verkligen ha en sådan överblick över hela förmögenhetsrätten? Och hur kan han argumentera för en så generell princip i det ena hänseendet (i alla situationer där uppkomsttidpunkten har betydelse skall en skadeståndsfördring anses ha uppkommit först när den är fullgånngen) och en så begränsad räckvidd i det andra (principen skulle bara gälla skadeståndsfördringar, oklart vad som skulle gälla i andra fall)? Är verkligen skadeståndsfördringen så speciell att en analys med anspråk på god rättsvetenskaplig metodik låter sig begränsas till denna?⁴⁷

Tonen i Lindskogs inlägg säger något om vad som står på spel. Lindskog har *svårt att tro på* att Schultz menar det han skriver, när Schultz anser att hans slutsats har generell bäring. Från Lindskogs position framstår Schultz analys som helt uppåt väggarna. Kontexten är i stället mycket viktig för Lindskog. Det kommer tydligt till uttryck i följande recension av Korling:

”Det följande bör ses mot bakgrund av min allmänna syn på rättsliga begrepp. Jag är fostrad i en äldre rättslig skola än vad Korling är. Och jag anser fortfarande att den s.k. nordiska rättsrealismen rymmer relevanta element för god rättsmetodologi, såväl när det gäller tillämpningen som beträffande forskningen. Fokus på samhällsnyttan är ett sådant (vilket inte utesluter rättsstatliga credon knutna till individen). Ett mått av skepsis mot att normer härleds ur begrepp är ett annat. Det är, menar jag, ovedersägligt att ord med rättslig betydelse liksom alla ord färgas av sin omgivning. Ordet fördring är till sitt närmare innehåll inte att bestämma på samma sätt i alla sammanhang där det förekommer.”⁴⁸

Kontexten kanske till och med är avgörande för Lindskog:

”Om en förpliktelses uppkomst förutsätter förhandenvaron av flera rättsfakta, så har i praxis uppkomsttidpunkten i olika typfall (d v s enligt olika regler) bestämts på skilda sätt.”⁴⁹

Lindskog avgör frågan om fordrans uppkomsttidpunkt med hjälp av de hänsyn som aktualiseras i den specifika regelkontexten. Det får exempelvis till följd att innebörden av begreppet fordrans uppkomst såvitt avser kvittning i konkurs bestäms med de (insolvensrättsliga) hänsyn som aktualiseras i den kontexten,⁵⁰ medan innebörden av begreppet fordrans uppkomst såvitt avser frågor om styrelseledamöters personliga betal-

⁴⁷ Lindskog, Betalning s 89, not 230.

⁴⁸ Lindskog, Recension av Korling, Rådgivningsansvar s 205, noter uteslutna ur citatet.

⁴⁹ Lindskog, Betalning s 88.

⁵⁰ Se nedan under avsnitt 14.4, om Lindskogs uppfattning om fordrans uppkomst i frågor om kvittning i konkurs. Se även Lindskog, Kvittning s 166 ff.

ningsansvar vid kapitalbrist bestäms med de (associationsrättsliga) hänsyn som aktualiseras i den kontexten.⁵¹ En sådan bestämning av begreppet innebär också att frågan om huruvida en fordran har uppkommit omformuleras till en fråga om huruvida rättsföljden i den relevanta regeln ska inträda.⁵²

Schultz analys går i stället ut på att huvudregeln för utomobligatoriska skadeståndsfordringars uppkomsttidpunkt bestäms med grund i skadeståndsrätten. Kontexten avseende den bestämmelse som ska tillämpas i det enskilda fallet blir inte lika viktig. Utgångspunkterna skiljer sig åt i grunden, vilket också uttryckligen konstateras av Schultz:

”Ett utkast till denna artikel presenterades vid ett seminarium på Stockholm Centre for Commercial Law, oktober 2010. Jag vill tacka seminariets deltagare för feedback. Jag vill också särskilt tacka Stefan Lindskog som lämnat synpunkter på ett utkast. *Vi har dock skilda uppfattningar om det grundläggande anslaget för hur dessa frågor skall approachas* och jag vill därför särskilt framhålla att det bara är jag som skall klandras för oklarheter och åsikter. [Min kursivering.]”⁵³

Lindskogs och Schultz olika utgångspunkter leder till att de har svårt att över huvud taget förstå hur den andre kan resonera på det sätt han gör; de talar olika språk. De vittskilda utgångspunkterna präglade inte bara detta samtal, utan även stora delar av de rättskällor som är relevanta att beakta i bedömningen av om en fordran har uppkommit.⁵⁴ Det har refererandet av denna diskussion tjänat som exempel på. De vittskilda utgångspunkterna som finns i frågan kommer att påverka undersökningens inriktning.⁵⁵

⁵¹ Se Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag s 173 ff.

⁵² Se Lindskog, Kvittning s 171. Se även vidare nedan under avsnitten 8.4 och 8.5, där det framkommer att detta görs i den funktionalistiska bedömningen.

⁵³ Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 870, noter uteslagna ur citatet.

⁵⁴ Se nedan under avdelning II.

⁵⁵ Jfr Schlag, The Knowledge Bubble s 432, som beskriver hur ett inifrånperspektiv (vilket här skulle kunna motsvaras av att använda den tidigare nämnda metodregeln i NJA 2009 s 291 och låta den tjäna som enda utgångspunkt för studien) kan vara riskfyllt: ”Now consider the other side of the paradox – the failure to achieve critical detachment. Such a failure means that the legal thinker takes up the practice in which he or she is participating – in fact so much so that the legal thinker is in danger of merely replicating the practice. The risk is that explanation and understanding will be swallowed up by performance. This is a classic criticism made of formalist doctrinalism as well as policy doctrinalism: You have not explained or understood anything. Instead, you have merely faithfully repeated the patterns you have discerned in the case law. This is the specter that haunts what is often presented as the ‘internal perspective’ (Barzun 2014; Hart 1994). Again, if it is explanation and understanding one is after, something will be missing here.”

Med det sagt är det dags att återvända till beskrivningen av undersökningens inriktning. Studieobjektet i avhandlingen är fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. En forskningsfråga har redan fastslagits, nämligen vad krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. För att förstå den frågan kan undersökningen inte enbart inriktas på att direkt besvara den frågan. De olika utgångspunkterna (argumentationslinjerna och argumenten)⁵⁶ måste också undersökas. I annat fall kommer jag att bidra till kommunikationssammanbrottet. Den första forskningsfrågan kan därför kompletteras med ytterligare en, nämligen: Vilka (huvudsakliga) argument och argumentationslinjer har använts i frågan om fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar och hur har dessa argument och argumentationslinjer använts? Skäl för att argumenten och argumentationslinjerna ska studeras på just detta sätt utvecklas i nästa kapitel, som nu ska ta vid.⁵⁷

⁵⁶ Se nedan under avsnitt 5.2, om argumentationslinje.

⁵⁷ Här kan kanske invändas att det saknas ett syfte för framställningen. I beskrivningen av studiens inriktning har jag dock funnit att det är tillräckligt att peka ut ett studieobjekt och forskningsfrågor, för att beskriva studiens inriktning. Det är klart att jag likväl skulle kunna ha angett ett syfte, såsom: "Syftet med avhandlingen är att besvara de frågeställningar som nu har angetts." Och om någon önskar ett syfte med studien har detta nu ändå givits.

2 Teoretiska utgångspunkter och om hur studien ska genomföras: Teori och metod

2.1 Har HD föreskrivit en metod i frågan om fordrans uppkomst?

Kompassriktningen för undersökningen har tagits ut, i och med att det har klargjorts *vad* som ska studeras. I detta kapitel ska något sägas om *hur* studien ska ske.

Men är inte metoden för undersökningen i avhandlingen given?

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit svävande – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga [hänvisningar uteslutna]. Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgången är alltså i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.”, NJA 2009 s 291, HD:s domskäl, st 12.

”HD har i rättsfallet NJA 2009 s. 291 uttalat att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma när en fordran ska anses ha uppkommit; frågan huruvida fordringen ska anses ha uppkommit före eller vid en viss tidpunkt, trots att inte alla för fordringens slutliga tillblivelse nödvändiga omständigheter förelegat vid det tillfället, är i hög grad beroende av ändamålet med den regel som ska tillämpas.”, NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5.

”HD uttalade i rättsfallet NJA 2009 s. 291 att det inte finns någon för alla fall gällande princip för när en fordran ska anses ha uppkommit; frågan huruvida fordringen ska anses ha uppkommit före eller efter en viss tidpunkt, fastän inte alla för fordringens tillblivelse nödvändiga omständigheter förelåg vid det tillfället, är i hög grad beroende av ändamålet med den regel som ska tillämpas.”, NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4.

Som synes har Högsta domstolen konstaterat att syftet och ändamålet med den regel i vilken den kritiska tidpunkten ingår ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst. Det gäller om fordran är svävande när den kritiska tidpunkten inträffar. Domstolen har konstaterat det i en serie av aktuella avgöranden.⁵⁸ Till och med Högsta förvaltningsdomstolen har konstaterat det.⁵⁹ Vi har inte bara ett utan flera *metodprejudikat*.⁶⁰ Borde inte syftet och ändamålet med regeln, i vilken den kritiska tidpunkten ingår, vara styrande i bedömningen av om en fordran har uppkommit? Är inte metoden för undersökningen i avhandlingen given!

Här är emellertid inte fråga om vilken metod som diskursen föreskriver, för att besvara den rättsliga frågan om fordrans uppkomst. (Och inte ens i den frågan kan Högsta domstolen sägas slutligt ha tagit ställning, bland annat eftersom domstolen har använt andra sätt att resonera på både före och efter NJA 2009 s 291 och genom att 2009 års avgörande inte heller avgjordes i plenum.)⁶¹ Här är i stället fråga om vilken metod

⁵⁸ Se även NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11.

⁵⁹ Se HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

⁶⁰ Se Heuman, Prejudikat som innehåller konkretiseringar av rekvisit eller rättsgrundsatter som består av tillräckliga eller nödvändiga betingelser s 757 f, där begreppet, metodprejudikat, är hämtat från. Heuman beskriver begreppet på följande sätt: "När det är svårt att utforma en prejudikatregel kan HD någon gång nöja sig med att beskriva hur ett rättsligt resonemang ska utföras eller hur en metod kan användas (metodprejudikat).", a st. Jfr Ramberg, C, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten s 283, som ger begreppet en annan innebörd. Hon använder det för att beskriva de tillfällen då HD räknar upp relevanta faktorer i samband med helhetsbedömningar, se a st.

⁶¹ Se NJA 2011 s 755, HD:s domskäl st 4–7; NJA 2012 s 876, HD:s domskäl st 4–9, för exempel på rättsfall där HD inte uttryckligen har utgått från att syftet och ändamålet med regeln ska vara avgörande för om en fordran har uppkommit. I och med att HD inte avgjorde NJA 2009 s 291 i plenum bör domstolen inte ha avsett att meningen i fallet avvek från en rättsgrundsats eller lagtolkning som förut hade varit antagen av HD. I sådana fall får nämligen HD besluta att målet eller, om det är lämpligt, en viss fråga i målet ska avgöras av HD i dess helhet, se 3 kap 6 § RB. Regeln är fakultativ (får), varför argumentet knappast kan sägas vara blytungt. Exempelvis har det i doktrinen uttryckts att då HD har ändrat sin praxis har detta ganska ofta skett utan att målet har avgjorts i plenum, se Ekelöf & Edelstam, Rättsmedlen s 146; Bylander, Avgöranden utan plenum i Högsta domstolen s 507 f. Se även Peczenik, Vad är rätt? s 232, för ett liknande resonemang. Jfr dock Welamson, L & Munck, Processen i hovrätt och Högsta domstolen s 166; Heuman, Värdet av stabil praxis och behovet av en omläggning av praxis s 458 f, vilka beskriver att inom HD uppfattas regeln i 3 kap 6 § RB som jämförlig med en obligatorisk regel. Se även Lindell, Civilprocessen s 92, som har beskrivit regeln som svagt fakultativ (på en skala som sträcker sig från fakultativ till obligatorisk) och starkt tvingande (i bemärkelsen att inget partsinflytande ges). Det ovanstående bör innebära att en viss återhållsamhet behöver iakttas med att tolka rättsfall från HD (vilka inte har avgjorts i plenum) som att de ändrar tidigare rättspraxis. Samma typ av försiktighet bör iakt-

eller vilka metoder samt vilka teoretiska utgångspunkter som ska väljas för att undersöka studieobjektet och besvara de här ställda forskningsfrågorna.⁶²

Avhandlingen är i grunden rättsdogmatisk, vilket framgår redan genom valet av den första forskningsfrågan, nämligen vad krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.⁶³ Med att avhandlingen i grunden

tas i frågan om huruvida de relevanta avgörandena har ändrat den tidigare myriaden av rättsfall som berör frågan om fordrans uppkomst. Ifrågasätts kan också om HD:s avgöranden har sådan normativ verkan i fråga om juridisk metod, se om detta Samuelsson, J, Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom varigenom skiljeförfarandet avslutats utan prövning i sak s 484. Se även Heuman, a a s 487, som konstaterar att om HD har gjort ett metodologiskt uttalande utgör detta i regel inte någon rättsgrundsats. Se även Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 505, som återger den klassiska frasen att det är endast tyngden av de skäl som HD åberopar till motivering för domslutet som bör vara avgörande för underrätters rättstillämpning. Se tillika Westberg, Prejudikatollkningens ABC s 591 ff, där han målar upp två möjliga syner på prejudikat, varav den ena är att se prejudikatet som en orienteringskarta. Han skriver bl a: "Prejudikatet kan visserligen skrivas om till en rättsregel, men den skall inte uppfattas som bindande eller som en rekommendation om det bästa vägvalet för liknande terränger. Dess 'styrande' kraft beror på rationaliteten i lösningen, mätt mot omständigheterna i det aktuella målet där prejudikatet eventuellt kan få vägledande betydelse.", a a s 592. Jfr dock Mossberg, Avtals räckvidd I s 198 ff, som problematiserar förhållandet mellan sak- och auktoritetsskäl i allmänhet. Det ska även nämnas att HD i NJA 2009 s 291 endast uttryckte att syftet är av "stor betydelse" respektive att frågan om fordrans uppkomst "i hög grad [är] beroende av ändamålet med den aktuella regeln", NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12. HD uttalade alltså inte att *endast* syftet och ändamålet skulle vara avgörande – andra argument kan också förekomma med stöd i de relevanta uttalandena.

⁶² Se Andersson, H, Skyddsändamål och adekvans s 177 ff, som menar att det finns likheter mellan praktikerns och rättsvetenskaparens metoder, men att det inte ska liknas vid ett likställande. H Andersson pekar på att arbetsuppgifterna, infallsvinklarna och syftena vanligen skiljer sig åt, vilket påverkar sättet att arbeta på, d v s metoden, se a a s 177 ff.

⁶³ Begreppet rättsdogmatik kan användas på olika sätt. Den här användningen av begreppet ligger i linje med Jareborgs användning. Han har uttalat att rättsdogmatiken är en *vetenskaplig* rekonstruktion av rättssystem, se Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 4. Jfr a a s 8: "Det finns naturligtvis inte någon anledning att inte vara uppriktig: rättsdogmatisk forskning använder i regel ingen vetenskaplig metod. Man läser tryckt text på samma sätt som man läser en tidning eller en roman. I stor utsträckning gör man på samma sätt i samhällsvetenskapliga och humanistiska vetenskaper." Vid en första anblick kan det framstå som att Jareborg säger mot sig själv, men det är nog en förhastad tolkning. Frågan är snarare vad som menas med vetenskap och om den kräver en vetenskaplig *metod*, som i sin tur får förstås som vår bild av *naturv*etenskaplig metod. Jareborg menar att det är möjligt att bedriva vetenskap i vetenskapligt syfte och det är det som rättsdogmatiken gör, se a st. Jareborgs syn på rättsdogmatisk forskning är en del av en straffrättslig tradition. Se även Svensson, E, Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott s 46, som i sin avhandling uttalar: "Den *metod* jag har använt för att färdigställa avhandlingen är att jag läst, tänkt och skrivit – och i alla dessa moment strävat efter att göra mitt bästa."

är rättsdogmatisk avses att undersökningen inriktas på att rekonstruera gällande rätt, i huvudsak genom att rättskällorna tolkas och systematiseras.⁶⁴ Det har dock redan påvisats att gällande rätt i frågan om fordrans

Även Asp kan sägas stå för en liknande methodsyn. I verket EU & straffrätten består Asps metodkapitel endast av ett utdrag från en dikt av Willy Kyrklund, enligt följande: "Envar tänker efter sin förmåga och i enlighet med sitt kynne. [...]", Asp, EU & straffrätten s 25. Det verkar alltså finnas en viss metodtradition inom den upsaliensiska straffrätten. Se även nedan vid noterna 83, 119 och 135, om förutsättningarna för att ange en "vetenskaplig" metod för rättsdogmatiken.

⁶⁴ Svårigheten i att ge en utförligare beskrivning av vad rättsdogmatisk metod består i fångas av följande formulering, som är Kleinemans: "Att beskriva den rättsdogmatiska metoden innebär att man snabbt ställs inför en hel del svåra rättsteoretiska spörsmål som gör att själva beskrivningen av metoden framstår som vag, oklar och ibland direkt motsägelsefull.", Kleineman, Rättsdogmatisk metod s 21. Jfr noterna 63, 83, 119 och 135. Kanske säger rättsdogmatik mer om vad som ska göras snarare än hur det ska göras, såsom Hellborg uttrycker det: "Trots att rättsdogmatik som begrepp är omdiskuterat, preciserar den nämnda (typiska) beskrivningen av metoden *vad* studien innefattar. [Min kursivering, noter uteslutna.]", Hellborg, Diskrimineringsansvar s 29. Håstad tycks i artikeln Rättsdogmatik in absurdum? med rättsdogmatik beteckna en metod i vilken deduktion av juridiska slutsatser sker från begrepp, som åskådliggörs genom följande citat, i vilka han kritiserar HD:s (det första citatet) och Stefan Lindskogs (det andra citatet) metodval för att vara (rätts)dogmatiskt: "HD:s majoritet i NJA 2014 s. 935 har emellertid, i strid mot ett aldrig ifrågasatt prejudikat och utan plenum, i strid mot motivuttalanden i de två lagar som är centrala för förmögenhetsrättslig syssломannarätt (det s.k. regelplanet) och i strid mot starka lämplighetsskäl styrts av dogmatiken. Det manar inte till efterföljd.", Håstad, Rättsdogmatik in absurdum? s 365 och "Åter låter Lindskog alltså det avgörande vara vem som är 'ägare' eller har 'ägenderätt' (varför inte tû-tû?) till medlen på kontot, fastän frågan i målet inte gällde separationsrätt. [Noter uteslutna.]", Håstad, a a s 367. E-M Svensson har uttryckt att som implicit utgångspunkt för rättsdogmatiken ligger en kunskapssyn i vilken det är möjligt att skilja på fakta (eller beskrivningar) och värderingar (normativa uttalanden). Hon menar att denna distinktion åskådliggörs genom begreppsparen de lege lata och de lege ferenda, i vilket den första enkom skulle vara beskrivande (rätten som den är), medan den andra skulle vara värderande (rätten som den borde vara). I stället föreslår hon att vi ska använda oss av begreppet de lege interpretata (rätten som den har uttolkats/uttolkas), se Svensson, E-M, De lege interpretata s 213 f. Jag skulle snarare hävda att i den rättsdogmatiska verksamheten ingår värderingar som en självklar del, jfr nedan under avsnitt 2.2 om distinktionen mellan tydning och användning och avsnitt 2.3, om förståelsens betydelse för tolkningen. Jfr även nedan under avsnitt 7.3, om faktas teoriberoende och om hur språket är normerande för vårt tänkande. Som jag ser det består inte skillnaden mellan de lege lata och de lege ferenda i att den första är värderingsfri, medan den andra inte är det, i stället består skillnaden i vilket anspråk som reses. Ett uttalande de lege lata reser anspråket att denna värdering av rättskällorna är den gällande, medan ett de lege ferenda-uttalande reser anspråket om hur rätten *borde* vara. Elasticiteten i begreppet rättsdogmatik är kanske anledningen till att det kan nyttjas i så många fall. I brödtexen ansluts till den betydelse begreppet har getts i flera Uppsalaavhandlingar under det senaste decenniet, se exempelvis Friberg, S, Kränkingsersättning s 31; Sjödin, Ett europeiserat arbetagarinflytande s 37; Svensson, E, Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott s 59; Hellborg, Diskriminerings-

uppkomst består av flera olika argumentationslinjer och till viss del av ett kommunikationssammanbrott. Mot den fonden sades att de olika argumentationslinjerna och argumenten också behöver undersökas, för att undvika att jag bidrar till kommunikationssammanbrottet. Nedan ska först något sägas om ur vilken aspekt argumentationslinjerna och argumenten ska undersökas. Sedan ska vad som har varit viktigt att beakta i studien av argumenten och argumentationslinjerna behandlas. Studien av argumenten och argumentationslinjerna sker för övrigt i avdelning II. Den därpå följande undersökningen i avdelning III är (direkt) inriktad på frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. De kvalitativa aspekter som bör uppnås i denna undersökning ska behandlas innan något avslutningsvis sägs om vilket arbetsmaterial som är relevant för denna avhandling.

2.2 Något om Wittgenstein och regelföljande: Ur vilken aspekt argumenten och argumentationslinjerna ska studeras

Distinktionen mellan domskäl och domslut, mellan förklaring och slutsats, är fundamental i rättstillämpningen.⁶⁵ Skillnaden mellan förklaring och slutsats bildar en given utgångspunkt när vi jurister tillämpar regler. Till denna utgångspunkt kan något ytterligare adderas, som kan bidra till förståelse av hur regler kan följas och hur regler kan tillämpas. Nedan ska det tecknas en bild av Ludwig Wittgensteins filosoferande om regelföljande, för att tydliggöra en viss distinktion i hur en regel tillämpas,⁶⁶

ansvar s 29; Ek, Leveranser och unionsinterna förvärv i mervärdesskatterätten s 33; Chamberlain, Integritet och skadestånd s 31 f.

⁶⁵ Det är till och med en mänsklig rättighet att få en motivering till en fällande dom, se art 6 (1) EKMR samt *Hadjianastassiou v Greece*, (application no 12945/87), 16 december 1992, § 33: "The national courts must, however, indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision. It is this, *inter alia*, which makes it possible for the accused to exercise usefully the rights of appeal available to him." Se även *H v Belgium*, (application no 8950/80), 30 november 1987, § 53.

⁶⁶ Meningarna om hur Wittgenstein ska förstås går isär, även beträffande huvuddragen, såsom om han över huvud taget har något materiellt att säga. Några menar att Wittgensteins filosoferande innebär att problem som gäckat oss har upphört, att Wittgensteins filosofi gör att vi kan frigöra oss från problem. För ett sådant sätt att läsa Wittgenstein, se exempelvis Edwards, *The Authority of Language* s 142; Minar, *Paradox and Privacy* s 46 f. Andra förstår Wittgenstein *även* som en språkfilosof, som en filosof som har teorier, för en sådan tolkning se exempelvis, Hacker, *Wittgenstein* s 34 ff, särskilt s 37. Jag använder Wittgenstein mer i linje med det förstnämnda sättet, som ett tänkande jag nyttjar. Se vidare

en distinktion som åskådliggör en givande nyans i hur vi går från regel till fall. Distinktionen kommer senare att användas för att synliggöra varför det är av nytta att inte bara studera tänkbara lösningar i frågan om fordrans uppkomst, utan också hur de olika argumenten och argumentationslinjerna har använts. På så vis används tankegodset för att ange hur argumenten och argumentationslinjerna ska undersökas. Avsnittet kommer att inledas med en redogörelse för tankegodset. Därefter kopplas det till juridiken. Avslutningsvis preciseras hur distinktionen påverkar avhandlingens inriktning.

Wittgenstein undersöker hur regelföljande går till utifrån den övergripande frågan om huruvida språket kan beskrivas som en kalkyl enligt fasta regler.⁶⁷ Han utgår från ett antal regler som förekommer i vardagen,

om en sådan användning Segerdahl, Språkteorier och språkspel s 116 f. Se även Janik & Toulmin, Wittgenstein's Vienna exempelvis s 11, s 19 ff, s 167 ff och s 202 ff, om betydelsen av vilken kontext Wittgenstein hänförs till för hur han ska tolkas. Janik & Toulmin tolkar Wittgenstein utifrån hans uppväxt och skolning i Wien i kontrast till en tolkning av Wittgenstein som en tänkare i Bertrand Russells och den analytiska filosofins fotspår, se a st. (Den senare tolkningen är inte helt ovanlig.) Meningarna går även isär när det gäller hans filosoferande om regelföljande, se exempelvis Malcolm, Wittgenstein on Language and Rules s 5 ff, särskilt s 10, som anser att Wittgensteins tankar om regelföljande förutsätter att det finns ett mänskligt samhälle eller grupp, vilka förenas kring en viss användning av en regel. (Se mera strax nedan om vad användning betyder i det här sammanhanget.) Jfr Baker & Hacker, Wittgenstein s 243, vilka däremot anser att det inte behövs någon gemenskap eller överenskommelse om regelns användning för att ett regelföljande ska finnas; de menar att även enskilt regelföljande kan finnas. I det följande anläggs *min* tolkning av Wittgensteins tankar om regelföljande. Likväl finns det onekligen många andra tolkningar. Missförstå mig inte nu. Jag menar inte att jag förvränger Wittgensteins text på något sätt, men genom att jag läser hans texter med min förförståelse fylls texterna med densamma – inte helt olik situationen när en pianist tolkar ett klassiskt verk. Verket fylls med pianistens egna idiom när det spelas upp, även om noterna följs. Jämför exempelvis Glenn Goulds tolkning av J S Bachs Goldbergvariationer, BWV 988 med Kimiko Ishizakas dito, se om detta förhållande till de stora texterna, Legrand, Siting Foreign Law s 605. Mer närliggande och för mig mindre pretentiöst vore att i stället hänvisa till programserien Så mycket bättre och exempelvis Christer Sjögrens tolkningar i samma programserie. Se även nedan under avsnitt 2.3, om förförståelsens betydelse för tolkningen.

⁶⁷ Se exempelvis Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 81: "[A]tt vi nämligen i filosofin ofta *liknar* ordens användning vid spel, kalkyler enligt fasta regler, men inte kan påstå att den, som använder språket, *måste* spela ett sådant spel." Se även a § 242: "Om man skall göra sig förstådd genom språket, krävs inte bara en överensstämmelse i definitionerna utan också (hur sällsamt detta än kan låta) en överensstämmelse i omdömena." Se även Edwards, The Authority of Language s 153 ff; Samuelsson, J, Tolkninglärans gåta s 136 ff. Se även Janik & Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 223 ff, som beskriver den fråga som upptog Wittgensteins tänkande under hans senare period: "So, from now on, Wittgenstein focused his attention instead on *language as behavior*: concentrating his analysis on the pragmatic *rules* that govern the uses of different expressions, on the *language games* within which those rules are operative, and on the broader *forms of life*

såsom den som kommer till uttryck i det följande exemplet: Föreställ dig att du kör bil och att du ser en påbudsskylt med en pil på lite längre fram längs färdvägen. I vilken riktning ska du köra? Vilket agerande följer regelns påbud? Hur ska du kunna följa regeln? Enkelt, tänker du, i den riktning pilen pekar, det vill säga i den riktning spetsen på pilen pekar! Förklaringen av regeln tycks nu ha ersatt den ursprungliga regeln (som kommer till uttryck genom påbudsskylten) mot en annan regel, R_2 : Kör i den riktning som spetsen på pilen pekar mot. Frågan är då hur du ska veta i vilken riktning spetsen på pilen pekar mot. Är spetsen på pilen den trubbiga änden eller den vassa änden? R_2 kan bytas mot R_3 : Kör i den riktning spetsen på pilen, det vill säga den vassa änden, pekar mot. Men vilken ände är då den vassa änden?⁶⁸

På så vis kan en regel ersättas av en förklaring, som bildar en ny regel, som i sin tur behöver förklaras och så vidare in i evigheten. Det krävs något ytterligare moment än en förklaring av regeln för att vi ska kunna följa densamma. Detta har Wittgenstein uttryckt följande vis:

”Alltså kan vad jag än gör förenas med regeln?” – Låt mig fråga så här: Vad har uttrycket för regeln – säg ett vägmärke – att göra med mina handlingar? Vilken förbindelse råder där? – Kanske denna: jag har tränats att reagera på ett bestämt sätt på detta tecken, och så reagerar jag nu.

Men därmed har du bara angivit ett kausalt sammanhang, bara förklarat hur det kom sig att vi nu rättar oss efter vägmärket; inte vari detta att följa tecknet egentligen består. Nej; jag har dessutom antytt att någon rättar sig efter ett vägmärke bara i den mån som det finns ett regelmässigt bruk, en sedvänja.⁶⁹

Wittgenstein verkar mena att förbindelsen mellan regeln och följandet av densamma hör ihop med hur vi har tränats att följa en regel, och att det krävs en sedvänja (praxis) för att kunna följa en regel. Vi måste känna till hur pilen på skylten används.

Hur pilen på skylten används är givet för oss; vi är väl bekanta med hur regeln ska följas. Men hur blir det om den som ska följa regeln inte förstår eller känner till hur den används?⁷⁰ Ett annat exempel får belysa den

which ultimately give those language games their significance. The heart of the 'transcendental' problem thus ceased (for Wittgenstein) to lie in the formal character of linguistic representations; instead, it became an element in 'the natural history of man.'”, a s 223.

⁶⁸ Liknande exempel med vägmärken och pilar finns på flera ställen i Filosofiska undersökningar, se Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar* §§ 84–85, § 185 st 5 och § 198. Se även Samuelsson, J, *Tolkningslärans gåta* s 142 ff, som idén om att byta ut tolkningar mot tolkningar har inspirerats av. J Samuelsson använder Wittgensteins tankar om regel-följande för att undersöka avtalstolkningens väsen, se a s 135 ff.

⁶⁹ Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar* § 198, st 2 och st 3.

⁷⁰ Se för ytterligare exempel på sådana situationer, Malcolm, *Nothing is Hidden* s 158.

frågan: Anta att du står och lagar mat. Potatisen har kokat en kort stund, och du går ut och ropar till barnen: "Ni ska komma in om 15 minuter, då är maten klar.",⁷¹ varpå den frågvisse fyraåringen svarar: "Hur länge är det?" Även om vardagskontexten kanske inte direkt konnoterar till det kan frågan beskrivas som en fråga om hur en regel ska tillämpas, och hur dess innebörd ska förstås. Regeln, R_1 , kommer tydligare till uttryck i följande form: "Om 15 minuter är det mat, då ska ni komma in." För någon som kan klockan ter sig regelns innebörd självklar, men att förmå fyraåringen att förstå regeln kan vara svårare. Du kan förstås ge ytterligare förklaringar av regeln uppställda i form av nya regler, såsom: "När den långa visaren har flyttat sig till kvart över, då ska ni komma in." eller "När du har räknat till 60 15 gånger, då ska ni komma in." Dessa alternativa regler, R_2 och R_3 , förutsätter likväl att fyraåringen förstår klockan, att barnet känner till bruket av bland annat minuter och sekunder.⁷² För att fyraåringen ska kunna följa regeln behöver du antagligen ge en förklaring av regeln som barnet känner till *användningen* av. Exempelvis kan kanske regeln: "Om lika lång tid som ett julkalendernavsnitt pågår är det mat, då ska ni komma in." förstås av barnet i bemärkelsen att det kan följa regeln. Det kan då relatera till förklaringen av 15 minuter. Exemplet åskådliggör att för att förstå en regel, eller en förklaring av en regel, måste det finnas en förståelse av dess användning. Det krävs en förståelse av regelns praxis, för att kunna följa regeln.⁷³

Åt vilket håll pilen pekar eller hur lång tid 15 minuter är kan tyckas självklart, men det beror återigen på att användandet av dessa regler är väl känt för oss. Vi har en gemensam användning av dem.⁷⁴ Om sådana enkla regler kan synliggöra att det krävs förståelse av hur de används för att de ska kunna följas ligger slutsatsen nära till hands att det är av vikt att se till hur regler och förklaringar används och har använts i juridiken.

Skillnaden mellan majoritetens och det skiljaktiga justitierådets syn på frågan om fordrans uppkomst i rättsfallet NJA 1981 s 801 kan användas som exempel här. Exemplet kan visa på att det finns något ytterligare än regler och förklaringar som styr hur regler tillämpas.

Bakgrunden till fallet var att (konkurs)gäldenären önskade att sälja en viss fastighet. Gäldenären slöt avtal med ett mäklarbolag. Enligt avtalet

⁷¹ Framför allt kanske du ropar för att barnen inte ska bli besvikna när du sedan ropar ytterligare en gång och då uttrycker att de ska komma in på en gång.

⁷² Att barnet faktiskt skulle ha tålmodet att räkna till 60 15 gånger – då det skulle förta leken något – bortses från i detta sammanhang.

⁷³ Exemplet bygger på Wittgensteins resonemang om regelföljande, se Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 198.

⁷⁴ Eller för att återigen tala med Wittgenstein kan sägas att det råder samstämmighet i vår livs form, se Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 241.

gavs mäklarbolaget ett uppdrag att ordna en köpare av fastigheten mot provision. Mäklarbolaget anvisade en köpare. Sedermera gick gäldenären i konkurs, och konkursförvaltaren sålde fastigheten till köparen, som hade anvisats av mäklaren före konkursen. En av frågorna i målet var om mäklarbolagets provisionsfordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet (om det var en konkurs- eller en massafordran).⁷⁵ I förenklad mening kan den i målet aktuella regeln sägas ha varit: "Om fordran har uppkommit efter konkursutbrottet mot konkursboet, så är det en massafordran."

Majoriteten i Högsta domstolen avfattade domskälen på följande vis:

"Först efter konkursbeslutet undanröjdes visserligen genom konkursförvaltarens försäljning ovissheten, om bolaget skulle bli berättigat att uppbära provision eller inte. Men provisionsfordringen är i sådan väsentlig mån grundad på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktär av massafordran."⁷⁶

Fordran hade alltså uppkommit före konkursutbrottet enligt majoriteten. Det skiljaktiga justitierådet fann dock att fordran hade uppkommit först efter konkursutbrottet med följande skäl:

"Vid tidpunkten för konkursbeslutet hade mäklarbolaget enligt det anförda visserligen för sin del fullgjort vad som krävdes för att det skulle bli berättigat till provision i händelse av försäljning till den anvisade köparen. Likväl hade för mäklarbolaget då ännu ej uppkommit något anspråk mot industribolaget på provision, eftersom någon försäljning inte kommit till stånd. Sådant anspråk uppkom först genom konkursförvaltningens försäljning till den av mäklarbolaget anvisade köparen. Mäklarbolagets provisionsfordran har sålunda uppkommit först efter konkursbeslutet som en direkt följd av konkursförvaltningens åtgärder."⁷⁷

Majoriteten förlade uppkomsttidpunkten till före konkursutbrottet (för att den i väsentlig mån var grundad på vad som hade förekommit då), medan det skiljaktiga justitierådet förlade uppkomsttidpunkten till efter samma tidpunkt (eftersom försäljningen hade kommit till stånd då). Skillnaden tycks bestå i om avtal (och anvisning) var tillräckligt för att en fordran skulle ha uppkommit, eller om också försäljning krävdes. Det anfördes i all väsentlighet inga ytterligare argument för den ena eller andra lösningen. Skillnaden låg på så vis inte i att olika förklaringar av regeln ("Om fordran har uppkommit efter konkursutbrottet mot konkursboet,

⁷⁵ Se ovan vid not 37, om konkurs- och massafordran.

⁷⁶ NJA 1981 s 801, HD:s domskäl st 3.

⁷⁷ NJA 1981 s 801, justitierådet Höglunds skiljaktiga mening st 2.

så är det en massafordran.”) anfördes. Skillnaden tycks snarare ha bestått i någonting annat. Skillnaden tycks ha bestått i att regeln *användes* på olika sätt.

En regel (vilken som helst) kan ersättas av förklaringar av densamma, utan att någon klarhet i hur regeln ska tillämpas nås. Det verkar krävas att det finns en förståelse kring hur regeln, eller en förklaring av densamma, ska användas för att en förståelse om hur regeln ska följas och tillämpas ska kunna uppnås. Wittgenstein uttrycker det på följande vis:

”Vår paradox var denna: en regel kunde inte bestämma något handlingssätt, eftersom varje handlingssätt kan fås att stämma med regeln. Svaret var: Om varje handling kan fås att stämma med regeln, så kan också varje handling fås att brytas mot den. Därför funnes det här varken överensstämmelse eller motsättning.

Att det här föreligger ett missförstånd, visar sig redan däri, att vi i denna tankegång går från tolkning [förklaring] till tolkning [förklaring]; som om var och en tillfredsställde oss för ett ögonblick tills vi kommer att tänka på en tolkning [förklaring] som i sin tur ligger bakom den förra. Därigenom visar vi nämligen att det finns en uppfattning av en regel, som *inte* är en *tolkning* [förklaring]; utan som från fall till fall av användning yttrar sig i vad vi kallar ’att följa regeln’ och vad vi kallar ’att handla emot den’.

Därför har vi en böjelse att säga att varje handlande enligt regeln är en tolkning. Men ’tolkning’ [förklaring] borde man bara kalla det att man ersätter ett uttryck för regeln med ett annat.”⁷⁸

”Att följa regeln’ är därför en praxis.”⁷⁹

Likheten mellan Wittgensteins paradox i citatet och skillnaden mellan majoriteten och det skiljaktiga justitierådet i NJA 1981 s 801 är slående. Såväl majoritet som minoritet kunde få slutet att överensstämja med regeln, som något förenklat kunde beskrivas på följande vis: ”Om fordran har uppkommit efter konkursutbrottet mot konkursboet, så är det en

⁷⁸ Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 201. I den här återgivna svenska översättningen av Wittgenstein används som synes ordet tolkning. I juridiska sammanhang kan ordet tolkning dock ha ett något vidare betydelseområde än vad det får hos Wittgenstein. I juridiken kan tolkning beteckna både de argument som anføres för en viss tillämpning av en regel och till steget mellan regel och fall, se exempelvis Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 175 ff, om olika lagtolkningsläror som kan sägas anvisa hur hela steget mellan regel och fall ska tas. Se även Samuelsson, J, Tolkningens gåta s 154 ff, för denna användning av tolkningsbegreppet. Jfr t ex Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 44 f, som tycks använda tolkning för att fastställa en lags betydelse, språkligt sett, medan han använder ordet tillämpning för att beteckna den (rätts)tillämpning som sker mot bakgrund av de ändamål som lagregeln fyller i de enkla fallen. I den tyska originaltexten används ordet ”Deutung”, Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen § 201. Kanske hade en mer lämplig översättning varit tydning.

⁷⁹ Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 202.

massafordran.” Den regel som lokutionen fordrans uppkomst förekommer i kan inte i sig självt styra hur den ska tillämpas. Det är något ytterligare som ska till för att vi ska kunna veta hur regeln ska följas, nämligen en sedvana i att följa och använda regeln.⁸⁰

I den juridiska kontexten spelar det ingen större roll att minoriteten i NJA 1981 s 801 tillämpade regeln på ett annorlunda sätt än majoriteten. Distinktionen mellan regel, och dess förklaring, samt den praxis som uttrycks i hur regeln används får en speciell betydelse i juridiken; det har betydelse *vem* som använder regeln. Högsta domstolens användande är av principiellt sett större intresse än Svea hovrätts.

Skillnaden mellan majoriteten och minoriteten belyser dock en annan viktig aspekt av vår förståelse av de juridiska reglerna i kontrast till Wittgensteins exempel. Wittgenstein använder exempel i vilka det finns en samstämmighet i användningen. I många av de frågor som diskuteras nedan i avhandlingen finns inte någon sådan samstämmighet. Det är ofta de på det sättet svåra fallen som är intressanta för rättsvetenskapen (i vart fall om det rör sig om en rättsdogmatisk undersökning). Det illustreras av skillnaden mellan majoriteten och minoriteten i NJA 1981 s 801.

Distinktionen mellan en förklaring av en regel och den praxis som uttrycks i hur regeln används kan dock nyttjas även i de svåra fallen. Distinktionen kan tjäna till att uppmärksamma ytterligare nyanser, inte bara avseende de rättsliga normerna utan även beträffande till exempel argument som används i tillämpningen av en regel.

De svåra fallen är ofta av en mer komplex natur än pilen på vägmärket. Tillämpningen kan brytas ned i flera steg, vilket kan belysas med ett exempel. Lokutionen fordrans uppkomst ingår i 3 kap 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion. Av dessa bestämmelser följer (bland annat) att endast fordringar som har uppkommit före den kritiska tidpunkten omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion. I NJA 2014 s 537 har Högsta domstolen preciserat (förklarat) vad som krävs för att en fordran ska uppkomma i dessa fall. Domstolen uttalade att om fordran var svävande vid den kritiska tidpunkten är frågan om huruvida den har uppkommit vid samma tidpunkt i hög grad beroende av ändamålet med bestämmelserna. Denna regel preciserades (förklarades) ytterligare av Högsta domstolen. Domstolen uttalade nämligen: ”Tanken är att fordringar vars infriande vid den kritiska tidpunkten är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga omfattas av ackordet [...]”.⁸¹ Regelutbyttandet kan (något förenklat) beskrivas schematiskt på följande sätt:

⁸⁰ Se även Malcolm, *Nothing is Hidden* s 155; Edwards, *The Authority of Language* s 166 f.

⁸¹ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

Abstraktion



Konkretion

Om en fordran har uppkommit före den kritiska tidpunkten, så omfattas den av ackordet.

Om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten, så bestäms fordrans uppkomsttidpunkt (bland annat) med ändamålet (och syftet) med den relevanta bestämmelsen.

Om infriandet av fordran är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten, så omfattas den av ackordet.

Den här undersökta distinktionen mellan en förklaring av en regel och den praxis som användandet ger uttryck för kan appliceras på varje steg i den schematiska beskrivningen.⁸² Regeln *och* de potentiella förklaringarna av densamma (exempelvis i form av argument) kan på så vis inte avgöra hur regeln ska tillämpas.⁸³ För att vi ska kunna följa regeln krävs något ytterligare, nämligen att vi känner användningen av regeln eller förklaringen av densamma.

Att distinktionen även gäller för argumenten är av värde för hur de svåra fallen kan gripas an. Vi jurister är tränade till att följa en viss användning av en regel eller ett argument.⁸⁴ Vi kan sägas ha vår egen ratio-

⁸² Se Edwards, *The Authority of Language* s 167: "[...] for cannot an interpretation *itself* be variously interpreted? Unless one imagines an interpretation as a kind of magical mental act whose 'meaning' is absolutely and intrinsically transparent from the first, one must realize that merely adding an interpretation to a rule gets one no further in answering the question of how rules actually do their work. It merely poses the question yet again."

⁸³ Regeln kan alltså inte föreskriva slutsatsen i det enskilda fallet. Det är en slutsats som Wittgenstein inte på något sätt är ensam om att nå, se exempelvis Derrida, *Lagens kraft* s 33: "Varje fall är enskilt, varje beslut är olik och kräver en fullkomligt egen tolkning, som inte någon existerande och kodifierad regel vare sig kan eller bör kunna absolut garantera." Se även McCormick, *Derrida on Law* s 42, om Derridas tankar om att regeln inte ger svaret: "Decisionism emphasizes the ultimately ungrounded nature of human choice such that all action is rendered irredeemably arbitrary and divorced from reason. The moment or fact of decisions to act takes precedence over their justification or quality." Se även den danske rättsteoretikern Zahle, *At forske ret* s 160. Att en regel inte kan föreskriva dess tillämpning är också ett återkommande tema i J Samuelssons *Tolkningslärans gåta*, där han studerar detta tema med hjälp av bl a Savigny, Kant och Wittgenstein. Liksom regeln inte kan ge slutsatsen i det enskilda fallet kan inte en viss metod för forskningen ge forskningsresultaten. En "vetenskaplig" metod för rättsdogmatiken kan på samma sätt inte ge svaret på hur reglerna ska tolkas och systematiseras. Se ovan i not 63 och nedan i noterna 119 och 135, om förutsättningarna för att ange en "vetenskaplig" metod för rättsdogmatiken.

⁸⁴ Se det ovannämnda uttalandet från Wittgenstein strax efter not 68.

nalitet.⁸⁵ Det kan till och med sägas vara en nödvändighet för juridiken, att vi i allmänhet är överens om hur vissa begrepp, regler och argument ska förstås och användas.⁸⁶ Användandet av de olika reglerna kan ändå skilja sig åt, vilket kom till uttryck i skillnaden mellan majoriteten och minoriteten i NJA 1981 s 801, liksom att användandet av de olika argumenten också kan skilja sig åt. I de svåra fallen – när det inte finns en överensstämmelse i hur vi använder regeln – kan vi ofta luta oss mot hur de olika argumenten har använts. Argumentens användning kan då ge en viss stadga åt diskussionen.

Mot bakgrund av en sådan syn på regeltillämpningen i juridiken – med sådana teoretiska utgångspunkter – är det inte tillräcklig att lägga fram argument för vad som krävs för att en fordran ska uppkomma. Det är inte heller tillräckligt att lägga fram de olika förklaringarna (argumenten och argumentationslinjerna)⁸⁷ särskilt. Hur argumenten och argumentationslinjerna har *använts* måste också studeras, eftersom det är på det viset vi når förståelse av hur de har tillämpats. I förlängningen är det

⁸⁵ Se Edwards, *The Authority of Language* s 184 f, som mot bakgrund av Wittgensteins filosoferande om regelföljande gör poängen att rationalitet i sig självt inte är något annat än en viss träning i att imitera andras regelföljande. En liknande tanke finns hos Gadamer, se nedan i not 99, om att fördomen mot fördomen är en tanke från upplysningen. Gadamer menar i stället att traditionen behövs för att förstå begrepp, såsom rationalitet, se Gadamer, *Truth and Method* s 284 ff. Se även Warnke, Hans-Georg Gadamer s 105, som uttalar följande om Gadamer tankar i denna fråga: "Våra föreställningar om vad som utgör ett objektivt omdöme eller ett rationellt beslut ingår själva i en viss tradition. Det vi anser vara en objektiv, obetingad bestämning av ett givet forskningsobjekt är självt betingat av vår tradition, eller mer precist: av det som i vår tradition anses vara objektivt och obetingat. I detta sammanhang menar Gadamer att upplysningens misstag var att utveckla en helt ohistorisk föreställning om förnuft och därmed ställa förnuft och metod mot fördom och tradition. Men att inse att all förståelse av en sak med nödvändighet är bestämd av fördomar är att inse att själva begreppet förnuft refererar till det som har kommit att uppfattas som förnuftigt inom en viss tradition. Vår föreställning om förnuftet har alltså själv sin grund i traditionen, varför det inte finns någon rim och reson i att ställa förnuft och tradition i motsats till varandra." Jfr även Legrand, *Word/World* s 192: "[R]eason is language. This means that there is no pure reason that exists independently of language, that reason cannot be separated from the actual, cultural conditions of its existence, that reason cannot be envisaged as alingual (or acultural)."

⁸⁶ Se Wittgenstein, *Zettel* § 351, som skriver på följande sätt om förutsättningen för vårt färgbegrepp: "Om människorna i allmänhet inte vore överens om tingens färger, om oenigheter inte hörde till undantagen, skulle vårt färgbegrepp inte kunna finnas." Nej: – vårt färgbegrepp *skulle inte finnas*." Enligt Wittgenstein är alltså en förutsättning för vårt färgbegrepp att vi i stort sett är överens om dess användning. Se även Diamond, *Rules* s 19 f. På ett liknande sätt kan påstås att *vår* juridik förutsätter att vi i allmänhet är överens om hur vissa begrepp, regler och tolkningar ska förstås – annars hade det inte varit *vår* juridik.

⁸⁷ Se nedan under avsnitt 5.2, om argumentationslinje.

också på det viset vi når förståelse av vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkterna som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.⁸⁸

Självfallet kommer inte samtliga tänkbara argument att kunna studeras. Avhandlingen skulle i sådant fall komma att utgöra en studie av juridiska argument inom insolvensrätten. En sådan inriktning står inte i överensstämmelse med studiens inriktning. Hänsyn måste också tas till de institutionella förutsättningarna som råder för forskarutbildningen (avhandlingen bör vara klar efter fem år). Sammantaget innebär bland annat detta att ett visst våld utövas på rättskällorna – att vissa strukturer lyfts fram. För övrigt medför varje sammanställning av rättskällorna och varje tolkning av en rättskälla att ett visst våld utövas, eftersom ingen förklaring eller sammanställning kan göra källorna full rättvisa.⁸⁹ Varje struktur som materialet inordnas i leder till att vissa aspekter lyfts fram och att andra döljs.⁹⁰ Valet av vilka argument och argumentationslinjer som har behandlats baseras på en avvägning mellan att undvika att bli alltför reduktionistisk i förhållande till rättskällorna – att lyfta fram alldeles för få strukturer och att utöva alltför mycket våld på källorna – och att kunna presentera en bild av de mest relevanta argumentationslinjerna.

Med denna målbild framför mig har jag undersökt de rättskällor som är relevanta för studieobjektet och försökt att vara lyhörd inför vilka argument och argumentationslinjer som finns i rättskällorna. Det ska dock sägas att det är präglad av min *förförståelse* av juridiken, och att en annan rättsvetenskapare skulle kunna ha fått syn på och betonat andra argument och argumentationslinjer. Men det är oundvikligt.⁹¹ Rättsvetenska-

⁸⁸ Jfr även nedan under avsnitt 2.3, om förförståelsens roll i tolkningen. Här kan tilläggas att det i brödtexen endast är tal om hur avhandlingen ska bedrivas och varför. Jag önskar därmed inte tillskriva Wittgenstein någon ståndpunkt i hur mening nås. "Meaning is use" är något som annars brukar tillskrivas Wittgenstein, men det kan ifrågasättas, se exempelvis Diamond, *The Realistic Spirit* s 243; Conant, *Wittgenstein on Meaning and Use* s 238 ff; Gustafsson, M, *Entangled Sense* s 1 f och s 5 ff.

⁸⁹ Samuelsson, J, *Hermeneutik* s 381.

⁹⁰ Se Derrida, *Writing and Difference* s 31, som skriver om strukturalism på följande vis: "It may be acknowledged, then, that in the rereading to which we are invited by Rousset, light is menaced from within by that which also metaphysically menaces every structuralism: the possibility of concealing meaning through the very act of uncovering it."

⁹¹ En sådan tanke står i samklang med att det inte finns några neutrala fakta, utan att alla fakta är teoriberoende. Feyerabend har på ett intresseväckande sätt beskrivit delar av den kopernikanska revolutionen, och hur den förändrade vetenskaparnas syn på fakta. Han konstaterar att fakta är konstituerade av äldre ideologier, se Feyerabend, *Against Method* exempelvis s 33 ff, särskilt s 47. Om inte fakta kan observeras neutralt, utan att observationen blir teoriberoende, kan inte heller rättskällorna läsas neutralt, utan att läsningen präglas av teori. Se vidare nedan under avsnitt 7.3. Se även nedan under avsnitt 2.3, om förförståelsens betydelse för tolkningen.

paren behöver dock reflektera över vad den egna förförståelsen innebär i förhållande till materialet.⁹²

Argumenten och argumentationslinjerna behöver alltså studeras särskilt med avseende på deras användning. Det kommer att ske under avdelning II. De argument och argumentationslinjer som valts har redan framskyttat. Det rör sig om den syftes- och ändamålsförankrade metod som Högsta domstolen har betonat på senare år (nedan benämnt funktionalism), villkorsläran, principen om den väsentliga grunden och olika typer av systemargument. Studien i avdelning II är disponerad på det sättet att först undersöks argumentationslinjerna och systemargumenten var för sig, innan en jämförelse av dem tar vid. I den direkta kontrasten mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten blir vissa aspekter av hur de har använts tydligare. Vad som har varit viktigt att beakta i undersökningen i avdelning II kommer att presenteras närmare i nästa avsnitt.

2.3 Den omvända ordningen mellan förståelse och tolkning: Vad som kommer att vara viktigt för studien i avdelning II

Under avsnitt 1.3 ovan återgavs en debatt om fordrans uppkomst mellan Lindskog och Schultz. Debatten präglades av ett kommunikationssammanbrott: Lindskog sade sig å ena sidan ha svårt att tro på att Schultz ens menade vad han sa. Schultz å andra sidan konstaterade att de hade vitt skilda utgångspunkter i frågan. Skilda utgångspunkter präglar även stora delar av rättskälleläget beträffande just frågan om fordrans uppkomst.⁹³ Det har varit en stor utmaning att försöka att förstå dessa vitt skilda utgångspunkter i (bland annat) studien av argumenten och argumentationslinjerna. Det är lätt hänt att utgångspunkt tas i det egna samtalets premisser när vissa argumentationslinjer betraktas.⁹⁴ Men just den vet-

⁹² Avhandlingens första avdelning ger uttryck för en sådan reflektion. Jfr även Alvesson, M & Sköldberg, *Tolkning och reflektion* s 382, som förespråkar en reflexiv metodologi: "Idén med reflektion, som vi ser det, är att förmå bryta sig ut ur en viss bestämd referensram och se vad denna inte förmår säga."

⁹³ Jfr kapitlen 6, 7, 8 och 9 nedan, och de argument och argumentationslinjer som presenteras där. Se även kapitel 10, där dessa argument och argumentationslinjer jämförs.

⁹⁴ Jfr Benjamin, *Theses on the Philosophy of History*. Verket kan ses som en reflektion över det mörker som lade sig över Europa, och särskilt hans eget hemland Tyskland, under det sena 30-talet – ett mörker som i allra högsta grad angick Benjamin personligen eftersom han var jude. Han skrev ett antal aforismer på temat, medan han var på flykt från mörkret. Aforismerna publicerades postumt; han undkom inte mörkret, se Arendt,

skapen är nödvändig för att börja förstå de olika argumentationslinjerna och argumenten. I detta avsnitt ska vi uppehålla oss något längre vid det som jag tror är anledningen till kommunikationssammanbrottet. Den anledningen kommer nämligen också vara viktig att beakta i undersökningen av argumenten och argumentationslinjerna.

Vi föreställer oss nog att vi måste läsa en text för att förstå den – det motsatta vore absurt. Vi kan inte förstå en text innan vi har läst den! På motsvarande sätt föreställer vi oss nog att vi måste tolka en text för att nå förståelse av den. Om vi vänder på ordningen (det vill säga att en förståelse av texten finns redan innan en text tolkas) kan vi dock få syn på något. Vi kan få syn på något om hur förståelse nås, och hur det påverkar vår egen förmåga att förstå en text. Kanske framstår det som en smula märkligt, att förståelse av en text skulle finnas redan innan vi tolkar den, men tillåt mig att lägga ut texten om hur förståelse går till.⁹⁵

Den tolkning som du just nu gör av detta avsnitt kan användas som exempel. Redan före det att du läser och tolkar detta avsnitt har du en viss förståelse av vad en juridisk avhandling är, hur ett metod- och teoriavsnitt vanligen skrivs och så vidare. Din förståelse är också riktad åt ett visst håll när du tar dig an avsnittet (genom att inleda din tolkning av det). Du förväntar dig att få reda på något om just denna avhandlings teoretiska och metodologiska inriktning. Du har också en begreppsapparat (eller uttryckt med andra ord en viss språklig förståelse), som du kommer att använda i din tolkning. Ord som metod och teori är centrala. Din *förför-*

Walter Benjamin s VI ff och s XXV ff. I verket kritiserar Benjamin bl a det att historien ofta beskrivs som en obruten följd av framsteg: "A Klee painting named 'Angelus Novus' shows an angel looking as though he is about to move away from something he is fixedly contemplating. His eyes are staring, his mouth is open, his wings are spread. This is how one pictures the angel of history. His face is turned toward the past. Where we perceive a chain of events, he sees one single catastrophe which keeps piling wreckage upon wreckage and hurls it in front of his feet. The angel would like to stay, awaken the dead, and make whole what has been smashed. But a storm is blowing from Paradise; it has got caught in his wings with such violence that the angel can no longer close them. This storm irresistibly propels him into the future to which his back is turned, while the pile of debris before him grows skyward. This storm is what we call progress.", a nr IX. Att exempelvis utgå från dagens funktionalism i beskrivningen av andra argument och argumentationslinjer vore att se på historien som just en sådan serie av händelser som Benjamin talar om. Det vore att beskriva de andra argumenten och argumentationslinjerna på vinnarnas sätt, jfr även exempelvis a nr VII.

⁹⁵ Det hermeneutiska tankegodset ger uttryck för en fundamentalontologi, vilket innebär att det inte är en metod eller ens en teori om förståelse. Anspråket är i stället att förståelse nås på just detta sätt, se Fehér, Hermeneutics and Ontology s 162 ff, för en beskrivning av hur hermeneutiken vände sig mot ontologin. Se även Heidegger, *Vara och tid* s 2 ff, om Heideggers tänkande om varats mening. Se vidare om detta i exempelvis Gadamer, *Truth and Method* s 278 ff; Caputo, *Radical hermeneutics* s 69 ff.

ståelse är grundad i den tradition du befinner dig i – den utgör alltså inte enbart din egen förståelse, utan den är beroende av kontexten.⁹⁶ Redan innan din tolkning tar sin början har du alltså en viss förförståelse, som är sprungen ur den tradition i vilken du befinner dig. Den efterkommande tolkningen tar avstamp i och präglas av denna förförståelse.⁹⁷

⁹⁶ Se Gadamer, *Truth and Method* s 305: "The anticipation of meaning that governs our understanding of a text is not an act of subjectivity, but proceeds from the commonality that binds us to the tradition." Se även a s 307: "Every age has to understand a transmitted text in its own way, for the text belongs to the whole tradition whose content interests the age and in which it seeks to understand itself. The real meaning of a text, as it speaks to the interpreter, does not depend on the contingencies of the author and his original audience. It certainly is not identical with them, for it is always co-determined also by the historical situation of the interpreter and hence by the totality of the objective course of history." Se även Gadamer, *Philosophical Hermeneutics* s 8 ff. Jfr även Legrand, *Word/World* s 220, som pekar på traditionens roll i tolkningen av andra rättsordningar: "When the interpreter comes to the other's law and purports to make sense of it, the anticipation of meaning that he brings to bear to the act of ascription is, in fact, profoundly historical and, in that sense, deeply traditional. The meanings that the interpreter brings to the act of interpretation were internalized by him as he was thrown into a tradition (linguistic, legal, and otherwise) that constituted him as the individual that he is (and as a member of the tradition)."

⁹⁷ Se Heidegger, *Vara och tid* s 148, som i fråga om förförståelsen vi har redan innan vi börjar tolka bl a uttrycker: "Utläggningen [tolkningen] har existentiellt sin grund i förståndet, snarare än att det senare skulle uppstå genom det förra. Utläggning handlar inte om att få kännedom om det förstådda, utan om att utarbeta de i förståndet utkastade möjligheterna." Heidegger kan sägas nyttja tre begrepp, förehav, föresikt och föregrepp, vilka belyser hur den omvända ordningen går till, se a s 148 ff. Se om dessa tre begrepp Fehér, *Prejudice and Pre-Understanding* s 282, som förklarar dem på följande sätt: "Interpretation operates, first, in such a way that what we set out to interpret is something we always already possess in advance (fore-having or also pre-possession). Interpreting is then being carried out, second, 'under the guidance of a point of view,' through which and with the help of which we perceive or, as it were, first catch *sight* of what we are interpreting. This kind of sight is the 'fore-sight,' in that it proceeds with care, caution, carefulness, wariness, circumspection, and prudence (the German term, 'Vorsicht,' means originally 'caution'). Interpretation, finally, with its 'fore-having,' and 'fore-sight,' is always already moving ahead (or reaching out) in the direction of—having always already decided in favor of—a certain conceptuality, being thereby in the state of a certain intermediate or pre-conceptuality, and this is the 'fore-conception.'" Heidegger tycks peka på hur dessa tre begrepp och tolkningen av exempelvis en text hör ihop (med sitt minst sagt unika och svårtolkade uttryckssätt): "Utläggningen [tolkningen] av något såsom något är väsentligen funderad genom förehav, föresikt och föregrepp. Utläggning är aldrig ett förutsättningslöst fattande av något förutgivet. När man vid ett särskilt konkret fall av utläggning, i bemärkelse av en exakt texttolkning, gärna åberopar sig på det som 'står där', så är det som först av allt 'står där' ingenting annat än utläggarens självklara, odiskuterade förutfattade mening, vilken med nödvändighet ligger i varje utläggningsansats som det som i och med en utläggning överhuvudtaget redan har 'satts', det vill säga förutgivits i förehav, föresikt och föregrepp.", a s 148 ff, citatet på s 150. Se även Ruin,

Din tolkning tar emellertid inte enbart sin utgångspunkt i din förförståelse. När du väl börjar tolka texten kommer en viss mening av texten som helhet att projiceras utifrån förförståelsen.⁹⁸ Användandet av begreppet rättsdogmatik under avsnitt 2.1 innebar säkerligen att en viss mening projicerades på hela kapitlet. Den projicerade betydelsen grundas i din förförståelse.⁹⁹ Varje ny tolkning innebär att förståelsen sedan förändras.

Kommentar till Heideggers Varat och tiden s 58 f, från vilken exemplen i brödtexten är inspirerade av. Se även Caputo, *Radical hermeneutics* s 69 ff.

⁹⁸ Se Gadamer, *Truth and Method* s 278 ff. Se även Weinsheimer, *Gadamer's Hermeneutics* s 166, som i tolkningen av Gadamer i här relevant avseende uttrycker: "Understanding is projection, and what it projects are expectations that precede the text. They 'jump the gun,' as it were, because they anticipate a meaning for the whole before arriving at it. What the interpreter projects in advance is what he understands already—that is, before beginning." Jfr Heidegger, *Vara och tid* s 150 ff, som har sagts finna varats mening i denna förförståelse (eller förstruktur). I vart fall av Caputo, *Radical Hermeneutics* s 71: "It is in virtue of this theory of fore-structures that Heidegger can offer a theory of meaning (Sinn) [hänvisningar uteslagna]. To know the 'meaning' of something is to know that in terms of which it is to be projected, the horizon in terms of which it should be cast, the sphere to which it belongs. This horizon is set by the fore-structures." Se även Ruin, *Kommentar till Heideggers Varat och tiden* s 59, som i denna fråga tolkar Heidegger på följande sätt: "Mening är inte för honom [Heidegger] något som finns hos texter eller budskap, något som man på ett eller annat sätt kan hitta eller vaska fram. Mening är tvärtom en existential, det vill säga något som hör till tillvarons sätt att vara. Meningen är det som växer fram ur förehavet, föresynen och föregreppet, som ett 'i riktning mot vad? [...]' Det är således endast tillvaron som kan vara meningsfull eller meningslös (s 152 [Vara och tid]).". Meningen finns inte någon annanstans än just i den utkastande rörelse i vilken tillvaron vänder sig mot världen, en rörelse som i det här speciella fallet gestaltas som mötet med en text."

⁹⁹ Att vi skulle kunna tolka en text utan hjälp av våra fördomar är alltså en omöjlighet. Gadamer beskriver hur fördomen mot fördomen stammar från upplysningen. Det är först då, under upplysningen, som fördomen får dess negativa konnotationer enligt Gadamer. Han menar att genom det tänkande som upplysningen representerar gjordes försök att förstå traditionen, och ytterst världen, utan fördomar, se Gadamer, *Truth and Method* s 284 ff. Se även Warnke, *Hans-Georg Gadamer* s 99 ff, om detta. Vad gäller grunden för såväl vetenskapen som kunskapen fanns inget utrymme för fördomar under upplysningen. Upplysningen kan delas in i två huvudsakliga inriktningar, empirismen och rationalismen, vilka skildes åt avseende vad vetenskapen skulle baseras på. I empirismen grundades kunskapen på empirin, medan i rationalismen grundades den i det sunda förnuftet, se exempelvis upplysningstänkaren och tillika empiristen Lockes tanke om människan som ett oskrivet blad, ett tabula rasa, i vilket kunskap skrivs in genom erfarenheten: "Let us then suppose the mind to be, as we say, white paper void of all characters, without any ideas. How comes it to be furnished? Whence comes it by that vast store which the busy and boundless fancy of man has painted on it with an almost endless variety? Whence has it all the materials of reason and knowledge? To this I answer, in one word, from experience. In that all our knowledge is founded, and from that it ultimately derives itself. Our observation, employed either about external sensible objects, or about the internal operations of our minds perceived and reflected on by ourselves, is that which supplies our understandings with all the materials of thinking. These two are the foun-

När du läste avsnittet om Wittgenstein och regelföljande förändrades säkerligen din förståelse av på vilket sätt den rättsdogmatiska studien ska bedrivas.

Rörelsen mellan tolkning och ytterligare förståelse kan beskrivas som en cirkelrörelse.¹⁰⁰ För att försöka nå en god tolkning av texten måste

tains of knowledge, from whence all the ideas we have, or can naturally have, do spring.”, Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* s 95. Empirin är alltså grunden för kunskapen hos Locke. Den andra riktningen inom upplysningen, rationalismen, får här representeras av Descartes. Hans utgångspunkt var tvivlet och utifrån detta sökte han grunden för säker kunskap, vilket bl a tar sig uttryck i den första av hans fyra metodregler: ”Den första regeln var att aldrig godta något som sant, om jag inte klart insåg att det var det, eller – med andra ord – att omsorgsfullt undvika överilning och förutfattad mening och låta mina omdömen blott omfatta sådant som stod så klart och så tydligt för mitt *förstånd*, att jag inte hade någon anledning att betvivla det. [Min kursivering]”, Descartes, *Avhandling om metoden* s 41. Här blir det tydligt att det är förnuftet som är utgångspunkten och inte empirin som hos Locke. Empirin kan nämligen bedra oss enligt Descartes: ”Det är ju så att allt jag hittills betraktat som mest sant har jag mottagit från sinnena eller medelst dem. Men nu har jag kommit underfund med att de ibland bedrar oss, och det är klokt att aldrig helt lita på sådana som bedragit oss, det må vara blott en enda gång.”, Descartes, *Betraktelser över den första filosofin* s 103. Den säkra kunskapens grund blir sedermera det som brukar uttalas som jag tänker, alltså finns jag. Och det är på denna grund Descartes baserar sin vetenskap, se om detta Descartes, *Avhandling om metoden* s 108 ff. Empirisismens och rationalismens grund för kunskap kan jämföras med Heideggers sätt att beskriva hur vi når förståelse. Heideggers tänkande belyser hur vi har en förståelse, som skulle kunna sägas utgöras av just fördomar, vilken präglar tolkningen och möjlighet till att nå ny förståelse, ny kunskap, se ovan vid not 97. På det oskrivna bladet eller i det sunda förnuftet finns inget utrymme för sådana fördomar. Hos Gadamer är fördomar själva förutsättningen för att kunna förstå något, se Gadamer, *Truth and Method* s 278 ff. Se vidare Fehér, *Prejudice and Pre-Understanding* s 280, som uttrycker Gadamers ståndpunkt så här: ”In short, while according to the modern view, in order to understand we have to be exempt/free from prejudices, according to Gadamer’s contrary view, in order to understand we have to possess prejudices.” Se även Warnke om Gadamers tankar i not 85 ovan.

¹⁰⁰ Cirkeln ska inte ses som något ont eller dåligt här utan snarare som något gott, se Heidegger, *Vara och tid* s 153, som tycks mena att strävanden mot att undvika ett cirkulärt och rent objektivt tänkande missförstår förståelsens natur; cirkeln är en del av förståelsens natur: ”Cirkeln får inte degraderas till en *vitiosus* [en ond cirkel], inte ens till en tolererad sådan. Förborgad i denna cirkel ligger en positiv möjlighet till den mest ursprungliga kunskap, som förvisso bara greppas på äkta vis när utläggningen [tolkningen] har förstått att dess första, ständiga och slutliga uppgift förblir att inte låta sig föreges förehav, föresikt och föregrepp genom infall och folkliga begrepp, utan att vid utarbetningen av dessa säkra det vetenskapliga temat utifrån sakerna själva.”, a st. Följande citat i Heidegger a a s 153, menar jag också är belysande för den tanken: ”Det avgörande är inte att komma ut ur cirkeln, utan att komma in i den på rätt sätt.” Se även Lindroos-Hovinheimo, *Retracing One’s Steps* s 166 f. Se även Grondin, *The Hermeneutical Circle* s 299, som beskriver den hermeneutiska cirkeln så här: ”The hermeneutical circle is one of the most fundamental and contentious doctrines of hermeneutical theory. In its most basic form in contemporary hermeneutics, it is the idea that we always understand or interpret out of

läsaren försöka att nå en förståelse som är baserad på texten snarare än på den egna förförståelsen – det senare skulle ju innebära godtycklighet.¹⁰¹

Att försöka nå en icke-godtycklig tolkning är något naturligt, som alltid kommer till uttryck när vi till exempel läser en äldre text, med ett annat språkbruk. Vi försöker att förstå texten i linje med det äldre språkbruket. Utmaningen blir större om vi är omedvetna om skillnaden mellan exempelvis ett visst språkbruk i texten och vår egen förförståelse, såsom när vi utgår från att ett visst begrepp har en viss betydelse i den text vi tolkar, medan begreppet i själva verket har givits en annan betydelse. Är vi öppna inför textens mening och intresserade av den kommer vi att kunna uppmärksamma dessa skillnader. Betydelsen kan ofta bli tydligare då vår förståelse ställs mot hela textens betydelse. Den hermeneutiska uppgiften blir att ifrågasätta den egna förståelsen och finna den goda förförståelsen, bland annat genom att ifrågasätta den egna traditionens sätt att beskriva andra traditioner.¹⁰²

Det är på precis den punkten den hermeneutiska cirkeln, och framför allt (för)förståelsens påverkan på tolkningen, kan hjälpa oss att förstå

some presuppositions. In a slightly different reading, which goes back to ancient rhetoric and hermeneutics, the circle is that of the whole and its parts: we can only understand the parts of a text, or any body of meaning, out of a general idea of its whole, yet we can only gain this understanding of the whole by understanding its parts. In both versions, the basic idea is the same, namely, that there is no such thing as an understanding without presuppositions." Se även vidare a a s 299 ff.

¹⁰¹ Se Heidegger noten närmast ovan, samt Caputo, *Radical Hermeneutics* s 71, där han uttalar: "Far from wanting to approach things without presuppositions, understanding is precisely a question of finding the right presuppositions, i.e., the right forestructural complex."

¹⁰² Se Gadamer, *Truth and Method* s 280, som har uttryckt sina tankar om detta på följande sätt: "A person who is trying to understand is exposed to distraction from fore-meanings that are not borne out by the things themselves. Working out appropriate projections, anticipatory in nature, to be confirmed 'by the things' themselves, is the constant task of understanding. The only 'objectivity' here is the confirmation of a fore-meaning in it its being worked out. Indeed, what characterizes the arbitrariness of inappropriate fore-meanings if not that they come to nothing in being worked out? But understanding realizes its full potential only when the fore-meanings that it begins with are not arbitrary." Se även Weinsheimer, *Gadamer's Hermeneutics* s 167, som tolkar Gadamer på följande sätt: "Yet, since we are prepared for the text to say something new, we read with an openness to the unexpected. Rather than stubbornly persisting in our preconceptions, we stand ready to revise them—and not because we are prepared to believe anything, nor because we merely want to know what the author has to say on the topic, but instead because we too want to know and learn about it." Se även Di Cesare, *Gadamer* s 88 f, på temat. Jfr även kapitlet 6 och 7 nedan, om villkorläran och principen om den väsentliga grunden, vilka skulle kunna beskrivas som substantialism utifrån funktionalismens utgångspunkter. Se även vidare nedan under avsnitt 10.2, på samma tema.

anledningen till kommunikationssammanbrottet mellan Lindskog och Schultz. Det säger också något om vad som kommer att vara viktigt för hur studien i avdelning II ska bedrivas. I debatten menade Schultz bland annat att innan det finns en skada kan en skadeståndsfordran inte uppkomma, ens villkorligt. Skadeståndsfordrans uppkomsttidpunkt skulle, som huvudregel, bestämmas med hjälp av skadeståndsrätten. Lindskog påpekade att fordrans uppkomsttidpunkt skulle bestämmas relativt, utifrån den regelkontext som aktualiserades i det enskilda fallet.¹⁰³

Genom att få syn på att vi har en förförståelse, som påverkar sättet på vilket vi tolkar texten, kan vi också reflektera över vår egen förförståelse i vår tolkning.¹⁰⁴ Exempelvis kan vi reflektera över hur vår egen förförståelse av begrepp påverkar vår tolkning av en text, såsom om vi utgår från att frågan om fordrans uppkomst ska bedömas utifrån vilken typ av fordran det rör sig om (det leder i sin tur till exempelvis en avtalsrättslig eller en skadeståndsrättslig bedömning) eller om frågan om fordrans uppkomst ska bedömas utifrån den regelkontext som aktualiseras i tillämpningssituationen (det leder i sin tur till exempelvis en insolvensrättslig bedömning). En sådan förförståelse påverkar tolkningen när vi tar oss an en juridisk text, oavsett om det är en lagtext, ett rättsfall eller en rättsvetenskaplig text.

¹⁰³ Se ovan under avsnitt 1.3.

¹⁰⁴ Se även Gadamer, *Truth and Method* s 281 f, som där uttalar: "A person trying to understand something will not resign himself from the start to relying on his own accidental fore-meanings, ignoring as consistently and stubbornly as possible the actual meaning of the text until the latter becomes so persistently audible that it breaks through what the interpreter imagines it to be. Rather, a person trying to understand a text is prepared for it to tell him something. That is why a hermeneutically trained consciousness must be, from the start, sensitive to the text's alterity. But this kind of sensitivity involves neither 'neutrality' with respect to content nor the extinction of one's self, but the foregrounding and appropriation of one's own fore-meanings and prejudices. The important thing is to be aware of one's own bias, so that the text can present itself in all its otherness and thus assert its own truth against one's own fore-meanings." Se även Warnke, Hans-Georg Gadamer s 112: "Man måste i varje enskilt fall pröva sina antaganden om mening i vad Gadamer uppfattar som en öppenhet inför textens annanhet eller särdrag och inför den utmaning mot ens egna åsikter som texten kan utgöra. Om man omvänt från början överger detta kriterium om sanning, finns det inget sätt att avgöra om textens orimligheter härrör från dess inre brister eller från ens egen oförmåga att förstå den. Därav följer att man blir oförmögen att revidera eller bekräfta sina egna tolkningsförslag." och "För Gadamer är alltså möjligheten att skilja mellan godtyckliga fördomar som förvränger meningen och dem som belyser den, beroende av en öppenhet inför den möjliga sanningen i den text som studeras.", a s 113. Jfr även Janik & Toulmin, Wittgenstein's Vienna s 27: "George Santayana used to insist that those who are ignorant of the history of thought are destined to re-enact it. To this, we shall here add a corollary: that those who are ignorant of the context of ideas are, similarly, destined to misunderstand them."

Det framstår alltså som att kommunikationssammanbrottet utgör ett exempel på att samtalsparternas förförståelse hindrat deras akademiska samtal. Samtalsparterna tycks i (alltför) hög grad ha påverkats av sin egen förförståelse när de har tolkat texter i vilka andra utgångspunkter har tagits.¹⁰⁵ Det skulle i vart fall kunna förklara varför de uttrycker att de inte förstår varandras inlägg.

I jämförelse innebär det hermeneutiska idealet att vara lyhörd inför skillnader mellan texten och den egna förståelsen. Det hermeneutiska idealet innebär att vara lyhörd inför hur textens utgångspunkter skiljer sig från de utgångspunkter, den förförståelse, tolkaren har. Det hermeneutiska idealet förutsätter därför en medvetenhet om tolkarens egen förförståelse, om tolkarens egna fördomar.¹⁰⁶

Tankegodset är inte någon egentlig metod för avdelning II, eftersom det inte alls rör sig om någon metod, utan det sätt på vilket förståelse nås.¹⁰⁷ Hermeneutiken kan snarare bidra till att vi uppmärksammar vissa drag i hur förståelse nås av en text och vad som påverkar hur vi tolkar texten. Hermeneutiken belyser att vi måste försöka att undvika att vår egen förförståelse hindrar en god tolkning av texten. Den insikten är viktig i studien under avdelning II. Insikten kommer hela tiden behöva vara närvarande i undersökningen av argumenten och argumentationslinjerna.

I detta och i det närmast föregående avsnittet har temat varit hur studien i avdelning II ska bedrivas på ett allmänt plan. Under avdelning II kommer också en rad mer specifika verktyg användas i undersökningen av argumenten och argumentationslinjerna. Exempelvis kommer det rossianska kopplingsbegreppet samt distinktionen mellan regel och princip att användas i studien av principen om den väsentliga grunden under kapitel 7. Även om dessa verktyg också kan inordnas under sådant som kan kategoriseras som teori- och metodfrågor har jag funnit det lämpligare att presentera verktygen när de används. Framställningen skulle annars

¹⁰⁵ Se exempelvis ovan under avsnitt 1.3, om Linds kogs kritik av Schultz för att han undersöker skadeståndsfordrans uppkomst såvitt avser preskription och kommer fram till en slutsats i den frågan som han sedan menar ska gälla för hela förmögenhetsrätten. Stora delar av Schultz undersökning behandlar egentligen frågan om skadeståndsfordrans uppkomst i generell bemärkelse, utifrån skadeståndsrättsliga skäl och terminologi, se a st. Det är därför inte särskilt uppseendeväckande att Schultz menar att uppkomsttidpunkten bör gälla i allmänhet, beträffande just frågan om skadeståndsfordrans uppkomst. Med Linds kogs syn på begrepp framstår Schultz undersökning dock som besynnerlig, eftersom syftet och ändamålet med de olika reglerna, i vilka lokutionen fordrans uppkomst ingår, inte beaktas i den övergripande slutsatsen. Sådana skäl ska i stället vara avgörande enligt Linds kog, se a st.

¹⁰⁶ Gadamer, *Truth and Method* s 278 ff.

¹⁰⁷ Se Heidegger, *Vara och tid* s 148 ff; Gadamer, *Truth and Method* s 278 ff. Se även ovan i not 95.

tyngas av onödiga upprepningar eller riskera att du, som läsare, skulle behöva bläddra fram och tillbaka.

Avdelning II avslutas med en jämförelse mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten. I den direkta kontrasten mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten blir, som sagt, vissa aspekter av hur de har använts tydligare. Det gäller till exempel de normativa avvägningar argumentationslinjerna bygger på och hur lösningar struktureras i de olika argumentationslinjerna. Även i dessa studier kommer en rad mer specifika verktyg att nyttjas, som också kan inordnas under sådant som kan kategoriseras som teori- och metodfrågor. Bland annat kommer narratologi och dekonstruktion användas. Den förra kan bidra till att synliggöra vissa strukturer och den senare hur en argumentationslinje har överordnats en annan. Även beträffande dessa verktyg har jag av framställningstekniska skäl funnit det lämpligare att presentera verktygen där de används.

2.4 Något om hur studien ska genomföras i avdelning III

Undersökningen i avdelning III är (direkt) inriktad på frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Undersökningen är rättsdogmatisk: En rekonstruktion av gällande rätt kommer att företas, genom att rättskällorna tolkas och systematiseras.¹⁰⁸ Studien i avdelning II av hur argumenten och argumentationslinjerna har använts kommer att bilda utgångspunkten för undersökningen i avdelning III, i den meningen att detta användande får vara styrande för hur jag använder argumenten och argumentationslinjerna i avdelning III.¹⁰⁹

I avdelning II undersöks flera olika argumentationslinjer och argument. De tillhandahåller lösningar för vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit, lösningar som kan leda till olika uppkomsttidpunkter. Det framkom redan i anslutning till den tentativa studien ovan.¹¹⁰ Följaktligen kommer ett antal kollisioner att uppstå i avdelning III mellan olika argument och argumentationslinjer på så vis att argumenten talar för olika lösningar. Frågan för detta avsnitt är främst hur sådana kollisioner ska hanteras. Kanske behövs en metod för att avgöra vilken av de olika argumentationslinjerna och argumenten som ska väljas vid

¹⁰⁸ Se om rättsdogmatik ovan vid noterna 63 och 64.

¹⁰⁹ Se Bellander, Rättegångskostnader s 31 och s 33, för ett liknande grepp.

¹¹⁰ Se ovan under avsnitt 1.2.

en sådan kollision. Något ska i vart fall sägas om hur sådana kollisioner kommer att hanteras.

Ett inte helt ovanligt sätt att lösa kollisioner mellan argument och argumentationslinjer är att välja en av dem. Det sker ofta indirekt, såtillvida att metoden beskrivs positivt. Inom insolvensrätten är det vanligt att ge uttryck för en viss sorts funktionalism i metodvalet, genom att vissa ändamål betonas och anges vara styrande för studien, vilket i sin tur inte är särskilt märkligt med tanke på vår rättskultur.¹¹¹ Indirekt väljs då även andra argument bort. Det kan också ske genom att vissa argument beskrivs pejorativt. Att säga att något utgör begreppsjurisprudens är inte ett helt ovanligt sätt att just förkasta ett visst argument.¹¹² Här har en annan väg valts.

Rättsvetenskapen befinner sig i interaktion med andra aktörer, såsom lagstiftaren, partsombud, domstolar och andra rättstillämpande myndigheter.¹¹³ Syftet med rättsvetenskapen är att den (bland annat) ska läsas och användas av just dessa aktörer.¹¹⁴ Det bör beaktas i valet av hur studien ska bedrivas.

Rättskällorna, i vilka frågan om fordrans uppkomst behandlas, präglas som sagt av att det finns flera olika möjliga argumentationslinjer (och argument), samt avvägningen mellan dem. I en fråga om fordrans uppkomst kan en rättstillämpare knappast välja att enbart vara funktionalist,

¹¹¹ Se nedan under kapitel 8, om funktionalismens genomslag, och avsnitt 10.5, om rättskultur.

¹¹² Se nedan i not 525. Se även Kleineman, Rättsdogmatisk metod s 43, som varnar för just begreppsjurisprudensen.

¹¹³ Zahle beskriver denna interaktion och tar därtill ett än vidare grepp om densamma. Han pekar på hur praktiker också producerar juridisk litteratur och hur akademiker blir domare, se vidare Zahle, *At forske ret* s 210 ff.

¹¹⁴ I vart fall strävar jag efter att skriva en avhandling som ska bli läst och använd. Därmed är det inte sagt att jag förutsätter eller tar för givet att avhandlingen blir läst, se om denna försiktiga hållning till läsaren, Gustafsson, H, *Dissens* s 10, där han uttalar: "Läsaren – om det fanns någon [...]" Jag vill framhålla att rättsvetenskapen inte på något sätt är begränsad till att befinna sig i interaktion med exempelvis lagstiftaren och domstolar, särskilt inte genom att endast tillhandahålla systematiseringar av gällande rätt i direkt syfte att undersöka hur gällande rätt ska förstås på en viss punkt. *Rättsvetenskapen* kan göra många fler saker. Se exempelvis Fridström Montoya, *Leva som andra* genom ställföreträdare s 364 ff, för en studie av de krav som ställs på den personliga förmågan att rättshandla och vad de säger om den underförstådda normen för det mänskliga varandet i rätten. Se även Tuori, *Ratio and Voluntas* s 3 ff, som pekar på rättsvetenskapens dubbelhet i att den dels består av ett systematiserande och tolkande av gällande rätt, dels utgör en reflekterande verksamhet. Rättsvetenskapen utgör på så vis såväl en rättslig som en vetenskaplig praktik enligt Tuori, se a st.

utan hen behöver självfallet beakta samtliga relevanta argument.¹¹⁵ Värde av avhandlingen blir på så vis inte lika stort om vissa argument direkt eller indirekt sorteras bort. Värde av denna avhandling, såsom inlägg i debatten, blir i stället högre om mångfalden av argument och argumentationslinjer får komma till uttryck i undersökningen av gällande rätt i avdelning III, eftersom det präglar rättskällorna och därigenom studieobjektet.¹¹⁶

Nytta av just *mina* slutsatser i frågan om fordrans uppkomst ska heller inte överskattas. Om du ställs inför en tillämpningsfråga och i densamma använder argument eller slutsatser som förekommer i denna avhandling kan de ändå inte avgöra din fråga. Steget mellan regel och fall, mellan argument och fall, måste alltid tas på nytt.¹¹⁷ Nyttan av undersökningen i avdelning III ligger snarare i att frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit behandlas i all sin mångfald. Bland annat ställs argumenten och argumentationslinjerna mot varandra, vilket leder till ytterligare förståelse av hur de olika argumenten används.¹¹⁸ Det kommer att vara ett genomgående tema nedan. Sammanfattningsvis framstår det som mindre tilltalande att välja en av argumentationslinjerna.

Även om en argumentationslinje inte har valts för avdelning III kan ändå något sägas om *hur* studien ska genomföras samt något om vilka kvalitativa aspekter som är viktiga för hur studien ska bedrivas.¹¹⁹ Som

¹¹⁵ Se Bellander, Rättegångskostnader s 195. Se även vidare nedan under avsnitt 10.4, där NJA 2009 s 291 undersöks varpå det framkommer att även HD använder en mängd andra argument än de som ingår i en funktionalistisk bedömning, trots att 2009 års avgörande kan sägas vara det första i en serie av avgöranden i frågan om fordrans uppkomst, där HD uttryckligen har förespråkats en funktionalistisk bedömning av frågan, se vidare nedan under kapitel 8.

¹¹⁶ Se Lindroos-Hovinheimo, Retracing One's Steps s 176, som uttrycker det på följande sätt: "Respecting the legal text requires that we let the text speak for itself and let the text dictate the means of its interpretation. If we would approach it with a set of predetermined rules or a strict 'method' of interpretation, then we would not be as attentive to what the law wants to say as we could be."

¹¹⁷ Se ovan under avsnitt 2.2, om Wittgensteins tankar om regelföljande.

¹¹⁸ Jfr Bellander, Rättegångskostnader s 197 f, som beskriver hur han väljer ett praktiskt perspektiv för att undersöka frågan om rättegångskostnader, snarare än att ge ett generellt svar. Jfr även Lindskog, Rättsvetenskapens betydelse för prejudikatbildningen på förmögenhetsrättens område s 172 ff, som betonar att rättsvetenskapens förtjänster ligger i de argument som anförs, snarare än de slutsatser som anförs.

¹¹⁹ Att jag inte anger en strikt regelliknande ("vetenskaplig") metod för avdelning III (eller avdelning II) ska inte tas till uttryck för att jag undflyr ansvar för min undersökning – att avhandlingen ger uttryck för godtycke. Tvärtom, det är just genom insikten att en regel inte ger dess slutsats, liksom en metod inte ger undersökningens svar, som jag tar ansvar. Jag gömmer mig inte bakom en regel eller en metod. Derrida har på ett liknande sätt beskrivit hur vi måste ta ansvar för rättvisan i det juridiska omdömet. Vi får inte gömma oss bakom en regel. I stället måste vi inse att det juridiska omdömet är ett

sagt består rättskällematerialet av flera olika argument och därigenom potentiellt sett av flera olika rättsliga lösningar.¹²⁰ Att studien är rättsdogmatisk innebär dock att det i undersökningen i avdelning III kommer att strävas mot *en* tolkning och systematisering, i vilken rätten framstår som enhetlig, motsägelsefri och konsekvent. Det är *en* rekonstruktion av rättssystemet.¹²¹ Det ska inte missförstås som att rättsläget *är* enhetligt, motsägelsefritt och konsekvent. I det rättsliga omdömet ligger vanligen att det tillhandahåller *ett* svar,¹²² oavsett om det är en domstol, en rätts-tillämpande myndighet eller en rättsvetare som tillhandahåller svaret. Rekonstruktionen sker med anspråket på att rätten bör förstås på just det sättet. Häremot kan invändas att rätten måste förstås på ett annat sätt; ett annat juridiskt omdöme kan ges. Invändningen, om att rätten innehåller en mångfald av argument och flera potentiella lösningar, träffar *verksamhetsobjektet* men inte den *verksamhet* som rekonstruktionen av rättssystemet innebär.¹²³

Verksamheten består i tolkning, såväl den förklarande delen av tolkningen som det omdöme vilket slutsatsen konstituerar,¹²⁴ något som är nödvändigt för att över huvud taget kunna skapa förståelse för det relevanta rättsliga materialet. Det juridiska omdömet konstituerar nämligen slutpunkten på den resa som startar i förförståelsen,¹²⁵ går via rättskällorna och ger upphov till (ytterligare) förståelse. Utan det juridiska omdömet är det inte möjligt att nå (ytterligare) förståelse av rättskällorna som är relevanta i frågan om fordrans uppkomst. Tanken grundar sig på synen att hur en regel ska tillämpas inte följer av regeln, utan ligger i dess

omdöme i det enskilda fallet, som vi, såsom jurister, måste ta ansvar för, eftersom det är vårt omdöme, se Derrida, Lagens kraft s 28 ff. Så har i vart fall Derrida tolkats av Caputo, Hermeneutics s 208. Se ovan i noterna 63 och 83, samt nedan i noten 135, om förutsättningarna för att ange en "vetenskaplig" metod för rättsdogmatiken.

¹²⁰ Se Zahle, Polycentric Application of Law s 245, som beskriver hur rätten inte är öppen för alla tänkbara lösningar utan endast för vissa specifika lösningar; han pekar på det uppenbara att det i vissa fall är givet hur rätten ska förstås, såsom att fordon ska framföras på höger sida om högertrafik gäller. Det är också sådana exempel som Wittgenstein använder, se ovan under avsnitt 2.2.

¹²¹ Se ovan vid not 64.

¹²² Ett annat möjligt omdöme är förstås att resignera inför uppgiften och konstatera att rättsläget är oklart.

¹²³ Tankarna baseras i mångt och mycket på att en tillämpning av en regel inte följer av regeln själv, utan att det ska till något ytterligare, se om detta ovan under 2.2. Se även Samuelsson, J, Hermeneutik s 387, som beskriver distinktionen mellan den verksamhet som det juridiska omdömet utgör och rätten som verksamhetsobjekt.

¹²⁴ Jfr ovan under avsnitt 2.2.

¹²⁵ Se ovan under avsnitt 2.3, om att förförståelsen föregår tolkningen.

användning – en användning som inom juridiken styrs av juristerna.¹²⁶ Det är först genom regelns användning, alltså att någon fäller ett omdöme, som regeln får en betydelse, en innebörd.¹²⁷

Omdömen om fordrans uppkomsttidpunkt är alltså nödvändiga för att förståelse ska uppnås om studieobjektet. Men vad kan då sägas om de kvalitativa aspekterna som bör råda för verksamheten?

Verksamheten innebär att rättskällematerial, som kan tala för flera olika lösningar, tolkas och systematiseras – vilket i sin tur resulterar i ett omdöme. Även om rättskälleläget på så sätt kan beskrivas som pluralistiskt kommer det i studien under avdelning III alltså att strävas mot monistiska lösningar.¹²⁸ Målet är att nå ett omdöme på den frågan som är relevant i sammanhanget – i det konkreta. Det är alltså inte nödvändigtvis tal om att försöka att nå *en* lösning på vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit. Frågorna ställs i relation till materialet. I den enskilda frågan är målet ett omdöme om hur gällande rätt bör förstås. Vanligen är flera argument relevanta, som kan peka i olika riktningar. Det rör sig om en sammanvägning av dessa argument till ett omdöme. Vissa kvalitativa aspekter kan ställas på detta omdöme, och de resonemang som leder till

¹²⁶ Se ovan under avsnitt 2.2, om hur det krävs något mer än förklaringar, definitioner och argument för att en regel ska kunna följas; det krävs att vi känner till regelns användning.

¹²⁷ Se Zahle, *Polycentric Application of Law* s 240, som uttrycker det på följande vis: "All material has to be interpreted; no text speaks for itself; the meaning of the law is based on legal material but is not the legal material, the meaning of the law is based on construction, and the construction or interpretation has its focus on the case at hand. Fundamentally, in practice the legal interpretation has the case at hand as its object, and the interpretation of the legal material, for instance an article in the criminal code, is only intermediary or instrumental bringing the judge to interpret the case correctly." Jfr även Lindroos-Hovinheimo, *Retracing One's Steps* s 166: "The gap between the text and its meaning is filled by an interpreter. It is essential that we acknowledge that it is always somebody who interprets." Tanken att det är först i användningen, eller applikationen om du så vill, som förståelse kan nås finns även hos Gadamer, *Truth and Method* s 349 f, som nyttjar just juridiken som exempel för att visa användningens betydelse för förståelsen: "When a judge regards himself as entitled to supplement the original meaning of the text of a law, he is doing exactly what takes place in all other understanding. [...] The meaning of the application involved in all forms of understanding is now clear. Application does not mean first understanding a given universal in itself and then afterward applying it to a concrete case. It is the very understanding of the universal—the text—itself. Understanding proves to be a kind of effect and knows itself as such.", a st. Se vidare Samuelsson, J, *Hermeneutik* s 387 ff, särskilt s 388, om detta.

¹²⁸ Jfr nedan med det ideal den danske rättsteoretikern Zahle har ställt upp för en liknande rörelse, som han benämner en rörelse från polycentri till rättvisa (retfærdighed), se om detta exempelvis Zahle, *Fra polycentri til omsorg for retfærdighed* s 857 ff.

omdömet.¹²⁹ Anders Agell har lyft fram vissa sådana aspekter, som han har sammanfört i begreppet debattrationalitet:

”Man brukar tala om debattrationalitet, dvs. logisk, saklig och intellektuell rationalitet. Begreppen täcker önskemålen *att* ett resonemang skall vara logiskt invändningsfritt, *att* det skall ges sakliga skäl för en ståndpunkt (något som innebär förmåga att skilja mellan sak och person), *och att* ett resonemang skall vara hederligt och, vilket är särdeles viktigt, ge full rättvisa åt uppfattningar som man inte delar. Här har vi krav som är helt avgörande för att en diskussion av värderingar alls skall kunna ske med vetenskapliga ambitioner.”¹³⁰

Dessa kvalitativa aspekter är vad undersökningen i avdelning III bör uppnå – resonemangen bör vara logiska, det bör ges skäl för en ståndpunkt och det bör finnas transparens.

Även vad som lyftes i avsnitt 2.3 ovan är viktigt att upprätthålla i omdömet, när det gäller att värdera de olika rättskällorna. I omdömet och i argumentationen är det alltså betydelsefullt att försöka förstå och värdera rättskällorna utifrån de utgångspunkter som de är avfattade enligt och undvika att underkänna dem utifrån den egna förståelsen som finns redan före tolkningen av rättskällorna. Det gäller att försöka att vara lyhörd inför texternas skillnader jämfört med den egna förståelsen.¹³¹

¹²⁹ Jfr härom Zahle, *Praktisk retsfilosofi* s 351 ff, som beskriver hur domaren och andra ”rättsanvändare” väger samman och ställer olika argument mot varandra. Zahle menar att dessa aktörer i sin verksamhet strävar mot rättvisan, men inte rättvisan i form av den stora rättvisan i någon sorts moralfilosofisk bemärkelse, utan snarare den lilla rättvisan, rättvisan som något att sträva efter i det rättsliga omdömet, i den konkreta frågan som domaren har framför sig, se a st. Lindroos-Hovinheimo beskriver på ett liknande sätt hur den rättsliga tolkningen, som meningsskapande, är etisk. Hon menar att det måste finnas en vilja till att förstå och lyssna till vad de rättsliga texterna säger. Hon ser tolkaren som en aktör med ett ansvar, ett ansvar som vi kan utvärdera, men endast med etiska kriterier, såsom att vi kräver att tolkaren lyssnat till vad texten har att säga, se Lindroos-Hovinheimo, *Retracing One's Steps* s 169 ff.

¹³⁰ Agell, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen* s 245 f.

¹³¹ Se exempelvis Lindroos-Hovinheimo, *Retracing One's Steps* s 167: ”When we interpret a text we have to be both prejudiced and open to its meaning. We have to assume that the text wants to tell us something. Our presuppositions should not be static so that we hold on to an anticipated meaning even where the text wants to tell us something else. At the core of hermeneutics is the requirement of sensitivity to the text's *newness*. What is important is that the interpreter has a basic level of self-knowledge that enables him to understand and acknowledge his presuppositions, so that the text can show its own truth against them. Thus hermeneutics searches for the text's truth, its own new and singular meaning. [Noter uteslutna.]”

Dessa kvalitativa aspekter kan även jämföras med rättsdogmatikens påverkansmöjligheter – den maktposition som rättsdogmatiken har.¹³² Undersökningen kan nämligen knappt sägas vara rättsdogmatisk, om den saknar väsentliga aspekter av exempelvis saklighet, intern logik och transparens, såsom redovisning av andras uppfattningar.¹³³ Den påverkansmöjlighet som rättsdogmatiken kan ha faller sannolikt då. De kvalitativa målen är något att sträva efter i undersökningen i avdelning III;¹³⁴ det är mål att sträva efter i undersökningen av vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit.¹³⁵

¹³² Zahle påtalar hur rättsvetenskaparen har en viss makt, som bl a ligger i tolkningens självständighet – att rekonstruktionen av rätten sker utifrån det material och de aspekter rättsvetaren lyfter fram. Han menar att tolkningens självständighet blir tydlig, genom att rättsvetenskaparen kan välja om ett rättsekonomiskt, komparativt eller hermeneutiskt perspektiv ska användas i det vetenskapliga projektet, vilket sedermera kommer att påverka diskursen. Zahle påtalar också att rättsvetenskaparen har mer tid till sitt förfogande (än exempelvis domaren) och därigenom också möjlighet att utveckla argumenten i diskursen. Det rättsvetenskapliga resultatet, här avhandlingen (och undervisningen som rättsvetenskaparen utför), kommer sedan att föra ut synpunkterna i diskursen, och därför påverka densamma enligt Zahle. Rättsvetenskapen får därigenom stor betydelse för begrepp, teoretiska utgångspunkter och argumentationslinjer i rätten, se Zahle, *Fra polycentri til omsorg for retfærdighed* s 871. Se även Agell, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen* s 245.

¹³³ Jfr Zahle, *Fra polycentri til omsorg for retfærdighed* s 869, som beskriver hur domaren inte kan sägas vara någon domare, om hen utnyttjar makten villkorligt och osystematiskt, något som skiljer domarens maktposition från den enkla maktutövningen.

¹³⁴ Jfr Derrida, *Lagens kraft* s 22 ff, som menar att rättvisan, jfr not 129, inte är ett ideal utan snarare ett imperativ, ett rop på något. Han menar att rättvisan inte är dekonstruktibel; rättvisan är dekonstruktionen, se a st. Se också om detta Caputo, *Hermeneutics* s 212: "We might at this point be tempted to conclude that justice is an infinite *ideal* which can be only asymptotically realized in practice, but that is not quite right either. Justice is not an ideal essence but an imperative, an open-ended *call* to be brought to bear in particular and ever-shifting and unpredictable circumstances." Tankarna kan möjligen "översättas" till att det är verksamheten i sig (här den rättsdogmatiska studien i avdelning III), själva görandet, som är det rättvisa, liksom dekonstruktionen är det rättvisa. För detta görande ställs vissa ideal upp.

¹³⁵ Mot vad som här har redovisats om hur avdelning III ska utföras kanske någon vill invända att det brister i vetenskaplighet, i och med att jag inte har angivit en "vetenskaplig" metod för undersökningen utan enbart satt upp kvalitativa mål för densamma. Förslagsvis läses noterna 63, 83, 119 och 127 ovan då. Kanske bör också någon tanke ägnas åt vad som utgör vetenskaplig metod. J Samuelsson beskriver hur frågan om rättsvetenskapens vetenskaplighet till stor del har styrts av en viss idé om vad vetenskaplighet är, en idé som exempelvis kan finna sin grund i ett rättsrealistiskt vetenskapsideal (om att vetenskapen ska befatta sig med det som går att återföra på verkligheten (i snäv bemärkelse)). Han påtalar att det dock inte är på det viset rättsvetenskapens vetenskaplighet eller rättsvetenskapens metoder behöver utmanas, se Samuelsson, J, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet* s 189 ff, särskilt s 200 f och s 209 f. J Samuelsson pekar bl a på att det är det som ska förklaras som bestämmer vägen (metoden) och inte någon föregiven idé om

2.5 Arbetsmaterial

Metodologiska frågor handlar inte enbart om *hur* en undersökning ska bedrivas utan också om *vad* som ska beaktas. Studieobjektet är fordrans uppkomst inom *svensk* insolvensrätt. Vilka typer av svenska rättskällor som kommer att aktualiseras behöver inte kommenteras särskilt, då du som läsare är väl införstådd med vilka dessa är.

Den materiella konkursrätten har på flera sätt tillkommit i nordiskt samarbete. Då lagberedningen arbetade med en revidering av utsöknings- och konkursrätten under 60- och 70-talen gjordes det arbetet i stor utsträckning tillsammans med de nordiska kollegorna (Island undantaget). Det gäller till exempel arbetet som renderade i SOU 1970:75, vilket innehåller ett förslag till en revidering av den materiella konkursrätten. Förslaget kom senare att genomföras.¹³⁶ Även Danmark och Norge kom att införa sina motsvarande förslag till revidering av deras materiella konkursrätt.¹³⁷ Revideringen av den materiella konkursrätten inkluderade bland annat kvittning och återvinning i konkurs. Flera av de bestämmelser i vilka lokutionen fordrans uppkomst ingår överensstämmer till stor del i Sverige, Danmark och Norge tack vare detta gemensamma arbete.¹³⁸

I frågan om fordrans uppkomst finns det även en tradition att beakta skandinaviska rättskällor.¹³⁹ Det framstår som naturligt mot bakgrund av att vi delar en gemensam tradition och ingång i frågan om fordrans uppkomst.¹⁴⁰ Det finns också en stor rättskulturell likhet mellan de skandinaviska länderna.¹⁴¹ Mot den bakgrunden skulle avhandlingen i det närmaste framstå som ofullständig, om inte danskt och norskt material beaktades.¹⁴² En studie av svensk insolvensrätt ges även fler dimensioner om danskt och norskt materialet fästs avseende vid genom att ytterligare

vad som är vetenskaplig metod, se a a s 211 ff. Se även a a s 223: "Metoden gör, som vi sett, ingen undersökning vetenskaplig. Utgångspunkten måste tvärtom tas i studieobjektet, i detta fall rätten."

¹³⁶ Se SOU 1970:75 s 3.

¹³⁷ Se bet 1971:606 s 5 ff; NOU 1972:20 s 2.

¹³⁸ Se nedan avdelning III, där dansk och norsk rätt behandlas särskilt i varje kapitel för att undersöka just likheter och skillnader jämfört med svensk rätt.

¹³⁹ Se exempelvis NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12, där HD hänvisar till Tjaum och Sæbø. I doktrinen kan exempelvis Højlund Christensen, *Fremtidige fordringer* s 5 ff; Lindskog, *Betalning* s 87 ff; Nordtveit, *Når oppstår en fordring?* s 53 ff nämnas, vilka alla använder skandinaviskt material för att behandla frågan om fordrans uppkomst.

¹⁴⁰ Se nedan under kapitel 6, om villkorläran som återgavs i många skandinaviska verk.

¹⁴¹ Se nedan under avsnitt 8.2, om den där beskrivna funktionalismen och frågan om äganderättens övergång. Se även i och vid not 617, om rättskultur.

¹⁴² Se Strömholm, *Användning av utländskt material i juridiska monografier* s 254.

rättsfall och argument aktualiseras. Danskt och norskt material ska alltså behandlas nedan.

Vid studien av varje enskild bestämmelse kommer likheter och skillnader mellan svensk, dansk och norsk rätt att uppmärksammas.¹⁴³ Syftet är att undersöka dansk och norsk rätts relevans i undersökningen av varje enskild bestämmelse. Här bör också nämnas att samma fullständighet inte har kunnat uppnås i undersökningen av dansk och norsk rätt som i studien av svensk rätt. Undersökningen av dansk och norsk rätt är inte heller det primära i avhandlingen. Det danska och norska materialet kan i stället sägas ha en tjänande roll.¹⁴⁴

I Finland kom inte konkurslagen att revideras förrän 2004.¹⁴⁵ Flera av bestämmelserna fick också en annan lydelse än vad de hade fått i Sverige, Danmark och Norge. Det gäller till exempel motsvarigheten till 5 kap 1 § konkurslagen. (I 5 kap 1 § stadgas att endast fordringar som uppkommit innan konkursbeslutet meddelades får göras gällande i konkurs.) I 1 kap 5 § finska konkurslagen föreskrivs: "Med en konkursfordran avses en sådan fordran på gäldenären i fråga om vilken förbindelsen har ingåtts eller rättsgrunden för fordran har uppstått före konkursen." Skillnaden mot 5 kap 1 § konkurslagen spiller även över på frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser konkursborgenärens fordran i kvittning i konkurs.¹⁴⁶

¹⁴³ Här kan jämföras med Rodhes reaktion när han skulle bedöma Andenæs avhandling *Sameier och selskaper*: "När jag i min egenskap av svensk jurist [...] började läsa avhandlingen, kände jag mig helt förvirrad. Vi är i Norden bortsämda med att det råder en långt gående rättslikhet mellan våra länder på det ena viktiga området efter det andra. Här mötte jag emellertid ett område, där jag inte alls kunde känna mig hemmastadd. Jag kände naturligtvis igen de reella problemen. Men rättsreglernas begreppsbildning skiljer sig på avgörande punkter från den vi arbetar med i svensk rätt, och de reella lösningarna avviker också i stor utsträckning.", Rodhe, Mads Henry Andenæs, *Sameier og selskaper* s 140. Lindsoug har på ett liknande sätt beskrivit mötet med dansk sakrätt: "[F]rågeställningarna är av naturliga orsaker inte annorlunda än de som måste hanteras i svensk sakrätt, men de verktyg i form av regler och principer som lades till grund för frågeställningarnas lösning skiljde sig desto mer från de som nyttjas i svensk rätt.", Lindsoug, *Pragmatism i dansk sakrätt* s 209 ff, citatet på s 209. Även om det finns en gemensam rättskultur i den skandinaviska förmögenhetsrätten har det förstås betydelse om det även finns en regellikhet i frågan om hur det danska och norska rättskällematerialet kan användas.

¹⁴⁴ Strömholm skiljer på rättsvetenskapliga arbeten som har en direkt komparativ inriktning och sådana vilka har det egna rättssystemet i fokus. Vad gäller de senare benämns det utländska materialet som tjänande, se Strömholm, *Användning av utländskt material i juridiska monografier* s 252 f.

¹⁴⁵ Se finska konkurslagen.

¹⁴⁶ Se 6 kap 1 § finska konkurslagen.

Flera bestämmelser i den finska konkursrätten är likväl snarlika med de som här ska undersökas.¹⁴⁷ Det gäller exempelvis 10 och 14 §§ lagen om återvinning till konkursbo, som liknar konkurslagens 4 kap 10 och 12 §§ konkurslagen (de senare ska undersökas nedan).¹⁴⁸ På motsvarande sätt som dansk och norsk rätt hade därför finsk rätt varit aktuell att beakta. Här behöver dock mina egna tillkortakommanden i det finska språket vägas in. Lejonparten av de centrala finska rättskällorna finns endast på finska.¹⁴⁹ Rättsfall från den finländska Högsta domstolen, som har avgjorts efter år 2000, finns i huvudsak endast på det språk på vilket avgörandet getts. En kort sammanfattning ges på svenska om målet har avgjorts på finska.¹⁵⁰ Såvitt jag känner till finns heller inte något allmänt verk i konkursrätt från senare tid på svenska.¹⁵¹ Studien av finsk rätt skulle av denna anledning bli högst begränsad. Jag har därför valt att beakta skandinaviska rättskällor i studien.

Avslutningsvis kan tilläggas att material som har utkommit eller tillkommit efter den 1 juli 2020 endast undantagsvis har kunnat beaktas.

¹⁴⁷ Se för en översikt över de finska (och nordiska) återvinningsreglerna, Könkkölä, Om de nordiska återvinningsreglernas funktionalitet s 371 ff; Tepora, Inledning till grunderna för sakrätten s 281 ff.

¹⁴⁸ Se nedan under kapitlen 18 och 19.

¹⁴⁹ Förarbetena till den nu gällande finska konkurslagen finns dock på svenska, se rp 26/2003, där framgår exempelvis att motfordran ska vara en konkursfordran och att huvudfordran (vid kvittning i konkurs) kan vara villkorad vid konkursutbrottet. Vad villkoret kan bestå av framgår dock inte, se a prop s 83.

¹⁵⁰ Se www.finlex.fi, särskilt <https://www.finlex.fi/sv/oikeus/kko/julkaisuperiaatteet.php>, om principerna för publicering av avgöranden (besökt 2020-07-01). Se även Lennander, Återvinning i konkurs s 38 f.

¹⁵¹ I Norros Obligationsrätt finns passager om finsk konkursrätt, se Norros, Obligationsrätt exempelvis s 159 ff, s 484 f och s 501 ff.

3 Avgränsningar

Studiens huvudsakliga avgränsning har redan angivits, om än indirekt, genom att studieobjektet och forskningsfrågorna har presenterats. I dessa ingår lokutionen fordrans uppkomst.¹⁵² Lokutionen har inte tolkats bokstavligt. I studien undersöks även frågan om fordrans uppkomst såvitt avser andra bestämmelser än sådana där just lokutionen fordrans uppkomst används. Insolvensrättsliga bestämmelser i vilka en *bedömning* av om en fordran har uppkommit före eller efter en kritisk tidpunkt har även inkluderats i undersökningen.¹⁵³

Beskrivningen av ämnets aktualitet och komplexitet (ovan under avsnitt 1.2) träffar inte bara fordrans uppkomst inom insolvensrätten. Beskrivningen träffar egentligen fordrans uppkomst inom *förmögenhets-*

¹⁵² Genom användandet av termen (lag)bestämmelse i forskningsfrågorna avgränsas andra regler och principer bort. Exempelvis kommer frysningsprincipen inte att (direkt) studeras i den bemärkelsen som exempelvis fordrans uppkomst såvitt avser 5 kap 1 § konkurslagen studeras. Frågor om fordrans uppkomst kan och har dock aktualiserats såvitt gäller frysningsprincipen. Principen används för att avgöra om en viss tillgång i konkursboet ska omfattas av en särskild förmånsrätt, se vidare nedan under avsnitt 11.2. Är en sådan tillgång en fordran kan det bli relevant att avgöra om fordran har uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten, se exempelvis NJA 2016 s 661, där en sådan bedömning sker. Frågan om huruvida en viss fordran har uppkommit kan följaktligen ingå som en del i de bedömningar i vilka frysningsprincipen används på det strax ovan beskrivna sättet. Här bör dock beaktas att frågan då präglas av att bestämma frysningsprincipens innehåll avseende en viss fordran. Av 2016 års avgörande framgår att HD fäste avgörande vikt vid när fordran var tillräckligt bestämd. Det gör att frågan om fordrans uppkomst då får en annan karaktär än vad som annars gäller i frågan. Frysningsprincipen kommer likväl att indirekt behandlas nedan, se exempelvis avsnitt 11.2. Med att frysningsprincipen indirekt kommer att behandlas avses att principen beskrivs för att studien berättigar det. Det beror framför allt på att frysningsprincipen har använts i den funktionalistiska bedömningen, se exempelvis nedan under avsnitten 8.4, 8.5 och 11.2.

¹⁵³ Det ligger i linje med vad som har angivits ovan under avsnitt 2.2, om att användningen (av argumenten och argumentationslinjerna) har tagits som utgångspunkt. Se även nedan under kapitlen 14, 15, 17, 18 och 19, särskilt avsnitten 14.1, 15.1, 17.1, 18.1 och 19.1. Se även Nordtveit, När oppstår en fordring? s 16 f, som tar ett liknande grepp om frågan. Frågan om fordrans uppkomst aktualiseras även i nackdelsbedömningen avseende återvinning i konkurs. Visserligen faller det strängt taget utanför avhandlingens frågeställningar, men det ska ändå sägas något om nedan under avsnitt 18.1.

rätten.¹⁵⁴ I inledningen av arbetet med avhandlingen var också syftet att vidta en sådan studie. Då skulle till exempel vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser preskriptionslagen (där svaret avgör när den allmänna preskriptionsfristen tar sin början)¹⁵⁵ och inom aktiebolagsrätten (där svaret avgör vilka fordringar som bolagets företrädare kan bli personligt betalningsansvariga för vid kapitalbrist)¹⁵⁶ undersökas. Det visade sig emellertid finnas tillräckligt mycket att säga om fordrans uppkomst inom *insolvensrätten*, för att fylla en avhandling och fem års forskning med.

¹⁵⁴ Förmögenhetsrätt används här för att avgränsa bort den familjerättsliga sidan av civilrätten. En sådan uppdelning ligger i linje med den som görs i avtalslagen. Uppdelningen framkommer av lagens egentliga benämning: "Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på *förmögenhetsrättens* område [min kursivering]". Av förarbetena till avtalslagen följer att med dess benämning avses att skilja på förmögenhetsrätt och familjerätt, se Förslag till avtalslagen s 34. Här bör nämnas att frågan om fordrans uppkomst även förekommer inom bl a redovisningsrätten och familjerätten, se exempelvis 9 kap 2 § ÄktB, där det föreskrivs att bodelning ska göras med utgångspunkt i egendomsförhållandena som rådde den dag då talan om äktenskapsskillnad väcktes. Begreppet egendomsförhållandena inkluderar inte bara giftorättsgodset, enligt förarbetena, utan det är den samlade egendomsbilden som inkluderas, se prop 1986/87:1 s 317. Även de fordringar som har uppkommit vid den kritiska tidpunkten får sålunda anses ingå i bodelningen. Jfr även 11 kap 2 § ÄktB, där det bl a framgår att vid beräkningen av makarnas andelar i boet ska en avräkning ske från en makes giftorättsgods, så att det täcker de *skulder* som den maken *hade* när talan om äktenskapsskillnad väcktes. I bokföringslagen styr fordrans uppkomsttidpunkt till viss del när en affärshändelse ska bokföras, se 5 kap 2 § och 1 kap 2 § 7 p bokföringslagen. Den utvecklingen som har skett inom förmögenhetsrätten (se ovan under avsnitt 1.2) synes inte ha haft någon motsvarighet inom redovisningsrätten eller familjerätten. I redovisningsrätten sägs därtill att utgångspunkten för frågan om fordrans uppkomst är när en fordran har uppkommit enligt civilrätten. Ovanpå den bedömningen läggs ett (redovisningsrättsligt) praktikalitetsraster, se bokföringsnämndens vägledning till BFNAR 2013:2 s 33 under allmänt råd, där det uttrycks: "Vid bedömningen av vid vilken tidpunkt kontanta in- och utbetalningar senast ska vara bokförda måste företaget även ta hänsyn till hur lång tid det är till påföljande arbetsdag, dvs. nästa dag som arbete utförs i verksamheten. Är ett företags verksamhet koncentrerad till perioder som är klart åtskilda från varandra, t.ex. för att företags verksamhet är att delta i mässor, ska affärshändelserna, enligt punkt 3.2, bokföras senast dagen efter den dag de inträffade." Bokföringsnämnden ansvarar för utvecklandet av god redovisningssed, se 8 kap 1 § bokföringslagen, vilket i stor utsträckning kompletterar bokföringslagens regler, se även Nilsson, P & Törning, Bokföringslagen s 22; Bjuvberg, Företagsekonomi för jurister s 39 ff. Se vidare Bjuvberg, Redovisningens betydelse för beskattningen särskilt s 147 ff. Att studera fordrans uppkomst inom redovisningsrätten skulle i och för sig utgöra ett intressant tillägg till studien, men risken är överhängande att det redovisningsrättsliga praktikalitetsrastret inte tillför något till diskussionen om fordrans uppkomst inom insolvensrätten.

¹⁵⁵ Se 2 § preskriptionslagen.

¹⁵⁶ Se 25 kap 13–18 §§ aktiebolagslagen.

Här bör tilläggas att studien också har begränsats till den *allmänna* insolvensrätten. Lagen om resolution kommer därför inte att behandlas.¹⁵⁷

Det finns också flera principer som är relevanta för många av de frågor om fordrans uppkomst som aktualiseras inom just (den allmänna) insolvensrätten och som berättigar en sådan studie. Principen om den väsentliga grunden är en sådan.¹⁵⁸ Det har också framkommit att lika-behandlingsprincipen och frysningsprincipen är relevanta att beakta genomgående i avdelning III.¹⁵⁹ Förpliktelseprincipen och förfogandeprincipens tillämplighet och betydelse är ytterligare spørsmål som är relevanta för ett antal frågor om fordrans uppkomst inom insolvensrätten.¹⁶⁰ Det gör att en (tolkning och) *systematisering* av de rättskällor som är relevanta i frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten framstår som särskilt påkallad.

Det finns förvisso även aspekter som är gemensamma för fordrans uppkomst inom förmögenhetsrätten, såsom villkorsläran (vilken nämndes ovan) och den av Högsta domstolen påbjudna funktionalistiska bedömningen. Vad gäller fordrans uppkomst såvitt avser när den allmänna preskriptionsfristen ska börja löpa är dock spänningen mellan villkorsläran och den funktionalistiska bedömningen inte av samma slag som den är inom insolvensrätten. Det blir tydligt om första rättsfaktumets princip (vilken har sin grund i en funktionalistisk bedömning av uppkomstfrågan beträffande preskriptionslagen)¹⁶¹ jämförs med villkorsläran.¹⁶² De leder nämligen till i stort sett samma slutsats beträffande just uppkomstfrågan. Som huvudregel blir detta inte fallet inom insolvensrätten. Där avviker lösningar, som härrör från en funktionalistisk bedömning, ofta från villkorsläran. Uppkomstfrågor såvitt avser preskriptionslagens till-

¹⁵⁷ Frågan om fordrans (skuldens) uppkomst aktualiseras exempelvis i samband med skuldnedskrivningsverket, se 21 kap lagen om resolution. Enligt förarbetena är det endast skulder som har uppkommit före resolutionsbeslutet vilka ska kunna skrivas ned eller konverteras med detta verktyg, se prop 2015/16:5 s 559.

¹⁵⁸ Se nedan under kapitel 7, om principen om den väsentliga grunden.

¹⁵⁹ Se nedan under avsnitt 11.2, samt genomgående avdelning III, om frysningsprincipen.

¹⁶⁰ Se nedan under kapitlen 15 och 16, om förfogandeprincipen. Som exempel kan nämnas att förfogandeprincipen bl a kommer till uttryck i 63 § 5 st köplagen, där föreskrivs det att ett konkursbo anses ha inträtt i gäldenärens avtal, om det förfogar över en vara som en konkursborgenär har levererat efter konkursutbrottet i enlighet med ett avtal som borgenären har ingått med gäldenären före konkursutbrottet. Jfr även kapitlen 14, 17, 18 och 19, i vilka argument som påminner om och sammanfaller med de som står bakom förfogandeprincipen förekommer.

¹⁶¹ Se Lindskog, Preskription s 412 ff, om första rättsfaktumets princip. Principen har dock inte alltid fått genomslag i rättspraxis, se exempelvis NJA 1987 s 243; NJA 1987 s 716; NJA 2018 s 103.

¹⁶² Se nedan under kapitel 6, om villkorsläran.

lämpning har också behandlats under doktorandtiden, även om det inte har skett inom denna avhandlings ramar.¹⁶³

Hittills har det redogjorts för de avgränsningar som sker genom avhandlingens studieobjekt och forskningsfrågor. Vad som också har betydelse är de *direkta* avgränsningarna. I undersökningen kommer endast frågan om *förmögenhetsrättsliga* fordringars uppkomst att undersökas. Följaktligen kommer till exempel varken familje- eller skatterättsliga fordringars uppkomsttidpunkt att undersökas.¹⁶⁴ Återigen kan här refereras tillbaka till de skäl som påtalades under avsnitt 1.2 ovan. De skälen gör sig främst gällande inom förmögenhetsrätten, vilket berättigar en *förmögenhetsrättslig* studie även i detta avseende. Räntefordringar kommer dock inte att behandlas, då det finns specialbestämmelser vad gäller sådana fordringar i 5 kap 11 och 12 §§ konkurslagen, i 3 kap 14 och 20 §§ lagen om företagsrekonstruktion samt i 47 § skuldsaneringslagen och 49 § lagen om F-skuldsanering. Bestämmelserna reglerar hur räntefordringar ska hanteras i respektive förfarande, vilket gör uppkomstfrågan mindre intressant.

Ett antal mer perifera uppkomstfrågor inom konkursrätten har också avgränsats bort. Det gäller exempelvis vissa frågor i samband med att egendom säljs enligt 8 kap konkurslagen, såsom regeln i 8 kap 10 § 2 st. Där föreskrivs det att finansiella instrument, valuta och sådant guld som har ställts som säkerhet till en central motpart och som uppfyller kraven i en viss förordning¹⁶⁵ omedelbart får säljas eller realiseras genom avräkning av en borgenär som har egendomen som säkerhet. Det gäller om det sker på ett affärsmässigt rimligt sätt. Enligt bestämmelsen gäller det samma för fordringar som *uppkommit* på grund av att ett kreditinstitut, eller ett motsvarande utländskt institut, har beviljat ett penninglån.

Tolkas inte forskningsfrågorna bokstavligt faller till viss del frågan om vem som kan ansöka om att försätta gäldenären i konkurs inom ramen

¹⁶³ Se Schytzer, The Rise of the Claim (kommande), där bl a NJA 2018 s 103 och frågan om fordrans uppkomst såvitt avser preskriptionslagen behandlas.

¹⁶⁴ Skatterättsliga fordringars uppkomst diskuterades i förarbetena till konkurslagen, se prop 1986/87:90 s 122 ff och i förarbetena till 1994 års skuldsaneringslag, se prop 1993/94:123 s 118 f. Det konstaterades där att problemen delvis är annorlunda då det gäller att bestämma uppkomsttidpunkten för skatteskulder jämfört med att bestämma uppkomsttidpunkten för skulder i allmänhet, se a a s 124. Se även NJA 1998 s 834; RÅ 2000 ref 29; NJA 2003 s 37; Öberg, Mervärdesbeskattning vid obestånd exempelvis s 34 ff och s 111 ff, om skattefordringars uppkomst. Jfr även exempelvis NJA 1988 s 332; NJA 1994 s 484; NJA 1997 s 787, om äldre rätt. Se även Larsson, Y & Morgell, Skatteverket som borgenär s 22 ff; Skatteverkets rättsliga vägledning, Särskilt om skattefordringars uppkomst (skv.se, 2020-07-01), alla om skattefordringars uppkomst.

¹⁶⁵ Förordningen är kommissionens delegerade förordning (EU) nr 153/2013 av den 19 december 2012 om komplettering av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 med avseende på tekniska tillsynsstandarder för krav på centrala motparter.

för studien. Av 2 kap 4 § konkurslagen framgår nämligen att en *borgenär* kan ansöka om att försätta en gäldenär i konkurs. För att någon ska vara borgenär måste denna ha en fordran, och alltså måste en fordran ha uppkommit, för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Fordran kan dock vara villkorad och behöver inte vara förfallen till betalning. Det är en ordning som framkommer av rättspraxis, förarbetena och doktrinen.¹⁶⁶ Flera författare har också påpekat att bedömningen av uppkomstfrågan, såvitt avser 2 kap 4 § konkurslagen, svarar mot den som ska göras enligt 5 kap 1 § samma lag.¹⁶⁷ Den borgenär som har behörighet att ansöka om att gäldenären ska försättas i konkurs svarar på så vis mot den borgenär som kan göra gällande sin fordran i konkursen (i uppkomsthänseende). Den funktionalistiska bedömningen talar heller inte för någon annan ordning.¹⁶⁸ Det har därför inte varit motiverat att behandla frågan om fordrans uppkomst beträffande 2 kap 4 § konkurslagen särskilt.

¹⁶⁶ Se NJA 1969 s 338, där borgenären hade ansökt om att försätta gäldenären i konkurs. Borgenären hade åtagit sig ett borgensansvar, som inte hade aktualiserats vid ansökningstillfället. HD fann att borgenären hade behörighet att ansöka om gäldenärens försättande i konkurs. Innehav av en villkorad regressfordran var alltså tillräckligt för att vara behörig i här relevant avseende. Se även SOU 1970:75 s 74; Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 16; Welamson, L, Konkursrätt s 32 f; Walin, Materiell konkursrätt s 35 f; Heuman, Specialprocess s 182; Palmér & Savin, Konkurslagen 2 kap 4 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Jfr även Olivecrona, Konkursrätt s 10; Håstad, Sakrätt s 98; Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s 253, som alla påpekar att även borgenärer med icke-förfallna fordringar kan ansöka om att försätta gäldenären i konkurs.

¹⁶⁷ Se Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 16; Welamson, L, Konkursrätt s 32 f; Elwing, Konkurslagstiftningen s 51. Jfr även Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 48 f, som påpekar att vem som är behörig att försätta någon i konkurs i grund och botten är en fordringsrättslig och inte en konkursrättslig fråga. Detta påpekande görs även i frågan om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs, se a s 191 ff. I dansk rätt framgår av 17 § danska konkursloven att en fordringshavare får begära att gäldenären försätts i konkurs. I doktrinen påtalas att även den som innehar oförfallna eller villkorade fordringar får begära någon i konkurs, se Ørgaard, A, Konkursret s 39. Jfr även Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 178 f, som talar om att villkorade fordringar emellanåt kan grunda behörighet för att begära gäldenären i konkurs. Författarna hänvisar till vad som anför om konkursfordrans uppkomst, se a st. På samma sätt som i dansk rätt framgår av 60 § norska konkursloven att fordringshavare kan begära att gäldenären försätts i konkurs. I förarbetena påpekas det uttryckligen att frågan om vem som är fordringshavare bedöms på samma sätt som vem som kan göra gällande sin fordran i konkurs, se NOU 1972:20 s 119. Se även exempelvis Huser, Bind 2 s 42; Andenæs, Konkurs s 14; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 84 ff.

¹⁶⁸ Redan i 1911 års förslag till konkurslag påpekades att borgenärer med oförfallna fordringar borde kunna ansöka om att få gäldenären försatt i konkurs, eftersom de annars inte skulle behandlas lika med de borgenärer som hade förfallna fordringar. De senare kunde ju genom utmätning tillse att de fick sina fordringar ersatta: "[M]en denna utväg står ej borgenär med icke-förfallen fordran till buds; om rätten att få gäldenären i konkurs från-

Vad gäller vilka uppkomstfrågor som ska undersökas beträffande lagen om företagsrekonstruktion har det varit nödvändigt att beakta den reform av den svenska insolvensrätten som rekonstruktionsdirektivet leder till. Direktivet innehåller bland annat ett ramverk för förebyggande rekonstruktion, som på flera sätt avviker från lagen om företagsrekonstruktion. En utredning har tillsats som ska ta ställning till hur direktivet bör genomföras i svensk rätt, bland annat genom att ”analysera hur svensk rätt förhåller sig till direktivet och ta ställning till vilka åtgärder som är nödvändiga eller annars lämpliga för att genomföra direktivet. [...] Utredaren är, med de ovan angivna begränsningarna, oförhindrad att i mån av tid överväga andra närliggande frågor och vid behov föreslå ytterligare åtgärder.”¹⁶⁹ Utredningsförslaget ska redovisas senast den 26 februari 2021.¹⁷⁰

Mot bakgrund av reformen och utredningsdirektiven för densamma är det i skrivande stund något oklart vilka delar av lagen om företagsrekonstruktion som kommer att kvarstå efter det att rekonstruktionsdirektivet har implementerats i svensk rätt. Det har beaktats i valet av avgränsningar, eftersom det framstår som mindre tilltalande om delar av avhandlingen blir rättshistoria kort efter disputationen. Vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser ett offentligt ackord inom ramen för en företagsrekonstruktion kommer ändå att behandlas. Det beror på att frågan hör nära samman med vad som krävs för att ett konkursbo ska bli förpliktat.¹⁷¹ I övrigt har jag valt att avgränsa bort sådana uppkomstfrågor som lagen om företagsrekonstruktion aktualiserar. Det gör att till exempel frågor om fordrans uppkomst vid kvittning enligt 2 kap 21 § lagen om företagsrekonstruktion inte kommer att behandlas.

kännes sådan borgenär, tvingas han således att överksam åse, hurusom borgenärerna med förfallna fordringar lägga beslag på alla gäldenärens tillgångar.”, a a s 165. Resonemanget kan även anföras beträffande de borgenärer som enbart har villkorade fordringar. Jfr även nedan under avsnitt 12.5, om den funktionalistiska bedömningen såvitt avser fordrans uppkomst vad gäller 5 kap 1 § konkurslagen.

¹⁶⁹ Se kommittédirektiv 2019:60 s 4.

¹⁷⁰ Se kommittédirektiv 2019:60 s 15.

¹⁷¹ Se nedan under kapitlen 15 och 16.

4 Vägen framåt: Avhandlingens disposition

I den avdelning som nu närmar sig sitt slut, det vill säga den första av avhandlingens fyra avdelningar, har kompassriktningen tagits ut, genom att studieobjekt, forskningsfrågor, metod och teori, avgränsningar samt avhandlingens upplägg beskrivits.

Det har framkommit att argumenten och argumentationslinjerna behövs studeras särskilt. I den närmast följande avdelningen kommer detta ske. I tur och ordning kommer villkorläran (vilket är en äldre lära om avtalsgrundade fordrings uppkomsttidpunkt), principen om den väsentliga grunden, funktionalismen (vilken bland annat kommer till uttryck i den syftes- och ändamålsförankrade metod som Högsta domstolen har betonat på senare år) och olika typer av systemargument att studeras enskilt. Därefter företas en jämförelse mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten. Bland annat kommer de normativa avvägningar som argumentationslinjerna bygger på och den struktur som argumentationslinjerna tar jämföras.

I avdelning III undersöks därefter vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Studien sker (bland annat) med hjälp av de argument och argumentationslinjer som har undersökts i avdelning II. Resultatet av avdelning II, det vill säga hur argumenten och argumentationslinjerna har använts, kommer att bilda utgångspunkt för undersökningen i avdelning III, såtillvida att detta användande får vara styrande för hur jag använder argumenten och argumentationslinjerna i avdelning III.

Avdelning III skulle kunna ha disponerats på flera olika sätt. Undersökningen skulle kunna ha skett med utgångspunkt i olika typer av fordringar, genom att dispositionen skulle kunna ha ordnats just efter olika typer av fordringar och vad som krävs för att dessa ska uppkomma.¹⁷² Jag har i stället valt att utgå och disponera undersökningen utifrån de olika

¹⁷² Se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 134 ff, för ett sådant upplägg.

bestämmelserna som är relevanta för forskningsfrågorna. Det finns flera skäl till det. Högsta domstolen angav i NJA 2009 s 291 att syftet och ändamålet med den bestämmelse som tillämpas ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst. Om avhandlingen skulle ha disponerats utifrån olika fordringstyper skulle det ha varit svårt att fullt ut beakta den av Högsta domstolen påbudna bedömningen. Visserligen finns argumentationslinjer som är relevanta i frågan om fordrans uppkomst på ett mer generellt plan, men dessa ska behandlas under avdelning II, för att sedan beaktas i studien av vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de aktuella bestämmelserna. Därutöver har jag under mina studier funnit att många i doktrinen behandlar frågan om fordrans uppkomst beträffande en specifik bestämmelse och inte utifrån en specifik typ av fordran. Jag har därför valt att utgå från de olika bestämmelserna under avdelning III, för att undvika att göra alltför mycket våld på rättskällorna.¹⁷³

Denna disposition medför dock att vissa argument och principer, som är relevanta i en rad olika frågor, behöver redogöras för i flera kapitel under avdelning III. Om framställningens syfte skulle ha varit att skapa bästa möjliga läsupplevelse för den som läser avhandlingen från pärm till pärm hade en annan disposition valts. Exempelvis kunde de centrala argumenten och principerna ha lyfts fram direkt i avdelning III. Det hade emellertid inneburit att framställningen hade blivit mindre vederhäftig, vad gäller undersökningen av avhandlingens forskningsfrågor. Med den valda dispositionen står i stället varje kapitel under avdelning III i stor utsträckning på egna ben, vilket underlättar för den som enbart är intresserad av en viss uppkomstfråga.

Den närmare dispositionen av kapitlen i avdelning III presenteras under avsnitt 11.1. Det fungerar som ett avstamp till avdelning III. Jag förväntar mig nämligen inte att ditt arbetsminne ska vara i samma klass som Deep Thoughts. (Svaret på frågan om fordrans uppkomst är heller inte 42.)

Avhandlingen avslutas med avdelning IV, som består av en syntes av fordrans uppkomst inom insolvensrätten.

¹⁷³ Jfr ovan i anslutning till noterna 90 och 92, om att göra våld på materialet.

II
ARGUMENT &
ARGUMENTATIONSLINJER

5 Upptakt

5.1 Ingång: Högsta domstolens allmänna beskrivning av rättsläget i NJA 2009 s 291

På senare år har Högsta domstolen tagit ett brett grepp om fordrans uppkomst. Gång på gång har domstolen uttalat sig om *hur* frågan om fordrans uppkomst ska bedömas; domstolen har lagt ut en linje som argumentationen ska följa, en argumentationslinje. Högsta domstolen (och Högsta förvaltningsdomstolen) har i dessa fall uttryckt att syftet och ändamålet med den bestämmelse som ska tillämpas i det enskilda fallet ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst.¹⁷⁴ Ytterligare argument och argumentationslinjer kan skönjas såväl i praxis från Högsta domstolen som i andra rättskällor. Här ska därför undersökas hur de (huvudsakliga) argumenten och argumentationslinjerna har använts i frågan om fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.¹⁷⁵ Resultatet av denna undersökning kommer sedan att användas i avdelning III. Där studeras vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.

I det första rättsfallet, NJA 2009 s 291, i vilket Högsta domstolen presenterade den ovannämnda argumentationslinjen, redogjorde domstolen också för rättsläget på ett allmänt plan. Den redogörelsen förefaller vara en lämplig startpunkt för en studie av vilka (huvudsakliga) argument och argumentationslinjer som finns representerade i frågan och hur de har

¹⁷⁴ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning. Jfr även NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11, i vilka varianter av det refererade uttalandet förekommer. Samtliga dessa uttalanden gäller för de fall då fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten, se vidare nedan under avsnitt 8.1.

¹⁷⁵ Se även ovan under avsnitt 1.3, om frågeställningarna i avhandlingen. Indirekt framkommer också vilka argument och argumentationslinjer som har ansetts vara de huvudsakliga.

använts. Domstolen tog där avstamp i att det inte finns någon allmän princip för att bestämma fordrans uppkomsttidpunkt:

”Av praxis framgår också att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma när en fordran skall anses ha uppkommit [hänvisningar uteslutna]. Att fordringen inte sällan sägs ha uppkommit när den ’väsentliga grunden’ för den förelåg kan inte uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip, utan det torde närmast vara att förstå som ett sätt att legitimera eller bekräfta en slutsats som vilar på de överväganden som det särskilda fallet föranleder.”¹⁷⁶

Formuleringarna i Högsta domstolens domskäl antyder att domstolen har sökt efter en *princip* i rättskällematerialet. I annat fall synes det oomtvärat att konstatera att det inte fanns någon för alla fall gällande princip. Domstolen avfärdade också den väsentliga grunden som en sådan princip. Denna eftersökning kan jämföras med vad Högsta domstolen i stället fäste avgörande vikt vid:

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit svävande – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga [hänvisningar uteslutna]. Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgången är alltså i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.”¹⁷⁷

Det finns alltså inte någon allmän princip, som kan vara avgörande i alla fall, i frågan om fordrans uppkomst. I stället ska syftet och ändamålet med den relevanta bestämmelsen ha stor betydelse i frågan. Det är uttalanden som har upprepats ett antal gånger i Högsta domstolens (och Högsta förvaltningsdomstolens) dömande sedan dess.¹⁷⁸ I Högsta domstolens beskrivning av rättsläget ställdes sålunda principer mot en bedömning med grund i den relevanta bestämmelsens syften och ändamål.

Intressant nog kan denna kategorisering användas, för att just kategorisera flera av de argumentationslinjer som finns i rättskällematerialet. Principerna skiljer sig från de som Högsta domstolen eftersökte, på det viset att de inte gäller för alla fall i vilka det ska bestämmas om en

¹⁷⁶ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

¹⁷⁷ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12. Se även nedan under avsnitt 10.4.2, om vilka hänvisningar HD använde sig av och vilket stöd som finns i dem.

¹⁷⁸ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning. Jfr även NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 (”Medansvar för rättegångskostnader”), HD:s domskäl st 11, i vilka varianter av det refererade uttalandet förekommer.

fordran har uppkommit.¹⁷⁹ Principerna har likväl en allmän betydelse, i den bemärkelsen att de gäller såvitt avser flera olika bestämmelser i vilka lokutionen fordrans uppkomst ingår. Villkorsläran, som kommer att undersökas närmare i kapitel 6 nedan, är en sådan argumentationslinje. Att fordran ska ha uppkommit när dess väsentliga grund föreligger är en annan argumentationslinje som – trots att domstolen avfärdade den i NJA 2009 s 291 – visats ha en generell betydelse. Den studeras närmare i kapitel 7 nedan. Självfallet kommer den av domstolen föreskrivna argumentationslinjen också att studeras. Det sker i kapitel 8 nedan. Därtill har olika typer av systemargument visat sig vara relevanta. I avhandlingen hänförs också Jenny Söderlunds associationstanke till systemargumenten.¹⁸⁰ Systemargumentens användning studeras närmare i kapitel 9 nedan. Avdelningen avslutas med en jämförelse mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten. Det sker nedan i kapitel 10.

Som det sista slaget i denna upptakt ska något sägas om hur de olika argumenten och argumentationslinjerna bör benämnas. Det säger nämligen också något om deras karakteristik, vilket kan skapa en bild av hur de olika argumenten och argumentationslinjerna kommer till uttryck i frågan om fordrans uppkomst och vad som skiljer dem åt.

5.2 Terminologi: Läror, principer och funktionalism

Som framgick av avsnittet ovan ställde Högsta domstolen principer mot syftes- och ändamålsförankrade argument i sin allmänna redogörelse för rättsläget. Beskrivningen av dessa två kategorier återspeglas, som sagt, i vilka argumentationslinjer som finns representerade i frågan om fordrans uppkomst. Kategorierna behöver också benämnas på något sätt. Benämningen av systemargumenten förefaller självklar liksom associations-tanken, men argumentationslinjerna kvarstår att benämna.

I den svenska förmögenhetsrätten ställs ofta funktionalismen mot substantialismen.¹⁸¹ Det gäller till exempel i diskussionen om äganderättens

¹⁷⁹ Jfr nedan under avsnitt 10.4.2, om vad HD menar med för alla fall gällande princip.

¹⁸⁰ Se nedan under avsnitt 9.3, om associationstanken.

¹⁸¹ Se inte minst Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen, som har undertiteln Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism. Se även Sandstedt, "Komparativ" sakrätt s 288: "Vi är *funktionalister* och de är *substantialister*." Se även Samuelsson, J, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet s 66, som beskriver den svenska funktionalistiska förmögenhetsrätten som en *kontrakultur*: "När vi definierar den som funktionalistisk förklarar vi vad den är, samtidigt som vi förklarar vad den inte är – och det den inte är, är (kontinental)europeisk, eller tysk, för

övergång.¹⁸² I sådana sammanhang brukar några kännetecken för funktionalismen särskilt framhållas, såsom att begreppen inte får diktera de rättsliga lösningarna, att lösningarna ska baseras på och anpassas efter de skäl som gör sig gällande i den relevanta situationen samt att konsekvenserna (funktionerna), som en viss tolkning får till följd, ska beaktas.¹⁸³ Befinner sig exempelvis en fråga inom den insolvensrättsliga kontexten, kommer de insolvensrättsliga skälen att tillerkännas en särskild betydelse i en sådan funktionalistisk bedömning.

Högsta domstolens beskrivning av rättsläget i frågan om fordrans uppkomst sammanfaller på flera sätt med en sådan funktionalism, såtillvida att domstolen uttalade att syftet och ändamålet ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst samt att domstolen påtalade att det inte finns någon för alla fall gällande princip i frågan. I domskälen tillmätte också domstolen konsekvenserna av olika tolkningar betydelse. Till detta kan domstolens avfärdande av den väsentliga grunden som en styrande rättsprincip läggas (anledningen till detta kommer att utvecklas närmare nedan under kapitel 7).¹⁸⁴ Funktionalism förefaller därför vara en lämplig term för den argumentationslinje som Högsta domstolen förordade i NJA 2009 s 291.¹⁸⁵

att vara mer precis. På ett ideologiskt plan är vår förmögensrätt funktionalistisk *till skillnad från* den civilistiska, romanistiska, kontinentaleuropeiska förmögensrätten, som är ... överteoretisk, översystematisk, begreppsfixerad och så vidare. Den europeiska förmögensrätten låter, i vårt perspektiv, villkora sina juridiska omdömen av allt möjligt annat än reglernas funktion, sådant som vi är benägna att se som bråte, som skymmer sikten för själva sakfrågan.”

¹⁸² Se vidare nedan under avsnitt 8.2, om den diskussionen.

¹⁸³ Se vidare nedan under bl a avsnitten 8.2 och 10.2.

¹⁸⁴ Låt vara att det finns skillnader i underliggande antaganden mellan det positiva uttrycket sättet att bedöma frågan om fordrans uppkomst i NJA 2009 s 291 och domstolens avfärdande av principen om den väsentliga grunden i samma rättsfall, se vidare nedan under avsnitt 8.5.

¹⁸⁵ Lindskog har föreslagit termerna absolutism–relativism, som benämningar på olika sätt att resonera på i frågan om fordrans uppkomst, se Lindskog, Betalning s 88 f: ”Om en förpliktelses uppkomst förutsätter förhandenvaron av flera rättsfakta, så har i praxis uppkomsttidpunkten i olika typfall (d v s enligt olika regler) bestämts på skilda sätt. Uppkomsttidpunkten är alltså *relativt bestämd*. Av det följer att man har att söka den princip som gäller för det typfall där tillämpningssituationen aktualiseras. Mot ett relativistiskt synsätt när det gäller uppkomsttidpunkten för en fordring, ett synsätt som för många begrepp är vedertaget, har det hävdats – möjligen under kontinentalt inflytande – ett absolutistiskt synsätt. Det bygger på föreställningen att rättsliga begrepp generellt bör ha ett enhetligt innehåll. [Noter uteslagna.]” Att benämna det för en relativt bestämd uppkomsttidpunkt är inte en olämplig beskrivning. Problemet är dock att några av de moment som innefattas i begreppet funktionalism saknas i relativism, samt att det inte framgår på vilket sätt uppkomsttidpunkten är relativt bestämd, om den är bestämd relativt en bestämmelse i vilken lokutionen fordrans uppkomst ingår i eller om uppkomst-

I begreppsparet funktionalism–substantialism har substantialism en negativ klang i den svenska förmögenhetsrätten. Substantialismen brukar ofta pejorativt betecknas som begreppsjurisprudens – och den ska vi verkligen inte befatta oss med!¹⁸⁶ Det är i stället de funktionalistiska lösningarna vi ska eftersöka.¹⁸⁷ Från funktionalistiskt håll brukar pekas på att substantialistiska lösningar utgår från begreppsbestämningar, som inte beaktar de skiftande intressen, vilka gör sig gällande i den relevanta situationen.¹⁸⁸ Liknande kritik har riktats mot villkorsläran.¹⁸⁹ Det är

tidpunkten är bestämd relativt typ av fordran. Absolutism blir dock en missvisande beskrivning av nedanstående argumentationslinjer. I villkorsläran får fordrans uppkomst en betydelse för avtalsgrundade fordringar. Läran öppnar dock dörren för avtalsrättsliga bedömningar av när någon är förpliktad, varvid bl a anbud–accept och rättsligt relevant passivitet kan aktualiseras. Fordrans uppkomst är alltså (indirekt) relativt bestämd även i villkorsläran, såtillvida att i läran är uppkomsttidpunkten avhängig på vilket sätt avtal har ingåtts, se vidare nedan under kapitel 6. Frågan är snarare vilken regelkontext som ska avgöra uppkomstfrågan – den avtalsrättsliga eller den insolvensrättsliga.

¹⁸⁶ Se nedan i not 525. Se även Göranson, U, Traditionsprincipen s 419, med vidare hänvisningar.

¹⁸⁷ Se Martinson, C, How Swedish Lawyers Think about "Ownership" and "Transfer of Ownership" s 69 ff, särskilt s 93 ff. Artikeln har den suggestiva undertiteln: Are We Just Peculiar or Actually Ahead?. Jfr även Håstad, Inför en europeisk sakrätt s 753, som om förhållandet mellan dogmatik och fakticitet (som med den här använda terminologin i princip svarar mot substantialism och funktionalism) påtalar: "Det är aldrig fel att veta precis vad man talar om, utan dogmatiska omskrivningar. Det borde vara lättare för länder med en dogmatisk inställning att förstå en lagstiftning inriktad på faktiskt beskrivna konflikter (även om de inledningsvis förtvivlat frågar 'vem är ägare' när de ställs inför en sakrättslig konflikt, t.ex. säljarens konkurs, med alla rättsfakta på bordet) än för andra länder att tillägna sig en dogmatisk överbyggnad som sedan ändå skall brytas ner i sina faktiska beståndsdelar. Detsamma gäller i än högre grad affärsmän som helst skall kunna förstå lagen utan att behöva konsultera jurister. Ett faktiskt (fallinriktat) angreppssätt avslöjar också i vad mån det i realiteten föreligger några skillnader mellan olika länders rättsåskådning, och det faktiska angreppssättet låter ekonomiska argument oförmedlat komma till tals." Jfr även Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 438: "Det är ingen överdrift att säga att de ovannämnda frågornas komplexitet ställer höga krav på både förmågan och – kanske framför allt – viljan att föra nyanserade juridiska resonemang som fokuserar på intresseavvägningar, reella behov och faktiska konsekvenser. Lyckligtvis är denna typ av ändamålsinriktade resonemang inte något främmande, varken för den svenska sakrätten eller för immaterialrätten. Den svenska sakrätten är känd för att i förhållandevis hög grad vara funktionell till sin karaktär; d.v.s. för att i relativt stor utsträckning basera sina lösningar på reella överväganden och konsekvensanalyser i stället för abstrakta, föregivet stringenta juridiska slutledningar." Jfr dock Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 20, som lyfter fram såväl funktionalism som substantialism: "Det som inte är funktionellt kan få en dysfunktionell konnotation och det som ur det andra perspektivet inte är substantiellt kan bli substanslöst."

¹⁸⁸ Se vidare nedan under avsnitten 8.2 och 10.2.

¹⁸⁹ Se vidare nedan under avsnitt 6.1, om denna kritik.

dock kritik som utgår från funktionalismens bild av de sätten att resonera på som villkorsläran och principen om den väsentliga grunden utgör. Villkorsläran utgår visserligen från ett antal begrepp (precis som funktionalismen till exempel utgår från begreppen syfte och ändamål),¹⁹⁰ men lösningarna baseras inte på begreppen. Begreppen öppnar i stället dörren till avtalsrätten (i vid mening) och dess normativa avvägningar.¹⁹¹ Att benämna villkorsläran och att fordran har uppkommit då den väsentliga grunden föreligger substantialism hade alltså varit att utgå från funktionalismens syn på de två argumentationslinjerna.

I stället, för att kategorisera rättskällematerialet i funktionalism–substantialism, förefaller Högsta domstolens kategorisering i principer och syftes- och ändamålsförankrad argumentation (här benämnd funktionalism) utgöra grund för en mer rättvisande benämning. Att fordran har uppkommit när den väsentliga grunden föreligger har visats ha vissa av principens kännetecken,¹⁹² och villkorsläran utgör en lära.¹⁹³ Det är alltså lämpligt att benämna dessa argumentationslinjer för just princip och lära.

Något kanske också kan sägas om varför villkorsläran, principen om den väsentliga grunden och funktionalismen benämns för argumentationslinjer.¹⁹⁴ Villkorsläran tillhandahåller svar på frågan om fordrans uppkomst, vad gäller avtalsgrundade fordringar. Principen om den väsentliga grunden tillhandahåller också svar på frågan om huruvida en fordran har uppkommit. Som framkom ovan sätts syftet och ändamålet i centrum inom funktionalismen. Det gör att frågan förskjuts (eller, med en annan beskrivning, preciseras). I den funktionalistiska bedömningen ställs frågan om *rättsföljden* i det aktuella (typ)fallet ska inträda (i stället för om fordran har uppkommit, även om avstamp tas i den senare frågan). Med en sådan formulering, som betonar rättsföljden, får nämligen syftet och ändamålet med den aktuella regeln stort genomslag. Frågan formuleras då exempelvis på följande vis: ”Ska konkursborgenären få kvitta i detta (typ)fall?” I stället för: ”Har konkursborgenärens fordran uppkommit i detta (typ)fall?” Argumentationslinjerna ger alltså inte bara uttryck för att olika argument används, även frågans formulering skiljer

¹⁹⁰ Se vidare nedan under avsnitt 8.3, om dessa begrepp.

¹⁹¹ Se vidare nedan under avsnitten 6.2 och 6.3.

¹⁹² Se nedan under avsnitt 7.4.

¹⁹³ Se nedan under avsnitten 6.1 och 6.2.

¹⁹⁴ Jfr exempelvis Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten s 946 f; Samuelsson, J, Något om tolkning av försäkringsvillkor s 717; Fridström Montoya & Kindström Dahlin, Förvalterskap som skydd mot beslut fattade under förälskelse? s 357, som alla använder termen argumentationslinje för att kategorisera vissa argument vilka (helt eller delvis) kan användas för att nå från fråga till svar.

sig åt.¹⁹⁵ Argumentationslinjerna fästs i olika (utgångs)punkter, de tillhandahåller en linje som argumenten kan följa, och de når (emellanåt olika) slutpunkter genom de svaren på frågan om fordrans uppkomst de ger. De kan liknas vid olika vägar, som kan leda till olika platser.¹⁹⁶

Systemargumenten utgör inte en argumentationslinje på samma sätt.¹⁹⁷ Söderlunds associationstanke påverkar i och för sig på vilket sätt frågan bör formuleras, men den aktualiseras främst beträffande hur konkursboet ska bli ansvarigt, och i den frågan leder associationstanken till slutsatsen att frågan inte är en uppkomstfråga.¹⁹⁸ Såvitt avser frågan om fordrans uppkomst kan associationstanken därför egentligen inte sägas utgöra en argumentationslinje.

Med det sagt är det dags för studierna av de olika argumentationslinjerna och argumenten. Först ut är studien av villkorsläran.

¹⁹⁵ Se vidare nedan under avsnitten 6.2, 6.3, 7.4 och 8.4.

¹⁹⁶ Med reservation för den risk för metaforisk kontamination som genom denna beskrivning nu har uppstått, se vidare t ex Mossberg, Avtalets räckvidd I s 387, om metaforisk kontamination. Jfr Samuelsson, J, Rättsvetenskapens vetenskaplighet s 211; Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s 16; Mellqvist, Recension av Martinson, C, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat s 991, alla om det antika metodbegreppet, bildat av meta (efter) odos (väg), som betyder just vägen efter eller vägen mot mål.

¹⁹⁷ Se vidare nedan under avsnitt 9.2.

¹⁹⁸ Se vidare nedan under avsnitten 9.3 och 15.5.

6 Villkorsläran

6.1 Inledande anmärkningar: Vad funktionalismen tog spjärn mot

Det är väl känt att när funktionalismen trädde in i civilrätten tog den spjärn mot en äldre lära om äganderättsbegreppet och äganderättens övergång.¹⁹⁹ Det är antagligen mindre känt att funktionalismen också tog spjärn mot en lära om fordrans uppkomst. I bland annat Axel Adlercreutz bidrag i festskriften till Carl Jacob Arnholm kommer detta till uttryck. Bidraget har titeln Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal. I festskriftsbidraget målar Adlercreutz upp en bild av en äldre, klassisk civilrättslig lära om fordrans uppkomst, i vilken avtalsgrundade fordringar uppkom genom avtalet. Enligt Adlercreutz motiveras uppkomsttidpunkten i läran med att det ömsesidigt förpliktande avtalet ger vardera parten en fordran och en däremot svarande förpliktelse. Han menar att läran därmed sätter fordran och förpliktelsen i första rummet, såsom begrepp. Adlercreutz konkluderar att avtalsrätten sedan ger svar på om ett avtal föreligger och läran innebär att avtalsrätten också svarar på om en fordran har uppkommit.²⁰⁰

Adlercreutz nöjer sig dock inte med att beskriva läran. Han kritiserar den också. Han menar att läran ger fordran en sorts substantiell karaktär; fordran blir något självständigt och primärt. Det moderna tankesättet, som Adlercreutz menar att hans eget bidrag om fordrans uppkomst ger uttryck för, har kommit längre än så. Fordringsbegreppet har inte någon direkt substans, eller för att tala med Adlercreutz: Det är ett begrepp som saknar direkt motsvarighet i verkligheten. Fordringsbegreppet har endast en framställningsteknisk funktion. Rättsreglerna ska i stället stå i centrum. Det är Adlercreutz moderna (läs: modernistiska) budskap.²⁰¹

¹⁹⁹ Se vidare nedan under avsnitt 8.2, om funktionalismen och äganderättens övergång.

²⁰⁰ Se Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 293.

²⁰¹ Se Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 293. Se även exempelvis Arnholm, Privatreth I s 26 ff, om synen på begrepp i förmögenhetsrätten under samma tidsperiod som Adlercreutz skrev sitt bidrag. Se även nedan under avsnitt 7.2, om

Trots att de som företrädde (och företräder) funktionalismen ville göra upp med det äldre, omoderna, tänkandet lever lärorna kvar i juridiken.²⁰² Det gäller även för *villkorsläran*²⁰³ – läran som Adlercreutz tog spjärn

rättighetsdebatten och begrepp som framställningstekniska hjälpmedel. Se även nedan under avsnitt 8.2, om funktionalismen och äganderättens övergång.

²⁰² Lärorna kan dock ta sig uttryck på andra sätt p g a rättsrealismen och funktionalismen, se exempelvis Kleinman, Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt s 12 ff, som beskriver hur den nordiska rättsstridighetsläran har påverkats av Uppsala-skolan, och hur den numera har återupptäckts. Jfr även Kleinman, Om uppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper s 381 ff. Se även Samuelsson, J, Pragmatism v. realism s 330 ff, som tecknar en bild av hur (rätts)realismen stört ut vår förståelse av vad principer är, och hur principer och allmänna läror har tryckts undan av realismen, men att de nu går en ny vår tillmötes. Jfr även Wilhelmsson, T, De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering s 43, som uttalar att rättsvetenskapen har ett ansvar för de rättsliga processer den bidrar till, och de redskap, med vilkas hjälp rättsvetenskapen kan lämna sina bidrag, är just de rättsliga begreppen och principerna enligt T Wilhelmsson.

²⁰³ Se nedan under avsnitt 6.3. Villkorsläran har även tillmätts betydelse i frågan om ansvar för olovligt förfogande enligt 10 kap 4 § BrB, se Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt avsnitten 6.3 och 7.6.6. I den svenska kontexten används termen villkor tillsammans med fordringsbegreppet (villkorade fordringar), för att beteckna ej fullgångna fordringar, se exempelvis 5 kap 1 och 10 §§ konkurslagen. Det verkar även vara den termen som användes när villkorsläran var det givna sättet att beskriva fordrans uppkomst på, se exempelvis Nordling, Svensk civilrätt s 222 ff. I danska och norska framställningar används i stället termen betingelse, se t ex Arnholm, Privatrecht I s 148 ff; Ussing, Aftaler s 445 ff; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 165 ff. I och med att termen villkor är etablerad i den svenska diskursen ser jag ingen anledning till att avvika från den terminologin. Villkor används visserligen också för att beteckna kontraktsvillkor i allmänhet, vilket kan vara förvillande vid en första anblick, men i de flesta fall utesluter nog kontexten att någon faktisk sammanblandning sker. Genom att kalla den i detta kapitel behandlade argumentationslinjen för villkorsläran ansluter jag mig delvis till den terminologi som Nordtveit nyttjar. Hon benämner den betingelseslären, se Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 165 ff. Lära används på ett liknande sätt beträffande omöjlighetsläran. Den har beskrivits som en lära enligt vilken en objektiv omöjlighet att fullgöra ett avtal innebar att avtalet är en nullitet – det vill säga att parten inte behöver fullgöra sin prestation, se Hansson, M, Kollektivavtalsrätten s 355; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 62, båda om omöjlighetslärans icke-vara i svensk rätt. Jfr dock Runesson, E, Utvecklingslinjer i avtalsrätten s 102, om omöjlighetslärans existens. Se även Andersson, H, Skyddsändamål och adekvans s 160, om skyddsändamålsläran och adekvansläran: ”Med ’skyddsändamålsläran’ avser jag denna *övergripande förklaringsmodell* som kan appliceras på olika konkreta situationer. Jag kommer att lägga fram en egen sådan modell som ska kunna användas i svensk rätt; med det nu sagda betonas att jag inte hänvisar till en i förväg given lära eller till någon särskild författares uttolkning. Utöver denna betydelse av termen kommer den ofta att behöva användas som ett samlande uttryck för de olika uttolkningarna. Detta blir aktuellt vid redogörelser för uttalade synpunkter på skyddsändamålstankar eller en tänkt helhetsstruktur. Likaså när man jämför exempelvis adekvansläran med detta alternativ måste, för enkelhetens skull, en enhetlig terminologi användas. På samma sätt kommer ’adekvansläran’ att användas som uttryck

mot och därmed ville trycka undan. Nedan ska jag undersöka denna lära närmare.

Bland nordiska rättsvetenskapare rådde det länge konsensus, om att villkorsläran skulle användas för att avgöra frågan om fordrans uppkomst. Enighet fanns även om lärans huvudsakliga innehåll. Villkorsläran finns återgiven redan i Anton Wilhelm Scheels *Privatrettens almindelige Deel* från 1866,²⁰⁴ och den förekommer i många andra förmögenhetsrättsliga verk fram till och med Arnholms²⁰⁵ *Privatrett I* 1964.²⁰⁶ (För att ge perspektiv kan sägas att hästen hade börjat ersättas mot tåg, som färdmedel, när Scheel skrev om villkorsläran, medan Arlanda precis hade öppnats när Arnholm gav sin bild av läran.) Det har sagts att villkorsläran kom från den romerska rätten via Tyskland,²⁰⁷ genom till exempel Rudolf von Jhering och Bernhard Windscheid,²⁰⁸ men delar av läran återfinns i David Nehrman's *Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem* från 1729.²⁰⁹

för alla adekvansläror.” Förutsättningsläran är förstås ytterligare ett exempel, se vidare Lehrberg, Förutsättningsläran passim, om den läran.

²⁰⁴ Se Scheel, *Privatrettens almindelige Deel* s 34 ff.

²⁰⁵ Jfr med fördel ovan vid not 200.

²⁰⁶ Se vidare Scheel, *Privatrettens almindelige Deel* s 34 ff; Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt* s 138 ff; Nordling, *Svensk civilrätt* s 222 ff; Torp, *Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del* s 94 ff; Serlachius, *Obligationsrättens allmänna del* s 46 f; Platou, *Privatrettens almindelige Del* s 313 ff; Lassen, *Haandbog i Obligationsretten* s 10 ff; Arnholm, *Privatrett I* s 148 ff; Ussing, *Aftaler* s 445 ff. Rodhe behandlar inte frågan om fordrans uppkomst. I verket *Obligationsrätt från 1956* konstaterar han att en systematisk översikt saknas om fordrans uppkomst i svensk rätt, se Rodhe, *Obligationsrätt* s 3. Det kan vara ett skäl till att jag inte har hittat läran återgiven i något allmänt svenskt verk efter 1891. Suspensiva och resolutiva villkor har dock diskuterats i fastighetsrätten, se framför allt Malmström, *Till frågan om villkor vid fastighetsköp II* s 25 ff. Se även nedan i not 379. Se även Karlgren, *Studier i allmän avtalsrätt* s 241 ff, not 227, där han diskuterar suspensiva och resolutiva villkor i frågan om huruvida köparen ska få sakrättsligt skydd vid öppet köp. Se vidare Nordtveit, *Når oppstår en fordring?* s 165 ff, för en allmän redogörelse av villkorsläran i den äldre litteraturen.

²⁰⁷ Se Ekström, *Om villkorliga rättsärenden* s 1 ff, som redogör för villkorsläran i romersk och tysk rätt (vad gäller tysk rätt avser redogörelsen tidsperioden efter BGB:s införande). Se även Lassen, *Lærebog i romersk Privatret* s 155 ff; Malmström, *Till frågan om villkor vid fastighetsköp II* s 7 och s 25.

²⁰⁸ Se Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* s 232 ff, som Nordling hänvisar till, se Nordling, *Svensk civilrätt* s 224. Se även von Jhering, *Geist des römischen Rechts* s 132 ff, särskilt s 165 ff, som Platou hänvisar till, se Platou, *Privatrettens almindelige Del* s 316.

²⁰⁹ Se Nehrman, *Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem* s 164. Enligt Malmström är det i Nehrman's verk som termerna suspensivt och resolutivt villkor först förekommer i svensk rätt, se Malmström, *Till frågan om villkor vid fastighetsköp I* s 134.

Villkorsläran har lämnat en mängd spår i rättskällorna, bland annat genom att begreppen resolutivt och suspensivt villkorad fordran stammar därifrån. Villkorsläran kan också bidra till att förklara en hel del rättspraxis, och annat rättskällematerial, samt i förlängningen (delar av) frågan om fordrans uppkomst. I mer nutida doktrin har Mikael Mellqvist förespråkat en liknande lära.²¹⁰ Allmänna läror har dessutom fått något av en återkomst i förmögenhetsrätten på senare år.²¹¹

I det följande tas utgångspunkt i den äldre litteraturen, för att studera villkorslärans betydelse. Därpå berörs en del nyare material, varvid inte minst Mellqvists bidrag kommer att behandlas, bland annat för att undersöka villkorslärans relevans i dag.

6.2 Närmare om villkorsläran (bland annat om suspensiva och resolutiva villkor)

Villkorsläran utgår från avtalet och rättshandlingarna som grundar avtalet.²¹² I läran uppkommer en fordran i regel just genom avtalet. Det är

²¹⁰ Se Mellqvist, Fordringars uppkomst s 165 ff, särskilt s 170 f. Se även nedan under avsnitt 6.2.

²¹¹ Se ovan i not 202. Jfr även de många rättsfallen på senare år, i vilka HD har lyft fram allmänna obligationsrättsliga principer, se exempelvis NJA 2013 s 1174, där HD uttalade att det finns allmänna obligationsrättsliga principer, som innebär att påföljder inte kan göras gällande av köparen, om det som annars skulle ha varit ett kontraktsbrott beror på köparen; NJA 2016 s 1035, där HD uttalade att reglerna, om dröjsmålsränta i räntelagen, ger uttryck för principer; NJA 2018 s 127, där HD fann att det finns en allmän princip om reklamation. Denna princip innebär, enligt HD, att det normalt får anses föreligga en allmän skyldighet, på det kontraktsrättsliga området, att inom viss tid meddela den kontraktsbrytande parten, om ett krav på ersättning, efter det att prestationen har utförts för sent. Exempelen visar på att regelfixeringen inom förmögenhetsrätten har mjuknat något. Jfr nedan under avsnitt 7.2, i vilket tanken om att reducera begreppen till framställningstekniska hjälpmedel i en regelkontext belyses.

²¹² Här används alltså presens som utgångspunkt (och inte preteritum, dåtid). Mot det kan invändas att de rättsvetenskapare som redogjorde för villkorsläran (i den äldre versionen) har vandrat vidare. De flesta bidragen har därtill över ett sekel på nacken, varför det kunde ha funnits skäl att nyttja preteritum i stället för presens. I undersökningen av rättskällorna har det dock visat sig att villkorsläran fortsatt har betydelse i frågan om fordrans uppkomst. Presentationen av undersökningsresultatet och undersökningen i sig är (som oftast) två olika saker. Att villkorsläran fortsatt har betydelse var alltså inte en premiss för forskningen, jfr Zahle, At forske ret s 13 ff, om förhållandet mellan forskningens bedrivande och framställningen av forskningen. Det är likväl klart att det vore överraskande om HD uttryckligen hade hänvisat till den litteratur som ger uttryck för villkorsläran i ett nutida avgörande. Det hindrar dock inte att den indirekt påverkar rättsläget i dag – därav presens och inte preteritum. Villkorsläran är inte heller det *enda* sättet att ta sig an frågor om fordrans uppkomst på utan ett av flera.

huvudregeln. Avtal och rättshandlingar kan dock villkoras på olika sätt. För dessa fall tillhandahåller villkorsläran ett antal begrepp – eller ett språk, om du så vill.²¹³ Begreppen beskriver olika sorters villkor, vilka i sin tur preciserar vad som krävs för att en fordran ska uppkomma. Begreppen suspensiva och resolutiva villkor, som vi fortsatt använder i dag, utgör sådana preciseringar. I läran görs dock ytterligare distinktioner, såsom mellan potestativa och kasuella samt positiva och negativa villkor. Vad som kan utgöra ett villkor beskrivs förstås också i läran. Dessa olika begrepp, inklusive villkorsbegreppet, ska undersökas närmare nedan. Därefter studeras vad som krävs för att en fordran ska uppkomma enligt läran. Villkorsläran ska även jämföras med den lära som Mellqvist har förespråkat, vilken liknar villkorsläran.

Låt oss ta utgångspunkt i att undersöka vad ett villkor är för något. I den litteratur som villkorsläran beskrivs noteras ofta att begreppet villkor kan betyda avtalsvillkor i största allmänhet.²¹⁴ Det är emellertid inte sådana villkor som avses i villkorsläran. I läran är nämligen ett villkor något som gör rättsförhållandet beroende av en viss händelse. Fredrik Schrevelius skriver:

”[Villkor] är ett sådant tillägg till en tillkännagifven vilja, hvarigenom den viljande gör existensen af ett rättsförhållande beroende af en tillkommande oviss händelse.”²¹⁵

Ett villkor är alltså ett *tillägg* till rättshandlingen. En rättshandling som sådan måste alltså föreligga.²¹⁶ Det framgår också i beskrivningen av villkorsläran. Villkoret får inte göra rättshandlingens *bindande rättsverkan* avhängig en viss händelse – då föreligger inget villkor.²¹⁷ I det läget finns naturligtvis inte heller någon rättshandling, eftersom avsikt att binda sig rättsligt saknas.²¹⁸

²¹³ Jfr Wilhelmsson, T, De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering s 33, som beskriver att till de allmänna lärorna hör de rättsliga begreppen med vilkas hjälp de rättsliga normerna kan beskrivas.

²¹⁴ Se exempelvis Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 138 f; Nordling, Svensk civilrätt s 223 f.

²¹⁵ Se Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 139.

²¹⁶ Platou, Privatrechts almindelige Del s 317.

²¹⁷ Se Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 99; Platou, Privatrechts almindelige Del s 317; Arnholm, Privatrecht I s 152 f; Ussing, Aftaler s 445 f.

²¹⁸ Enligt avtalslagens förarbeten är en rättshandling en viljeförklaring, som har till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande, som faller inom förmögenhetsrättens område, se Förslag till avtalslagen s 116. Både rättshandlingsbegreppet och viljeförklaringsbegreppet är omdiskuterade, men med just begreppet viljeförklaring avses att markera att den som avger viljeförklaringen ska ha haft en avsikt att binda sig rättsligt, se Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 49 ff; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 25; Ramberg,

Av det ovanstående citatet framgår också att villkoret ska göra rättsförhållandet beroende av en oviss händelse. Händelsen ska vara av viss sort. Den ska vara *framtida* och *oviss* i villkorslärans bemärkelse. I att villkoret ska vara framtida ligger att det inte redan ska vara uppfyllt i objektiv bemärkelse.²¹⁹ Villkoret får alltså inte avse något som redan har inträffat. Vidare uppställs ett krav på att villkorets uppfyllande ska vara ovisst. Det är således inget villkor om villkoret kommer att uppfyllas med fullkomlig säkerhet. I villkorslärans betydelse är därför en föreskrift om förfallotid inget villkor.²²⁰ Låt vara att det emellanåt kan vara svårt att avgöra om något är ett villkor eller en föreskrift om förfallotid.²²¹ Ett villkor som

J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 92. Jfr även Dotevall, Avtal s 58 ff, som talar om avsikten som förutsättning att bli bunden (till ett avtal). Se vidare för en diskussion om viljeförklaringsbegreppet bl a Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s 181 ff; Svensson, O, Viljeförklaringen och dess innehåll passim; Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 425 ff.

²¹⁹ Se Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 139; Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 97 f; Platou, Privatrettens almindelige Del s 314; Arnholm, Privatrett I s 150. Häremot Nordling, Svensk civilrätt s 225, som menar att det är tillräckligt att parterna tror att händelsen, som avtalet har villkorats av, inte föreligger vid avtalsslutet för att det ska utgöra ett villkor. Nordling anser alltså att det inte kan ställas upp något objektivt krav på att villkoret inte redan är uppfyllt i dessa fall: "Vidkommande frågan om ovissheten vid aflåtandet synes oss den subjektiva ovissheten vara villkorets karaktäristiska bestämning, hvilket Schrevelius ock själf erkänner, i det att han förklarar, att bestämmelser, som hänföra sig till en redan skedd eller en närvarande tilldragelse, verka på samma sätt som vilkor. Till bestyrkande häraf och såsom ett viktigt skäl att äfven räkna sådana bestämmelser, då kännedom om den förutsatta tilldragelsens tillvaro saknas, såsom vilkor kunna vi anföra, att den, som vill med stöd af dylik aflåtelse göra en rätt gällande, måste bevisa tilldragelsens befintlighet lika väl som vid ostridiga vilkorsbestämmelser.", a st. Skillnaden tycks alltså bestå i hur villkorets karaktär ska beskrivas. Frågor om fordrans uppkomst bedöms ofta retrospektivt, varför skillnaden inte ska överdrivas.

²²⁰ Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 109 f; Platou, Privatrettens almindelige Del s 343; Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 10; Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s 7; Arnholm, Privatrett I s 158 f; Ussing, Aftaler s 455.

²²¹ Se NJA 1930 s 597. I fallet hade ett bolag utfärdat ett skuldebrev till en styrelseledamot. Bolaget gick sedermera i konkurs. I skuldebrevet föreskrevs att skulden skulle amorteras ned med visst belopp årligen, om det kunde ske med tillgängliga vinstmedel enligt fastställd balansräkning. Bolaget fick inte dela ut vinst förrän amortering hade utförts enligt skuldebrevet. Frågan i fallet var om reversen fick göras gällande i konkursen. Jäv hade framställts mot styrelseledamotens bevakning av skuldebrevet i konkursen. Av jävsinvändaren anfördes det att fordran var villkorad av att bolaget skulle gå med vinst. Genom konkursen blev det otvetydigt fastslaget att bolaget aldrig mer skulle gå med vinst. (Jfr då gällande 136 § 1921 års konkurslag och nu gällande 5 kap 10 § konkurslagen.) Av bevakaren invändes att villkoret enkom utgjorde en förfalloklausul, vilken inte hindrade rätten till utdelning. RR kom att ogilla jävet med följden att fordringarna kunde bevakas och erhålla utdelning. HD fastställde RR:s utslag. Uppenbarligen kunde

omöjligan kan infrias är heller inte ett villkor i villkorsläran.²²² Såsom exempel brukar nämnas att ett avtal inte kan villkoras av att solen går upp i morgon.²²³ Uppsalavintrar utan tjäle skulle väl numera kunna utgöra ett villkor dock.

Rättsvetenskaparna som beskriver villkorsläran redogör vanligen för ett antal olika slags villkor. Dessa distinktioner får tjäna som exempel på vad olika villkor kan bestå av. I dagens diskurs lever distinktionen mellan *resolutiva* och *suspensiva* villkor kvar.²²⁴ Skillnaden mellan *resolutiva* och *suspensiva* villkor består i om villkorets uppfyllande innebär att fordran blir fullgången eller om en redan fullgången fordran upphör (återlöser sig). En suspensivt villkorad fordran är inte fullgången, men den blir fullgången om villkoret inträffar,²²⁵ medan om ett resolutivt villkor inträffar innebär det att en fullgången fordran upphör.²²⁶

Ett exempel får åskådliggöra distinktionen: Anta att en olivoljeproducent är intresserad av att köpa ett (extra) ton Kalamataoliver, då försäljningen av fjolårets grekiska jungfruolja överträffade alla förväntningar. Anta också att det redan har hunnit bli augusti och det strax är dags för skörd. Producenten känner därför till att det mesta av årets skörd redan har sålts. Lite på chans kontaktar han ändå bönderna i regionen, och turligt nog finner han en bonde, som tror att hon kan sälja den efterfrågade kvantiteten. Maj var nämligen ovanligt varm i år, vilket har gjort att skörden ser ut att bli riklig. Bonden vill likväl inte fullt ut binda sig till att leverera oliverna. Inköparen och bonden villkorar därför köpet, genom

klausulen ses som en förfalloklausul, se vidare om detta Ekdahl, Om fordran i konkurs s 8; Welamson, L, Konkursrätt s 454, vid not 7.

²²² Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 97 f; Platou, Privatrethens almindelige Del s 314; Arnholm, Privatreth I s 150.

²²³ Se exempelvis Arnholm, Privatreth I s 150; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 166.

²²⁴ Se exempelvis SOU 1983:24 s 178; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 130 f; Dotevall, Avtal s 135; Heuman, Specialprocess s 249. Jfr även i not 379 nedan, om förvärvets fullbordan eller bestånd är beroende av villkor, såvitt avser tillämpningen av 4 kap JB.

²²⁵ Det kan tänkas att en fordran kan vara beroende av flera suspensiva villkor, vilket förstås innebär att flera villkor måste inträffa för att fordran ska bli fullgången.

²²⁶ Se Scheel, Privatrethens almindelige Deel s 35 f; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 140; Nordling, Svensk civilrätt s 227; Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 99; Platou, Privatrethens almindelige Del s 319; Lassen, Haandbog i Obligationretten s 10; Arnholm, Privatreth I s 151; Ussing, Aftaler s 447 f. Kombinationer av suspensiva och *resolutiva* villkor kan tänkas, i vilka ett villkor skulle kunna innebära att fordran är fullgången vid en viss tidpunkt, men att den upphör om en viss omständighet inträffar, för att sedan bli fullgången om en annan omständighet inträffar. Ett köp kan exempelvis resolutivt villkoras av att en aktie inte får ha ett mindre värde på en marknad än ett visst pris, i kombination med ett suspensivt villkor om att fordran blir fullgången (igen), om värdet därefter går upp och överstiger ett visst pris.

att i avtalet föreskriva att bondens skörd måste uppgå till en viss kvantitet, för att parterna ska bli förpliktade till att utväxla prestationerna.

Med en sådan skrivning är villkoret ett suspensivt villkor: Fordran på att få köpeskillingen villkoras av att skörden ger ett visst utfall. Skulle parterna i stället formulera avtalet och föreskriva att köpet ska gå åter, om skörden inte ger ett visst utfall, utgör villkoret i sådana fall ett resolutivt villkor. Det beror på att en i och för sig fullgången fordrans giltighet upphör om villkoret inträffar. Skillnaden mellan resolutiva och suspensiva villkor ligger inte i vad för typ av händelse fordran villkoras av. Skillnaden ligger i vilken verkan villkoret har – om fordran blir fullgången eller om fordrans giltighet upphör, en skillnad som är avhängig hur avtalet formuleras. Skillnaden ligger alltså på rättsföljdessidan och inte på rättsfaktumssidan.²²⁷

²²⁷ Malmström har kritiserat distinktionen mellan suspensiva och resolutiva villkor. Hans kritik riktas mot att situationen då ett suspensivt villkor har realiserats (och fordran därigenom har blivit fullgången) likställs med den situationen då en fordran är fullgången men resolutivt villkorad. Han menar att rättsförhållandena inte är av samma art i de beskrivna situationerna. Enligt Malmström är det först när det har visat sig att det resolutiva villkoret inte kommer att inträffa som rättsförhållandena är av samma art. Fullgången betyder alltså inte samma sak enligt de olika definitionerna, och Malmström konkluderar därför att utgångspunkterna är motsägande och definitionerna ohållbara, se Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s 27 ff. Malmström framhåller: "Utginge man från 'uppkomsten' av ett 'rättsförhållande' överhuvud, bleve alla villkor resolutiva, utginge man från 'uppkomsten' av ett ovillkorligt 'rättsförhållande', bleve alla villkor suspensiva.", a a s 29. Han gör också en distinktion mellan om det är avtalets rättsverkningar som har villkorats och om det är avtalet som sådant som har villkorats, se a a s 27 ff. Den distinktionen har dock ingen avgörande betydelse här. Malmström har rätt i sin iakttagelse. Frågan är snarare om iakttagelsen bör föranleda att distinktionen ska avfärdas, som Malmström menar, se a a s 33, eller om den fortsatt har förklaringsvärde. Här bör först och främst framhållas att undersökningen i denna avdelning inriktas på hur de olika argumentationslinjerna har använts. Men det bör också påpekas att Malmströms kritik av distinktionen skjuter över målet, såtillvida att den av honom eftersträövade precisionen i begreppen svårigen kan upprätthållas, om vi över huvud taget ska kunna ha begrepp, såsom avtal eller utomobligatoriskt skadestånd, vilka omfattar många frågor och stora rättsområden. Malmström framhåller att en fullgången fordran, som tidigare har varit suspensivt villkorad, inte betyder samma sak, som en resolutivt villkorad fordran, förrän det har visat sig att det resolutiva villkoret inte kommer att inträffa. Vanligen finns dock en mängd omständigheter som påverkar en i och för sig fullgången fordran. Kontrakträttens regler om dröjsmål och fel samt reglernas tillhörande påföljder, såsom omleverans, prisavdrag och hävning, kan nämnas som exempel på regler som kan göra att en fullgången fordran påverkas (trots att den egentligen är fullgången). Fullgångna fordringar skiljer sig alltså åt, beroende på vilken typ av fordran och vilka förutsättningar som föreligger i det enskilda fallet. Det innebär emellertid inte att vi inte kan tala om fullgångna fordringar. Det är dock en position som Malmström inte är beredd att ta: "Avgörande blir i sista hand, att föreställningssättet med rättigheter och förpliktelser o.s.v. i en särskild juridisk värld är ohållbart. Därav följer, att en sådan indelning som den i suspensiva och resolutiva villkor

I villkorsläran skiljs även på *potestativa* och *kasuella* samt *positiva* och *negativa* villkor. Dessa distinktioner har inte någon stor vikt i dag, men de kan fortsatt förklara vad ett villkor kan bestå av. Betydelsen av positiva respektive negativa villkor, kanske kan anas redan av lydelsen: De positiva villkoren är sådana som kräver en ändring av ett faktiskt förhållande, för att de ska inträffa. De negativa innebär i stället att ett faktiskt förhållande ska bestå vid en viss tidpunkt, för att ett sådant villkor ska bli uppfyllt.²²⁸

Skillnaden mellan potestativa och kasuella villkor rör i stället i vilkens händer villkorets infriande ligger. Ett kasuellt villkor innebär att den händelsen som avtalet villkoras av ligger utanför parternas makt, såsom (delvis) gäller för villkoret om skördens kvantitet ovan. (Parterna styrde exempelvis inte över vädret i september.) Ett potestativt villkor innebär i stället att det är någon av parterna som styr över villkorets inträffande. Det kunde ha varit fallet i exemplet ovan, om osäkerheten hade legat på inköparens sida och villkoret i stället hade formulerats som ett öppet köp.²²⁹

Skillnaden mellan ett potestativt villkor och om rättshandlingens bindande verkan har villkorats (det senare innebär att det inte handlar om ett villkor enligt villkorsläran) kan framstå som konstruerad. Skillnaden ligger dock i att ett potestativt villkor innebär att en bundenhet finns och att något annat är villkorat än själva bundenheten.²³⁰ Att det finns ett

är förfelad, vare sig den grundas på ett avtals allmänna 'rättsverkan' eller på 'uppkomsten' resp. 'upplösningen' av vissa särskilda ur avtalet härledda 'förpliktelser'. Riktigt är emellertid, att s.k. villkorsbestämmelser i olika fall kunna ha högst olika innebörd i fråga om de avtalade prestationernas o.s.v. förhållande till tidpunkten för villkorets uppfyllelse. [Noter uteslutna.]", a s 36 f. Malmströms syn på begreppen förefaller, genom betonandet av att en särskild juridisk värld är ohållbar, vara inspirerat av rättsrealismen, då verkligheten synes vara det vetenskapen ska bekymra sig med, enligt Malmström. Jfr nedan i not 408 och under avsnitten 7.2 och 7.3, om rättsrealismens vetenskapsideal. Även Karlgren har uppmärksammat att det framstår som om skillnaden mellan resolutiva och suspensiva villkor är en formuleringsskillnad, se Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 241 ff, not 228. Han påpekar emellertid att vissa reella skillnader föreligger mellan en resolutivt och en suspensivt villkorad äganderätt, främst med avseende på tid, då en resolutivt villkorad äganderätt är varaktig, medan en suspensivt villkorad sådan är provisorisk. Karlgren sätter värde på distinktionen, vad gäller frågan om olika typer av förbehålls sakrättsliga skydd, se a st.

²²⁸ Se Scheel, Privatrechts almindelige Deel s 36; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 140; Nordling, Svensk civilrätt s 226; Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 99; Platou, Privatrechts almindelige Del s 317.

²²⁹ Se Scheel, Privatrechts almindelige Deel s 36; Nordling, Svensk civilrätt s 226 f; Platou, Privatrechts almindelige Del s 317; Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s 14; Arnholm, Privatrecht I s 151 f.

²³⁰ Nordtveit, När oppstår en fordring? s 166.

avtal mellan parterna kan ha andra rättsverkningar och innebära andra förpliktelser mellan parterna, såsom lojalitetsplikter.²³¹

Till frågan om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma enligt villkorsläran. Här är skillnaden mellan resolutiva och suspensiva villkor viktig att bära med sig. Det råder nämligen stor enighet om att en fordran har uppkommit även om den är resolutivt villkorad.²³² Den resolutivt villkorade fordran upphör i stället om villkoret inträffar, eller som Oscar Platou uttrycker det:

”Resolutiv er Betingelsen, naar Opløsning af det ved Retshandelen stiftede Retsforhold er betinget af Betingelsens Indtræden. Retsforholdet er opstaaet og bestaar, *purum*, men dets Opløsning er suspensiv betinget [...]”²³³

De resolutiva villkoren är alltså inte särskilt problematiska vad gäller fordrans uppkomst (så länge de inte inträffar). Det är i stället de suspensiva villkoren som är problematiska.²³⁴ Många av de rättsvetenskapare som redogör för villkorsläran är eniga om att en suspensivt villkorad fordran har uppkommit redan medelst att gäldenären har förpliktat sig genom en viljeförklaring.²³⁵ Ståndpunkten får här representeras av Platou:

”[D]en betingede Retshandel daterer sig fra det Øieblik, Villieserklæringen blev afgivet; den lever fra dette Øieblik [...]. En Forfølgning af samme Tankegang fører til det Resultat, at naar Betingelsen indtræder, naar Retshandelen kommer til fuld Virksomhed, saa dateres denne Virksomhed ikke fra Betingelsen Indtræden, men fra Villieserklæringens Afgjørelse [...]”²³⁶

²³¹ Se NJA 2017 s 203, HD:s domskäl st 8, om att vissa avtal förutsätter en lojal samverkan mellan parterna; det kan sägas att en sorts allmän lojalitetsplikt föreligger mellan avtalsparter. Se även exempelvis NJA 1978 s 147, HD:s domskäl st 3, om att viss informationsplikt kan föreligga mellan avtalsparterna.

²³² Se Scheel, Privatrechts almindelige Deel s 43 f; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 144; Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 99 och s 106 f; Platou, Privatrechts almindelige Del s 319; Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 11; Arnholm, Privatrecht I s 151; Ussing, Aftaler s 447 f.

²³³ Platou, Privatrechts almindelige Del s 319, *purum* kan översättas till rent här. Jfr Ussing, Aftaler s 454.

²³⁴ Det gäller väl i och för sig generellt i frågan om fordrans uppkomst, vilket om inte annat visas genom att flera på senare år bemödat sig om att skriva en avhandling, som till stora delar behandlar frågan om en fordran har uppkommit, såvitt avser de fall då den är suspensivt villkorad, se Nordtveit, När oppstår en fordring? och förevarande arbete.

²³⁵ Se Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 105 f; Serlachius, Obligationsrättens allmänna del s 46; Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 11; Arnholm, Privatrecht I s 153 ff; Ussing, Aftaler s 454.

²³⁶ Platou, Privatrechts almindelige Del s 332.

I jämförelse med denna ståndpunkt företräder Ernst Victor Nordling och den redan nämnda Schrevelius en något avvikande mening. Enligt dem har en fordran nämligen inte uppkommit om den är suspensivt villkorad; den uppkommer först om villkoret uppfylls.²³⁷ Nordling menar i och för sig att om villkoret inträffar får det en retroaktiv effekt, vilket innebär att en fordran då har uppkommit redan när gäldenären blev förpliktad.²³⁸ (Även Nordling tillmäter det resolutiva villkoret en retroaktiv effekt, genom att inträffandet av ett sådant medför att rättsförhållandet inte alls har existerat.)²³⁹ Schrevelius menar att det är osäkert om uppfyllandet av ett suspensivt villkor har retroaktiv effekt.²⁴⁰ Varken Nordling eller Schrevelius förutsätter dock att rättshandlingens bindande rättsverkan inte får vara villkorad.²⁴¹ Schrevelius uttrycker att det får ankomma på vad parterna har avsett om uppfyllandet av en suspensivt villkorad fordran får retroaktiv effekt.²⁴² Det bör förstås i kontrast mot redogörelsen för villkorläran ovan. Där framkom att den rättsliga bundenheten hos rättshandlingen inte får villkoras, för att det ska vara ett villkor enligt villkorläran. I enlighet med Nordlings uppfattning bör villkorläran förstådd på det viset innebära att uppfyllandet av ett suspensivt villkor får retroaktiv effekt. Samma ordning bör troligen gälla enligt Schrevelius sätt att se på frågan.

Liksom Nordling och Schrevelius är Scheel av ståndpunkten att rättsförhållandet, som den villkorade rättshandlingen ska grunda, inte har inträtt om villkoret inte har inträffat.²⁴³ Det hindrar dock inte att han tillmäter en fordran de rättsverkningar som en uppkommen, men villkorad fordran, har generellt. Scheel menar att en villkorad fordran kan överlätas, pantsättas och även förfogas över på annat sätt. Den kan också utmätas och preskriberas.²⁴⁴

Även om rättsvetenskaparna alltså har något olika åsikter i fråga om huruvida en suspensivt villkorad fordran har uppkommit, är de i stort sett eniga om följderna av att en villkorad fordran föreligger.²⁴⁵ En villkorad fordran kan göras gällande i en konkurs och preskriptionsfristen

²³⁷ Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt* s 142 f; Nordling, *Svensk civilrätt* s 228.

²³⁸ Nordling, *Svensk civilrätt* s 228.

²³⁹ Nordling, *Svensk civilrätt* s 228.

²⁴⁰ Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt* s 142 f.

²⁴¹ Se Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt* s 138 ff; Nordling, *Svensk civilrätt* s 222 ff.

²⁴² Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt* s 143.

²⁴³ Scheel, *Privatrettens almindelige Deel* s 38 f.

²⁴⁴ Scheel, *Privatrettens almindelige Deel* s 39 f.

²⁴⁵ Se Nordtveit, *Når oppstår en fordring?* s 168.

börjar löpa från den villkorade fordrans uppkomsttidpunkt. Det gäller oavsett om villkoret är uppfyllt eller inte (om preskriptionsfristen räknas från uppkomsten). Carl Torp fångar detta på ett målande sätt:

”[D]et [er] nærmest kun en terminologisk Strid, om man bør sige, at den Ret, der bliver definitiv ved Betingelsens Indtræden, strax er stiftet, men kun som betinget, eller om man bør sige, at der, saa længe Betingelsen svæver, kun er stiftet en retsbeskyttet Udsigt til, at Retten, naar Betingelsen opfyldes, vil indtræde. Ligesom imidlertid den førstnævnte Udtryksmaade vistnok har Sprogbrugen for sig, saaledes giver den ogsaa det mest adækvate Udtryk for den foreliggende Situation, idet man er enig om i visse Retninger at anse den paagældende Ret som eksisterende allerede conditione pendente.”²⁴⁶

En fordran synes alltså uppkomma i vart fall genom avtalet i villkorslärans bemärkelse. Frågan om huruvida en fordran kan uppkomma innan ett avtal har ingåtts bör också undersökas. Mellqvists fordringsrättsliga lösning är även relevant att beakta i den frågan.

I Mellqvists fordringsrättsliga lösning menas att frågan om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma är just en fordringsrättslig fråga, vilken ska lösas med de fordringsrättsliga verktygen. Lösningen ska sedan få betydelse inom bland annat konkursrätten.²⁴⁷ Den fordringsrättsliga lösningen baseras på motsatsparet fordran–förpliktelse.²⁴⁸ En fordran uppkommer när den står mot en förpliktelse.²⁴⁹ Förpliktelsens uppkomst avgörs i sin tur med den avtalsrättsliga löftesprincipen:

”Utgångspunkten är i stället löftet såsom det kommer till uttryck genom den rättshandlandes förklaring. Den förklaringen måste vara riktad mot någon annan (avgiven eller utgiven). Dessutom måste man rimligen kräva att mottagaren också har förstått det avgivna löftet (förklaringen). Om de nu redovisade förutsättningarna är uppfyllda har en förpliktelse uppkommit.”²⁵⁰

²⁴⁶ Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 105.

²⁴⁷ Se vidare Mellqvist, Fordringars uppkomst s 165 ff. Se även Mellqvist, Är avräkning kvittning och kvittning avräkning eller är kvittning kvittning och avräkning avräkning? s 660 f; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 193 f.

²⁴⁸ Se Mellqvist, Fordringars uppkomst s 167 f.

²⁴⁹ Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 193.

²⁵⁰ Mellqvist, Fordringars uppkomst s 170, noter uteslutna ur citatet. Av citatet framgår att mottagaren också måste ha förstått det avgivna löftet enligt Mellqvist. Det bör dock jämföras med 7 § avtalslagen (motsatsvis). Bestämmelsen gäller för berättigande, normalt gynnsamma rättshandlingar för mottagaren, såsom anbud och accept. Där föreskrivs att anbud eller svar, som återkallas, inte är gällande, där återkallelsen kommer den, till vilken anbudet eller svaret är riktat, till handa innan han (eller hon) tar del av detta eller samtidigt därmed. Ett anbud kan alltså inte återkallas, då mottagaren har tagit del av anbudet (om inte återkallelsen når mottagaren samtidigt som hen tar del av anbudet). Något krav på att mottagaren ska ha förstått anbudet kan alltså inte ställas upp, men möj-

Mellqvist anser alltså att en fordran uppkommer när förklaringen har kommit motparten till handa och mottagaren har förstått förklaringen. Det indikerar att fordran kan uppkomma redan innan avtal är slutet. Av löftesprincipen följer att en anbudsgivare är bunden till anbudet under acceptfristen, i vart fall från det att anbudsmottagaren har tagit del av anbudet. Det kommer indirekt till uttryck i 7 § avtalslagen.²⁵¹ Mot bakgrund av löftesprincipen borde då en fordran uppkomma genom anbudet, *villkorad* av anbudsmottagarens accept.

I den fordringsrättsliga lösningen är det likväl inget villkor att ett anbud måste accepteras utan en *uppkomstföresättning*. Fordran har inte uppkommit genom anbudet. Den är endast eventuell. Fordran uppkommer först när anbudet accepteras enligt Mellqvist. I hans begreppsbyggnad har nämligen endast villkor betydelse för *uppfyllelsen* av förpliktelsen. Villkoret har inte betydelse för *uppkomsten* av förpliktelsen (och den fordran som svarar mot förpliktelsen). Ståndpunkten innebär att förpliktelsen och fordran inte behöver uppkomma samtidigt som avgivaren blir bunden till sin förpliktelse (genom den nämnda löftesprincipen). Fordringarna, som grundas i avtal, uppkommer i stället då avtal är slutet i Mellqvists fordringsrättsliga lösning.²⁵²

Denna fordringsrättsliga lösning jämför sedan Mellqvist med de ändamålsskäl som gör sig gällande avseende olika insolvensrättsliga regler. Han finner dock inte skäl att frånga den fordringsrättsliga lösningen med anledning av detta. Snarare betonar han att förutsebarhet och systematik talar för att fordrans uppkomst ska besvaras på samma sätt oavsett i vilket sammanhang som frågan aktualiseras.²⁵³

ligen likställer Mellqvist att någon ska ha förstått anbudet med att denna ska ha tagit del av detsamma. Se även Förslag till avtalslagen s 54 ff; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 66; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 110 ff; Dotevall, Avtal s 78 f, alla om 7 § avtalslagen. Jfr Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 103.

²⁵¹ Se i noten strax ovan.

²⁵² Se Mellqvist, Fordringars uppkomst s 170 ff, som stöd, för distinktionen mellan uppkomstföresättning och villkor, uttalar Mellqvist: "Begreppet 'villkor' används även i andra sammanhang och ges där vissa definitioner. Bland annat skiljer man – liksom här – på 'villkor' och 'föresättningar', jfr t.ex. Bert Lehrberg, Föresättningsläran s. 120 f. Begreppsanvändningen här är inte avsedd att ha några verkningar utanför framställningen i denna artikel.", a s 171, not 17. Lehrberg använder villkor, för att beteckna avtalsvillkor, och föresättningar, för att beteckna något som hade gjorts till ett villkor om det hade tagits upp under förhandlingarna, se Lehrberg, Föresättningsläran s 120 f. Lehrberg hänvisar också till bl a Lassen och Ussing, se a st. Både Lassen och Ussing presenterade även villkorläran i dessa skrifter, och i det sammanhanget gjorde de inte någon skillnad mellan ansvarsföresättning och villkor, se Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 10 ff; Ussing, Aftaler s 445 ff.

²⁵³ Mellqvist, Fordringars uppkomst s 188 ff. Jfr dock nedan under kapitel 12.

Enligt Mellqvist uppkommer en fordran alltså genom avtalet. Med det sagt är det dags att återvända till villkorsläran. Det konstaterades ovan att den innebär att en fordran som har sin grund i en rättshandling uppkommer när en part blir bunden till den. Mot bakgrund av löftesprincipen blir löftesgivaren bunden till rättshandlingen när mottagaren har tagit del av löftet.²⁵⁴ En fordran bör därigenom också uppkomma när mottagaren har tagit del av löftet.

I den äldre litteraturen nämner flera författare att ett anbud kan villkoras.²⁵⁵ Många konstaterar också att det är i och med viljeförklaringen, förbindelsen eller rättshandlingen som en suspensivt villkorad fordran uppkommer (i singular).²⁵⁶ Sammantaget uppkommer en fordran genom löftet i villkorsläran.

Utifrån ett funktionalistiskt perspektiv, som det Adlercreutz intog, kan det framstå som att det är begreppsbestämningar vilka styr lärans utformning och det svar läran ger på frågan om fordrans uppkomst. Det är inte helt korrekt. I och med att villkorsläran utgår från avtalet, och de rättshandlingar som utgör avtalets grund, öppnar de begrepp som används i villkorsläran i stället dörren till avtalsrättsliga avvägningar, såsom de mellan avsikt, förklaring och tillit.²⁵⁷ Villkorsläran påminner på så vis om funktionalismen. Begreppen syfte och ändamål öppnar där dörren för till exempel konkursrättsliga avvägningar. Högsta domstolens användande av syfte och ändamål i NJA 2009 s 291 öppnade dörren för en konkursrättsligt präglad avvägning mellan en enskild borgenärs intressen och borgenärskollektivets intressen. Skillnaden mellan villkorsläran och den bedömning som gjordes i 2009 års fall blir på så vis en skillnad mellan om en avtalsrättslig avvägning eller en konkursrättslig avvägning ska få styra frågan om fordrans uppkomst. Den förståelsen av villkorsläran är viktig att bära med sig med hänsyn till den rättskultur inom vilken denna avhandling skrivs.²⁵⁸

²⁵⁴ Se ovan vid och i noterna 250 och 251, om löftesprincipen.

²⁵⁵ Se Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 100; Platou, Privatrettens almindelige Del s 323; Arnholm, Privatrett I s 150; Ussing, Aftaler s 445.

²⁵⁶ Se Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 105; Serlachius, Obligationens allmänna del s 46; Platou, Privatrettens almindelige Del s 332. Häremot Nordling, Svensk civilrätt s 224.

²⁵⁷ Hur viktningen mellan avsikt, förklaring och tillit ska ske är omstridd, och den ska inte behandlas närmare här, se vidare exempelvis Förslag till avtalslagen s 137 ff, särskilt s 140 f; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 60 f; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 232 ff, särskilt s 235; Dotevall, Avtal s 50; Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 46 ff, s 92 ff och s 143 f. Jfr även Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 587 ff.

²⁵⁸ Jfr nedan under avsnitt 8.2, om diskussionen som pågick när förra seklet var ungt om äganderättens övergång och för exempel på vad det har betytt för vår rättskultur. Se även nedan under avsnitt 10.5, om rättskultur.

Villkorsläran har främst diskuterats med tillämpning på sådana rättshandlingar som grundar ömsesidigt förpliktande avtal, men den är även applicerbar på ensidiga rättshandlingar.²⁵⁹ Däremot kan villkorsläran inte tillämpas på accepter av anbud, eftersom en accept som förenas med ett villkor är oren. Det följer av 6 § 1 st avtalslagen att en sådan accept i stället ska ses som ett nytt anbud. Villkorsläran kan inte heller tillämpas på utomobligatoriska skadeståndsfordringar. Sådana fordringar är inte beroende av att parterna medvetet har valt att göra dem villkorliga på det sätt som avses i villkorsläran.²⁶⁰

Sammanfattningsvis har en fordran uppkommit enligt villkorsläran om parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.

6.3 Villkorslärans relevans i dag

Funktionalismens inträde i den svenska förmögenhetsrätten medförde att allmänna läror blev omoderna. Villkorsläran omnämns inte heller i allmänna obligationsrättsliga verk, på det sätt som förr var vanligt. Läran kommer dock fortsatt till uttryck i rättskällor som ligger i vårt direkta blickfång. I förevarande avsnitt ska vi granska dessa, i syfte att peka på villkorslärans relevans i dag. Syftet är inte att föregå undersökningen, om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma, i avdelning III, utan endast att ge några exempel. Villkorsbegreppet är centralt i villkorsläran, och det återfinns även i konkurslagen. Begreppet får därför tjäna som exempel i denna undersökning.

I 5 kap 1 och 10 §§ konkurslagen används just termen villkor, för att beskriva vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs och om en fordran ska upptas i utdelningsförslaget:

5 kap 1 §

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

²⁵⁹ Se Nordling, Svensk civilrätt s 222; Arnholm, Privatreth I s 149; Ussing, Aftaler s 445, som alla uttryckligen nämner ensidiga rättshandlingar. Se även Torp, Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del s 97; Platou, Privatrethens almindelige Del s 314, som båda diskuterar rättshandlingar.

²⁶⁰ Se Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 164. Se även exempelvis Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt s 138, som bygger upp villkorsläran på att det är just viljan som modifieras.

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

5 kap 10 §

”Är en fordran beroende av ett villkor som innebär att borgenären inte har rätt att utfå fordringsbeloppet om inte viss omständighet inträffar, skall utdelning för fordringen inte beräknas i ett utdelningsförslag, om det saknas anledning att anta att villkoret kommer att uppfyllas.”

I 5 kap 1 § 2 st konkurslagen görs, som synes, en distinktion mellan om en fordran är beroende av ett villkor och om den är förfallen till betalning. Att fordran inte är förfallen till betalning innebär alltså inte att den är villkorad. Detsamma gäller i villkorsläran.²⁶¹ I 5 kap 10 § ges därtill en beskrivning av vad ett (suspensivt) villkor kan innebära, nämligen att borgenären inte har rätt att utfå fordringsbeloppet om inte en viss *omständighet* inträffar. Beskrivningen av villkor sammanfaller med vad ett suspensivt villkor betyder i villkorsläran. Bilden klarnar ytterligare, om konkurslagens villkorsbegrepp läses mot förarbetena till samma lag.

I förarbetena till den nu gällande konkurslagen görs inga vidlyftiga, allmänna uttalanden om fordrans uppkomst. Det nämns enbart att den väsentliga grunden har framhållits i doktrinen, som en allmän princip för vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs.²⁶² (Principen om den väsentliga grunden behandlas i nästa kapitel.) Det är inte särskilt märkligt, att frågan om fordrans uppkomst inte diskuteras mer ingående, med tanke på att reglerna i 5 kap 1 och 10 §§ inte stammar från den nu gällande konkurslagen. Reglerna överensstämmer nämligen i sak med motsvarande regler i 1921 års konkurslag.²⁶³ I förarbetena till 1921 års konkurslag finns också ett uttalande om fordrans uppkomst, som är relevant här. Där konstateras:

”Att avgöra, när en fordran skall anses uppkommen, är givetvis ej en konkurslags sak.”²⁶⁴

Frågan om fordrans uppkomst ska alltså inte avgöras med hjälp av konkursrätten. I stället får uttalandet förstås som att frågan ska behandlas på

²⁶¹ Se ovan under avsnitt 6.2.

²⁶² Se prop 1986/87:90 s 123.

²⁶³ Se prop 1986/87:90 s 227 och s 230 f. Att endast fordringar som har uppkommit före konkursutbrottet får göras gällande i densamma verkar ha gällt även före 1921, trots avsaknad av någon uttrycklig föreskrift därom, se 1911 års förslag till konkurslag s 342 och s 344.

²⁶⁴ NJA II 1921 s 535. Se även Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 184, som uttalar att avgöra när en fordran ska anses ha uppkommit inte är en fråga för konkurslagen, utan den ska avgöras enligt *allmänna rättsregler*.

ett allmänt plan.²⁶⁵ På så vis överensstämmer ordningen med villkorsläran. Den lutar sig inte mot den enskilda regeln i vilken fordrans uppkomst förekommer. I stället öppnar ordningen för att beakta exempelvis avtalsrätten.

I förarbetena till 1921 års konkurslag finns ytterligare uttalanden att beakta. Det konstateras också:

”[...] att då det [...] är fråga om fordringar, som grunda sig på förpliktelser, vilka gäldenären åtagit sig innan konkurstillståndet inträdde, med en riktig uppfattning icke torde överensstämma att anse, det fordringarna enligt förvarande paragraf icke få göras gällande i konkursen.”²⁶⁶

I citatet konstateras att det är tillräckligt att gäldenären har förpliktat sig före den kritiska tidpunkten, för att en fordran ska kunna få göras gällande i en konkurs. Läses citatet mot lagtexten, följer det att om gäldenären har förpliktat sig så har också fordran uppkommit, även om den är beroende av villkor. I 136 § 1921 års konkurslag framkom att villkor betydde att den fullgångna fordran hade gjorts villkorad av att en viss framtida omständighet skulle inträffa. I dagens konkurslag ges villkorsbegreppet samma betydelse, vilket, som redan har nämnts, kommer till uttryck i 5 kap 10 §. Om de nämnda rättskällorna får diktera konkurslagens villkorsbegrepp överensstämmer det med villkorslärans villkorsbegrepp. Enligt villkorsläran har nämligen en fordran uppkommit om parten är rättsligt bunden till förpliktelsen, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.

Här bör också påpekas att det i förarbetena till 1921 års konkurslag (i anslutning till 136 §) görs en distinktion mellan resolutiva och suspensiva villkor,²⁶⁷ liksom det görs i villkorsläran.²⁶⁸ Det rådde dessutom enighet i doktrinen, om att villkorsläran skulle användas för att avgöra fordrans uppkomst vid tiden för 1921 års konkurslags införande.²⁶⁹ Mot bakgrund av denna kontext råder det inget tvivel om att villkorsläran var normerande för frågan om konkursfordrans uppkomst, när 1921 års konkurslag infördes. Det är likväl snart 100 år sedan. Villkorslärans påverkan på frågan om fordrans uppkomst kan vara liten, om inte den har påverkat rättstillämpningen sedan dess. Genom en tillämpning av den funktionalistiska argumentationslinjen kan villkorsbegreppet i kon-

²⁶⁵ Det är slutsatsen Mellqvist drar av uttalandet, se Mellqvist, Fordringars uppkomst s 179 ff.

²⁶⁶ NJA II 1921 s 535 f.

²⁶⁷ Se NJA II 1921 s 572.

²⁶⁸ NJA II 1921 s 572 f.

²⁶⁹ Se ovan under avsnitt 6.1.

kurslagen lätt få ett annat innehåll, än vad det hade i villkorsläran.²⁷⁰ Vi behöver därför även undersöka rättstillämpningen, för att kunna bedöma villkorslärans vikt i nutida rättskällor.

I ett stort antal rättsfall sammanfaller den omständighet som Högsta domstolen har förlagt uppkomsttidpunkten till med vad som följer av villkorsläran (och den fordringsrättsliga lösningen).²⁷¹ Det finns även rättsfall som uttryckligen anknyter till villkorslärans terminologi. Här är det tillräckligt att ge två exempel, NJA 1990 s 110 och NJA 1966 s 241, som illustration av hur villkorsläran fortsatt har betydelse i frågan om fordrans uppkomst.

I NJA 1990 s 110 var frågan bland annat om vissa skadeståndsfordringar kunde göras gällande i en konkurs och därigenom om de hade uppkommit före konkursutbrottet. Fallet gällde visserligen en tillämpning av 100 § 1921 års konkurslag, men i rättsfallet uttalade Högsta domstolen att bestämmelsen motsvarades av 5 kap 1 § konkurslagen. De nämnda skadeståndsfordringarna hade sin grund i skuldebrev, i vilka det hade föreskrivits att långgivaren skulle ha rätt till gottgörelse för skada om ett lån, till följd av exekutiv auktion eller annars, betalades i förtid. Skuldebreven var utfärdade före konkursbeslutet, men omständigheten som gav upphov till skadeståndet inträffade i och med konkursen.

I frågan tog Högsta domstolen avstamp i att endast fordringar som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelas får göras gällande i en konkurs och att en fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor enligt konkurslagen. Högsta domstolen hänvisade också uttryckligen till de förarbeten som, enligt vad som ovan konstaterades, ger uttryck för villkorsläran:

”Enligt uttalanden i förarbetena till 1921 års KL (se NJA II 1921 s 535 ff) får skadeståndsfordringar som uppkommit i anledning av konkurs men som grundar sig på förpliktelser, vilka gäldenären åtagit sig innan konkurstillståndet inträdde, göras gällande i konkursen.”²⁷²

Dessa allmänna uttalanden återspeglades också i domstolens bedömning av det enskilda fallet:

”[Borgenärens] skadeståndsfordringar har sin grund i de förpliktelser som [gäldenären] åtagit sig genom skuldebreven. Fordringarna får därför anses ha uppkommit vid skuldförbindelsernas ingående och således före kon-

²⁷⁰ Jfr nedan under kapitel 8, om funktionalism och vilken innebörd fordrans uppkomst kan ges i den.

²⁷¹ Se exempelvis NJA 1916 s 154; NJA 1957 s 197; NJA 1966 s 241; NJA 1989 s 185; NJA 1990 s 110; NJA 2009 s 41; NJA 2010 s 617; NJA 2012 s 876.

²⁷² NJA 1990 s 110, beräkandet st 4, som HD fattade slutligt beslut i enlighet med.

kursbeslutet. Hinder möter därför inte att göra fordringarna gällande i konkursen.”²⁷³

Villkorslärans terminologi kommer tydligt till uttryck i Högsta domstolens avgörande, såtillvida att domstolen betonade att gäldenären hade förpliktat sig före konkursen och att fordringarna därigenom hade uppkommit. Domstolens slut är därtill förenligt med villkorsläran.

Det andra exemplet utgörs av NJA 1966 s 241.²⁷⁴ I rättsfallet hade en förläggare ingått förlagsavtal med ett par upphovsmän. Därefter gick förläggaren i konkurs. Konkursförvaltaren sålde sedan förläggarens befintliga lager av verk från just dessa upphovsmän. Frågorna i fallet var om fordringarna på royaltyersättning, med anledning av försäljningen, skulle anses vara massafordringar.²⁷⁵

I 1966 års avgörande uttalade Högsta domstolen att fordringarna hade uppkommit redan vid konkursutbrottet, trots att de var villkorade:

”Före konkursen hade bolaget på grund av de ingångna avtalen förlagsrätt till de verk varom i målet är fråga, medan [upphovsmännen] hade rätt till royalty, *på det sätt villkorad att fordran därå kunde göras gällande efter hand som exemplar av verket såldes*. Någon ändring i dessa avtalsförhållanden har icke inträffat genom konkursen; särskilda lagbestämmelser finnas icke om den rätt författarparten i förlagsavtal äger i förläggarens konkurs, och ej heller av grunderna för lagstiftningen om upphovsrätt följer att sagda rätt är att bedöma annorledes *än som i allmänhet gäller om fordringar grundade på avtal*. [Mina kursiveringar.]”²⁷⁶

Fordringarna på royaltyersättning var alltså villkorade av att ytterligare verk skulle säljas. Uttalandet bör läsas mot vad Högsta domstolen konstaterade avseende uppkomsttidpunkten för royaltyersättning:

”När konkursboet sålt exemplar av de verk varom fråga är, har något intrång i författarnas spridningsrätt icke skett, eftersom försäljningarna innefattas i den rätt till spridning, som genom förlagsavtalen överlåtits till bolaget. *S:s fordran på royalty i anledning av sådan försäljning måste, i anslutning till vad förut sagts, anses hava uppkommit genom förlagsavtalet* och således före egendomsavträdet, ehuru den först efter detta kunnat göras gällande. Motsvarande gäller Kerstin N:s fordran utan hinder av att den angivits avse skadestånd. [Min kursivering.]”²⁷⁷

²⁷³ NJA 1990 s 110, betänkandet st 6, som HD fattade slutligt beslut i enlighet med.

²⁷⁴ Se vidare nedan under avsnitt 15.7.5, om NJA 1966 s 241.

²⁷⁵ Se ovan i not 37, för en kort introduktion om massafordran. Se nedan under kapitel 15, för en undersökning av massafordrans uppkomst.

²⁷⁶ NJA 1966 s 241, HD:s domskäl st 1.

²⁷⁷ NJA 1966 s 241, HD:s domskäl st 2.

Den allmänna regeln synes här ha preciserats av Högsta domstolen: En fordran uppkommer genom avtalet.²⁷⁸ I fallet var fordringarna villkorade av att en ytterligare omständighet tillkom, nämligen att verk såldes. Fordringarna hade likväl uppkommit före konkursutbrottet. Avgörandet överensstämmer med villkorsläran vad gäller resultatet och till viss del vad gäller terminologi. En fordran uppkommer när avtalet har ingåtts, även om den är villkorad av att senare omständigheter inträffar. Utgången har delvis befästs av Högsta domstolen i NJA 2005 s 510.²⁷⁹

Villkorsläran finns alltså representerad i Högsta domstolens rätts-tillämpning; villkorslärans varande består i rättskällorna.

²⁷⁸ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 618 ff, särskilt s 620.

²⁷⁹ Se NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 2, st 5 och st 6. Se även nedan under avsnitt 15.7.5.

7 Principen om den väsentliga grunden

7.1 Inledande anmärkningar: Högsta domstolens användning av principen om den väsentliga grunden

Principen om den väsentliga grunden är en doktrinär skapelse, som brukar tillskrivas Ekdahl.²⁸⁰ Den lades fram i hans verk *Om fordran i konkurs*. Principen har använts för att avgöra frågor om fordrans uppkomst i konkursrättsliga sammanhang.²⁸¹ Mottagandet i doktrinen kan inte beskrivas som annat än svalt. Lars Welamson beskrev principen som ”skäligen intetsägande”,²⁸² en uppfattning som många andra har delat.²⁸³ Trots denna kritik har Högsta domstolen refererat till och använt principen om den väsentliga grunden vid flera tillfällen. Det gäller framför allt i frågor om konkurs- och massafordrans uppkomst,²⁸⁴ men också i frågor om kvittning i konkurs.²⁸⁵ Principen finns även refererad i förarbetena till den nuvarande konkurslagen i ett avsnitt om återvinningsreg-

²⁸⁰ Se Ekdahl, *Om fordran i konkurs* s 5 f. Se även Welamson, L, *Konkursrätt* s 441 f; Söderlund, *Konkursrätten* s 371, not 1471, som båda tillskriver Ekdahl principen om den väsentliga grunden. Jag har heller inte funnit den omnämnd i något tidigare verk än Ekdahls.

²⁸¹ Se NJA 1998 s 834; NJA 2005 s 510, i vilka HD benämnde den väsentliga grunden som en princip. Jfr nedan i noterna 288, 289 och 290 samt 445, om princip.

²⁸² Welamson, L, *Konkursrätt* s 442.

²⁸³ Se Lindskog, *Betalning* s 94, som beskriver principen om den väsentliga grunden som ett cirkelresonemang. Se även Walin, *Materiell konkursrätt* s 24, not 4; Håstad, *Sakrätt* s 419; Söderlund, *Konkursrätten* s 370; Palmér & Savin, *Konkurslagen* 5 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), som alla påpekar att principen om den väsentliga grunden är tämligen intetsägande.

²⁸⁴ Se bl a NJA 1981 s 801; NJA 1990 s 110; NJA 1998 s 834; NJA 2004 s 836; NJA 2005 s 510.

²⁸⁵ Se NJA 2009 s 291.

lerna.²⁸⁶ Att Högsta domstolen har använt principen om den väsentliga grunden – doktrinen avmätta inställning till trots – gör principen i allra högsta grad relevant för avdelning III (där det undersöks vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar). Här ska därför undersökas *hur* principen om den väsentliga grunden har använts. Detta användande kommer sedan att bilda utgångspunkten för undersökningen i avdelning III, såtillvida att detta användande får vara styrande för hur jag använder principen om den väsentliga grunden i avdelning III.

I NJA 2009 s 291 beskrev Högsta domstolen användandet av principen om den väsentliga grunden på ett allmänt plan. Beskrivningen får tjänstgöra som utgångspunkt för undersökningen. I 2009 års avgörande uttalade domstolen:

”Att fordringen inte sällan sägs ha uppkommit när den ’väsentliga grunden’ för den förelåg kan inte uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip, utan det torde närmast vara att förstå som ett sätt att legitimera eller bekräfta en slutsats som vilar på de överväganden som det särskilda fallet föranleder.”²⁸⁷

Trots att domstolen beskrev användandet av principen om den väsentliga grunden – ett användande som domstolen dessutom menade inte var helt ovanligt – kom domstolen inte att basera sina egna slutsatser på principen (i vart fall inte uttryckligen). Den allmänna beskrivningen fick stå ensam i avgörandet.

Kvar står vi med frågan om innebörden av uttalandet: Vad betyder Högsta domstolens konstaterande om att påståenden om att fordran har uppkommit när den väsentliga grunden föreligger *inte* kan uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip?

Termen rättsprincip, eller bara princip, används inte på *ett* sätt av Högsta domstolen.²⁸⁸ Termen används naturligtvis inte heller på *ett*

²⁸⁶ Se prop 1986/87:90 s 123. Se även NJA 1989 s 185, justitierådet Palms tillägg. I rättsfallet behandlas frågan om fordrans uppkomst såvitt avser återvinning, se vidare nedan under avsnitt 18.6.2, om rättsfallet.

²⁸⁷ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

²⁸⁸ Exempelvis har HD i NJA 2009 s 291 använt likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen som riktmärke i konsekvensbedömningen i frågan om fordrans uppkomst, se vidare nedan under avsnitten 8.4 och 11.2. I förmögenhetsrättsliga avgöranden har HD använt principer tämligen frekvent under de senaste åren. Principer har då ofta fått tjäna som rättsliga normer (med vidsträckt tillämpningsområde) för att avgöra rättsfrågor, se exempelvis NJA 2013 s 1174, där HD behandlade frågan om fel i tjänst (konsumenttjänstlagen var inte tillämplig): ”Av allmänna obligationsrättsliga principer följer emellertid att påföljder inte kan göras gällande av köparen om det som annars skulle ha varit ett kontraktsbrott beror på köparen [...]”, NJA 2013 s 1174, HD:s domskäl st 12. HD

sätt i juridiken i stort.²⁸⁹ Här får i stället termen princip tolkas mot hur Högsta domstolen använde termen i just det nämnda uttalandet. Domstolen uttryckte att den väsentliga grunden (inte) kunde uppfattas som en *styrande* rättsprincip. Med det kan förstås att den väsentliga grunden (inte) utgjorde en *normerande* rättsprincip. Denna tolkning förstärks av att Högsta domstolen talade om att principen om den väsentliga grunden inte kunde uppfattas som en *tillämpning* av en styrande rättsprincip. Det är förstås vanligt att principer används just på detta sätt (det vill säga att de är normer som kan tillämpas). I doktrinen påpekas ofta att en (rätts-)

tillämpade också den beskrivna principen i fallet. Se även NJA 2004 s 746 I & II, HD:s domskäl st 5 (i båda fallen), om principen *casus mixtus cum culpa* vilken användes som rättslig norm för att avgöra fallen. Jfr även NJA 2018 s 127, HD:s domskäl st 14, där HD undersökte om det fanns en allmän princip i svensk rätt, som innebär en skyldighet att reklamera vid för sent utförd prestation för att undvika att annars förlora rätten till ersättning: "Sammantaget får det som huvudregel i svensk rätt anses föreligga en allmän princip på det kontraktsrättsliga området om reklamationskyldighet för den som vill göra gällande krav på ersättning till följd av att prestationen har utförts för sent. En konsekvens av en utebliven reklamation är i sådana fall att den berättigade parten förlorar rätten att bl.a. kräva skadestånd eller liknande ersättning.", NJA 2018 s 127, HD:s domskäl st 31. I rättsfallet fann HD att kärandena inte hade rätt till ersättning, då de inte hade reklamerat i tid.

²⁸⁹ Flera rättsvetenskapare har pekat på en rad olika användningsområden för principer. Exempelvis uttalar Tuori att principer kan användas på flera olika sätt bl a som normer (vilka är tillämbars i rättsligt beslutsfattande), som tolkningsprinciper, som sammanfattningar av rättsregler inom ett visst rättsområde eller rättssystemet i stort och som normativa premisser för rättsliga lösningar, se Tuori, *Ratio and Voluntas* s 188 ff. Se även exempelvis Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kærne* s 31 ff; Evald, *Om retsprincipper i formueretten* s 109 ff; Graver, *I prinsippet prinsipiell* s 193 ff, alla för beskrivningar av olika användningsområden för principer. En text som ofta hänvisas till beträffande principer är Dworkins *Taking Rights Seriously*. Där tar Dworkin spjörn mot positivismen i allmänhet och Harts *The Concept of Law* i synnerhet (se om den senare Hart, *The Concept of Law* s 79 ff, i vilken bl a *primary and secondary rules* (däribland *the rule of recognition*) återfinns). Dworkin kritiserar Hart och positivismen, för att den inte inkluderar annat än regler i dess beskrivning av rätten. Dworkin menar att när vi som jurister avgör "hard cases" använder vi "standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.", a s 38. Med policies avser Dworkin "that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community [...]", a s 38, medan principer får beteckna "a standard that is to be observed [...] because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.", a s 39. Dworkin beskriver också skillnaden mellan policies och principles, som en skillnad mellan olika mål, där policies etablerar ett kollektivt mål och principles etablerar individuella rättigheter, se a s 115 ff. Enligt Dworkin är skillnaden mellan regler och principer i stället logisk. Regler är binära; de är antingen tillämpliga eller inte tillämpliga. Principers rättsföljder följer däremot inte per automatik, även om principen är tillämplig, se a s 40 f. De exempel han ger skiljer sig något åt. Vissa liknar bl a principen om den väsentliga grunden och andra likabehandlingsprincipen, jfr a s 38 ff och s 93 ff.

princip är något vagare än en regel samt att den kan tillhandahålla en riktlinje för den rättsliga bedömningen.²⁹⁰

Det ovanstående citatet från NJA 2009 s 291 kan läsas i ljuset av en sådan användning av en princip. Beskrivningen av principen om den väsentliga grunden, som en icke-styrande rättsprincip, bör då innebära att den (inte) motsvarar en riktlinje för att avgöra frågan om fordrans uppkomst med. Enligt vad som framkommer av uttalandet verkar principen inte kunna bidra till att avgöra frågor om fordrans uppkomst. I stället skulle principen endast ha betydelse för att bekräfta eller legitimera en slutsats, allt enligt Högsta domstolen. Innan det uttalandet tas för gott, finns skäl att jämföra domstolens allmänna beskrivning av principen mot hur den tidigare har använts av just Högsta domstolen. Är domstolens allmänna beskrivning av principen om den väsentliga grunden riktig, behöver (kanske) principen om den väsentliga grunden inte användas under avdelning III. Det behöver också undersökas.

I mina studier av Högsta domstolens praxis har jag funnit tre olika sätt som domstolen har använt och refererat till principen om den väsentliga grunden. Vid några tillfällen har domstolen enbart refererat till att det i doktrinen har ansetts att den väsentliga grunden för fordringsanspråket måste föreligga för att en konkursfordran ska ha uppkommit.²⁹¹

²⁹⁰ Se i noten strax ovan. Se även Andersson, H, Skyddsändamål och adekvans s 215 f: "[R]egler har ett mer bestämt normativt innehåll medan principer ger utrymme för avvägningar." Se även Peczenik, Juridikens allmänna läror s 259, enligt vilken rättsdogmatiken underordnar rättsreglerna (övergripande) rättsprinciper. Bl a sägs *pacta sunt servanda* vara en princip, se a s 264. Se även Holm, A, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s 195: "En allmän rättsprincip kan sägas utgöra en sorts mellanstation mellan dessa abstrakta, förrättsliga idéer, och de konkreta rättsreglerna. Rättsprincipen är mer konkret än rättsidén, men den saknar fortfarande rättsregelns konkretion: en allmän rättsprincip anses normalt i första hand ange *riktlinjer* för den rättsliga bedömningen. Den ger därför sällan en entydig *a priori-lösning* på en avtalsrättslig konflikt [...]. [Noter uteslutna.]" Se även Munukka, Lojalitetsplikten som rättsprincip s 837, som använder rättsprincip på ett sådant sätt: "Lojalitetsplikten har således en generellt vag bestämning av rättsfakta och varierande rättsföljder. Den måste i detta avseende beskrivas som en princip." Möjligen skiljer Munukka implicit på princip och regel här; regeln kan ju sägas ha en bestämd uppsättning rättsfakta och rättsföljder. Jfr dock Jareborg, Vad är en princip? s 142 ff, som menar att en rättsprincip bör vara en rättsregel av böra-karakär. Se även i not 445 nedan.

²⁹¹ NJA 1990 s 110, HD:s domskäl st 3. Se även NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 2: "Härvid har brukat anföras att det är uppkomsten av den väsentliga grunden för fordran som bestämmer denna tidpunkt (se t.ex. Welamson, Konkursrätt, s. 441 f.)." HD uttryckte i fallet, direkt efter det här citerade uttalandet, att principen var svår att tillämpa på ömsesidigt förpliktande avtal med en hänvisning till nedan. Domstolen återkom emellertid inte till principen, i vart fall inte uttryckligen. En möjlig tolkning är att domstolen påstod att det är svårt att avgöra vad den väsentliga grunden för fordrans uppkomst ska utgöra. Se även prop 1986/87:90 s 123, i vilket det på motsvarande sätt refereras till att principen om den väsentliga grunden har utformats i doktrinen. Se även SOU 1983:60

I dessa avgöranden framstår det inte som att principen om den väsentliga grunden har legat till grund för utformningen av normer, som sedan har tillämpats, eller slutsatser i avgörandena. Den slutsatsen gäller inte för de två andra användningssätten. Det första användningssättet står i samklang med det allmänna uttalandet av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291. I dessa fall har domstolen bekräftat eller legitimerat sin slutsats med principen, såsom återspeglas i följande citat från NJA 1981 s 801:

”Men provisionsfordringen är i *sådan väsentlig mån grundad* på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktär av massafordran. [Min kursivering.]”²⁹²

Det andra sättet som Högsta domstolen har använt principen på placerar den väsentliga grunden i motsatt ända av domskälen. I dessa fall har domstolen inte använt vad som utgör den väsentliga grunden för fordringsanspråket för att bekräfta eller legitimera en slutsats utan som en utgångspunkt. Ett sådant exempel finns i NJA 2004 s 836. I fallet behandlades frågan om huruvida konkursboets inträde i en pågående rättegång medförde att boet blev betalningsansvarigt (att en massafordran förelåg) eller om den aktuella fordran var en konkursfordran (en fordran som hade uppkommit före konkursutbrottet).²⁹³ Ett citat från Högsta domstolen får åskådliggöra denna användning av principen:

”En konkursfordran anses i regel ha uppkommit före konkursbeslutet om det rättsfaktum som utgör den väsentliga grunden för fordran inträffat före konkursutbrottet. Enbart det förhållandet att ett konkursbo med stöd av 3 kap. 9 § andra stycket konkurslagen vidtar åtgärden att inträda i en pågående rättegång om en konkursfordran kan inte anses innebära att grunden för fordran i fråga skall anses ha inträffat efter konkursbeslutet och att fordran därmed, från att ha varit en vid tidpunkten för konkursbeslutet tvistig konkursfordran, skall ha övergått till att bli en tvistig massafordran.”²⁹⁴

Högsta domstolens använde således principen om den väsentliga grunden för att formulera en regel innehållande densamma i detta fall. Denna regel ersatte (preciserade) lagregeln om konkursfordrans uppkomst i 5 kap 1 § konkurslagen, genom att fordrans uppkomst byttes ut mot den väsentliga grunden. Skillnaden (och likheten) mellan reglerna kan tydlig-

s 115. Se även justitierådet Palms tillägg i NJA 1989 s 185: ”Enligt en tolkningsregel är svaret att söka i det rättsfaktum som utgör den ’väsentliga grunden’ för fordringen [...]”. Se även justitierådet Victors skiljaktiga mening i NJA 1997 s 787.

²⁹² NJA 1981 s 801, HD:s domskäl st 3.

²⁹³ Se nedan under avsnitten 12.1 och 15.1, om konkurs- och massafordran. Se även ovan vid not 37, för en kort summering av begreppen.

²⁹⁴ NJA 2004 s 836, HD:s domskäl st 3.

göras, genom att de kläs i en så kallad villkorssats och bryts ned i två delar bestående av en försats (rättsfakta) och en eftersats (rättsföljd).

En kort introduktion till dessa så kallade villkorssatser kan möjligen vara på sin plats.²⁹⁵ I en villkorssats knyts rättsföljden till ett visst antal förutsättningar.²⁹⁶ Förutsättningen för regelns tillämplighet konstituerar det första ledet (försatsen) och består av ett (abstrakt) rättsfaktum eller vanligen flera (abstrakta) rättsfakta. Dessa måste föreligga för att rättsföljden i det andra ledet (eftersatsen) ska inträda.²⁹⁷ (Abstrakta rättsfakta ska skiljas från de konkreta, då de senare avser de konkreta sakförhållandena.)²⁹⁸ Regeln i 5 kap 1 § konkurslagen kan omformuleras till en sådan villkorssats på följande sätt:

Om en fordran har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades, så kan den göras gällande i konkursen.

Högsta domstolens användning av principen om den väsentliga grunden kan på ett liknande sätt (något anpassat till kontexten) omformuleras till följande villkorssats:

Om det rättsfaktum som utgör den väsentliga grunden har inträffat innan konkursbeslutet meddelades, så har en konkursfordran uppkommit (och den får därmed göras gällande i konkursen).

Principen om den väsentliga grunden tycks alltså ersätta (och precisera) fordrans uppkomst på regelplanet – i den här sortens användning av principen.

Sammantaget har principen om den väsentliga grunden använts av Högsta domstolen som både ett bekräftande (legitimerande) av en slutsats och som en utgångspunkt. I NJA 2009 s 291 beskrevs principen om den väsentliga grunden visserligen enbart som ett sätt att legitimera eller bekräfta en slutsats.²⁹⁹ Men om den kan användas för att bekräfta en slutsats måste vi kunna sluta oss till att principen även återfinns på det abstrakta planet (regelplanet). Hur skulle den annars kunna finnas på tillämpningsplanet? Om inte annat kan en rättsvetenskapare lyfta fram NJA 1981 s 801 och NJA 1998 s 834 (se ovan) och konstatera att i *dessa fall* har Högsta domstolen använt principen om den väsentliga grunden

²⁹⁵ Se även ovan under avsnitt 1.3, om villkorssatser.

²⁹⁶ Se Ulväng, Brottslighetskonkurrens s 60, för en liknande uppställning av straffbud. Jfr även Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 447 ff; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 60 ff, båda om logisk tolkning av lagbud.

²⁹⁷ Se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 212, om formen; se a a s 224 ff, om rättsfakta; se a a s 229 ff, om rättsföljd.

²⁹⁸ Se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 225 f.

²⁹⁹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

på tillämpningsplanet, vilket föranleder slutsatsen att principen också har sin motsvarighet på regelplanet. En sådan slutsats finner också stöd i Högsta domstolens användning i NJA 2004 s 836. I detta fall nyttjade nämligen Högsta domstolen *båda* användningssätten. Vi kan alltså konkludera att Högsta domstolen har använt principen om den väsentliga grunden som en norm för att avgöra frågor om fordrans uppkomst. Domstolen har i ett par rättsfall benämnt denna norm en princip, vilket förefaller vara en lämplig benämning.³⁰⁰

Låt oss återvända till Högsta domstolens allmänna beskrivning av principen om den väsentliga grunden i NJA 2009 s 291 och undersöka om beskrivningen är förenlig med slutsatsen (att den väsentliga grunden är en norm som har använts för att avgöra frågor om fordrans uppkomst). I 2009 års avgörande konstaterade Högsta domstolen:

”Att fordringen inte sällan sägs ha uppkommit när den ’väsentliga grunden’ för den förelåg kan inte uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip [...]”.³⁰¹

Att Högsta domstolens uttalande är oförenligt med slutsatsen att den väsentliga grunden är en sådan norm (en princip) som har använts för att avgöra frågor om fordrans uppkomst ligger nära till hands. Om det inte finns principer som inte är styrande? Är det sådana principer vi endast har för syns skull – liksom de där pastellfärgade köksmaskinerna (vår var bubbelgumsrosa) som skulle stå på var och ens köksbänk för något år sedan men som ingen använde. Vi har en princip. Vi nämner den ibland. Vi skulle kunna använda den. Men vi gör det inte. Är det en icke-styrande princip?

I de av Högsta domstolens avgöranden, där principen om den väsentliga grunden har använts, har inte frågan om fordrans uppkomst kopplats samman med principen på något annat sätt än de ovannämnda. I dessa avgöranden framstår det som att den väsentliga grunden har adderats som ett mellanled, som en koppling mellan regel och slutsats. Principen om den väsentliga grunden verkar ha använts som ett slags *kopplingsbegrepp* mellan fordrans uppkomst och de rättsfakta (eller det rättsfaktum)³⁰² som har givit upphov till att en fordran har uppkommit. Skulle principen om den väsentliga grunden fungera som ett slags kopplingsbegrepp (mera om det strax nedan) kan det, enligt vad som följer av

³⁰⁰ Se NJA 1998 s 834; NJA 2005 s 510. Se även nedan under avsnitt 7.4, samt ovan i och vid noterna 288, 289 och 290, om varför den väsentliga grunden benämns som en princip.

³⁰¹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

³⁰² Oavsett om det rör sig om abstrakta eller konkreta rättsfakta, se om denna distinktion Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 226.

en av våra förmögenhetsrättsliga grundtexter, förklara hur principen *inte* är styrande. Principen om den väsentliga grunden skulle då vara ett led som inte påverkar den rättsliga bedömningen. Den skulle helt enkelt vara en icke-styrande rättsprincip.

För att beskriva hur detta är möjligt ska det rossianska kopplingsbegreppet först introduceras. Därefter undersöks om principen om den väsentliga grunden har använts av Högsta domstolen som ett sådant kopplingsbegrepp.

7.2 Kort om kopplingsbegrepp (och Tû-tû)

Det rossianska kopplingsbegreppet³⁰³ stammar ur en diskussion, en diskussion om juridiska begrepp, såsom rättighet, äganderätt och fordran. Diskussionen var särskilt livaktig på slutet av 1940-talet och början av 1950-talet, och den har beskrivits som ett möte mellan den skandinaviska rättsrealismen och den analytiska filosofin.³⁰⁴ Diskussionen kretsade kring synen på begreppens betydelse, när de användes i den juridiska slutledningen.³⁰⁵ De inblandade strävade efter att frigöra sig från den metafysik – eller rentav det magiska tänkande – som enligt deras uppfattning hade präglat tidigare resonemang, vilka inte hade utgått från det i verkligheten uppfattbara.³⁰⁶ I den traditionella historieskrivningen inleds diskussionen av Ivar Strahl och Per Olof Ekelöf.³⁰⁷ Alf Ross insats

³⁰³ Såvitt jag har kunnat läsa mig till använder inte Ross termen kopplingsbegrepp. I sin artikel beskriver han det i stället som ett framställningstekniskt hjälpmedel, se Ross, Tû-tû s 482. Se även Peczenik, Vad är rätt? s 170, som använder termen mellanbegrepp. Se vidare Baldersheim, Til tingsrettens teori s 66 ff, om att det är sekundärlitteraturen som har givit det benämningen kopplingsbegrepp. Baldersheim använder i stället benämningen "framställningsomgrep" (d v s framställningsbegrepp), se a st. I den svenska litteraturen har vad som här benämns kopplingsbegrepp benämnts på lite olika sätt, se Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt avsnitt 3.3.2, som visar att benämningarna mellanbegrepp, funktionsbegrepp och kopplingsbegrepp har använts.

³⁰⁴ Se Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning kap 7, som på ett belysande sätt beskriver debattens rottrådar som ett möte mellan Uppsalaskolans filosofi och den analytiska filosofin.

³⁰⁵ Se bl a Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 248 ff; Ross, Tû-tû s 481. Se även Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 356 ff, med omfattande hänvisningar om bakgrunden till att de inblandade förde denna diskussion.

³⁰⁶ Se exempelvis Ross, Tû-tû s 474 f. Jfr dock Zahle, Legal Doctrine Between Empirical and Rhetorical Truth s 815; Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 451 ff, särskilt s 457, som båda konstaterar att med Ross utgångspunkter har rätten ett "magiskt" element.

³⁰⁷ Se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi s 211 ff, särskilt s 242 ff; Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1946) s 204 ff; Ekelöf, Till frågan om rättighetsbegreppet s 309 ff; Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947) s 481 ff; Ekelöf, Om begag-

var heller inte på något sätt slutpunkten; diskussionen pågår än i dag (om än med lägre intensitet).³⁰⁸ Ross var antagligen inte heller först med idén om kopplingsbegreppet.³⁰⁹ Här är ändå inte de historiska detaljerna avgörande. Det rossianska kopplingsbegreppet har blivit dogm i förmögenhetsrätten. Det har blivit dogm i den bemärkelsen att det gäller som sanning inom stora delar av förmögenhetsrätten.³¹⁰ Här ska endast kopplingsbegreppet användas som ett verktyg, för att undersöka om det kan finnas icke-styrande principer. Det uppnås på ett fullgott sätt genom att referera till Ross bidrag.

Ross analys byggs upp kring ordet *tû-tû*, som också är titeln på hans kanske mest kända artikel. Han inleder den med en skildring av en av de mest primitiva folkgrupperna på jorden, *Noît-kif-folket*, vilka bor på *Tetgidpo Øerne*. Den illyriske antropologen *mr Negni* påstås ha iakttagit *Noît-kif-folkets* bruk av ordet *tû-tû*. *Mr Negni* har noterat att folket använder *tû-tû* i samband med överträdelser av tabun, såsom om ett totemdjur har blivit dräpt eller om någon har ätit av hövdingens mat. *Noît-kif-folket* använder också *tû-tû* om den som har begått överträdelser, genom att konstatera att hen har blivit *tû-tû*. *Tû-tû* liknas vid någon slags farlig kraft, som klamrar sig fast vid den skyldiga och drabbar hela folket med olycka. Därför ska den som har blivit *tû-tû* underkasta sig en reningsceremoni. Ross beskriver *Noît-kif-folkets* användning av *tû-tû* som att leva i den mörkaste övertron. *Tû-tû* är förstås ingenting som helst, att tala om

nandet av termen rättighet inom juridiken s 151 ff. Se även Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 368, som beskriver debatten som en fortsättning på de strider som Uppsala-skolan väckte. Se även Ahlander, År juridiken en vetenskap? s 139. Se även Sundby, *Legal Right in Scandinavian Analyses* s 79; Spaak, Alf Ross on the Concept of a Legal Right s 464 ff, båda om debattens startpunkt.

³⁰⁸ Se vidare nedan under avsnitt 7.3. Jfr även kapitel 10. Se även bl a Ekelöf, År termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s 546 ff; Strahl, En allmän rättslära s 304 ff; Eckhoff, Litt om det juridiske rettighetsspråk s 63 ff; Baldersheim, Til tingsrettens teori s 65 ff.

³⁰⁹ Frändberg återger att det redan 1944 anordnades ett sammanträde med Filosofiska föreningen och Juridiska klubben, på vilket Anders Wedberg ska ha hållit ett föredrag om juridikens grundbegrepp. Då ska för första gången teorin om rättighetsbegreppet, såsom syntaktiskt hjälpmedel utan självständig mening, ha framställts, se Frändberg, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström s 379. Se även Wedberg, *Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science* s 261 ff, särskilt s 272 ff. Se även Ross, Status i rättighetsdiskussionen s 535, som uttrycker att Wedberg tycks ha författat sin skrift utan hjälp av Ross texter. Se även Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 376 ff, om den tänkbara anledningen till att de båda kom med liknande tankegångar till synes oberoende av varandra.

³¹⁰ Se exempelvis Håstad, Rättsdogmatik in absurdum? s 367, som använder det rossianska kopplingsbegreppet (eller snarare *tû-tû*) på ett sätt som förutsätter att läsaren har vetskap om vad det innebär och därtill som något som är en sanning.

tû-tû är rent nonsens enligt Ross. Han framhåller att Noît-kif-folkets användning av tû-tû ändå inte saknar mening, utan att tû-tû används både som påbud och som påstående.

Vad som avses med påbud och påstående förklarar Ross för oss. Med ett påbud menar han ett rättesnöre, som syftar till att omedelbart påverka handlingssätt i en viss riktning, medan ett påstående innebär en semantisk referens till ett sakförhållande och om sakförhållandet föreligger är påståendet sant.

Tû-tû används på följande sätt i påbudsfunktionen:³¹¹

Om någon dräper ett totemdjur, så blir hen tû-tû.

Om någon är tû-tû, så ska hen underkasta sig en reningsceremoni.

Ross påpekar att dessa påbud kan sammanföras enligt logikens sedvanliga regler till ett påbud – helt fritt från mystik – på följande vis:³¹²

Om någon dräper ett totemdjur, så ska hen underkasta sig en reningsceremoni.³¹³

Så långt om tû-tû som påbud. I påståendefunktionen används tû-tû i stället på följande vis:

X X har blivit tû-tû, för att hen har dräpt ett totemdjur.

X X är tû-tû, därför äger gällande norm, som kräver en reningsceremoni, tillämpning på hen.

Dessa två funktioner kan också sammanföras och göra tû-tû överflödigt:

X X har dräpt ett totemdjur, därför äger gällande norm – som kräver en reningsceremoni – tillämpning på hen.³¹⁴

Ross menar att "X X är tû-tû" har semantisk referens, eftersom det kan användas som både påbud och påstående. "X X är tû-tû" kan anföras med intentionen att påverka någon annans handlingssätt samt genom att hävda att det refererade existerar.³¹⁵ Ross framhåller att det inte för-tar att ordet tû-tû i sig självt är meningslöst.³¹⁶ Felaktiga föreställningar

³¹¹ Ross, Tû-tû s 468 f.

³¹² Här bör noteras att Ross har blivit kritiserad på denna punkt. Baldersheim har påpekat att Ross logik brister, bl a genom att tû-tû används på ett tvetydigt sätt här. I det ena sammanhanget går tû-tû ut på att någon blir något och i det andra att någon är något. Resultatet blir att det saknas logiskt samband mellan satserna, se Baldersheim, Til tingsrettens teori s 97 ff.

³¹³ Ross, Tû-tû s 470.

³¹⁴ Ross, Tû-tû s 470.

³¹⁵ Ross, Tû-tû s 469.

³¹⁶ Ross, Tû-tû s 471 f.

om att tû-tû är en realitet, liksom att Noît-kif-folket anser att tû-tû är magiskt, kan leda till irrationella slutsatser enligt Ross.³¹⁷ Likafullt framhåller han att tû-tû har formuleringstekniska fördelar, eftersom det kan skapa översikt över flera komplicerade regler.³¹⁸

Som du nog redan har anat (genom att till exempel läsa namnen baklänges) är Ross historia en allegori; den handlar egentligen om begreppsanvändningen inom juridiken, särskilt vad gäller användningen av begrepp, såsom rättighet, äganderätt och fordran. De kan nämligen ställas upp enligt samma modell som tû-tû:³¹⁹

Om ett lån tas, så uppkommer en fordran.

Om en fordran har uppkommit, så ska betalning ske.

Liksom gällde för tû-tû kan dessa skrivas samman:

Om ett lån tas, så ska betalning ske.

Ross påpekar också att en fordran inte är någon realitet. Det är ett ord utan semantisk referens, precis som tû-tû. Han framhåller dock att jurister gärna uttrycker och föreställer sig att det mellan rättsfaktum och rättsföljd uppstår något, som har en egen kraft av utomsinnlig natur. Detta något är en fordran eller en rättighet. Enligt Ross är det uttryck och föreställningar som påminner om en primitiv magisk tankegång, i vilken en besvärjelse av utomsinnlig beskaffenhet utlöser effekter i verkligheten.³²⁰

Ross vill ändå behålla begreppen, men se dem som framställningstekniska hjälpmedel. Han påpekar att begrepp, såsom äganderättsbegreppet, underlättar den juridiska verksamheten. Exempelvis gör äganderättsbegreppet nämligen att varje rättsfaktum inte behöver knytas till varje rättsföljd på följande vis: Om A har köpt X, så kan A vindicera den; Om A har köpt X, så kan A kräva skadeståndsansättning för den; Om A har köpt X, så kan A ställa X som säkerhet för ett lån; Om A har köpt X, så kan

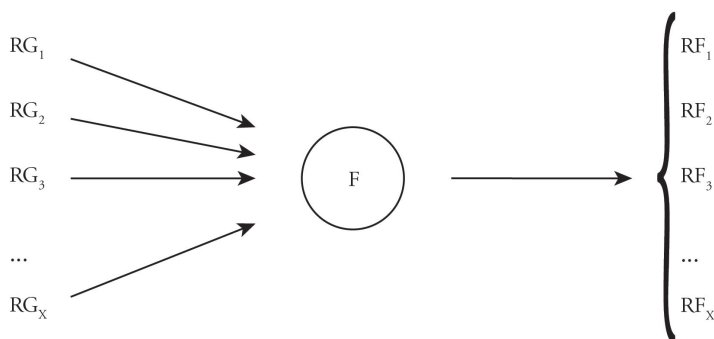
³¹⁷ Ross, Tû-tû s 474.

³¹⁸ Ross, Tû-tû s 478.

³¹⁹ Ross, Tû-tû s 474. Premisserna i Ross logik kan kritiseras, såtillvida att de är alltför vaga. Bara för att någon har lånat något, innebär det inte nödvändigtvis att en fordran fortsatt föreligger. Lånet kan ha betalats, fordran kan ha preskriberats och så vidare, se om detta Baldersheim, Til tingsrettens teori s 99 ff. Se även Strahl, En allmän rättslära s 308; Eckhoff, Litt om det juridiske rettighetsspråk s 66 ff; Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 279, som alla påpekar att om exempelvis äganderättsbegreppet ska kunna förkortas bort, är det inte tillräckligt med att hänvisa till det faktum som har givit upphov till äganderätten; det krävs också att något annat inte har inträffat som har upphävt det första faktumet. Se även Baldersheim, Til tingsrettens teori s 103 f, om det rossianska kopplingsbegreppet som en illusion.

³²⁰ Ross, Tû-tû s 475.

A ge bort X.³²¹ Äganderättsbegreppet möjliggör att de rättsfakta som ger upphov till en äganderätt kan anges grunda just en äganderätt, och de rättsföljder som aktualiseras av en äganderätt kan knytas till just äganderätt, enligt Ross. Det kan illustreras på följande sätt:³²²



Figuren illustrerar hur begrepp, såsom fordran (F) och äganderätt, kopplar samman rättsfakta (potentiellt flera därav RG, som står för rättslig grund) med rättsföljder (RF).³²³

Begreppen får, liksom tû-tû, sin mening när de används i samband med påbud och påståenden, enligt Ross. Fordringsbegreppet kan användas som ett framställningstekniskt hjälpmedel i samband med påbud på följande vis: "Om ett lån tas, så uppkommer en fordran." och "Om en fordran har uppkommit, så ska betalning ske." Dessa satser kan tillsammans bilda det meningsfulla påbudet: "Om ett lån tas, så ska betalning ske." Eftersom påståendet "Du har en fordran" semantiskt refererar till de rättsfakta som har givit upphov till din fordran, samt till rättsföljden att du kan kräva betalning.³²⁴

³²¹ Ross, Tû-tû s 475.

³²² Ross, Tû-tû s 476 f. Høgberg har kritiserat idén om kopplingsbegrepp på denna punkt. Han menar att om kopplingsbegreppet ska vara effektivt måste samtliga rättsfakta kunna knytas till samtliga rättsföljder, men att ofta används så preciserade rättsfakta att dessa inte ger upphov till samtliga rättsföljder. Den enkla kopplingen mellan rättsfakta och rättsföljd finns inte, enligt Høgberg. Här bör tilläggas att han analyserar förvaltningsrättslig "ugyldighet" i sitt bidrag, se Høgberg, Förvaltningsrättslig 'ugyldighet' som kopplingsbegrep s 138 f.

³²³ Ross använder visserligen K, som står för kendsgerning, i sin figur, se Ross, Tû-tû s 476 f. Han likställer dock kendsgerning med rättsfaktum i betydelsen konkret rättsfaktum, se a a s 475.

³²⁴ Ross, Tû-tû s 478 f.

7.3 Den väsentliga grunden – en styrande rättsprincip?

Med det rossianska kopplingsbegreppet som verktyg i handen vänder vi nu åter uppmärksamheten mot principen om den väsentliga grunden. Frågan var om principen har använts som ett rossianskt kopplingsbegrepp. I så fall skulle Ross analys av kopplingsbegreppets funktion och användning i juridiken möjligen kunna appliceras på principen. Det skulle kunna förklara varför principen om den väsentliga grunden inte vore en styrande rättsprincip (vilket var det sätt på vilket Högsta domstolen beskrev principen i NJA 2009 s 291), eftersom principen då kan likställas med tû-tû.

En förutsättning för det rossianska kopplingsbegreppet är att det ingår i två regler, såsom: ”Om ett lån tas, så uppkommer en fordran.” respektive ”Om en fordran har uppkommit, så ska betalning ske.” Reglerna kan också förkortas till en enda regel, utan att kopplingsbegreppet används: ”Om ett lån tas, så ska betalning ske.” Principen om den väsentliga grunden passar inte in i denna form. I stället har principen en annan form. Principen om den väsentliga grunden har använts av Högsta domstolen i ett antal fall, för att ersätta (och precisera) en regel med en annan regel och som ett bekräftande eller ett legitimerande av en slutsats i tillämpningen av en regel.³²⁵

Som framkom ovan under avsnitt 7.1 kan Högsta domstolens användande av principen om den väsentliga grunden passas in i en villkorssats (om – så).³²⁶ Det gör det relevant att undersöka om principen kan förkortas bort, såsom fordringsbegreppet kunde förkortas bort i Ross analys. En läsning av Högsta domstolens användning av principen i NJA 1998 s 834 får utgöra objekt för denna undersökning. I fallet använde Högsta domstolen principen som både en utgångspunkt och ett bekräftande eller legitimerande av slutsatsen. Den bakomliggande frågan var om en konkursfordran hade uppkommit, vilket är en förutsättning för att en fordran ska kunna göras gällande i en konkurs i enlighet med 5 kap 1 § konkurslagen.³²⁷ Högsta domstolen formulerade de relevanta skälen på följande sätt:

”Enligt 5 kap 1 § [konkurslagen] får i konkurs som regel endast göras gällande fordran som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades.

³²⁵ Se ovan under avsnitt 7.1, där denna användning refereras.

³²⁶ Se vidare ovan under avsnitt 7.1, om villkorssatser.

³²⁷ Se vidare nedan under kapitel 12, om konkursfordrans uppkomst.

Fordran får dock göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning.”³²⁸

”Allmänt gäller principen att den väsentliga grunden för ett fordringsanspråk måste ha förelegat vid tidpunkten för konkursbeslutet för att en utdelningsrätt skall kunna komma i fråga i en konkurs. I praxis har fordran på lön ansetts ha sin väsentliga grund i det bakomliggande anställningsförhållandet [hänvisningar uteslutna].”³²⁹

Som synes inledde domstolen med att redogöra för lagregeln. I nästa steg ersattes (preciserades) regeln, genom att principen om den väsentliga grunden ersatte (preciserade) fordrans uppkomst. I en villkorssats kan den preciserade regeln formuleras på följande sätt: ”Om den väsentliga grunden för fordran föreligger vid tidpunkten för konkursutbrottet, så kan fordran göras gällande i konkursen.” I det citerade uttalandet från domstolen framkommer dessutom att i dessa situationer har anställningsförhållandet ansetts utgöra den väsentliga grunden. Dessa led i Högsta domstolens avgörande kan skrivas ut i villkorssatser på följande sätt:

Om en fordran har uppkommit före konkursutbrottet, så kan den göras gällande i konkursen.

Om den väsentliga grunden föreligger före konkursutbrottet, så har en fordran uppkommit då.

Om anställningsförhållandet föreligger före konkursutbrottet, så har den väsentliga grunden uppkommit då.

Dessa regler (villkorssatser) kom också till uttryck i Högsta domstolens tillämpning:

”De i målet aktuella anställningsförhållandena förelåg vid tiden för konkursbeslutet hos [konkursgäldenären]. Arbetstagarnas lönefordringar får därför anses ha sin väsentliga grund häri. Med beaktande av det samband som numera gäller mellan utbetalad lön och arbetsgivaravgifter bör därför även fordran på sådana avgifter som grundas på lön utbetalad efter konkursutbrottet kunna göras gällande i konkursgäldenärens konkurs.”³³⁰

När reglerna skrivs ut i villkorssatser framstår det som att principen om den väsentliga grunden kan *förkortas bort* (liksom fordringsbegreppet kunde göras i Ross analys). Principen verkar därigenom inte vara ett

³²⁸ NJA 1998 s 834, HD:s domskäl st 1.

³²⁹ NJA 1998 s 834, HD:s domskäl st 2.

³³⁰ NJA 1998 s 834, HD:s domskäl st 5. I detta sammanhang bör möjligen tillskjutas att utgången blev en annan än den som indikeras av citaten; fordran på arbetsgivaravgifter avseende garantibelopp enligt lönegarantilagen kunde inte göras gällande i konkursen.

nödvändigt led för resonemanget. Resonemanget skulle lika gärna kunna skrivas på följande sätt, utan den väsentliga grunden:

Om anställningsförhållandet föreligger före konkursutbrottet, så har en fordran uppkommit då.

Om en fordran har uppkommit före konkursutbrottet, så kan den göras gällande i konkursen.

På så vis skulle principen om den väsentliga grunden kunna karakteriseras som ett kopplingsbegrepp – inte som en koppling mellan två regler i form av ett framställningstekniskt hjälpmedel – utan som en koppling mellan två led i en precisering av en regel eller i en tillämpning av en regel. Ross analys av äganderättsbegreppet (eller *tû-tû*) skulle därför kunna appliceras på principen om den väsentliga grunden. Det skulle få följden att principen skulle vara ett mellanled, som inte betydde något i sig självt; principen skulle sakna semantisk referens och vara nonsens (namnet till trots).³³¹ Principens mening skulle endast ligga i kontexten.

En sådan karakterisering av Högsta domstolens användning av principen om den väsentliga grunden skulle kunna förklara varför domstolen menade att principen inte var en *styrande* rättsprincip. Det skulle också kunna förklara doktrinen kylliga inställning till principen. Welamsons beskrivning av principen om den väsentliga grunden som skäligen intetsägande kunde inte vara mer rättvisande,³³² eftersom principen inte skulle ha någon mening i sig själv. Principen skulle inte ens ha de framställningstekniska fördelar vilka begrepp, såsom fordringsbegreppet och äganderättsbegreppet har enligt Ross.

Här skulle undersökningen av principen om den väsentliga grunden kunna ha avslutats. Om Ross analys av begrepp, såsom äganderätt, och analysens överföring på principen om den väsentliga grunden godtas, har principen ingen betydelse för frågan om fordrans uppkomst, och den behöver därigenom inte beaktas i avdelning III.

Det är dock, får jag för mig, något som skaver här – något som gör att vi inte kan använda det juridiska tankegodset från slutet av 1940-talet och början av 1950-talet utan förbehåll. Kanske är det att det juridiska språkbruket skiljer sig från hur det har framställts ovan? Kanske är det att den juridiska slutledningen förefaller vara mer komplex än den i det närmaste mekaniserade process som ges uttryck för i bland annat *Tû-tû*.³³³

³³¹ Jfr Ross, *Tû-tû* s 468.

³³² Se ovan vid not 282, där uttalandet refereras.

³³³ Jfr Schytzer, *The Rise of the Claim* passim, med vidare hänvisningar. Artikeln har undertiteln *Highlighting the Ever-present Ethical Dimension of Law in a Technical Set-*

En utgångspunkt för Ross analys är att ordens betydelse inte påverkar den juridiska slutledningen,³³⁴ i vart fall inte ord som fungerar såsom dessa kopplingsbegrepp. Hur skulle de annars kunna vara nonsens? Utgångspunkten hör samman med att Ross vill befria juridiken från den magi som han menar att juridiken präglas av:³³⁵

”[A]t rettigheden er en kraft af usanselig natur, en slags indre, usynligt herredømme over rettighedens genstand, en kraft, der manifesterer sig i, men dog samtidig er forskellig fra de tvangsforanstaltninger (dom og eksekution), hvorigennem rettighedshaverens faktiske og synlige råden effektueres.

På denne måde har, må det indrømmes, vor udtryksmåde og vore forestillinger en betydelig strukturel lighed med primitiv magisk tankegang om besværgelse af oversanselige kræfter, der igen udløser sig i reale effekter.”³³⁶

Ross beskriver här föreställningen, om att orden skulle kunna påverka verkligheten, som primitiv. Han fördömer rentav sådana föreställningar. Hans analys har dock kritiserats på just denna punkt. Det har sagts att det är omöjligt att frigöra sig från att begrepp och begreppsbildning har normativa implikationer, att begreppen genom sin struktur och språkliga form påverkar hur vi ser på ett faktiskt skeende samt att de därigenom formulerar och påverkar de problem som ska lösas.³³⁷ Begreppen skulle alltså vara långt ifrån meningslösa, utan de skulle i stället påverka de rättsliga lösningarna. Ross beskrivning av begreppen i den juridiska slutled-

ting, och i linje med titelvalet handlar artikeln om den etiska dimensionen i rättstillämpningen, vilket är en dimension som skymms om rättstillämpningen kläs i villkorssatser.

³³⁴ Se Ross, Tù-tù s 478: ”Ord som ’ejendomsret’, ’fordring’ o. lign. har, anvendt i den praktiske, juridiske sprogbrug, samme funktion som ordet tù-tù hos det fingerede folk. Det er et ord uden mening, d.v.s. uden enhver semantisk referens, og tjener kun fremstillingstekniske formål. Alligevel kan der tales meningsfuldt om rettigheder, såvel i form af påbud som af påstande.” Den sista meningen refererar till att begreppen får mening när de används i en sats. Se om detta Ulväng, Brottslighetskonkurrens s 65 f. Se även Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 413 ff.

³³⁵ Ross, Tù-tù s 475. Se Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 368, om den vetenskapsteoretiska hållning som analysen ger uttryck för. Se även Samuelsson, J, Rättsvetenskapens vetenskaplighet s 194 ff, för en kontextualisering av Ross vetenskapsteoretiska hållning. Se även Ross, Naturret contra retspositivisme s 497 ff, särskilt s 504 f, om att rättsordningen är ett socialt empiriskt faktum enligt den rättspositivistiska grundsynen. Här är inte avsikten att kategorisera Ross som någon positivist i vid mening. Han tycks vara skeptisk inställd till positivismen: ”Positivismen må altså forkastes, fordi den mangler forståelse for den kulturelle atmosfæres indflydelse på retsanvendelsen og tror, at der ikke er andre kilder end de positiverede.”, Ross, Om ret og retfærdighed s 148. Här undersöks den språksyn som tù-tù ger uttryck för.

³³⁶ Ross, Tù-tù s 475.

³³⁷ Se Ulväng, Brottslighetskonkurrens s 66 ff, särskilt s 66 f och s 69, som undersöker om brottsrubriceringar kan fungera som kopplingsbegrepp. Jfr även t ex Feyerabend, Against Method s 157 f, om tanken att begreppen formar sina egna problem och fakta.

ningen tar endast hänsyn till deras funktion, vilket medför att alla andra nyanser i det juridiska språkbruket försvinner.³³⁸ Kritiken mot Ross analys inriktas alltså på vilken roll *språket* har i den juridiska slutledningen.³³⁹

Här kan ett intresseväckande exempel, som Paul Feyerabend har givit, synliggöra hur språket inte är ett neutralt medium, utan hur det i stället exempelvis innehåller teorier och ideologier. Han synliggör denna egenkap hos språket, genom att beskriva hur de vetenskapliga upptäckterna som följde med den kopernikanska revolutionen i flera delar inte alls överensstämde med det som ansågs som fakta – och hur språket användes – när de vetenskapliga upptäckterna presenterades. Teorier och ideologier inneboende i dåtidens språk gav rentav argument mot centrala delar i den kopernikanska revolutionens tankegods.³⁴⁰

Den kopernikanska revolutionen medförde ett paradigmskifte i synen på jordens förhållande till universum, specifikt vad gällde den tidigare geocentriska världsbilden. Före revolutionen trodde vetenskaparna (och mänskligheten) att jorden befann sig i universums mitt. Solen roterade runt jorden. Revolutionen medförde insikten att jorden roterade runt solen i stället och att jorden inte alls befann sig i universums mitt. Ett argument mot detta paradigmskifte var tornargumentet.³⁴¹

Tornargumentet grundades i observationen att om stenar släpps från ett högt torn faller de rakt ned utan att rotera. Det ansågs vara ett obestridbart bevis, för att jorden inte roterade kring sin egen axel (eller runt solen). Det menades att om jorden roterar medan stenen faller borde tornet ha rört sig en ansevärd längd under den tid som stenen faller fritt. Stenen borde alltså landa en bit bort från tornet – allt enligt tornargumentet.

Det problematiska med tornargumentet var hur rörelsebegreppet användes på den tiden. De vetenskapare som använde argumentet utgick från en realistisk syn på rörelse, i vilken rörelse endast var den synbara rörelsen och inte den absoluta rörelsen. Motstridigheten (mellan tornargumentet och tankegodset i den kopernikanska revolutionen) berodde följaktligen inte på något fel i vare sig observationen eller tankegodset i den kopernikanska revolutionen. Det problematiska var i stället den

³³⁸ Se Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 416 ff, särskilt s 419.

³³⁹ Det finns även andra rättsvetenskapare som har kritiserat Ross språksyn, se exempelvis Stuer Lauridsen, Om ret og retsvidenskab s 67 ff; Høilund, Retsanvendelsens etik s 106 ff; Wennström, The Lawyer and Language s 81 ff. Jfr även Peczenik, Vad är rätt? s 105 ff; Zahle, Legal Doctrine Between Empirical and Rhetorical Truth s 803 ff, båda om problematiken kring Ross utgångspunkt att vetenskapliga påståenden är empiriska eller analytiska och att de empiriska påståendena förutsätter att de kan verifieras för att inte vara meningslösa.

³⁴⁰ Se Feyerabend, Against Method s 33 ff och s 49 ff.

³⁴¹ Se Feyerabend, Against Method s 49 ff.

innebörd som tillskrevs rörelsebegreppet. Språket, som användes vid den tiden, behövde alltså förändras och nyanseras, eftersom det var baserat på äldre teorier och ideologier, vilka motsades av de insikter den kopernikanska revolutionen förde med sig.³⁴²

Att frigöra vårt tänkande från de teorier och ideologier som ligger i språket framstår alltså som svårt, när inte ens empirin kan beskrivas utan att teorier och ideologier påverkar beskrivningen. Språket är inte ett neutralt medium – ett instrument som vi bara beskriver verkligheten med. Språket är i stället normerande för vårt tänkande.³⁴³

³⁴² Se Feyerabend, *Against Method* s 33 och s 49 ff, särskilt s 52 ff. Feyerabend är långt ifrån ensam i denna iakttagelse om språket. Många andra, som var samtida med honom, framför liknande synpunkter, se exempelvis Quine, *Two Dogmas of Empiricism* s 20 ff, som kommer fram till slutsatsen att gränsen mellan logiska påståenden (som har mening fristående från fakta) och syntetiska påståenden (som har grund i fakta) inte är hållbar. Se även Horkheimer, *Eclipse of Reason* s 21 ff, som bl a uttalar: "Language has been reduced to just another tool in the gigantic apparatus of production in modern society.", a s 22 och "The statement that justice and freedom are better in themselves than injustice and oppression is scientifically unverifiable and useless. It has come to sound as meaningless in itself as would the statement that red is more beautiful than blue, or that an egg is better than milk.", a s 24. Se Alvesson, M & Sköldberg, *Tolkning och reflektion* s 29 ff, för en svenskspråkig introduktion till problemkretsen. Kritiken mot distinktionen mellan fakta och teori fanns redan hos Nietzsche, se t ex Nietzsche, *Den glada vetenskapen* aforism nr 57. Jfr även Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar*, t ex §§ 1–6, som avfärdar bildteorin, d v s att satser avbildar ett möjligt sakläge, som en primitiv föreställning om det sätt på vilket språket fungerar. Jfr även om Heidegger ovan under avsnitt 2.3, om hur han belyser hur förståelsen finns redan före tolkningen. De objektiva neutrala fakta blir därigenom minst sagt svåråtkomliga, eftersom även observationer beror på den förståelse som betraktaren har. Här kan påminnas om att Heideggers tankegods utgör en fundamentalontologi, se ovan under avsnitt 2.3. Se även Andersson, H, *Barthesianska meditationer* s 74 ff, som problematiserar en användning av en instrumentell språksyn i juridiken och belyser hur språkfilosofin kan hjälpa oss att se bakomliggande värderingar: "[H]ur vi bygger ett språk för att få någon ordning på kaos, varigenom detta språk tillerkänns en sådan positivistisk stadga att vi till slut tycks vilja kasta bort världen till vilken språket förhåller sig för att behålla språket som det enda säkra. Istället för den empiriska, positivistiska vetenskapen som drömde om en klar värld av fakta borde vi dock förneka – eller i vart fall problematisera – denna idealbild av 'bara fakta', och istället fokusera på 'tolkade fakta'. Och tolkningarna förmedlas via språket och dess tecken, vilka inte är naturliga fakta utan mänskliga konventioner.", citatet på s 78.

³⁴³ Se exempelvis von Humboldt, *On Language* s 59: "The picture of language as designating merely *objects*, already perceived in themselves, is also disconfirmed by examination of what language engenders as its product. By means of such a picture we would never, in fact, exhaust the deep and full content of language. Just as no concept is possible without language, so also there can be no object for the mind, since it is only through the concept, of course, that anything external acquires full being for consciousness. But the whole mode of *perceiving* things *subjectively* necessarily passes over into cultivation and the use of language. For the *word* arises from this very perceiving; it is a copy, not of the object in itself, but of the image thereof produced in consciousness." och a s 63: "Nobody means

Principen om den väsentliga grunden kan mot den bakgrunden inte neutralt ersätta fordrans uppkomst. Grundantagandet, om språkets roll i den juridiska slutledningen, och slutsatsen, om begrepp som framställningstekniska hjälpmedel, i Ross analys kan på så vis problematiseras och kritiseras.³⁴⁴ I stället för att utgöra ett kopplingsbegrepp, som kan förkortas bort, tillför principen om den väsentliga grunden ett språkligt uttryck, som ger ytterligare underlag i frågan om fordrans uppkomst; principen preciserar frågan om fordrans uppkomst.

Mot den bakgrunden framstår Högsta domstolens beskrivning av principen om den väsentliga grunden i NJA 2009 s 291 som *oegentlig*. Det framstår som motsägelsefullt att påtala att fordran inte sällan sägs ha uppkommit när den väsentliga grunden för den förelåg inte kan uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip. När principen därefter beskrivs som ett sätt att legitimera eller bekräfta en slutsats som vilar på de överväganden som det särskilda fallet föranleder. Kan principen om den väsentliga grunden legitimera eller bekräfta en slutsats finns den på regelplanet. Finns principen om den väsentliga grunden på regelplanet kommer den att ha betydelse i frågan om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma.

by a word precisely and exactly what his neighbour does, and the difference, be it ever so small, vibrates, like a ripple in water, throughout the entire language.”; Nietzsche, Den glada vetenskapen § 58: ”Detta har berett mig det allra största besvär och bereder mig fortfarande det allra största besvär: att inse att det är av oändligt mycket större betydelse *vad tingen heter* än vad de är.”; Wittgenstein, Zettel § 191: ”Vetandet *översätts* nämligen inte till ord när det yttrar sig. Orden är ingen översättning av något annat som fanns där före dem.”; Heidegger, On the Way to Language s 124: ”We do not merely speak *the* language—we speak *by way of it*.” Se även Legrand, Word/World s 185 ff, med vidare hänvisningar. Se även (mer närliggande) Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 7: ”Sanning är ett normativt begrepp. När vi lär oss att använda ett språk lär vi oss också indirekt de värderingar som ligger till grund för de distinktioner, sedvanor och institutioner som förkroppsligas i språkets begreppsbildning.” Se även a s 9, där han uttrycker: ”Som jag redan nämnt är varje beskrivning, varje begreppsbildning och varje begreppsanvändning impregnerad av värderingar. Man kan till och med säga att i varje handling som går ut på att kommunicera med andra ligger en personlig eller standardiserad värdering – att det finns skäl att säga något. Ingenting kan identifieras utan att man börjar tala om det.”

³⁴⁴ Se även i noterna 312 och 319 ovan. Jfr dock Spaak, Alf Ross on the Concept of a Legal Right s 475, som menar att Ross analys förtjänar vår fortsatta uppmärksamhet. I hans artikel problematiserar han vissa frågor i Ross analys, men han förbigår denna utan kommentar. Det rossianska kopplingsbegreppet och Ross analys hänvisas fortsatt till och används i sakrättsfunktionalismen, men den här problematiserade aspekten lyfts sällan fram, se exempelvis ovan i not 310.

7.4 Principens betydelse

Hittills har det redogjorts för att principen om den väsentliga grunden har använts av Högsta domstolen och haft betydelse i frågor om fordrans uppkomst. Frågan om *vad* principen om den väsentliga grunden betyder kvarstår dock att undersöka.

Innan undersökningen av den frågan tar vid finns det skäl att fundera närmare på vad det kan innebära att den väsentliga grunden har kategoriserats som en princip snarare än som en regel.³⁴⁵ I mina undersökningar av principen om den väsentliga grundens betydelse har det nämligen framkommit att skillnaden mellan en regel och en princip kan underlätta förståelsen av vad som krävs för att den väsentliga grunden för fordringsanspråket ska föreligga.

Inom förmögenhetsrätten har det funnits en strävan mot att stöpa normerna i en och samma form, nämligen den form som en regel har, eller i vart fall betrakta normerna utifrån ett regelperspektiv.³⁴⁶ Det rossianska kopplingsbegreppet är ett exempel på det senare, genom att i det tankegodset ses enbart begreppen utifrån en regelkontext.³⁴⁷ En princip, såsom en norm vilken är tillämplig i rättsligt beslutsfattande,³⁴⁸ passar mindre väl i regelformen, eftersom den ofta fungerar på ett annat sätt än regeln. Principens normativitet kan vara av ett annat slag. Det brukar påpekas att principen ofta liknar en riktlinje, eftersom principens följd inte alltid inträder, även om den i och för sig är tillämplig i det enskilda fallet.³⁴⁹

³⁴⁵ Se NJA 1998 s 834; NJA 2005 s 510.

³⁴⁶ Se Samuelsson, J, Pragmatism v. realism s 334 f. Jfr även Sandstedt, Godtrosförvävsreglerna, stöldfallet, försäkringsbolags vindikationsrätt och borgenärsskydd s 530 ff, som påpekar att rättsfakta–rättsföljdsbilden hör till den svenska funktionalistiska rättstraditionen (vad gäller äganderättens övergång). Se även på samma tema Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen t ex s 84 ff, s 322 och s 327 ff. Jfr även Kleinman, Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt s 12 ff, som beskriver hur den nordiska rättsstridighetsläran påverkades av Uppsalaskolans tänkande och hur den numera har återupptäckts som en allmän skadeståndsprincip.

³⁴⁷ Se ovan under avsnitt 7.2. Här kan tilläggas att uttalanden om när principer är tillämpliga inte kan verifieras (enligt Ross prognosteorin) på samma sätt som sådana uttalanden om en hård regel, varför de förra är ovetenskapliga enligt Ross vetenskapssyn, se om detta Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kærne?* s 39.

³⁴⁸ Som påtalades ovan under avsnitt 7.1 finns flera olika sätt att använda termen princip på, se särskilt vid och i noterna 288, 289 och 290.

³⁴⁹ Se Dworkin, *Taking Rights Seriously* s 53: "Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail." Se även exempelvis Jareborg, *Vad är en princip?* s 142 f; Graver, *I prinsippet prinsipiell* s 195 f; Tuori, *Ratio and Voluntas* s 190 ff. Se även ovan i not 289.

För att tala regelspråk kan det sägas att principens rättsföljd inte alltid inträder, trots att dess rättsfakta är för handen. Det kan jämföras med om en regel inte tillämpas, trots att dess rättsfakta egentligen är för handen. I sådana fall påverkar det regelns betydelse, genom att ett undantag från regeln skapas. Principen (i denna betydelse) är på så vis inte binär som en regel ofta är.³⁵⁰

Principens likhet med en riktlinje kan också påverka förståelsen av under vilka förutsättningar principen kan tillämpas.³⁵¹ För att återigen tala regelspråk kan det sägas att principens rättsfakta (eller rättsfaktum) kan vara vagare och mer elastiska. De låter sig inte alltid brytas ned i strikt definierade rättsfakta (såtillvida att det framstår som meningsfullt att göra det). Principen om den väsentliga grunden verkar ha en sådan form. Till exempel framträder den, genom att principen är tillämpbar på fordringar som har sin grund i såväl avtal som skadegörande handlingar. Till skillnad från villkorsläran, i vilken en fordran uppkommer i samband med rättshandlingen, kan inte den väsentliga grunden för fordringsanspråket alltid sägas bestå i just avtalet. Det finns ju per definition inget avtal, såvitt avser de utomobligatoriska fordringarna.

Principens form spiller över på vilket sätt rättsvetenskapen kan bidra till att teckna dess betydelse (eller sagt med andra ord – tolka och systematisera den). I stället för att försöka förtydliga varje rättsfaktum med typfall kan exempel användas, för att bidra till förståelse av principen.³⁵²

Med något om skillnader mellan en princip och en regel i arbetsminnet är det dags att vända uppmärksamheten mot frågan om vad principen om den väsentliga grunden kan betyda. En språklig tolkning förefaller vara lämplig som utgångspunkt.

Enligt principens lydelse (det vill säga att om den *väsentliga* grunden föreligger, så har en fordran uppkommit) verkar inte alla de rättsfakta som konstituerar den fullgångna fordran (alltid) behöva föreligga för att en fordran ska ha uppkommit – endast vad som utgör den *väsentliga* grunden krävs. Det harmonierar med den rättsliga utgångspunkten för frågan i 5 kap 1 § 2 st konkurslagen. Där stadgas: ”En fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning.”³⁵³ En fordran måste alltså inte (alltid) vara fullgången,

³⁵⁰ Se Jareborg, Vad är en princip? s 142; Graver, I prinsippet principiell s 195 f, som båda beskriver hur principer kan fungera på detta vis.

³⁵¹ Se till det följande Dalberg-Larsen, Hvad udgør rettens kærne? s 38; Evald, Om retsprinciper i formueretten s 139; Samuelsson, J, Pragmatism v. realism s 340. Här kan det också påminnas om vad som sades ovan under avsnitt 2.2, där det påpekades att definitioner (förklaringar) inte kan brygga avståndet mellan regel och fall.

³⁵² Jfr Samuelsson, J, Pragmatism v. realism s 330 f.

³⁵³ Se vidare nedan under kapitel 12, om konkursfordrans uppkomst.

samtliga omständigheter som grundar fordran måste inte (alltid) ha inträffat, för att den ska ha uppkommit.

Att en fordran inte behöver vara fullgången för att den ska ha uppkommit kan tyckas banalt – något ytterligare måste kunna sägas om principens betydelse. Låt oss rikta uppmärksamheten mot Ekdahl, för att undersöka principen om den väsentliga grundens betydelse i hans ursprungliga tappning av den. Han omtalades redan i kapitlets inledning som principens fader.³⁵⁴ Utgångspunkten för Ekdahls analys är vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs. Han skriver:

”I första hand avgörande är sålunda tidpunkten för fordringens *uppkomst*. Vad därmed skall förstås kan bli föremål för tvekan, ity att begreppet ’uppkomst’ ifråga om fordran har dubbel betydelse. Å ena sidan har man grunden till fordringen, å andra sidan själva fordringsbeloppet såsom sådant. Den tidpunkt, då fordringsgrunden uppstår, sammanfaller ingalunda alltid med den tidpunkt, då fordringsrätten aktualiseras genom att ett preciserbart belopp blir förhanden. I detta sammanhang är det emellertid grunden till fordringsanspråket, som är avgörande.”³⁵⁵

Det är tydligt att Ekdahl skiljer på två olika sorters uppkomster och det är inte fordringsbeloppets precisering som är det relevanta i den här ställda frågan.³⁵⁶ Det är i stället *grunden* som är avgörande. Ekdahl definierar inte vad som utgör den väsentliga grunden för fordringsanspråket. I stället ger han ett *exempel* på vad den väsentliga grunden för fordringsanspråket kan utgöra. I exemplet avser fordran ersättning för husröta, där introduceras också en distinktion mellan grund och villkor:

”Om t.ex. fordringsanspråket *grundar* sig å ett arrendekontrakts bestämmelser om husröta, räcker det för bevakningsrätt i konkursen, att arrendeaftalet träffats före konkursen; är detta *villkor* uppfyllt, kan husröteersättning

³⁵⁴ Se ovan vid not 280.

³⁵⁵ Ekdahl, Om fordran i konkurs s 5.

³⁵⁶ Se vidare Welamson, L, Konkursrätt s 442; Walin, Materiell konkursrätt s 21. Skillnaden kan även beskrivas i dualismen *aktualitet*–*potentialitet*. Det är tillräckligt att fordran är potentiell, såtillvida att dess grund föreligger, i det här sammanhanget. Fordran behöver inte också vara aktuell i bemärkelsen att kravet är tillräckligt preciserat. Aktualitetssidan av fordran belyser dess innehåll. Jfr Andersson, H, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s 497, som på ett målande sätt beskriver skillnaden mellan försäkringsavtalslagens tidigare lydelse och patientskadelagens dito (vilket för övrigt är lydelsen som för närvarande används i produktansvarslagen) samt preskriptionslagens starttidpunkt, som skillnaden mellan *aktualitet* och *potentialitet*. Att en fordran uppkommer när den är potentiell innebär att *grunden* för fordran har lagts. Den är då i vart fall potentiell. Att en fordran uppkommer när den är *aktuell* innebär å andra sidan att fordrans uppkomst anknyts till dess innehåll; fordran har aktualiserats. Allt enligt H Andersson, se a st.

i konkursen bevakas, oberoende av om vid beslutet om egendomsavträde någon husröta ännu konstaterats eller icke. [Mina kursiveringar.]”³⁵⁷

Distinktionen mellan om fordran är villkorad och grunden för fordran är inte avgörande för att förstå Ekdahl, eftersom han tidigare framhöll att grunden för fordran var avgörande för dess uppkomst. Det kan jämföras med att han i det närmast föregående citatet uttalar att om *villkoret* är uppfyllt kan fordran bevakas. I och med att parternas ingående av ett arrendekontrakt är ett *villkor*, för att fordran på husröteersättning ska ha uppkommit, ansluter sig Ekdahl inte till villkorsläran. Villkoret skulle vara framtida och ovisst, samt inte villkora rättshandlingens bindande verkan i villkorsläran.³⁵⁸ Vad gäller *resultatet* av Ekdahls resonemang, förefaller det dock överensstämma med villkorsläran, eftersom det räcker med att parterna har bundit sig, för att en fordran ska ha uppkommit. Fordran kan vara villkorad (i villkorslärans bemärkelse) av att en framtida oviss omständighet ska inträffa, såsom husröta, och ändå ha uppkommit. Slutsatsen av Ekdahls resonemang lyder som följer:

”Alla de fakta, vilka tillsammans grunda fordringen, behöva emellertid ej vara för handen redan vid konkursens början, det räcker med att *den väsentliga grunden* är tillfinnandes. [Min kursivering.] I anförda lagrum [100 § 1921 års konkurslag, vilket motsvaras av 5 kap 1 § konkurslagen] framhålls uttryckligen, att fordran må göras gällande ’ändå att den är beroende av *villkor*, eller ej är förfallen till betalning’. Den omständigheten att fordringsanspråket, för att medföra rätt till betalning, är beroende av, att ytterligare någon eller några omständigheter inträffa eller icke inträffa, utgör sålunda icke något hinder för att fordringen i konkursen bevakas.”³⁵⁹

I den citerade passagen tydliggör Ekdahl vad han menar med fordrans grund: Det är de fakta som tillsammans *grundar* fordran som utgör grunden. Av dessa krävs endast den *väsentliga* grunden. Det är även förenligt med att fordran kan vara beroende av att ytterligare någon eller några omständigheter ska inträffa och ändå ha uppkommit. I Ekdahls exempel om husröta var avtalet den väsentliga grunden, och kanske gäller det som riktlinje beträffande principen om den väsentliga grunden och fordringar som har sin grund i avtal. Ytterligare något behöver emellertid sägas om principen. Det finns ju till exempel andra fordringstyper. Mot NJA-banden!

I de rättsfall där principen om den väsentliga grunden använts av Högsta domstolen har den väsentliga grunden (i huvudsak) utgjorts av avtalet,

³⁵⁷ Ekdahl, Om fordran i konkurs s 5.

³⁵⁸ Se ovan under avsnitt 6.2.

³⁵⁹ Ekdahl, Om fordran i konkurs s 5 f.

även om fordran har varit villkorad av ytterligare omständigheter. I NJA 1998 s 834 uttalade Högsta domstolen att fordringarna hade sin väsentliga grund i anställningsförhållandena, som fanns vid konkursutbrottet. Lönefordran ansågs alltså ha uppkommit redan vid *avtalsingåendet*, trots att arbete utfördes efter konkursutbrottet, enligt domstolen.³⁶⁰ I NJA 1981 s 801 bedömdes en mäklares fordran på provision ha uppkommit före konkursutbrottet, då avtal hade slutits och anvisning hade skett före samma tidpunkt (konkursboet hade sålt fastigheten efter konkursutbrottet).³⁶¹ I det fallet innebar dock processens ram att Högsta domstolen inte tog ställning till om det hade räckt att avtal ingåtts före konkursutbrottet, för att fordran skulle ha uppkommit då.³⁶² Något utförligt resonemang beträffande vad den väsentliga grunden bestod i fördes inte av Högsta domstolen i något av dessa avgöranden. Men det förefaller som att avtalet utgjorde den väsentliga grunden.³⁶³

Vad gäller utomobligatoriska skadestånd måste *i vart fall* den skadegörande handlingen ha företagits, för att den väsentliga grunden ska föreligga.³⁶⁴ Hur skulle annars den *väsentliga* grunden kunna föreligga? På motsvarande sätt kan sägas att i vart fall rättshandlingen måste föreligga, för att en fordran som har sin grund i en sådan ska ha uppkommit – hur skulle annars den *väsentliga* grunden för ett sådant anspråk kunna föreligga?

Ska principen om den väsentliga grunden stöpas i en regelform förefaller den kunna sammanfattas med att avtalet (eller rättshandlingen) eller den skadegörande handlingen utgör den väsentliga grunden för fordringsanspråket. Principen synes alltså vila på en avtalsrättslig eller en skadeståndsrättslig bedömning av frågan om fordrans uppkomst. Men då faller vi för den frestelse som har präglat förmögenhetsrätten under lång

³⁶⁰ Frågan i fallet rörde visserligen om arbetsgivaravgifter avseende garantibelopp enligt lönegarantilagen kunde göras gällande i konkursen. HD uttalade dock att en fordran på lön uppkommer i samband med anställningsförhållandet, se NJA 1998 s 834, HD:s domskäl st 5.

³⁶¹ Jfr dock Walin, Materiell konkursrätt s 24, not 4, som menar att den väsentliga grunden borde ha varit försäljningen.

³⁶² I målet hade konkursboet bestridit att det var ansvarigt för fordran, då boet menade att fordran hade uppkommit före konkursutbrottet. Frågan i målet var alltså om boet var ansvarigt. Domstolen prövade därför inte vad som krävdes för att en fordran skulle uppkomma före konkursutbrottet. HD konstaterade dock att provisionsfordran var i sådan väsentlig mån grundad på vad som hade förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte medförde att fordran blev en massafordran.

³⁶³ Se även Persson, A H & Karlsson-Tuula, Företagsrekonstruktion s 138. Se även vidare nedan under avsnitt 12.6.2.

³⁶⁴ Jfr Welamson, L, Konkursrätt s 441 f.

tid.³⁶⁵ Vi försöker göra en princip till en regel, och vi försöker överbrygga avståndet mellan regel och fall genom typfall, trots att det är en omöjlighet.³⁶⁶ Vi bortser också från principens lydelse – det vill säga att den *väsentliga* grunden för fordringsanspråket ska föreligga för att fordran ska ha uppkommit. Ytterligare ett rättsfall från Högsta domstolen kan nämnas, som ger prov på principens elasticitet.

NJA 2005 s 11 gällde frågan om vilka fordringar som skulle omfattas av ett företagshypotek i en konkurs.³⁶⁷ (Konkurs)gäldenären var delägare i ett ömsesidigt försäkringsbolag, i vilket (konkurs)gäldenären hade tecknat vissa pensionsförsäkringar för sina anställda. I maj 1994 gick gäldenären i konkurs. I december 1998 fattade försäkringsbolagets styrelse beslut om återbäring av medel från en pensionsförsäkring till konkursgäldenären. I sin näringsverksamhet hade gäldenären upplåtit ett företagshypotek till en bank, och frågan var om företagshypoteket omfattade de från försäkringsbolaget utbetalade medlen.

Högsta domstolen tog utgångspunkt i att företagshypoteket endast omfattade den företagsintektningsbara egendom som fanns vid konkursutbrottet. Som stöd för denna utgångspunkt hänvisade domstolen bland annat till NJA 1982 s 900. På så vis togs utgångspunkt i frysningsprincipen, som innebär att särskilda förmånsrätter och andra sakrätter ”fryses” vid konkursutbrottet.³⁶⁸ Den betydelse som denna princip ges kan i sin tur motiveras med insolvensrättsliga skäl.³⁶⁹ Mot den rättsliga bakgrunden ställdes frågan om gäldenären redan vid konkursutbrottet hade en fordran på de medel som försäkringsbolaget kom att fördela till konkursboet efter bolagets beslut i december 1998.

Högsta domstolen konstaterade att om visst överskott uppkom i försäkringsbolaget, hade det enligt sin bolagsordning en rad olika möjligheter att fördela överskottet. Bland annat kunde bolaget höja pensionen under utbetalning, höja den intjänade pensionsrätten för de försäkrade, ge en premiereduktion för försäkringstagarna eller fördela företagsanknutna medel till försäkringstagarna. I första hand hade försäkringsbolagets styrelse att höja pensionerna under utbetalning. Högsta domstolen kom att fästa avgörande vid att överskottsmedlen kunde fördelas på flera olika sätt av styrelsen:

³⁶⁵ Se ovan i not 202.

³⁶⁶ Se ovan under avsnitt 2.2.

³⁶⁷ Frågan i rättsfallet är följaktligen en annan än avhandlingens frågeställningar, se ovan under avsnitt 1.3. Rättsfallet är dock illustrativt för hur principen om den väsentliga grunden har använts på ett allmänt plan och rättsfallet refereras av denna anledning här.

³⁶⁸ Se vidare nedan under avsnitt 11.2, där frysningsprincipen behandlas.

³⁶⁹ Se vidare nedan under avsnitt 10.3, där detta utvecklas ytterligare.

”Som framgått ovan fattade [försäkringsbolaget i december 1998] ett beslut om att överskottet skulle fördelas, inte i enlighet med försäkringsvillkorens förstahandsalternativ till de försäkrade genom höjning av pension under utbetalning, utan till försäkringstagarna såsom företagsanknutna medel. [Konkursgäldenärens] fordran mot [bolaget] får vid angivna förhållanden anses i allt *väsentligt grundad* på styrelsens beslut, och [konkursgäldenären] kan därför inte anses ha innehaft denna fordran vid konkursutbrottet. Den kan således inte anses vara omfattad av företagshypoteket. (Jfr NJA 1997 s. 759.) [Min kursivering.]”³⁷⁰

Som synes fann Högsta domstolen att styrelsens beslut utgjorde den väsentliga grunden för fordran. Den väsentliga grunden bestod alltså inte i att gäldenären hade blivit delägare i försäkringsbolaget eller att gäldenären betalat in premien. Det var i stället när fordran blev aktuell, som den *väsentliga* grunden för fordringsanspråket förelåg.³⁷¹

NJA 2005 s 11 tydliggör att principen om den väsentliga grunden inte låter sig kläs i en regelform. Den låter sig inte definieras i vissa preciserade rättsfakta. Principen är mer elastisk än så. Avsteg från vad som vanligen utgör den väsentliga grunden för fordringsanspråket kan göras genom att exempelvis frysningsprincipen beaktas. Insolvensrättsliga hänsyn kan på så vis tas i tillämpningen av principen.³⁷²

Sammantaget kan konstateras att det finns en rad rättsfall från Högsta domstolen i vilka principen om den väsentliga grunden har använts. I dessa rättsfall har principen använts som en precisering av fordrans uppkomst på regel- eller tillämpningsnivå. Frågan ställs om den väsentliga grunden för fordran har uppkommit. Vanligen har avtalet bedömts vara den väsentliga grunden. Processens ram behöver dock beaktas i dessa fall. Frågan har ställts om fordran har uppkommit genom avtalet eller genom någon senare omständighet. Om fordran har kunnat uppkomma i ett tidigare skede, såsom genom ett löfte, som avtalet grundas på, har inte prövats; precisionen i riktlinjen är inte så skarp att den kan avgöra om en fordran uppkommer genom avtalet eller redan genom ett löfte om att binda sig till ett avtal.

Vad gäller utomobligatoriska skadeståndsfordringar råder enighet i doktrinen om att avseende dessa fordringar utgörs den väsentliga grunden av den skadegörande handlingen. Att den väsentliga grunden för fordringsanspråket utgörs av avtalet eller den skadegörande handlingen bildar den riktlinje som principen tillhandahåller. Det innebär att en

³⁷⁰ NJA 2005 s 11, HD:s domskäl st 7.

³⁷¹ Jfr ovan i not 356.

³⁷² Se vidare nedan under avsnitt 10.3, där detta utvecklas ytterligare i en jämförelse med de andra argumentationslinjerna.

obligationsrättslig bedömning av om exempelvis ett avtal har ingåtts får avgöra vad som krävs för att ett en fordran ska ha uppkommit. Emellertid utgör detta bara en riktlinje för principen om den väsentliga grunden. Andra hänsyn kan behöva tas, såsom insolvensrättsliga hänsyn, för att fastställa vad som utgör den väsentliga grunden, vilket illustreras av NJA 2005 s 11. Det hela kan summeras med några ord av Henrik Hessler:

”Det skall blott anmärkas att det inte är nödvändigt, att *alla* de rättsfakta som är erforderliga för att en fordran skall kunna utkrävas inträffat före konkursen. Vad som krävs är att den väsentliga grunden för fordringsanspråket föreligger vid konkursutbrottet.”³⁷³

Häremot kan fortsatt invändas att principen om den väsentliga grunden är intetsägende,³⁷⁴ eftersom den inte ger hela svaret. Det kan i sin tur bemötas med en droppe (filosofisk) terapi:

”Hur kan jag följa en regel?’ – om inte detta är en fråga efter orsakerna, så är det en fråga efter rättfärdigandet av att jag handlar *så* efter regeln.

När jag uttömt skälen, så har jag nått den hårda klippan och min spade viker sig. Jag är då böjd att säga: ’Just så handlar jag.’

(Erinra dig att vi ofta fordrar förklaringar, inte för deras innehålls skull, utan för att de har formen av förklaringar. Vår fordran är arkitektonisk; förklaringen är en sorts skengesims som inte uppbär något.)”³⁷⁵

³⁷³ Hessler, Allmän sakrätt s 505.

³⁷⁴ Jfr ovan under avsnitt 7.1.

³⁷⁵ Wittgenstein, Filosofiska undersökningar § 217. En skengesims är exempelvis en list på en byggnad, som ser ut att vara nödvändig för konstruktionen (genom att exempelvis bära upp något), men som i själva verket inte alls är nödvändig för konstruktionen, som står stadigt även utan listen.

8 Funktionalism och fordrans uppkomst

8.1 Inledande anmärkningar: Precisering av när den funktionalistiska bedömningen aktualiseras

Efter att ha strukit stora delar av den samtida diskursen mothårs är det nu dags att byta riktning. Som påpekades inledningsvis har Högsta domstolen ofta använt sig av en funktionalistisk bedömning (i här avsedd bemärkelse) vad gäller frågor om fordrans uppkomst under senare år.³⁷⁶ I detta kapitel ska det undersökas hur den funktionalistiska bedömningen har *använts* av Högsta domstolen i dessa frågor. Detta användande kommer sedan att bilda utgångspunkten för undersökningen i avdelning III, så tillvida att det får vara styrande för hur jag själv använder den funktionalistiska bedömningen i avdelning III. (I avdelning III undersöks vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.)

Startpunkten för den serie funktionalistiska bedömningar som har präglat Högsta domstolens dömande i frågor om fordrans uppkomst på senare år utgörs av NJA 2009 s 291.³⁷⁷ Där uttalade domstolen följande om denna bedömning:

³⁷⁶ Se ovan under avsnitt 1.2. Det kan med fördel jämföras med hur (norska) Høyesterett har behandlat frågan om fordrans uppkomst i ett par avgöranden på senare år. Domstolen har inte pekat mot en generell bedömning på samma sätt som HD har gjort. Frågorna har ställts såvitt avser de uppkomstfrågor som domstolen har haft att besvara. I dessa frågor har Høyesterett likväl framhållit att fordrans uppkomst ska avgöras med hjälp av grunden för fordran "stiftelsesgrunnlaget" och ändamålet med den aktuella bestämmelsen, se HR-2019-1162-A, Høyesteretts domskäl st 71 och HR-2020-1129-A, Høyesteretts domskäl st 47. Ändamålet (och syftet) har på så vis inte enbart framhållits som avgörande i frågan om fordrans uppkomst.

³⁷⁷ Funktionalistiska bedömningar har så klart funnits tidigare i HD:s dömande, vad gäller fordrans uppkomst, se exempelvis NJA 1987 s 243, men genom NJA 2009 s 291 tar den sig uttryck på ett mer direkt sätt. Se vidare ovan under avsnitt 1.2.

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit *svävande* – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga [hänvisningar uteslagna]. Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgången är alltså i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.”³⁷⁸

Det är följaktligen i de fall då fordran har varit *svävande* vid den kritiska tidpunkten, som syftet med bestämmelsen ska ha stor betydelse. Det är då den funktionalistiska bedömningen ska avgöra om fordran har uppkommit såvitt avser den aktuella regeln (eller, med domstolens formulering, om den ska anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten).

Vad som avses med *svävande* preciseras i den andra meningen i citatet ovan. Det är en icke-fullgången fordran som avses.³⁷⁹ Med en icke-

³⁷⁸ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12. Se även NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16. Jfr även HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 (”Medansvar för rättegångskostnader”), HD:s domskäl st 11, där det talas om regelverk, i stället för om regel, samt om syfte, i stället för om syfte och ändamål. Jfr även HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

³⁷⁹ Termen *svävande* brukar användas i fastighetsrätten, för att beteckna olika typer av villkor i bl a 4 kap JB. I 4 kap 3 § JB föreskrivs att en bestämmelse som inte har intagits i köpehandlingen är ogiltig, om den bl a innebär att förvärvets fullbordan eller bestånd är beroende av villkor. Och i 4 kap 4 § JB föreskrivs bl a att ett köps fullbordan eller bestånd inte får göras beroende av villkor under mer än två år från den dag då köpehandlingen upprättades. Distinktionen mellan fullbordan och bestånd svarar mot distinktionen mellan suspensiva och resolutiva villkor. Med beskrivningen att avtalet är *svävande* brukar avses att såväl avtalets fullbordan som bestånd är villkorat, se exempelvis Ahlinder, Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag s 111, not 440; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Särskilda avtal s 49 ff; Victorin & Hager, Allmän fastighetsrätt s 99 f. Emellanåt används termen *svävande* för att enbart avse de suspensiva villkoren, se prop 1970:20 B s 153; Westerlind, Kommentar till jordabalken, 1–5 kap s 290 f. I citatet ovan avser HD enbart suspensiva villkor, eftersom *svävande* får beteckna att fordran inte är fullgången. Se även Hessler, Allmän sakrätt s 182 ff, för en funktionalistisk problematisering av begreppen fullbordan och bestånd. Se även HD:s dom i mål nr T 1305-19 från den 17 april 2020 (”Kommunens hävningsförklaring”), om att ifall parterna gör förvärvets fullbordan eller bestånd beroende av att köpebrev ska upprättas efter det att köpeskillingen är betald ska ett sådant villkor betraktas som ett hävningsförbehåll. Tidigare gällde att det inte fick uppställas sådana villkor som innebar att köpet kunde fås att återgå av säljaren. Resolutiva villkor var alltså förbjudna. Ordningen följde av 1 kap 2 § 2 st 1734 års JB. (Bestämmelsen infördes genom förordningen den 1 maj 1810.) Gränsdragningen mellan suspensiva och resolutiva villkor, och därigenom också mellan vilka villkor som var tillåtna respektive förbjudna, ansågs dock oklar och föranledde tillämpningsproblem, se Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp II bl a s 58 ff; Undén, Svensk sakrätt II s 110 ff; Vahlén, Fastighetsköp s 113 ff, särskilt s 119 ff; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Särskilda avtal s 50; Victorin & Hager, Allmän fastighetsrätt s 99 f.

fullgången fordran får förstås att endast något eller några av de rättsfakta som konstituerar att fordran blir fullgången har uppkommit före den kritiska tidpunkten. Exempelvis är en penningfordran inte fullgången, om den har sin grund i ett ingånget köpeavtal, i vilket fordran har villkorats av att varan ska levereras, och leverans ännu inte skett. Penningfordran är då svävande. Om en kritisk tidpunkt inträffar medan penningfordran är svävande ska ändamålet med den regel, i vilken den kritiska tidpunkten ingår, ha stor betydelse enligt denna funktionalistiska bedömning.³⁸⁰

Bedömningen verkar alltså enbart aktualiseras om en fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten, vilket även indikeras av att Högsta domstolen uttalade att fordran kan anses ha uppkommit ”trots att den inte var fullgången”. Det brukar visserligen sägas att det är problematiskt att tolka domskäl *e contrario*,³⁸¹ men det finns även andra, goda skäl till att den av Högsta domstolen föreskrivna bedömningen enbart bör vara applicerbar på sådana fordringar som är svävande vid den kritiska tidpunkten. Under studien i avdelning III har det framkommit att de

Det har också framförts att avsikten inte var att alla resolutiva villkor skulle godkännas, utan att det var villkor som uppställdes på längre sikt i säljarens intresse som inte skulle godkännas, se SOU 1947:38 s 168 f. Det speglas i att HD inte alltid tillmätte distinktionen mellan suspensiva och resolutiva villkor avgörande betydelse i frågan om villkoren var giltiga, jfr NJA 1910 s 536; NJA 1917 s 632; NJA 1920 s 339; NJA 1925 s 203. Här bör också noteras att Undén påpekat att ”[b]egreppen ’resolutiva’ och ’suspensiva’ villkor, som ha en relativt lättfattlig innebörd såsom bestämmingar till vissa slags fordringsrätter, äro dock ej lika användbara vid sådana sammansatta rättsförhållanden som äganderättsöverlåtelser.”, Undén, Svensk sakrätt II s 111 f. Se även ovan i not 227, om Malmströms kritik av begreppen suspensiva och resolutiva villkor.

³⁸⁰ Inledningsvis gjordes en tentativ studie av en sådan penningfordrans uppkomsttidpunkt enligt en funktionalistisk bedömning, se ovan under avsnitt 1.2. Det visades då att en sådan typ av fordran kan uppkomma vid avtalsslutet eller vid leveransen, vilket beror på vilken regel som tillämpas. Om reglerna i 25 kap 13–18 §§ aktiebolagslagen tillämpas bör en sådan fordran också kunna uppkomma då möjligheten att avbeställa varan upphörde, se NJA 2013 s 725, där HD just betonade möjligheten för ett bolag att avbeställa prestationen i tillämpningen av de nämnda reglerna.

³⁸¹ Jfr Hellner, Rättsteori s 90, som återger ett (muntligt) uttalande av den tidigare norske høyesterettsdommaren Karsten Gaardner. Han ska ha sagt att *e contrario*-slutet är den dålige juristens kännetecken, se a st. Det finns förstås goda motsatsslut också. Här kan nämnas det avsedda motsatsslutet av 32 § avtalslagen, om förklaringsmisstag, se om detta senast HD:s dom i mål nr T 1413-19 från den 9 juli 2020 (”Den oskäligen skifteslikviden”), HD:s domskäl st 14. Se även Förslag till avtalslagen s 140 f: ”Den huvudsakliga betydelsen av det föreslagna stadgandet ligger däri att av detsamma måste anses framgå, att misstag i allmänhet icke kan åberopas, när mottagaren av viljeförklaringen varken insett eller bort inse detsamma.”, a s 140; Karlgren, Kutym och rättsregel s 32, not 4; Vahlén, Avtal och tolkning s 20 ff och s 92 ff; Dotevall, Avtal s 226 ff; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 291 ff; Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 100 f. Se även vidare Mossberg, Avtalets räckvidd I s 25 ff, om motsatsslut däribland om tolkningsprincipen ”undantaget som bekräftar regeln”.

argument som en funktionalistisk bedömning för med sig bara är giltiga om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten.³⁸² Här kan särskilt betydelsen av (konkurs)gäldenärens medkontrahents eventuella innehållanderätt lyftas fram. En sådan innehållanderätt har betydelse i flera funktionalistiska bedömningar nedan och aktualiseras endast om fordran inte är fullgången.³⁸³ Är fordran fullgången vid den kritiska tidpunkten så har den uppkommit. Föreligger däremot inte något av de rättsfakta som konstituerar den fullgångna fordran vid den kritiska tidpunkten har inte någon fordran uppkommit (det finns inte ens någon villkorad fordran då). Det är tolkningar som följer redan av lokutionens (det vill säga fordrans uppkomst) lydelse.³⁸⁴

Den funktionalistiska bedömningen aktualiseras alltså om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten. Ytterligare aspekter av den funktionalistiska bedömningen behöver också undersökas. Härnäst följer en kort historisk utveckling. Något ska då förtälas om hur diskussionen om äganderättens övergång blev startskottet för funktionalismen.³⁸⁵ Syftet är att teckna en bild av en för vår samtid formativ diskussion, för att på så vis säga något om varför funktionalismen numer eftersträvas och vad en funktionalistisk bedömning leder till.

Av citatet från NJA 2009 s 291 följer att syftet och ändamålet med den bestämmelse som ska tillämpas ska ha stor betydelse; syftet och ändamålet ska utgöra *riktmärken* för bedömningen. Den uppmärksamma läsaren har säkert redan noterat (och med rätta kanske känt en viss frustration över) att jag har glidit mellan just termerna syfte och ändamål hittills i avsnittet.³⁸⁶ De har använts synonymt – med avsikt dessutom! Syftet var nämligen att rikta uppmärksamhet mot att även Högsta domstolen tycks ha använt syfte och ändamål synonymt (i vart fall) i citatet ovan, genom att vad som först beskrevs med termen syfte därefter i stället beskrevs

³⁸² Jfr nedan under avsnitten 12.5, 14.4.3, 15.6, 16.4, 17.5, 18.5 och 19.5 samt kapitel 20, och de argument som anförts där.

³⁸³ Se nedan under avsnitten 15.6, 16.4, 17.5, 18.5 och 19.5, och de argument som anförts där.

³⁸⁴ Se även vidare nedan under avdelning III och IV, särskilt de slutsatser som nås i respektive kapitel syntes. Se även Lindskog, Betalning s 91, not 236.

³⁸⁵ Det finns goda skäl till att just debatten om äganderättens övergång väljs och inte exempelvis rättighetsdebatten. Den senare skildrades (delvis) ovan under avsnitt 7.2. Båda har beskrivits som de två centrala nordiska händelserna i sakrätten, se Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 179 ff, och som centrala för funktionalismens historiska framväxt. Se vidare avsnitt 8.5 nedan, om varför debatten om äganderättens övergång används som det historiska exemplet i detta kapitel.

³⁸⁶ Tilläggas kan att syfte och ändamål användes synonymt ovan i avsnitt 1.2, men det gjordes eftersom utgångspunkt togs i HD:s sätt att uttrycka sig på.

med termen ändamål. Notera gärna ordet ”alltså” i den andra meningen i detta citat.

Eftersom syfte och ändamål verkar ha en stor betydelse för den funktionalistiska bedömningen, och med tanke på glidningen i Högsta domstolens avgörande, finns det skäl att undersöka vad syfte och ändamål kan betyda. Fokus vänds därför mot doktrinen, för att undersöka just vad syfte och ändamål *kan* betyda. Tanken är att det ska underlätta och möjliggöra en god tolkning av hur Högsta domstolen har använt de olika begreppen, genom att en nyanserad förförståelse växer fram.³⁸⁷ Därefter kommer fokus att riktas mot hur den funktionalistiska bedömningen har använts av Högsta domstolen. Tre relativt nya avgöranden (NJA 2009 s 291, NJA 2013 s 725 och NJA 2014 s 537)³⁸⁸ kommer att utgöra undersökningsobjekt. Studien inriktas såväl på vad som har fått tjäna som riktmärke i den funktionalistiska bedömningen som hur bedömningen har utförts. Kapitlet avslutas därefter med en summering.

8.2 En historia om äganderättens övergång

Diskussionen om äganderättens övergång har anor i nordisk rätt.³⁸⁹ Det har sagts att diskussionen nådde sin kulmen när förra seklet var ungt och rösträttskampen pågick i världen.³⁹⁰ På det tionde nordiska juristmötet i Köpenhamn 1902 diskuterades, rentav debatterades, frågan om äganderättens övergång.³⁹¹ Den redan introducerade Carl Torp var

³⁸⁷ Se vidare ovan under avsnitt 2.3, om förförståelsens betydelse för tolkningen.

³⁸⁸ Här kanske kan invändas att NJA 2013 s 725 inte gällde en fråga om fordrans uppkomst inom *insolvensrätten*. I rättsfallet tillämpades reglerna om tvångslikvidation p g a kapitalbrist och fallet omfattas därför inte av avhandlingens forskningsfrågor. Det är i och för sig en alldeles riktig iakttagelse, men det behöver inte innebära att rättsfallet inte är intressant för denna studie. I förevarande avsnitt ska undersökas hur den funktionalistiska bedömningen går till, för att denna ska kunna användas under avdelning III. NJA 2013 s 725 är ett medel för att nå detta, liksom återgivandet av diskussionen om äganderättens övergång är ett medel för att nå detta.

³⁸⁹ Den här diskussionen brukar förpackas som just nordisk, se exempelvis Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen, Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism. Se även Andreasson, J, Inlösen, äganderättsövergång och ”legal transplants” s 524 ff, som beskriver en funktionell sakrätt som något nordiskt. Se även Martinson, C, Ejendomsrettens övergång, Norden kontra verden, som ursprungligen var ett konferensbidrag till NJM 2011.

³⁹⁰ Se vidare Björne, Realism och skandinavisk realism s 469 ff, som beskriver mötet som höjdpunkten på debatten om äganderättens övergång. Björne ger även ett vidare perspektiv på diskussionen om äganderättens övergång, se a st. Se även Björne, Om äganderättsbegreppet s 247 ff, som studerar äganderättsbegreppet över ett ännu längre tidsspänn.

³⁹¹ Se NJM 1902 s 137 ff.

inledare, och bland annat Tore Almén och Francis Hagerup var kommentatorer. Jurister vars inflytande på dagens förmögenhetsrätt nog inte kan överskattas.^{392, 393} Debatten har även beskrivits som startskottet för (sakrätts)funktionalismen.³⁹⁴

Upprinnelsen till Torps inlägg var det svenska förslaget om ny lag om köp och byte av lös egendom.³⁹⁵ Torp kritiserade förslagets lösning av frågan om äganderättens övergång skarpt, inte för den valda lösningen i sig, utan för det angreppssätt, den ingång, som kommittén hade valt. Den hade nämligen behandlat äganderättens övergång som *en* fråga,³⁹⁶ en odelbar helhet, något som också hade varit det gängse sättet dittills.³⁹⁷ Genom äganderättens övergång löstes en hel palett med frågor i förslaget (i vart fall enligt Torp), såsom när köparen skulle få skydd mot säljarens borgenärer, när risken för köpeobjektet skulle gå över till köparen och

³⁹² Se NJM 1902 s 137 ff, som börjar med Torps anförande. Se även Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsørengenstande s 1 ff, som är Torps skriftliga bidrag till mötet. Se vidare Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 168 ff, för ett mer ingående referat av debatten och en analys av Torps inlägg.

³⁹³ Andra deltagare i diskussionen var Herman Scheel och Carl Ussing, se NJM 1902 s 137 ff. Hagerup beskrivs av Björne som den tidens ledande rättsvetenskapsman i Norden, se Björne, Om äganderättsbegreppet s 252. Se även Knutsson, A, Tore Almén s 7 ff, om Alméns gärning.

³⁹⁴ Se vidare Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 168 ff, citaten på s 168, som beskriver Torps presentation som ”den tydliga inledningen på den långsamma vägen bort från den kontinentala och substantialistiska förståelsen av äganderättens övergång och därmed även en extrem nationalisering av diskursen. [Noter uteslutna.]”, samt: ”I samband med europeiseringsdiskussionerna är *Torps* presentation en viktig del av den nordiska självbilden och något vi kan förenas kring. [...] Vi är inte substantialister – vi är funktionalister.” Tilläggs bör att Sandstedt uttrycker viss skepticism mot tanken om att funktionalismen är förenande, eftersom det finns många olika typer av funktionalism, se a a s 169. Jfr rättighetsdebatten ovan under avsnitt 7.2, med referatet av Torps inlägg i brödtexten ovan. För en jämförelse mellan olika typer av funktionalism, se vidare nedan under avsnitt 8.5. Se även Göranson, U, Traditionsprincipen s 421; Andreasson, J, Intellekтуella resurser som kreditsäkerhet s 382 ff, båda om debatten som startskottet på sakrättsfunktionalismen.

³⁹⁵ Se NJA II 1901 s 1 ff, där förslaget återfinns.

³⁹⁶ Se NJA II 1901 s 106 ff, 57 och 58 §§, om borgenärsskydd respektive tvesala.

³⁹⁷ Se Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsørengenstande s 4. Se även Björne, Realism och skandinavisk realism s 469, som belyser hur frågan diskuterades som en fråga om huruvida avtalsteorin eller traditionsteorin skulle väljas. Om avtalsteorin eller traditionsteorin ska gälla diskuteras fortsatt, men nu genom frågan om vad som krävs för att en köpare av lösöre ska få skydd mot säljarens borgenärer, se SOU 2015:18, som innehåller ett förslag om att avtalet ska räcka som skydd. Se även Andreasson, J, m fl, Prioritet för köpare s 709 ff, för en analys av förslaget.

när skydd skulle uppnås mot tvesala.³⁹⁸ Torp menade att äganderättens övergång inte skulle hanteras som *en* enda fråga.³⁹⁹ I stället ansåg han att begreppet äganderätt borde erkännas som ett kollektivt uttryck för en hel rad rättsverkningar, vars förutsättningar kunde sammanfalla men inte behövde göra det.⁴⁰⁰

”Og da bliver det klart, at Spørgsmaalet, saaledes som det hidtil er bleven stillet, ikke kan besvares tilfredsstillende, men at en saadan Besvarelse forudsætter, at det traditionelle Spørgsmaal om Ejendomsrettens Stiftelse opløses i sine Elementer, idet Undersøgelsen rettes paa, hvilke Fordringer der efter Sagens Natur i de forskellige Relationer maa stilles til den retstiftende Akt, for at Ejendomserhvervelsen henholdsvis i den ene eller den anden af disse kan siges at være indtraadt (eller at staa uanfægtet).”⁴⁰¹

Torps utgångspunkt var alltså att frågan om äganderättens övergång skulle delas upp i *flera frågor*, vars lösningar skulle harmoniera med de intressen och de krav som sakens natur ställde i de olika sammanhangen.⁴⁰² Torp ansåg det till och med ovetenskapligt att äganderättens övergång skulle lösas på ett sätt om flera olika rättsverkningar utlöstes. Äganderättsövergångens olika funktioner borde alltså hållas isär.⁴⁰³

Kommentatorernas mottagande av Torps idéer var av minst sagt blandat slag: Almén lät sig inte övertygas, då han befarade osäkerhet i rätts-skipningen.⁴⁰⁴ Hagerup var särskilt kritisk. Han påtalade att det inte bara

³⁹⁸ Se Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande s 4, för en lista på de frågor som Torp menade tidigare hade lösts med äganderättens övergång.

³⁹⁹ Se Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande s 7. Torps inlägg i debatten sker uttryckligen från ett de lege ferenda-perspektiv, se a a s 3.

⁴⁰⁰ Se Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande s 7 f.

⁴⁰¹ Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande s 8, spärning borttagen ur citatet.

⁴⁰² Dessa ståndpunkter gav Torp uttryck för redan i sin doktorsavhandling, se Torp, Besiddelsen s 1 ff. Se vidare Björne, Realism och skandinavisk realism s 471, som beskriver dessa argument som inspirerade av den ”äldre realismen”.

⁴⁰³ Se NJM 1902 s 141.

⁴⁰⁴ Almén var tämligen kritisk till Torps ståndpunkt: ”För min del håller jag före, att hvarken vetenskapen eller lagstiftningen – derest denna senare öfver hufvud skall befatta sig med förevarande fråga – kan eller får afstå från försöket att vinna ett enhetligt svar å densamma, utan att härför finnes ett känbart behof, så länge rättsordningen ’opere-rer med Begrebet Ejendomsret som en engang for alle given Størrelse’, och dette torde komma att fortfara, så länge den privata eganderätten utgör en af samhällets grundvalar. Jag för min del befarar osäkerhet i rätts-skipningen, då det gäller att tolka de såväl i lagtext som i enskildes rättshandlingar så ofta förekommande uttrycken egare och eganderätt, derest man resignerar från att söka fixera tidpunkten för eganderättens överflyttning och

var praktiskt farligt utan också principiellt ohållbart att äganderättsbegreppet skulle betyda olika saker i olika sammanhang och liknade det vid att vakna på morgonen och finna alla möbler omkullvälta i vardagsrummet.⁴⁰⁵ Herman Scheel menade emellertid att de lege ferenda var det riktigt att dela upp vad som behandlades inom ramen för äganderättens övergång i flera olika frågor.⁴⁰⁶

Striden stod alltså mellan att välja en, enhetlig lösning av äganderättens övergång och att dela upp äganderättens övergång i flera olika frågor.⁴⁰⁷

Det tankegods som Torp presenterade för över ett sekel sedan har fått stort genomslag i frågan om äganderättens övergång. Till detta tänkande kan rättsrealistiska vetenskapsideal⁴⁰⁸ samt politiska skäl läggas.⁴⁰⁹ Dessa

nöjer sig med att för hvardera af de båda nyss antydda kollisionsfallen gifva fristående rättsregler, utan att kläda någöndera af dessa i formen af ett uttalande om tidpunkten för eganderättens öfvergång.”, NJM 1902 s 154.

⁴⁰⁵ Se NJM 1902 s 169.

⁴⁰⁶ Se NJM 1902 s 146.

⁴⁰⁷ Jfr dock nedan under avsnitt 10.2, om hur villkorläran och principen om den väsentliga grunden kan beskrivas på motsvarande vis, om de betraktas från funktionalismens perspektiv. I själva verket utgör inte villkorläran någon enhetslösning av frågan om fordrans uppkomst. Läran öppnar i stället dörren till en avtalsrättslig bedömning av frågan om fordrans uppkomst.

⁴⁰⁸ Undén var antagligen den förste svenska rättsvetenskaparen med en syn på begrepp som liknade Torps. Undén menade att begreppen skulle ses som funktionsbegrepp, vilka endast skulle underlätta uppfattningen av det rättsliga regelsystemets innehåll samt systematiseringen av regelsystemet. Enligt Undén var begreppens syfte därför inte att motsvara något i ”verkligheten”, Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken s 171. Han menade i stället att det var direkt ovetenskapligt att beakta exempelvis naturrättsliga dimensioner av begrepp, se Undén, Svensk sakrätt I s 58. Undéns funktionsbegrepp var på så vis en räddning av de juridiska begreppen från den rättsrealistiska vetenskapens undanstädning av metafysiken, se vidare Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 300 ff, särskilt s 302 ff, om Undéns funktionsbegrepp. Funktionsbegreppen hos Undén påminner starkt om det rossianska kopplingsbegreppet, genom att det också var ett sätt att rädda begreppen från vad som enligt rättsrealismen var ovetenskapligt, se ovan under avsnitt 7.2. Den funktionalistiska synen på fordrans uppkomst, som flera gånger på senare år lyfts fram av HD, är av en något annan karaktär än det rossianska kopplingsbegreppet, se vidare nedan under avsnitt 8.5.

⁴⁰⁹ Se Holm, C, Bearing and Sharing Risk in the Swedish Welfare State s 323 ff, som beskriver hur realismen blev ett verktyg för socialdemokratin i juridiken: ”Hägerström’s *idea of law as a political tool* – that the content of the law is solely determined by political power, without resort to natural law ideas of rights and duties – is fundamental in Scandinavian legal realism, and defined how social democracy enacted the welfare state. As we shall see, Scandinavian legal realist analyses of legal rights – as determined by politics – provided a way for the Social Democratic Party to explicitly embrace private property rights, and successfully address the accusations of communism that had affected their success in elections.”, a s 327. Se även Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 445, not 19, om funktionalismen såsom passande val i med ”[...] den av tron på social ingenjörskonst färgade framväxande folkhemsideologin.”

har sammantaget förändrat hur vi ser på begrepp.⁴¹⁰ Genomslaget har varit av den magnituden att vi, i egenskap av svenska förmögenhetsrättare, inte längre använder äganderätt eller äganderättens övergång när vi behandlar de frågor som Torp diskuterade – det anses främmande och direkt felaktigt.⁴¹¹ I stället för att ha *ett, enhetligt* sätt att bestämma äganderättens övergång på, har vi delat upp frågan.⁴¹² Exempelvis talar vi om riskens övergång i köprättsliga sammanhang,⁴¹³ om borgenärsskydd vad gäller tred-

⁴¹⁰ Kritiken mot begreppsanvändningen i den juridiska tillämpningen var inte på något sätt en till Skandinavien isolerad företeelse. Kritiken förekom även i Tyskland av bl a von Jhering, se von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz s 247 ff, som beskriver sin (mar)dröm om en begreppshimmel. Se även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 294 ff, not 1071, för en målande beskrivning av von Jherings kritik. Även amerikanska rättsvetare inspirerades av von Jhering, se Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach s 809 ff, som tar avstamp i just von Jherings dröm. Även i finsk rättsvetenskap förekom kritik mot användningen av begrepp, se vidare Tuori, Ratio and Voluntas s 129 ff, med vidare hänvisningar. Se även a a s 131 ff, för en problematisering om vad som tillskrevs begreppsjurisprudensen.

⁴¹¹ Uttalandet kanske är av en sådan art att det inte behöver beläggas, i vart fall inte om läsaren är en svensk förmögenhetsrättare. Två citat kan ändå belysa det hela. C Ramberg har kommenterat arbetet med att ta fram ett förslag på en gemensam europeisk civilagstiftning på följande vis: "En av de nyaste arbetsgrupperna har sitt säte i Salzburg och har åtagit sig den 'omöjliga' uppgiften att harmonisera det mytomspunna begreppet äganderättens övergång. Vi svenskar ser ut som frågetecken när alla de hokus-pokus-problem som fick sin enkla och geniala lösning i Uppsalaskolans efterdyningar livligt diskuteras på 2000-talet. Begreppsjurisprudensen är sannerligen inte död.", Ramberg, C, Mot en gemensam europeisk civilagstiftning s 472. Se även Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 3, vars arbete har tillkommit i syfte att bidra till en europeisk sakrättsdialog. Han har från ett svenskt (och norskt) perspektiv konstaterat: "Sakrätten är fokuserad på de enskilda kollisionerna och kollisionerna avgörs dessutom på sina egna premisser utan att ha en given koppling till andra möjliga kollisioner. Det är därför svårt – och enligt vårt rättsteoretiska arv dessutom felaktigt – att skapa ett system med en ägare, för att därefter undersöka om även andra funktioner kan inpassas till vissa skärningspunkter i systemet.", a st. Se även exempelvis Hessler, Allmän sakrätt s 113; Rodhe, Handbok i sakrätt s 176; Persson, A H, Förbehållsklausuler s 109; Håstad, Inför en europeisk sakrätt s 753; Andreasson, J, Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants" s 525; Martinson, C, Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen s 462, alla om icke-användandet av äganderättsbegreppet i frågor som skulle kunna ha hänförts till frågor om äganderättens övergång. Jfr även Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom s 37, om en liknande diskussion om panträttsbegreppet.

⁴¹² För att tala med Sandstedt har vi en topisk tillnärmning, se Sandstedt, "Komparativ" sakrätt s 287 f.

⁴¹³ Jfr 13 § 1 st köplagen. Se även prop 1988/89:76 s 80 f, om de intresseavvägningar och sakargument som ligger bakom reglerna om riskens övergång i köplagen, vilka bl a kommer till uttryck i följande citat: "Skall köparen hämta varan hos säljaren går risken över först när köparen faktiskt hämtar varan, förutsatt att detta sker i tid (jfr 13 § andra stycket). Anledningen till detta är att säljaren har bättre möjligheter att avvärja skador

jemanskonflikter⁴¹⁴ och om vilken egendom som *tillhörde* gäldenären vid konkursutbrottet beträffande vad som ska omfattas av konkursen.⁴¹⁵ Det görs inte *en* bedömning av om äganderätten har gått över. Om begreppet äganderätt ändå skulle användas, för att beskriva dessa frågor, kan rättsläget beskrivas som att äganderätten övergår successivt.⁴¹⁶ Funktionalismen har även fått ett stort genomslag på hur andra begrepp används.⁴¹⁷

De skäl som numera anges för funktionalismen påminner om dem som Torp gav redan 1902. Liksom då beskrivs också funktionalismen i kontrast mot något annat, vilket brukar betecknas som substantia-

som kan drabba varan och att upprätta försäkringsskydd mot skador så länge varan är i hans besittning.”, a a s 81.

⁴¹⁴ Se exempelvis Zackariasson, L, Borgenärsskydd och specialitet s 46 ff, som i den aktuella monografin bl a undersöker skyddet för köparen mot motpartens borgenärer. Zackariasson nämner inte ordet äganderätt under rubriken Argument för och emot att prioritera viss borgenär framför andra – att medge borgenärsskydd – under beaktande av potentiella specialitetsproblem, Allmänna utgångspunkter och inledande anmärkningar. Härmed avses ingen kritik. Det framstår som onödigt (och kanske felaktigt) att tala om äganderätt i dagens diskurs, men just det säger något om genomslaget för det tankegods som Torp ger uttryck för.

⁴¹⁵ Se 3 kap 3 § 1 st konkurslagen. Jfr dock 2 § 1 st lagen om godtrosförvärv av lösöre, där ägare och äganderätt används. Se dock Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 363 ff, som jämför omsättningsskyddet i bl a denna lag med borgenärsskyddet. Sandstedt konstaterar: ”Vi har paradoxalt nog en ägare i omsättningsskyddshänseende som inte är ägare i borgenärsskyddshänseende. För den komparativa dialogen måste det följaktligen påpekas att ägaren i 2 § I GtFL [2 § 1 st lagen om godtrosförvärv av lösöre] inte skall förstås substantialistiskt i och med att tvesaluförvärvaren A-III anses vara omfattad av föreskriften.”, a a s 419. Se även vidare a a s 479 ff, om att trots att äganderättsbegreppet förekommer i lagtexten, tycks inte doktrinen använda äganderättsbegreppet, då bestämmelsen behandlas.

⁴¹⁶ C Martinson har skrivit ett antal artiklar om funktionalismen, i vilka det bl a pekas på hur begreppen (inte) ska användas i densamma. I artiklarna förekommer ofta äganderättens övergång som exempel, se exempelvis Martinson, C, Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom s 669 ff; Martinson, C, How Swedish Lawyers Think About ”Ownership” and ”Transfer of Ownership” s 69 ff; Martinson, C, Ejendomsrettens övergång s 823 ff; Martinson, C, Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen s 461 ff; Martinson, C, Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgån? s 209 ff; Martinson, C, Det nordiska funktionalistiska angreppssättet och obehörig vinst s 148 ff. Jfr Fager, Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective s 97 ff, särskilt s 99 ff, som beskriver den tyska synen på äganderättsbegreppet.

⁴¹⁷ Se exempelvis NJA 2009 s 889, HD:s domskäl st 18, där HD uttalar följande (som manifesterar en funktionell syn på begrepp): ”Besittningsbegreppet kommer vid sidan av godtrosförvärvslagen till användning i många olika rättsliga situationer och kan inte tillskrivas någon specifik allmängiltig innebörd. Även med beaktande av det lämpliga i en enhetlig innebörd inom ramen för godtrosförvärvslagen, kan det inte antas att lagens två besittningsrekvisit har identiskt innehåll.”, a st.

lism. Den sägs leda till problematiska (enhets)lösningar och schablonartade förenklingar, i vilka fördelarna med funktionalismen inte kan beaktas.⁴¹⁸ Såsom fördelar med funktionalismen framhålls bland annat flexibiliteten,⁴¹⁹ möjligheten att ta hänsyn till och anpassa lösningar efter praktiska konsekvenser,⁴²⁰ och handlingsdirigerande aspekter.⁴²¹ Därtill framhålls att funktionalismen innebär att nyanserade intresseavvägningar kan komma till stånd.⁴²² Funktionalismen leder till ett stort fokus på rättsfakta och rättsföljd. Frågan ställs om rättsföljden ska inträda i visst (typ)fall, i stället för om till exempel äganderätten har gått över.⁴²³

⁴¹⁸ Se Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 442 ff; Martinson, C, Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom s 670 ff. Jfr även Martinson, C, Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen s 471, om äganderättsargumentation innebärande just en schablonartad förenkling. Se även ovan under avsnitt 6.1, om Adlercreutz kritik mot villkorsläran, samt ovan under avsnitt 7.1, om kritiken mot principen om den väsentliga grunden. Jfr dock nedan under avsnitt 10.2.

⁴¹⁹ Se Andreasson, J, Intellekтуella resurser som kreditsäkerhet s 393: "I synnerhet tror jag att det sakrättsfunktionella synsättet är särskilt väl lämpat för att hantera konstruktiva frågor av det slag som det är fråga om i denna undersökning. En sakrättsfunktionell utgångspunkt är sannolikt särskilt lämplig i den rättsvetenskapliga analysen av särskilt dynamiska och föränderliga områden, som till exempel det område där frågor kring hantering av intellektuella resurser är aktuellt." Se även Martinson, C, Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom s 671: "Vad som med substantiellt tänkesätt ses som fördelar med ett sammanhållet system, uppfattas av funktionalisten närmast som argument emot att göra så. Utifrån den funktionella traditionens preferens för flexibilitet och 'reelle hänsyn' leder den substantiella logiken nämligen till verklighetsfrämmande lösningar och dess formella förutsägbarhet till bristande förutsägbarhet i materiell mening."

⁴²⁰ Jfr Håstad, Sakrätt s 209: "Huruvida köparen är skyddad mot säljarens borgenärer redan genom avtalet eller först sedan han tagit egendomen i sin besittning, bör avgöras med hänsyn till vilka praktiska konsekvenser den ena eller den andra lösningen för med sig. [Noter uteslutna.]" Jfr även Martinson, C, Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom s 674: "Med den funktionella traditionen skall vi istället beakta just reella aspekter för det specifika problemet."

⁴²¹ Jfr Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 444, som i ett resonemang om riskens övergång ger följande exempel på ett funktionalistiskt argument, vilket jag menar tar hänsyn till handlingsdirigerande effekter: "Vem som får stå risken bör avgöras av överväganden som exempelvis vem av parterna, köparen eller säljaren, som har störst möjlighet att genom olika åtgärder motverka att varan skadas. [Noter uteslutna.]"

⁴²² Se Martinson, C, Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånge? s 222 ff.

⁴²³ Se ovan i not 346. Se även Ross, Ejendomsret og ejendomsovergang s 11 ff; Hessler, Allmän sakrätt s 17 ff; Håstad, Nordiska önskemål vid en integration av säkerhetsrätten s 53. Jfr även Martinson, C, Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånge? s 214 och s 239 f, som pekar på behovet av att reflektera över om en civilrättslig sanktion behövs i ett visst fall.

Sammanfattningsvis sägs funktionalismen innebära att ett problemkomplex, som äganderättens övergång (eller fordrans uppkomst), kan delas upp i flera olika frågor. Frågorna kan sedan lösas med hjälp av argument, som grundas i praktiska överväganden, konsekvensbedömningar och intresseavvägningar, vilka i sin tur till stor del är specifika för den relevanta situationen. Frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten blir då *frågorna* om exempelvis fordran får göras gällande i konkursen, om kvittning ska medges i konkursen eller om fordran ska omfattas av det offentliga ackordet, och det är den historiskt givna utgångspunkten.

8.3 Om bland annat begreppen syfte och ändamål i doktrinen

Som inledningsvis konstaterades spelar begreppen syfte och ändamål stor roll i den funktionalistiska bedömningen, eftersom de används som riktmärken i bedömningen. Dessa begrepp tycks ha använts synonymt av Högsta domstolen. Det gäller inte enbart i NJA 2009 s 291 utan även i NJA 2013 s 725, NJA 2014 s 537 och NJA 2019 s 941.⁴²⁴ Här skulle Högsta domstolen ha kunnat kritiserats för en oprecis begreppsanvändning, då syfte och ändamål ofta har fått beteckna olika saker.⁴²⁵ Det framstår dock som mindre konstruktivt, inte heller doktrinen uppvisar någon större enhetlighet i användningen av dessa begrepp. En ska inte kasta sten i glashus. Uppmärksamheten ska ändå först riktas mot doktrinen, för att undersöka vad syfte och ändamål *kan* betyda. Det kan tyckas märkligt, men tanken är *inte* att påtvinga Högsta domstolens begreppsbildning *en* viss betydelse, utan snarare att lyfta fram exempel på vad syfte och ändamål kan betyda i en funktionalistisk bedömning, samt vilka möjliga distinktioner som finns mellan olika betydelser. Tanken är att det ska

⁴²⁴ Se NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; NJA 2019 s 941, HD:s domskäl st 16. Jfr även HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning. Se dock HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11 och st 12, där HD enbart använder begreppet syfte vid beskrivningen av vad som ska utgöra riktmärke i den funktionalistiska bedömningen.

⁴²⁵ En välvillig tolkning av HD:s bruk av begreppen syfte och ändamål (och varför skulle jag vilja göra någon annan tolkning?) är att domstolen inte önskade låsa prejudikaten till ett av begreppen. Domstolen lämnade det öppet att välja mellan att använda "syfte" eller "ändamål" (alternativt båda) i den funktionalistiska bedömningen. Det framstår nämligen som osannolikt att så skickliga jurister av slarv eller ouppmärksamhet skulle skapa en oavsiktlig glidning mellan begrepp på det här viset.

underlätta och möjliggöra en god tolkning av hur Högsta domstolen har använt de olika begreppen.⁴²⁶

I doktrinen har det sagts att det finns en gemensam kärna i begreppen syfte och ändamål, vilken består i att de har med rättsreglernas konsekvenser att göra.⁴²⁷ Det ger en bra första bild av begreppens betydelse, även om det kanske kan tilläggas att syfte och ändamål beskriver de eftersträfvade konsekvenserna. Begreppen är på så vis normativa. Till en början kan det göras en skillnad på deras formella och materiella betydelse. Den formella avser hänsyn till praktikaliteter och rättstekniska hänsyn, önskemål om kongruens i rättsordningen, förutsebarhet, tillgänglighet samt överskådlighet.⁴²⁸ Bland de materiella konsekvenserna har det gjorts ett flertal distinktioner, bland annat mellan de av lagstiftaren *avsedda* konsekvenserna och de *faktiska* konsekvenserna (varav de senare inte alltid behöver vara önskvärda).⁴²⁹ Stundtals benämns de avsedda konsekvenserna *syfte*, medan de faktiska *och* önskvärda konsekvenserna benämns *ändamål*.⁴³⁰ Stundtals benämns de avsedda konsekvenserna i stället *ändamål*, medan de faktiska, önskvärda konsekvenserna benämns *funktion*.⁴³¹ Uppmärksamhet kan också fästas vid att de avsedda konsekvenserna kan

⁴²⁶ Jfr ovan under avsnitt 2.3, om förförståelse.

⁴²⁷ Se Hult, D, Lagstiftningens ändamålsenlighet s 42.

⁴²⁸ Se vidare Lehrberg, Praktisk juridisk metod s 265 ff, om skillnaden mellan materiella och formella ändamålsskäl och vad de formella ändamålsskalen kan avse.

⁴²⁹ Se exempelvis Grönfors, Ändamål och funktion s 523; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 207; Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen s 249; Almlöf, Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlighet s 65 ff; Hult, D, Lagstiftningens ändamålsenlighet s 44. Jfr även Andersson, H, Skyddsändamål och adekvans s 314: "[M]ed funktioner avses verkningarna, medan ändamålen är de bakomliggande värderingarna som kan framtolkas genom studiet av de avsedda verkningarna."

⁴³⁰ Se exempelvis Söderlund, Konkursrätten s 92. Jfr även Lehrberg, Praktisk juridisk metod s 268 ff, som med hjälp av Ekelöfs teleologiska metod får fram ändamålen genom att studera funktionen som regeln fyller i de "klara fallen" (fall som utan tvekan faller inom regelns ordalydelse och i vilka det uppenbarligen inte kommer att behöva göras ett reduktionsslut); syftet betecknar i stället vad lagstiftaren avsett med bestämmelsen, enligt Lehrberg. Ekelöf tycks inte vara lika strikt i sin begreppsanvändning, se exempelvis Ekelöf, m fl, Rättegång I s 109: "I motiven kan lagens upphovsmän ha uttalat sig om *ändamålet* med ett lagstadgande. Vidare kan förarbetena innehålla förklaringar rörande vad ett där förekommande ord har för innebörd eller om att en regel är – eller inte är – tillämplig på en speciell situation. Sådana uttalanden kan naturligtvis vara av stort värde. De som utarbetat förslaget till en lag brukar ju vara i hög grad sakkunniga på det ifrågasvarande området. En domare bör alltså noggrant studera uttalanden i motiven om vilken *funktion* olika stadganden är *avsedda* att fylla. [Mina kursiveringar.]" Se Ekelöf, Teleological Construction of Statutes s 134 ff; Ekelöf, m fl, Rättegång I s 99 ff, båda om den teleologiska metoden (den förra för en kort summering av Ekelöfs teleologiska metod).

⁴³¹ Se exempelvis Grönfors, Ändamål och funktion s 523; Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen s 249; Almlöf, Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlig-

betyda såväl de *explicit* avsedda konsekvenserna (uttryckta i till exempel lagtext eller förarbeten) som de *implicit* avsedda konsekvenserna.⁴³² De önskvärda konsekvenserna kan också skiljas från de icke-önskvärda.⁴³³

En begreppsindelning kan också göras utifrån *vilka slags konsekvenser* som avses. Skillnad kan göras mellan *ultimära* och *primära* mål.⁴³⁴ Ultimära mål är sådana som eftersträvas för sin egen skull och är bestämmande för exempelvis ett problem. Primära mål är i stället medel för att uppnå de ultimära målen. Möjligen betonar ändamål till skillnad från konsekvens att ändamål är något eftersträvansvärt (det finns, som sagt, ett inslag av normativitet, det gäller dock även för syfte). Till en sådan differentiering kan ytterligare indelningar adderas. Mål kan vara mer specifika eller mer allmänna, och de kan avse allt från mål för en specifik lagbestämmelse, ett antal lagbestämmelser, ett kapitel i en lag, en hel lag, ett helt rättsområde eller rätten i sin helhet.⁴³⁵ En skillnad kan också göras beträffande *vad* som avses, om det till exempel är samhällseliga funktioner eller typiska partsintressen som avses.⁴³⁶

Med dessa mål som riktmärke undersöks vanligen om en viss tillämpning av en regel uppfyller målen.⁴³⁷ En konsekvensbedömning

het s 65 f; Hult, D, Lagstiftningens ändamålsenlighet s 44 f. Jfr även det i not 429 ovan citerade uttalandet av H Andersson.

⁴³² Se Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 207.

⁴³³ Jfr Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 66 f.

⁴³⁴ Se Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 91 ff och s 209 f, om denna distinktion.

⁴³⁵ Se Almlöf, Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlighet s 66.

⁴³⁶ Se Lindskog, Preskription s 52 ff, som med partsintressen menar: "[S]ådana intressen som den genomsnittlige borgenären respektive gäldenären kan förväntas ha med avseende på frågan om preskription.", a a s 52. De samhällseliga funktionerna menar Lindskog är sådana effekter som kan anses vara positiva från samhällselig synpunkt och därigenom önskvärda, se a a s 53.

⁴³⁷ Vad gäller detta moment kan särskilt Ekelöfs teleologiska metod framhållas, se om den ovan i not 430. Enligt Ekelöf ska det bedömas om de "säregna fallen" (jfr ovan i not 430 om de "klara fallen") leder till att ändamålet med de "klara fallen" förverkligas: "Vid bedömningen av ett *säregnet* fall måste man alltså först fastställa *ändamålet med ifrågasvarande lagbud, tänkt såsom tillämpligt på de klara fallen*. Detta kan vara en svår uppgift, som man bör lösa med försiktighet. Vilken funktion ett lagbud fyller inom rättsordningens ram framgår först genom att detsamma *sammanställs med andra sådana*. Och dessa kan vara intagna på en helt annan plats i lagboken. Vidare kan ju helt skilda ändamål vara relevanta inom olika rättsområden. [...] Även om lagstiftaren inte uttryckligen reglerat sådana situationer bör dessa avgöras så att även de bidrar till det ändamål, som tillgodoses i de klara fallen. [Noter uteslutna.]", Ekelöf, m fl, Rättegång I s 105. Se även Lehrberg, Förutsättningsläran s 73: "Lösningen för de fall som i relation till mina huvudregler framstår som problematiska, bör sökas i frågan om den aktuella huvudregelns ändamål realiserar genom att den tillämpas i det enskilda fallet." Lehrberg uttalar att hans metod (i det relevanta arbetet) nära anknyter till Ekelöfs teleologiska metod, se a a s 64.

görs.⁴³⁸ Även avvägningar mellan olika typer av intressen och mål kan behöva göras,⁴³⁹ liksom att handlingsdirigerande aspekter kan behöva beaktas.⁴⁴⁰

Uppmärksamheten vänds nu tillbaka mot rättsfallen, för att undersöka hur domstolen har utfört den funktionalistiska bedömningen. Med oss tar vi beskrivningen av syfte och ändamål (som också innefattade andra begrepp) och de nämnda distinktionerna, såsom de mellan avsedda (implicita och explicita) och faktiska konsekvenser, mellan olika typer av mål, samt mellan vilka intressen som kan beaktas.

8.4 Tre exempel på hur Högsta domstolen har använt en funktionalistisk bedömning

8.4.1 NJA 2009 s 291

Startpunkten för användandet av den funktionalistiska argumentationslinjen i här avsedd bemärkelse utgjordes av det för läsaren (vid det här laget) välbekanta rättsfallet NJA 2009 s 291. Innan det undersöks, vad gäller hur Högsta domstolen utförde den funktionalistiska bedömningen, bör något sägas beträffande omständigheterna i fallet.

NJA 2009 s 291 gällde frågan om en borgenär skulle medges kvittningsrätt i en konkurs. Det rådde inte tvist om konkursborgenärens motfordran. Frågan var i stället om huvudfordran, konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären, hade uppkommit före konkursutbrottet. Av 5 kap 15 § konkurslagen följer att om konkursborgenären ska kunna använda sin motfordran till kvittning mot huvudfordran måste huvudfordran ha uppkommit före konkursutbrottet. I rättsfallet avsåg huvudfordran återbetalning av en förskottsbetalning, vilken (konkurs)gäldenären hade betalat till (konkurs)borgenären före konkursen. Förskottet gällde varor som (konkurs)borgenären skulle leverera mot avrop, men något avrop skedde aldrig. I stället begärde konkursboet att förskottet skulle återbetalas. Det var alltså konkursboets begäran om återbetalning av förskottet, samt att konkursborgenären valde att inte begära att få leverera, som omvandlade huvudfordran från en naturafordran till

⁴³⁸ Se Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 207 f.

⁴³⁹ Jfr ovan vid not 422.

⁴⁴⁰ Jfr ovan vid not 421.

en penningfordran.⁴⁴¹ Kort sagt gällde frågan om huvudfordran i kvittningshänseende hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet.

Högsta domstolen gjorde ett antal allmänna uttalanden om fordrans uppkomst. Domstolen uttalade bland annat att det inte finns någon för alla fall gällande princip för när en fordran ska anses ha uppkommit.⁴⁴² Den väsentliga grunden avfärdades dessutom som en sådan princip (se mera om detta ovan under kapitel 7). Det skapades på så vis ett diskursivt utrymme, som den funktionalistiska bedömningen användes för att fylla. Nyckelpassagen har redan citerats ett antal gånger, men dess vikt för den funktionalistiska bedömningen kan antagligen inte överskattas, och för att läsaren ska slippa hålla den i minnet kan den citeras ännu en gång:

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit svävande – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga [hänvisningar uteslagna]. Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgången är alltså i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.”⁴⁴³

Låt mig pausa refererandet ett ögonblick. Som tidigare nämndes är det i den här passagen som Högsta domstolen använder syfte och ändamål synonymt. Men med distinktioner från doktrinen som ficklampa i handen kan vi få syn på att domstolen ändå refererar till ett visst slag av syfte och ändamål här. Det rör sig om syftet och ändamålet med den *bestämelse* vars tillämpning är i fråga. Det är alltså ett exempel på ett riktmärke i den funktionalistiska bedömningen. Tillbaka till refererandet.

Efter dessa allmänna uttalanden om fordrans uppkomst uppmärksammade Högsta domstolen att konkursborgenären inte hade kunnat kvitta vid konkursutbrottet, eftersom någon fullgången huvudfordran av det slag som avses i 5 kap 15 § konkurslagen inte förelåg vid den tidpunkten. Därpå fastslog domstolen hur kvittningsspörsmålet skulle avgöras:

”I linje med vad som anförts i det föregående bör det avgöras med beaktande av bestämmelsens syfte samt allmänna konkursrättsliga principer och de ändamål som dessa vilar på.”⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Antagligen hade det varit enkelt att avgöra målet på att fordringarna inte var komputabla vid konkursutbrottet – det vill säga att fordringarna inte var mätbara, eftersom en fordran avsåg pengar och den andra en naturaprestation. Men den vägen valde inte HD. Det var dock på ett sådant sätt det skiljaktiga justitierådet motiverade sitt votum. Tilläggas kan att hon enbart var skiljaktig beträffande motiveringen.

⁴⁴² Jfr dock nedan under avsnitt 10.4.2, om betydelsen av detta uttalande.

⁴⁴³ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12.

⁴⁴⁴ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 13.

Här vidgades alltså vad som kunde utgöra riktmärke i den funktionalistiska bedömningen till att även gälla principer, som dessutom skulle vara allmänna, och ändamålen bakom dessa principer.⁴⁴⁵

Dessa allmänna uttalanden konkretiserades därefter av Högsta domstolen, vilket illustrerar hur domstolen konkret använde dessa riktmärken:

”Det förhållandet att penningfordringen således har varit beroende av konkursboets åtgärd talar mot att tillåta kvittning (jfr Lindskog, Kvittning, s. 168 f.). En rätt till kvittning innebär att borgenären får en opåräknad fördel, eftersom han före konkursbeslutet inte kunnat räkna med att fordringen hos gäldenären skulle kunna säkras genom kvittning i en eventuell konkurs. Det är mindre förenligt med principen om borgenärernas lika ställning och den s.k. frysningsprincipen. Den senare principen innebär att förhållandena vid konkursbeslutet bör så långt det är möjligt vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen (NJA 1973 s. 635 och 1982 s. 900). Därav följer att konkursförvaltarens åtgärder helst inte skall leda till en omfördelning mellan borgenärerna.”⁴⁴⁶

Som synes ges här prov på *hur* Högsta domstolen använde riktmärkena. Domstolen undersökte vilka konsekvenser som skulle uppstå om kvittning medgavs och om dessa konsekvenser var förenliga med de principer som domstolen hade funnit vara relevanta som riktmärken. Domstolen fann att om konkursborgenären hade fått kvittningsrätt i denna situation skulle det ha givit borgenären en fördel jämfört med den rätt borgenären hade vid konkursutbrottet. Det hade varit mindre förenligt med frysningsprincipen enligt domstolen. Högsta domstolen tog därigenom hänsyn till konsekvenserna av olika tänkbara tolkningar. Domstolen utförde alltså en *konsekvensbedömning*. I denna konsekvensbedömning låg även en *intresseavvägning*, såtillvida att domstolen vägde konkursborgenärens intresse mot de andra konkursborgenärernas intresse i enlighet med riktmärket att borgenärerna ska likabehandlas i konkursen (likabehandlingsprincipen).

Konsekvensbedömningen får även en annan följd. Det konstaterades inledningsvis att frågan i fallet var om huvudfordran hade uppkommit

⁴⁴⁵ Som ovan redogjordes för i och vid noterna 288, 289 och 290 kan principer användas på flera olika sätt. Här användes principerna som argument av HD, vilket följande uttalande om den s k frysningsprincipen visar prov på: ”[F]örhållandena vid konkursbeslutet bör så långt det är möjligt vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen [...]. [Min kursivering.]”, NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16. Se vidare nedan under avsnitt 11.2, om frysningsprincipen. Se även Strömholm, Rätt, rättsskällor och rättstillämpning s 243 ff, för några ytterligare distinktioner mellan regler och principer.

⁴⁴⁶ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16.

före konkursutbrottet. I konsekvensbedömningen ställdes trots detta uttalande inte frågan om huruvida fordran hade uppkommit. I stället formulerades frågan som en fråga om huruvida kvittning skulle tillåtas. I den funktionalistiska bedömningen blir frågan om fordrans uppkomst på så vis en fråga om huruvida rättsföljden i den regel som prövas ska inträda. Den funktionalistiska bedömningen skiljer sig därigenom mot villkorsläran och principen om den väsentliga grunden. I villkorsläran ställs frågan om fordran har uppkommit, medan enligt principen om den väsentliga grunden ställs frågan om just den väsentliga grunden för fordringsanspråket föreligger.⁴⁴⁷

Konsekvensbedömningen, och hur frågan förskjuts, eller rentav omformuleras i densamma, åskådliggörs även i Högsta domstolens vidare bedömning:

”Vidare leder en kvittningsrätt till att konkursförvaltaren, för att undvika den omfördelning mellan konkursborgenärerna som en kvittning för med sig, kan känna sig föranledd att begära leverans för att därefter sälja varorna vidare. Ett sådant arrangemang måste typiskt sett antas vara mindre ändamålsenligt. Ett alternativ för att hindra kvittning är att konkursboet överlåter sina rättigheter enligt avtalet till en utomstående, som då får rätt till leverans mot betalning av köpeskillingen efter avdrag för förskottet. Men även ett sådant arrangemang – som inte torde utlösa ersättningsskyldighet för boet enligt 5 kap. 17 § tredje stycket konkurslagen, eftersom kvittningsrätt inte förelåg vid överlåtelsetillfället och inte heller med säkerhet var att förvänta – kan vara förenat med kostnader och andra olägenheter.”⁴⁴⁸

”Det sagda talar sammantaget med betydande styrka mot att tillåta kvittningsrätt [hänvisningar utesluta].”⁴⁴⁹

Högsta domstolen undersökte här återigen vad som skulle bli de faktiska konsekvenserna av att kvittningsrätt medgavs och om dessa var önskvärda. Den här gången var bedömningen emellertid inriktad på hur de relevanta aktörerna kunde tänkas ha agerat om kvittningsrätt medgavs. Domstolen använde här ett ytterligare riktmärke i den funktionalistiska bedömningen. Den såg till vilken *funktion* (vilka faktiska konsekvenser) en regel, som skulle ha medgivit kvittningsrätt i de här tillfällena, skulle ha fått och vilka följder en sådan regel kunde ha lett till. Detta benämndes som ändamålsskäl av Högsta domstolen.

Samtantaget utgjordes alltså riktmärkena i fallet av syftet och ändamålet bakom den regel i vilken den kritiska tidpunkten ingick, principer som gäller inom konkursrätten och ändamål bakom dessa, samt om vissa

⁴⁴⁷ Se ovan under avsnitten 6.2 och 7.4.

⁴⁴⁸ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 17.

⁴⁴⁹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 18.

potentiella praktiska konsekvenser var ändamålsenliga. Riktmärkena användes genom att konsekvensbedömningar utfördes, vilket i rättsfallet också inbegrep en intresseavvägning. Resultatet jämfördes sedan med de riktmärken som ansågs relevanta. Konsekvensbedömningen fick till följd att frågan om fordrans uppkomst omformulerades till en fråga om huruvida kvittning skulle tillåtas. Parentetiskt kan tilläggas att Högsta domstolen fann att kvittningsrätt inte skulle medges, eftersom huvudfordran blev fullgången efter konkursutbrottet genom konkursboets beslut att inte avropa varorna och i stället kräva återbetalning av förskotten.⁴⁵⁰

8.4.2 NJA 2013 s 725⁴⁵¹

Rättsfallet NJA 2009 s 291 gav oss ett antal exempel på vad som kan beaktas i den funktionalistiska bedömningen och hur denna kan utföras. Ytterligare exempel på vad som kan användas som riktmärke i bedömningen och andra aspekter av densamma belyses genom en studie av nästa rättsfall, NJA 2013 s 725, i den här aktuella rättsfallsserien.⁴⁵²

2013 års avgörande var ett så kallat hissfall, om dessa stadgas i 42 kap 17a § RB,⁴⁵³ i vilket tingsrätten hade hänskjutit två frågor till Högsta domstolen om när vissa fordringar hade uppkommit. Fordringarna avsåg dels hyra av en lokal, dels ersättning för visst arbete i form av hyresgäst-anpassning av samma lokal. Uppkomstfrågorna gällde tillämpningen av 25 kap 18 § aktiebolagslagen. Dessa bestämmelser ingår i ett knippe av lagstadganden (25 kap 13–18 §§ i samma lag), vilka sammantaget innebär att företrädare för aktiebolag kan bli personligt betalningsansvariga om bolagets eget kapital understiger hälften av aktiekapitalet och vissa åtgärder inte vidtas inom viss tid.⁴⁵⁴ Det personliga betalningsansvaret gäller för de fordringar som uppkommer mot bolaget under den tid som underlåtenheten att vidta de föreskrivna åtgärderna består.

⁴⁵⁰ Se mera om detta nedan under avsnitten 14.4.2.3, 14.5.3 och 14.6.

⁴⁵¹ Se om rättsfallets relevans här ovan i not 388.

⁴⁵² Det finns dock ett avgörande från HD om fordrans uppkomst under tidsperioden mellan NJA 2009 s 291 och NJA 2013 s 725 nämligen NJA 2012 s 876, men däri gjordes ingen funktionalistisk bedömning.

⁴⁵³ Ytterligare regler om hissprövningar återfinns i 56 kap 13–15 §§ RB, vari bl a framgår att en tingsrätt och, sedan prövningstillstånd meddelats, en hovrätt får med parternas samtycke hänskjuta en viss fråga i målet till prövning av HD när förlikning om saken är tillåten.

⁴⁵⁴ Se vidare exempelvis Oppenheimer, m fl, Företag i kris s 17 ff; Malmberg, Likvidation av aktiebolag s 113 ff; Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag passim; Lindroos-Moll, Värdering vid upprättande av kontrollbalansräkning s 44 ff, alla om reglerna med vidare hänvisningar.

Högsta domstolen inledde sin bedömning av de hissade prejudikatfrågorna (under rubriken Syftet med regleringen i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen) med att hänvisa till och upprepa det allmänna uttalandet från NJA 2009 s 291 (att syftet och ändamålet med den enskilda regeln ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst när fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten).⁴⁵⁵ Efter en redogörelse för innehållet i de relevanta reglerna uttalade Högsta domstolen följande om syftet med dessa regler:

”Regleringen sätter gränser för hur långt en förlustbringande verksamhet ska få fortsätta, innan den måste avbrytas genom likvidation. Konstruktionen ger aktieägarna rådruum för att vidta lämpliga åtgärder i ett underkapitaliserat bolag. Regleringens övergripande syfte är att skydda bolagsborgenärerna (se prop. 2000/01:150 s. 34 f.).”⁴⁵⁶

Av den citerade passagen framkommer ett exempel på vad som utgör ett syfte i Högsta domstolens användning. Domstolen benämnde vad lagstiftaren explicit hade avsett som ett *syfte*. Eftersom domstolen dessutom uttryckte att det var regleringens *övergripande syfte*, kan det tematiseras som ett *ultimärt* mål.⁴⁵⁷ Här bör också nämnas att användningen visserligen kompliceras något av att de lagmotiv som domstolen hänvisade till enbart avsåg ett uttalande om gällande rätt och inte var motiven till införandet av de relevanta bestämmelserna.⁴⁵⁸ Men denna ovisshet försvinner om vi ser till ett senare stycke i samma domskäl:

”Syftet med bestämmelsen är alltså att förmå styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning och att vidta erforderliga åtgärder vid en underkapitalisering. Ett effektivt sätt att uppnå detta syfte skulle vara att styrelsen ådrog sig ett medansvar för samtliga de borgenärsprestationer som bolaget tillgodogörs under medansvarsperioden [hänvisningar uteslutna]. En sådan avsikt hos *lagstiftaren* kan emellertid inte utläsas ur bestämmelsen eller förarbetena. Ett generellt verkande medansvar för sådana situationer ter sig också som en alltför långtgående tolkning av bestämmelsen i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen. Det bör i stället beaktas vilka rättsliga och faktiska möjligheter att påverka avtalsförhållandet som funnits under medansvarsperioden. [Min kursivering.]”⁴⁵⁹

Här framkommer det uttryckligen att Högsta domstolen använde begreppet syfte i betydelsen lagstiftarens avsikt, både som den kommer till uttryck i lagen och i förarbetena. Citatet ger även prov på hur domstolen använde syftet i sitt resonemang. Domstolen undersökte vilken tolkning

⁴⁵⁵ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5.

⁴⁵⁶ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 7.

⁴⁵⁷ Se ovan under avsnitt 8.3, om ultimära mål.

⁴⁵⁸ Se prop 2000/01:150 s 34.

⁴⁵⁹ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 9.

av bestämmelsen som skulle kunna uppfylla syftet – återigen gjordes en konsekvensbedömning. Även i denna bedömning kom frågan om fordrans uppkomst att omformuleras till en fråga om huruvida rättsföljden i den relevanta regeln skulle inträda. I rättsfallet blev det en fråga om huruvida styrelsen för det relevanta aktiebolaget skulle vara medansvarig för de relevanta förpliktelserna.

Ytterligare en aspekt av hur Högsta domstolen använde termen syfte förtjänar att lyftas. Som framgick av det första citatet i detta avsnitt uttalade domstolen att regleringens övergripande syfte är att skydda bolagsborgenärerna. Det bör jämföras med det andra citatet, där det framgick att domstolen uttryckte att syftet med bestämmelsen är att förmå styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning och att vidta erforderliga åtgärder vid en underkapitalisering. Vid en jämförelse mellan de två uttalandena framkommer att det sker en glidning i användningen av begreppet syfte. I det första citatet lyfts en *skyddsaspekt* fram och i det andra en *handlingsdirigerande effekt*. Högsta domstolen gjorde alltså en omtolkning av syftet, vilket blir särskilt tydligt i följande citat:

”Regelsystemet, om det inte efterlevs, möjliggör för vissa bolagsborgenärer att göra gällande sina fordringar hos en medansvarig styrelseledamot. Det medansvar som följer av regleringen utgör således ett påtryckningsmedel för att få styrelsen att följa det handlingsmönster som lagen föreskriver.”⁴⁶⁰

Syftet omtolkades alltså så att den skyddsaspekt som lagstiftaren ville uppnå blev till en handlingsdirigerande effekt för att uppnå skyddsaspekten. Uttryckt med de distinktioner som redogjordes för ovan kan dessa riktmärken tematiseras som ultimära mål och primära mål, där det primära målet användes som ett medel för att uppnå det ultimära målet.

I rättsfallet beaktade Högsta domstolen även uttryckligen ändamålskäl. Efter det att domstolen konstaterade att det skulle fästas avseende vid vilka rättsliga och faktiska möjligheter som hade funnits att påverka avtalsförhållandet under medansvarsperioden, undersökte domstolen vilka påverkansmöjligheter en borgenär hade. Domstolen konstaterade att vanligen har en borgenär inte någon kunskap om gäldenärens betalningssvårigheter, vilket skulle kunna medföra att borgenären hade kunnat nyttja exempelvis innehållanderätten enligt 61 § köplagen. Högsta domstolen gick sedan vidare genom att fästa avseende vid bolagets möjligheter att påverka avtalsförhållandet:

”Vid en tillämpning av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen bör det av *ändamålskäl* få betydelse om bolaget har haft en avtalsenlig rätt att under medansvarsperioden avbeställa prestationen utan att ådra sig någon ersättningsskyldighet.

⁴⁶⁰ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 8.

Starka skäl talar då för att styrelsen ska bära ett medansvar för de bolagsförpliktelser som inte hade uppstått om bolaget hade använt en sådan avbeställningsrätt under medansvarsperioden. [Min kursivering.]”⁴⁶¹

Högsta domstolen såg alltså till vilka möjligheter bolaget hade att undvika att ikläda sig förpliktelser mot bakgrund av ändamålsskäl. Tyvärr framgår det inte uttryckligen vilka ändamålsskälen var. Det kan dock klargöras om kontexten beaktas. Tidigare i domskälen uttalade domstolen nämligen att det bör ”beaktas vilka rättsliga och faktiska möjligheter att påverka avtalsförhållandet som funnits under medansvarsperioden.”⁴⁶² Det är i sin tur en förlängning av syftet med bestämmelsen, som sades vara ”att förmå styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning och att vidta erforderliga åtgärder vid en underkapitalisering.”⁴⁶³ Med termen ändamålsskäl tycks alltså domstolen här mena vad som tidigare sades vara ett syfte. Synbarligen användes därmed syfte och ändamålsskäl återigen synonymt.

Sammanfattningsvis kan sägas att i NJA 2013 s 725 hämtades syftet från lagtext och förarbeten. Det betecknade vad som med bestämmelserna avsågs att skydda med regelkomplexet. Syftet omtolkades av Högsta domstolen så att en skyddsaspekt blev till en handlingsdirigerande effekt för att uppnå skyddsaspekten; ett ultimärt mål omtolkades till ett primärt mål för att nå det ultimära målet. Syftet kunde avse såväl skyddsaspekten som den eftersträlvade handlingsdirigerande effekten. I sin konsekvensbedömning såg även domstolen till vilka möjligheter de olika aktörerna hade att agera. Återigen kom frågan att omformuleras, från en fråga om fordrans uppkomst till en fråga om huruvida rättsföljden i den relevanta regeln skulle tillämpas. Avslutningsvis kan tilläggas att Högsta domstolen fann att hyresfordran hade uppkommit redan vid ingåendet av hyresavtalet samt att fordran avseende arbetet på hyresobjektet, om en avbeställningsrätt fanns, hade uppkommit under medansvarsperioden för styrelseledamöterna.

8.4.3 NJA 2014 s 537

Det sista rättsfallet som undersöks här, för att studera hur Högsta domstolen har använt den funktionalistiska bedömningen, är NJA 2014 s 537. I fallet hade det beslutats om företagsrekonstruktion för en gäldenär. Frågan var om en borgenärs fordringar skulle ingå i det offentliga ackordet i gäldenärens rekonstruktion och därmed sättas ned genom ack-

⁴⁶¹ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 10.

⁴⁶² NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 9.

⁴⁶³ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 9.

ordet. Fordringarna avsåg ersättning för inställda transporter, om vilka avtal hade ingåtts före den kritiska tidpunkten för ackordet. Här kan tilläggas att för att en fordran ska omfattas av ett ackord måste den ha uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktionen. Det framgår av 3 kap 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion.⁴⁶⁴

Högsta domstolen upprepade än en gång det allmänna uttalandet från NJA 2009 s 291 (att syftet och ändamålet med den enskilda regeln ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst när fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten).⁴⁶⁵ Därefter konstaterade domstolen att syftet med lagen om företagsrekonstruktion är att skapa rättsliga förutsättningar för rekonstruktion av livsdugliga företag. Det uttalades också att tanken med förfarandet är att försöka få rätsida på rekonstruktionsföretagets ekonomiska situation. Detta övergripande syfte blev relevant när innebörden i 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion fastställdes:

”En företagsrekonstruktion förutsätter i allmänhet att företagets skuldbörda minskas genom ett ackord. Genom regeln i 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion bestäms den krets av borgenärer som genom fordringsnedskrivning är skyldiga att bidra till företagets skuldreduktion, om ett ackord kommer till stånd. Tanken är att fordringar vars infriande vid den kritiska tidpunkten är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga omfattas av ackordet (jfr p. 8 beträffande betydelsen av möjligheten att hålla inne sin prestation). Detta går tillbaka på en grundläggande princip om lika-behandling av borgenärerna; var och en drabbas av gäldenärsföretagets betalningsoförmåga i förhållande till sin fordringsrisk. Samma övervägande ligger bakom bestämmelsen i 5 kap. 1 § konkurslagen, låt vara att syftet med en konkurs är ett annat än med en företagsrekonstruktion.”⁴⁶⁶

Genom citatet framgår att Högsta domstolen använde principen om lika-behandling av borgenärer beträffande frågan vilka borgenärer som skulle omfattas av det offentliga ackordet, och alltså om deras fordringar hade uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten. Återigen använde Högsta domstolen alltså en princip som ett riktmärke, för att avgöra frågan om fordrans uppkomst i den funktionalistiska bedömningen. Och, som påpekades av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291, är det en allmän *konkursrättslig* princip, vilken Högsta domstolen i NJA 2014 s 537 alltså tillmätte betydelse i *rekonstruktionsrätten*. Principen har på så vis tillmätts betydelse inom *insolvensrätten*.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Den kritiska tidpunkten är ansökan om företagsrekonstruktion enligt 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion, se vidare nedan under avsnitt 16.1.

⁴⁶⁵ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4.

⁴⁶⁶ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

⁴⁶⁷ Såsom insolvensrätt används i förevarande avhandling alltså, se ovan i not 3.

Högsta domstolen utförde sedan en konsekvensbedömning med lika-behandlingsprincipen som riktmärke. I denna bedömning vägde domstolen borgenärens intressen mot borgenärskollektivets intressen. Konsekvensbedömningen var inriktad på vilka lösningar som skulle kunna leda till att borgenärerna behandlades lika. Återigen medförde konsekvensbedömningen att frågan om fordrans uppkomst omformulerades till en fråga om huruvida rättsföljden i den aktuella regeln skulle inträda. I detta specifika fall ställdes frågan om fordran skulle omfattas av ackordet och skrivas ned i enlighet med detsamma.

I förevarande avsnitt behöver inte konsekvensbedömningen presenteras mer ingående. Det räcker med att konstatera att bedömningen delades in i två typfall: Det första gällde en fordran avseende en prestation som gäldenärsföretaget hade tillgodogjort sig efter den kritiska tidpunkten. Det andra gällde en fordran som grundades i att gäldenären (i rekonstruktion) inte fullgjorde en avtalsförpliktelse under rekonstruktionen. I rättsfallet avsåg borgenärens fordringar ersättning för inställda transporter. Borgenären hade inte någon innehållanderätt eller dylikt vid den kritiska tidpunkten. Högsta domstolen fann därför att borgenären var beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den tidpunkten. Fordringarna skulle därför ingå i och sättas ned med det offentliga ackordet.

Sammanfattningsvis använde Högsta domstolen en princip, nämligen likabehandlingsprincipen, som riktmärke för konsekvensbedömningen. Bedömningen innefattade även en intresseavvägning. Ännu en gång kom frågan om fordrans uppkomst att omformuleras till en fråga om huruvida rättsföljden i den aktuella regeln borde inträda.

8.5 Summering av den funktionalistiska bedömningen i Högsta domstolens tappning

I inledningen till kapitlet konstaterades att den funktionalistiska bedömningen av fordrans uppkomst är relevant om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten. En fordran är svävande om något eller några men inte alla av de rättsfakta som konstituerar den fullgångna fordran har uppkommit. Det är i sådana fall syftet och ändamålet ska ha stor betydelse i frågan om huruvida fordran har uppkommit såvitt avser den regel vars tillämpning är i fråga.

Jämförs den här typen av funktionalistisk bedömning med det rossianska kopplingsbegreppet, som redogjordes för i avsnitt 7.2 ovan, kan vissa skillnader skönjas. Skälen som låg till grund för det rossianska kopplings-

begreppet var främst vetenskapsteoretiska.⁴⁶⁸ De skäl som låg till grund för Torps syn på äganderättsbegreppet var i stället i hög grad praktiskt betingade.⁴⁶⁹ Det rossianska kopplingsbegreppet betydde inget i sig självt, utan det fick sin betydelse genom de regelkomplex som det kopplade samman.⁴⁷⁰ Torp strävade i stället mot att dela upp äganderättens övergång i olika frågor, så att de olika skälen som kunde göras gällande i de olika delfrågorna skulle kunna beaktas.⁴⁷¹ Skillnaden mellan Ross å ena sidan och Torp å andra sidan har beskrivits som skillnaden mellan rättsrealism och realism.⁴⁷²

Uppställt på detta sätt blir det tydligt att Högsta domstolens syn på frågan om fordrans uppkomst (i de refererade rättsfallen) starkt påminner om Torps syn på äganderätten och äganderättens övergång. Frågan om

⁴⁶⁸ Se ovan i noterna 306 och 408.

⁴⁶⁹ Se ovan i bl a not 400.

⁴⁷⁰ Se ovan under avsnitt 7.2.

⁴⁷¹ Se ovan under avsnitt 8.2.

⁴⁷² Se Björne, Realism och skandinavisk realism s 471, i vilket han benämner Torps bidrag som realistiskt, och Ross arbete som rättsrealistiskt, se a s 495. Björne har beskrivit den realistiska inriktningen som "[...] en jordnära, praktiskt inriktad rättsvetenskap, som är en motsats till logiskt härledande, formalism och begreppstänkande. [Noter uteslutna.]", Björne, Realism och skandinavisk realism s 2. Jfr dock om villkorsläran ovan under avsnitt 6.2, som öppnar dörren till avtalsrättsliga avvägningar och på så vis inte ger uttryck för formalism. Björne lyfter fram ett citat från Knoph, som representerande det kanske vanligaste sättet att beskriva den självupplevda realismen: "[D]enne overtro på konstruksjoners og begrepers egenverdi er dog nu forsvunnet. Moderne formuerett er helt ut *realistisk* i sin innstilling. Den ser på rettsreglene som praktiske forskrifter der har til opgave å ordne samlivsforholdene mellem mennesker. Overalt er det følgelig deres nyttevirkning det kommer an på, ikke nogen abstrakt og absolutt 'sannhet'. Både når det gjelder reglens begrunnelse og rettsvidenskapens behandling av dem er det nøkterne praktiske betraktninger som må føre ordet.", Knoph, Utviklingslinjer i moderne formuerett s 53. Som med många sådana etiketter är de dock lite suddiga i konturerna, vilket Björne också framhåller om realismetiketten, se a s 2 f. Se även Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 157, som också gör en distinktion mellan Torps och Ross tänkande: "Viktiga aspekter för sakrätten är *för det första* Torps sakrättsliga helomvändning avseende äganderättens övergång vid NJM 1902 och *för det andra* den s k rättighetsdebatten och *Ross* Tü-Tü-skildring. De två aspekterna är av delvis olika slag. Medan Torps skildring är tydligt nordiskt realistisk och fokuserad på konkreta juridiska problem i samband med äganderättens övergång, är den andra aspekten istället skandinaviskt realistisk, d v s i hög grad filosofisk. [Noter uteslutna.]" Björne summerar också varför realismen och rättsrealismen kunde finna varandra i kritiken av den äldre riktningen: "Hur var det då möjligt, att de äldre realisterna och Uppsalaskolan (i praktiken Ross) på denna punkt fann varandra? I detta fall var det den gemensamma fienden, den konstruktiva riktningen, som fungerade som föreningslänk. Äganderättsbegreppet och äganderättens övergång var fruktbara angreppsmål därför, att de traditionella frågeställningarna om avtalets eller traditionens avgörande betydelse hade lett till även praktiskt relevanta problem, som nu kunde upplösas som skenbara.", Björne, Realism och skandinavisk realism s 495.

fordrans uppkomst blir *frågorna* om huruvida rättsföljderna i de regler som tillämpas ska inträda, eftersom det är syftet och ändamålet med de nämnda reglerna som ska beaktas och få betydelse enligt Högsta domstolen. I den funktionalistiska bedömningen är det alltså inte fråga om att koppla samman flera regler som i det rossianska kopplingsbegreppet. Det är i stället de praktiska konsekvenserna som ska beaktas. Det är en viss typ av funktionalism – en realism-inspirerad och utpräglad konsekvensorienterad funktionalism, som det är fråga om.⁴⁷³ Tidens tand synes ha nött ned distinktionen mellan det rossianska kopplingsbegreppet och Torps syn på äganderättsbegreppet.⁴⁷⁴ Här kan dock distinktionen säga något om vilket tänkande som kan användas under avdelning III.⁴⁷⁵

Under detaljstudien av några av Högsta domstolens funktionalistiska bedömningar har det uppmärksamats att en mängd av de distinktioner som finns i doktrinen återspeglas i domstolens rättstillämpning. Domstolen använde syftet och ändamålet med den enskilda bestämmelsen samt allmänna konkursrättsliga och insolvensrättsliga principer, och de ändamål som dessa vilade på, som riktmärken för den funktionalistiska bedömningen. Riktmärkena kunde avse såväl ultimära mål som primära mål. Syfte användes vid flera tillfällen till att beteckna de av lagstiftaren avsedda konsekvenserna med bestämmelserna. Ett visst syfte omtolkades också till att avse en handlingsdirigerande effekt, så att det ursprungliga syftet skulle uppnås. Ändamålsenlighet fick vid något tillfälle beteckna de faktiska konsekvenser som en viss tillämpning av bestämmelsen skulle medföra. Dessa riktmärken användes i huvudsak i en konsekvensbedömning.

⁴⁷³ Låt vara att HD:s resonemang i NJA 2009 s 291 även ger uttryck för en sorts rättsrealism. Se ovan under avsnitt 7.1, om HD:s beskrivning av den väsentliga grunden. Beskrivningen uppvisar en påtaglig likhet med det rossianska kopplingsbegreppet, se ovan under avsnitten 7.2 och 7.3.

⁴⁷⁴ Se Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s 179 ff, som påtalar att tankegodset från diskussionen om äganderättens övergång och rättighetsdebatten (i vilken det rossianska kopplingsbegreppet ingår) har blivit praktisk kunskap, som framträder i mer eller mindre implicita grundpostulat, eftersom de äldre diskussionerna oftast inte skildras i nutida sakrättslitteratur på annat sätt än notvis emellanåt. Sandstedt påpekar dock att till viss del har den europeiska diskussionen om en gemensam civilrätt inneburit att vi har kommit att rikta blicken mot våra rötter, se a s 179 ff. Se även Martinson, C, Ejendomsrettens overgang s 828, som i frågan om att dela upp äganderättens övergång i de faktiska frågorna uttalar: ”Någon gång på sjuttioalet har vår funktionella approach således blivit allmängods, det gängse sättet att tänka.” Torps och Ross (samt Undéns) tänkande har stundvis sammanförts i den samtida diskursen, i vart fall av Håstad, se Håstad, *Derivative Acquisition of Ownership of Goods* s 727, vid not 3. Jfr dock ovan i not 472.

⁴⁷⁵ Jfr ovan under avsnitt 7.3, om att språk och ord har betydelse och innehåller värderingar. Begrepp som används i en rättstillämpning kan inte frigöras från dessa betydelser och värderingar. Det är kritik som träffar fundamenten för det rossianska kopplingsbegreppet.

I konsekvensbedömningen undersöktes om en viss tolkning av den relevanta bestämmelsen skulle komma att uppfylla de fastställda riktmärkena. I bedömningen skedde också en intresseavvägning. Bedömningen medförde även att frågan om fordrans uppkomst omformulerades till en fråga om huruvida rättsföljden i den relevanta bestämmelsen skulle inträda.

Sättet på vilket den funktionalistiska bedömningen har använts kommer att bilda utgångspunkten för undersökningen i avdelning III avseende just de funktionalistiska bedömningarna där. Högsta domstolen har dock använt vissa begrepp synonymt, såsom syfte och ändamål. I ett rättsvetenskapligt verk är en mindre precis begreppsbildning knappast något eftersträvänsvärt,⁴⁷⁶ varför den aspekten av Högsta domstolens funktionalistiska bedömning inte kommer att nyttjas under avdelning III. I stället kommer syfte att få beteckna de av lagstiftaren avsedda konsekvenserna (implicita eller explicita) samt skyddssyftena, medan ändamål kommer att få beteckna de faktiska, önskvärda konsekvenserna.

⁴⁷⁶ Jfr om inkonsekvenser i begreppsbildningen i prejudikat vid och i not 425 ovan.

9 Systemargument

9.1 Inledande anmärkningar

Hittills har villkorsläran, principen om den väsentliga grunden och funktionalismen undersökts. Inom funktionalismen ställs ofta funktionalism mot substantialism (sett från funktionalismens perspektiv ger villkorsläran och principen om den väsentliga grunden uttryck för ett slags substantialism),⁴⁷⁷ emellertid har ytterligare argument identifierats. Det gäller argument, vilka kan kategoriseras som systemargument. Dessa argument skiljer sig mot villkorsläran och principen om den väsentliga grunden, eftersom de inte tillhandahåller just en princip eller en lära för att avgöra frågan om fordrans uppkomst. Systemargumenten skiljer sig också mot funktionalismen, såtillvida att de heller inte tillhandahåller en bedömning på samma sätt som funktionalismen. Det finns alltså ingen lära, princip eller bedömning att studera särskilt (som gjordes i de närmast föregående kapitlen). Av dessa skäl ska här inte dröjas alltför länge vid systemargumenten. I detta kapitel ska endast något sägas om hur systemargument har använts i allmänhet. Därtill kommer några distinktioner mellan olika systemargument att beröras, vilka exemplifieras med systemargument i frågan om fordrans uppkomst. I avdelning III kommer det undersökas om systemargument kan anföras i de olika uppkomstfrågorna som undersöks där.

Den söderlundiska associationstanken kan karakteriseras som en särskild form av system(sättning) inom konkursrätten. Den kommer att behandlas särskilt i slutet av detta kapitel.

9.2 System och distinktioner

En utgångspunkt för systemargument är att rätten utgör just ett system. Beroende på vilken rättsvetenskapares ståndpunkt som lyfts fram kan

⁴⁷⁷ Se nedan under avsnitt 10.2. Jfr även ovan under avsnitten 6.1 och 7.1, om hur villkorsläran och principen om den väsentliga grunden har beskrivits.

systemen karakteriseras som koherenta, sammanhängande, konsistenta, konsekventa eller enhetliga värderingsmässigt.⁴⁷⁸ Beskrivningen av systemens karakteristik kan även formuleras negativt. Då framhålls att motsägelser inom systemen inte bör förekomma.⁴⁷⁹

Karakteristiken förutsätter att lika fall behandlas lika (och vanligen att olika fall behandlas olika). Att lika fall ska behandlas lika gäller självfallet i juridiken i stort. Exempelvis *leder* villkorsläran till att vissa fall behandlas lika. I den läran behandlas frågor om avtalsgrundade fordrings uppkomsttidpunkt som lika fall, eftersom frågorna dras över en kam. En fordran uppkommer när parten har blivit rättsligt bunden till den. (Här bör tilläggas att den avtalsrättsliga bedömningen, av om gäldenären har förpliktat sig, kan öppna för olikheter – en kommersiell part kan emellanåt bli förpliktad på ett sätt som en konsument inte blir det.)⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 421, som beskriver att normerna kan uppfattas utgöra ett sammanhängande system och att med det följer ett krav på konsekvens och konsistens i rättstillämpningen; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 202, som uttrycker att det finns ett krav på saklig konsekvens i regelsystemet, vilket inte är ett strikt krav på motsägelsefrihet, utan ett mer omfattande krav på enhetlighet av värderingar i tillämpningen; Mossberg, Avtalets Räckvidd I s 563 f, som talar om en bakomliggande tanke om rättssystemets koherens, som i sin tur anknyter till det grundläggande axiomet att lika fall ska behandlas lika. Jfr Håstad, Konsekvens i rättssystemet s 403 f, som uttrycker att det är ett allmänt mål att lika fall ska behandlas lika i lagstiftningen och i rättstillämpningen. Håstad menar att idealet är att de underliggande realiteterna i alla lagar är likadant reglerade, se a st. Jfr Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s 367 f, som menar att koherensbedömningar kan spela en stor roll vid kontextuella tolkningar, men han skiljer sådana från systemtolkningar. Här kan även noteras att Peczenik har byggt upp en teori kring hur rättsliga lösningar kan legitimeras med grund i koherens, se Peczenik, On Law and Reason s 158 ff. Se även Peczenik, Vad är rätt? s 278: ”Om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhällseliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem.” Koherens synes ha varit en bärande beståndsdel i flera andra teorier om hur rätten ska tolkas, se exempelvis Dworkin, Law’s Empire s 225 ff; McCormick, Rhetoric and the Rule of Law s 189 ff. I förevarande avhandling ska likväl inte materialet bearbetas utifrån en teori. I stället undersöks fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar, och en av forskningsfrågorna är att studera vilka (huvudsakliga) argument och argumentationslinjer som har använts i frågan om fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar och hur dessa argument och argumentationslinjer har använts.

⁴⁷⁹ Se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 422; Wahlberg, Begreppet lagtolkning s 158, båda för en sådan beskrivning. Jfr även Peczenik, Juridikens metodproblem s 102 ff; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 201 f.

⁴⁸⁰ Se ovan under avsnitten 6.2 och 6.3. Se även NJA 2006 s 638, i vilket justitierådet Håstad i ett tillägg påpekar att den allmänna rättsgrundsats som kommer till uttryck i

Att lika fall ska behandlas lika utgör också en *grund* för systemargument.⁴⁸¹ Det kommer ofta till uttryck genom att olika fall jämförs. Systemet kan då tillhandahålla argument för att avgöra vad som är lika fall.

Systematiseringarna skiljer sig förstås åt beroende på från vilken punkt rätten betraktas. Rättskälhierarkin utgår från en vertikal systematisering av rättskällematerialet, i vilken grundlag överordnas lag, lag överordnas lagmotiv och så vidare.⁴⁸² Horisontella systematiseringar kan på ett liknande sätt ha olika abstraktionsgrader. En övergripande indelning är den mellan offentlig rätt och civilrätt. Civilrätten kan i sin tur delas in i sakrätt och obligationsrätt etcetera. Systematiseringarna av rätten är i så måtto beroende av vilket perspektiv som anläggs på densamma och därigenom relativ.⁴⁸³

I frågan om fordrans uppkomst har argument grundats på sådana systematiseringar av rätten. Denna avhandling utgår också från en sådan systematisering, i och med att det är insolvensrättsliga kritiska tidpunkter och förmögenhetsrättsliga fordringar som behandlas.⁴⁸⁴ Att sammanföra konkursrättsliga frågor med rekonstruktionsrättsliga frågor har gjort det möjligt att kunna anföra argument som har sin grund i att insolvensrätten bildar ett sammanhängande system. Det gäller till exempel frågorna om vilka fordringar som ska omfattas av ett offentligt ackordsförfarande och vilka fordringar som ska omfattas av en konkurs. Det lyfts ofta fram att fordringsanspråken ska behandlas på ett liknande sätt, ty om vissa borgenärer gynnas av ett visst förfarande kan det styra valet av förfarande, vilket inte anses vara önskvärt.⁴⁸⁵

Insolvensrätten såsom system är likväl inte enbart det som kan utgöra grund för systemargument i de här undersökta frågorna. Emellanåt kan

21 § lagen om handelsagentur (rättsgrundsatsen möjliggör att en part anses ha ingått ett avtal under vissa förutsättningar) är begränsad till kommersiella förhållanden.

⁴⁸¹ Se exempelvis NJA 2019 s 941, i vilket HD fann att fordrans uppkomst i 25 kap 20a § aktiebolagslagen ska förstås på samma sätt som i 25 kap 18 § samma lag. Se även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 563 ff, med omfattande hänvisningar. Se även a a s 806, not 3202: "[...] likhetspåståenden, precis som alla andra påståenden om saker och deras egenskaper, bygger på vissa premisser, och att såväl påståendena som deras premisser kan ifrågasättas och kritiserats."

⁴⁸² Beskrivningen är naturligtvis förenklad.

⁴⁸³ Se vidare Strömholm, Det juridiska systembegreppets uppkomst och utveckling s 225 ff, om den historiska utvecklingen från romersk rätt av att dela in rätten horisontellt. Se även Ross, Om ret og retfærdighed s 261 ff; Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 206 ff och s 228 ff.

⁴⁸⁴ Se ovan under kapitel 3, om avhandlingens avgränsningar.

⁴⁸⁵ Se vidare om detta argument nedan under kapitel 16.

argument ha sin grund i den aktuella lagens disposition.⁴⁸⁶ Exempelvis finns en avsedd och genomtänkt systematik i konkurslagen. Det kommer bland annat till uttryck i lagens rubriker, såsom rubriken till 5 kap 1–3 §§ konkurslagen. Rubriken lyder: Fordringar som kan göras gällande. Vartill reglerna om kvittning i 5 kap 15 § konkurslagen hänvisar, eftersom där föreskrivs att en fordran hos gäldenären *som får göras gällande* i konkursen kan av borgenären användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. Med grund i denna uttryckliga hänvisning kan ett systemargument anföras: Det kan anföras att frågan om vilka fordringar som borgenären kan använda till kvittning i konkurs ska besvaras på samma sätt som frågan om vilka fordringar borgenären kan göra gällande i konkursen.⁴⁸⁷

Genom en sådan uttrycklig hänvisning har lagstiftaren gjort jämförelsen åt oss. Lagstiftaren har rentav föreskrivit att dessa frågor ska behandlas på samma sätt. Likabehandlingen kan, trots detta, ifrågasättas, genom att det till exempel kan påvisas att det inte rör sig om lika fall.⁴⁸⁸

Systemargumenten kommer inte bara till uttryck genom lagens (eller lagarnas) språkbruk. Även materiella samband kan utgöra grund för systemargument.⁴⁸⁹ Här finns en variation i hur starka sambanden är, vilket också påverkar argumentets styrka.⁴⁹⁰ Om en bestämmelse kan tolkas på ett sätt, som skulle leda till en inkonsekvens i rättssystemet, bör denna tolkning inte väljas.⁴⁹¹ Ett sådant argument kan göras gällande i tolkningen av återvinningsreglerna. Det finns nämligen ett samband mellan dem och innehållanderätten i köplagen. Som bekant kan en part i vissa

⁴⁸⁶ Se Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s 367 f, som benämner dessa argument för systemargument. Jfr även Andersson, H, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s 360 f, som utifrån lydelsen av olika bestämmelser i försäkringsförmedlingslagen drar slutsatser, vilka han klassificerar som lagens systematiska helhetsstruktur. Jfr även Wahlberg, Begreppet lagtolkning s 158. Ross hänför dessa argument till en kontextuell tolkning, Ross, Om ret og retfærdighed s 159 ff. Strömholm hänför i stället argumenten till den logisk grammatiska tolkningen, se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 447 ff. Hellner synes hänföra dessa argument till formella faktorer, särskilt den språkliga nivån, Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 195 ff.

⁴⁸⁷ Se vidare om detta argument nedan under avsnitt 13.1.

⁴⁸⁸ Se vidare nedan under avsnitt 12.6. Att lagstiftaren har valt att använda fordrans uppkomst, såsom ett begrepp, i många olika bestämmelser i de insolvensrättsliga lagarna kan på ett motsvarande sätt sägas peka mot likabehandling av frågan om fordrans uppkomst. Se vidare nedan under avsnitt 12.4, med vidare hänvisningar.

⁴⁸⁹ Se ovan i not 478.

⁴⁹⁰ Jfr dock Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s 367, som uttrycker att om ett argument bygger på en övergripande systematik i rättsordningen kan det få en större betydelse än skäl som hänför sig till en betydligt lägre systematisk nivå.

⁴⁹¹ Se Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 201 f, som kategoriserar sådana mot-sägelser som logiska.

fall innehålla sin prestation, men denna ska likväl fullgöras om motparten ställer godtagbar säkerhet (under vissa förutsättningar). Om en sådan säkerhet skulle kunna återvinnas i motpartens konkurs skulle det utgöra en inkonsekvens i systemet. Kan återvinningsreglerna tolkas på ett sätt som gör att ett sådant säkerställande inte kan återvinnas bör den tolkningen väljas, för att undvika en inkonsekvens i rättssystemet.

I frågor som gäller fordrans uppkomst är det vanligare med systemargument när frågorna endast delvis tangerar varandra, exempelvis genom att en fråga delvis är avhängig en annan fråga. Ett sådant förhållande gäller mellan frågan om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs och frågan om huruvida konkursgäldenären kan ådra sig förpliktelser efter konkursutbrottet. Det föreskrivs nämligen i 3 kap 1 § konkurslagen att efter konkursutbrottet får inte konkursgäldenären åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen. Gäldenären måste därigenom ha förpliktat sig gentemot (konkurs)borgenären före konkursutbrottet, för att konkursborgenären ska kunna göra gällande sin fordran mot konkursgäldenären i konkursen. Frågan om vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs är på så vis avhängig konkursgäldenärens rådighetsförlust.⁴⁹²

Systemargumentet kan även förekomma i negativ form, såtillvida att en viss fråga inte har samband med en annan fråga, vilket i sin tur öppnar för att behandla frågorna på olika sätt. Systemargumentet legitimerar alltså en distinktion.⁴⁹³ Sådana argument förekommer beträffande frågan om hur konkursboet ska bli förpliktat, det vill säga på vilket sätt boet ådrar sig en fordran. I det sammanhanget anförs att frågan om huruvida boet är ansvarigt för en förpliktelse *inte* är en uppkomstfråga, på så vis att det *inte* är en fråga om huruvida fordran har uppkommit före konkursutbrottet, med (konkurs)gäldenären som motpart, eller efter konkursutbrottet, med konkursboet som motpart. Frågan om huruvida boet är ansvarigt ska därför inte heller behandlas som en uppkomstfråga. En distinktion mellan boets ansvar och frågan om fordrans uppkomst görs därmed, och systemargumentet tjänar till att öppna för att behandla frågan om hur boet blir ansvarigt på ett annat sätt än genom bedömningen av om en fordran har uppkommit.⁴⁹⁴

Det finns även annan sorts likhet, avseende ett annat plan, som kan utgöra skäl för att behandla frågor på ett likadant sätt. En sådan likhet utgår från de syften, ändamål och principer som gör sig gällande i de olika

⁴⁹² Se vidare om detta argument nedan under avsnitt 12.4.

⁴⁹³ Se Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s 368.

⁴⁹⁴ Se vidare nedan under avsnitten 15.4 och 15.5, för sådana resonemang.

frågorna.⁴⁹⁵ Sådan systematisk(teleologisk) likhet har till exempel kommit till uttryck i Högsta domstolens praxis. Det har gällt frågorna om vilka fordringar som ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion och vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs. Högsta domstolen har då uttryckt att tanken är att de fordringar vars infriande vid den kritiska tidpunkten är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga ska omfattas av ackordet och att samma övervägande ligger bakom 5 kap 1 § konkurslagen.⁴⁹⁶ Det har medfört att frågan om vilka fordringar som ska omfattas av förfarandena har kommit att besvaras på liknande sätt.⁴⁹⁷

Om denna redogörelse för systemargumenten jämförs med argumentationslinjerna, som behandlades ovan, framkommer tydliga skillnader. Argumentationslinjerna tillhandahöll argument i frågan om fordrans uppkomst, som kunde användas för att avgöra frågan autonomt (i den bemärkelsen att några andra argument inte behövde tillföras). De utgjorde argumentationslinjer – linjer som argumenten kunde följa från fråga till svar. Funktionalismen påverkade till och med frågans formulering, och därigenom i vilken (utgångs)punkt linjen skulle fästas. Systemargumenten används oftast på ett annat sätt. De kan exempelvis utgöra supplerande stöd för ett funktionalistiskt resonemang. Systemargument har till exempel, i linje med vad som nyss sagts om systematisk(teleologisk) likhet, använts för att avgöra vilka ändamål eller syften som ska nyttjas i ett funktionalistiskt resonemang. På så vis kan systemargumenten snarare sägas bistå de andra argumentationslinjerna än utgöra en egen argumentationslinje. För att tydliggöra vilka olika argument som finns i de frågor som undersöks i avdelning III, studeras systemargumenten vanligen särskilt i respektive kapitel.

9.3 Den söderlundska associationstanken

Något som har vissa likheter med systemargumenten är den söderlundska associationstanken. I sin avhandling undersöker nämligen Söderlund konkursens juridiska systemsättning, dess grundsyn(er), uttryckt med hennes egen terminologi. Med grundsyn menas inte systematiken på regelplanet utan på grundnivå.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Jfr Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 202. Jfr även Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 421 ff.

⁴⁹⁶ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

⁴⁹⁷ Se vidare nedan under kapitel 16, för sådana resonemang.

⁴⁹⁸ Se Söderlund, Konkursrätten s 39.

”Grundsynsfrågan i denna avhandling gäller konkursens juridiska system-sättning – vad konkursen juridiskt sett är för något. Denna bedömning beror på utfallet av en klassificeringsregel. Därutöver ger grundsynen inte några regler. Det föreligger ett glapp mellan grundsynsfrågan och den regel som gäller på *regelplanet*. Grundsynsfrågan ligger på *grundnivå*. Vad detta innebär kan nog inte förklaras enklare och bättre än Deuntzer gjorde (i den danska litteraturen) år 1885: Även om det väsentligen rör sig om ett blott rättssystematiskt grepp 'har dets Løsning dog tillige den Interesse *at give det korrekte Udgangspunkt* ved afgjørelsen af enkelte Tvivlstilfælde.’”⁴⁹⁹

Grundsynsfrågan handlar alltså (bland annat) om att ge en korrekt utgångspunkt för bedömningen av rättsfrågorna – för klassificeringen av frågor och för frågors identitet i konkursrätten. Men grundsynen sägs också ha betydelse för vad som utgör konkursrätt, för konkursrättens systematik och för dess terminologi, samt för argumentationsfältet för respektive rättsfråga.⁵⁰⁰

Söderlund presenterar olika grundsyner som har förekommit i konkursrätten. Det rör sig om processtanken/tvångsförvaltningstanken,⁵⁰¹ skiftestanken,⁵⁰² exekutionstanken⁵⁰³ och associationstanken. Hon tar sig an uppgiften att systemsätta konkursrätten utifrån associationstanken.⁵⁰⁴

Associationstanken innebär att konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar och konkursförvaltaren som tvångslikvidator.⁵⁰⁵ Konkursboet placeras därmed i centrum. Bland annat anses konkursboet utgöra ett annat rättssubjekt än konkursgäldenären, boet anses äga konkursmassan, konkursborgenärernas anspråk på utdelning blir andelsrätter i konkursboet (och inte fordringar i boet) och konkursens ändamål blir boets verksamhetsändamål.⁵⁰⁶

⁴⁹⁹ Söderlund, Konkursrätten s 39.

⁵⁰⁰ Se Söderlund, Konkursrätten s 49 ff.

⁵⁰¹ I processtanken ses konkursen som en ordinär civilprocess mellan konkursgäldenären personligen och konkursborgenärerna; konkursgäldenärens passiva hamnar i fokus. Den kompletteras med en tvångsförvaltning av konkursgäldenären i borgenärernas intresse, se Söderlund, Konkursrätten s 128 ff.

⁵⁰² I skiftestanken ses konkursen främst som en avveckling av konkursgäldenärens förmögenhet, se Söderlund, Konkursrätten s 139 ff.

⁵⁰³ I exekutionstanken ses konkursen som just en exekution, där fokus är konkursmassans ianspråktagande och fördelning på vilka exekutionsrättens grundsatser tillämpas, se Söderlund, Konkursrätten s 147 ff.

⁵⁰⁴ Se Söderlund, Konkursrätten s 43 f.

⁵⁰⁵ Se Söderlund, Konkursrätten s 153.

⁵⁰⁶ Se Söderlund, Konkursrätten s 154 f. Se även Söderlund, Konkursrätten s 369 ff, om att det är konkursborgenärerna som är medlemmar i den associationsliknande gemenskapen och inte massaborgenärerna eller konkursgäldenären.

I denna grundsyn är en utgångspunkt på så vis att frågor inom konkursrätten ska likabehandlas utifrån just associationstanken.

Enligt associationstanken ska frågor om fordrans uppkomst inom insolvensrätten hanteras på visst sätt. Bland annat ska *frågan* (eller snarare frågorna) om fordrans uppkomst formuleras på ett visst sätt. Det gäller exempelvis i frågan om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst,⁵⁰⁷ men också i frågan om på vilket sätt konkursboet blir ansvarigt.⁵⁰⁸ Hur associationstanken påverkar frågor om fordrans uppkomst kommer att redogöras för under respektive kapitel nedan i avdelning III. I avdelning III studeras vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.

⁵⁰⁷ Se vidare nedan under avsnitt 12.4.

⁵⁰⁸ Se vidare nedan under avsnitt 15.5.

10 En jämförelse mellan villkorsläran, principen om den väsentliga grunden, funktionalismen och systemargumenten

10.1 Inledande anmärkningar

Hittills har studien i denna avdelning främst varit inriktad på att undersöka och presentera villkorsläran, principen om den väsentliga grunden, funktionalismen samt systemargument var för sig. Här ska dessa argument och argumentationslinjer jämföras, dels för att det i den direkta kontrasten mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten blir vissa aspekter av hur de har använts tydligare, dels för att (styrke)förhållandet mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten är relevant för studien i avdelning III.

I avdelningens inledande kapitel togs avstamp i Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst i NJA 2009 s 291. Den beskrivningen är även relevant i denna jämförelse. I beskrivningen konstaterade domstolen att det inte finns någon för alla fall gällande princip i frågan. Frågan ska i stället avgöras med ledning av syftena och ändamålen med den regel som aktualiseras i det enskilda fallet. I den allmänna beskrivningen av frågan om fordrans uppkomst ställde Högsta domstolen alltså upp två kategorier: å ena sidan för alla fall gällande principer och å andra sidan syftes- och ändamålsförankrad metod. Det har framkommit att den indelningen har kunnat utgöra grunden för en indelning av argumentationslinjerna. Den syftes- och ändamålsförankrade metoden har här utgjort en egen argumentationslinje, som har benämnts funktionalism. Principen om den väsentliga grunden har konstaterats vara just en princip, som kan användas för att avgöra frågan om fordrans uppkomst på ett allmänt plan. Villkorsläran kan också användas för att

avgöra frågan om fordrans uppkomst på ett allmänt plan avseende avtalsgrundade fordringar.⁵⁰⁹

Om Högsta domstolens praxis från senare år fortsatt tas som utgångspunkt, blir det tydligt att domstolen har förespråkade funktionalistiska lösningar (i här avsedd bemärkelse) framför principlösningar i frågan om fordrans uppkomst.⁵¹⁰ Högsta domstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat att fordrans uppkomsttidpunkt i hög grad *ska* bestämmas med ledning av syftet och ändamålet med den regel som aktualiseras i den enskilda tillämpningssituationen.⁵¹¹ Uttalandena gäller de fordringar som är svävande vid den kritiska tidpunkten.⁵¹² Domstolen har också konstaterat "[...] att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma när en fordran skall anses ha uppkommit [hänvisningar uteslutna]."⁵¹³ Konstaterandet skedde trots att rättskällematerialet skulle kunna ha tolkats som att det fanns en allmän princip.⁵¹⁴ Som tidigare nämndes avskrev också Högsta domstolen den väsentliga grunden såsom en styrande rättsprincip i NJA 2009 s 291.⁵¹⁵ Några principargument (i här avsedd bemärkelse) ska vi alltså inte använda oss av i frågan om for-

⁵⁰⁹ Se vidare ovan under avsnitt 5.2, om skälen till detta terminologiska val.

⁵¹⁰ Jfr Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 885 ff, som problematiserar HD:s avvägning mellan principer och ändamålsargument i NJA 2009 s 291.

⁵¹¹ Det framkommer nyansskillnader om de allmänna beskrivningarna i HD:s domar jämförs, såvitt avser hur syfte och ändamål ska inverka på bedömningen – men oavsett dessa skillnader har syftena och ändamålen med den aktuella bestämmelsen haft stort inflytande på bedömningen i flera rättsfall, se ovan under avsnitt 8.4. De olika nyanserna framkommer exempelvis i nedanstående citat, jfr NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12: "Huruvida fordringen skall anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten trots att den inte var fullgånngen är alltså i *hög grad* beroende av ändamålet med den aktuella regeln. [Min kursivering.]; NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5: "Frågan om de nu aktuella förpliktelsernas uppkomst *ska* alltså avgöras med beaktande av syftet med regleringen i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen. [Min kursivering.]; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4: "Frågan om de nu aktuella fordringarnas uppkomst *ska* alltså avgöras med beaktande av syftet med den regel som avgränsar vilka borgenärer som omfattas av ackordet. [Min kursivering.]; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11: "Vid denna bedömning [av om en fordran ska ha uppkommit] *ska* syftet med det regelverk som tillämpas tillmätas stor betydelse. [Min kursivering.]"

⁵¹² Se ovan under avsnitt 8.1, om när den funktionalistiska bedömningen aktualiseras.

⁵¹³ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11. Se även NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11. Jfr även NJA 2016 s 661, HD:s domskäl st 7. Jfr även HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

⁵¹⁴ Se nedan under avsnitt 10.4.2.

⁵¹⁵ Se ovan under kapitel 7.

drans uppkomst. Det är vad Högsta domstolen påbjöd i NJA 2009 s 291. (Vi ska antagligen inte heller använda oss av några läror.)

I studierna ovan av villkorsläran och principen om den väsentliga grunden har en annan bild framträtt (än den som framkommer av Högsta domstolens allmänna beskrivning). Det har framkommit att det finns argument och lösningar i frågan om fordrans uppkomst, som utgår från annat än syftena och ändamålen. Det är argument och lösningar som har påverkat och som alltjämt påverkar frågan om fordrans uppkomst. Från funktionalistiskt håll har sådana allmänna läror och principer ofta betecknats som substantialism – med allt vad det innebär.⁵¹⁶ Den funktionalistiska bilden utgår dock från just funktionalismens syn på dessa läror och principer. Det finns därför skäl att ytterligare undersöka (styrke)förhållandet, eller, med ett mer träffande ord, spänningen, mellan funktionalismen och de andra argumentationslinjerna samt systemargumenten i frågan om fordrans uppkomst. Det är av vikt för studien av vad som krävs för att en fordran ska uppkomma i avdelning III. Vissa aspekter av hur de olika argumentationslinjerna och argumenten har använts blir också tydligare i en direkt jämförelse mellan dem.

I förevarande kapitel ska, som sagt, en jämförelse mellan de olika argumentationslinjerna och systemargumenten vidtas. Undersökningen tar avstamp i de fördelar som framhålls med funktionalismen och den kritik som funktionalister riktar mot substantialismen. Det ska sedan kontrasteras mot de normativa avvägningar som villkorsläran och principen om den väsentliga grunden respektive den funktionalistiska bedömningen bygger på, samt vilka skäl som kan anföras för systemargumenten. Det kan nämligen sägas något om vad som tillskrivs allmänna läror respektive vilka normativa avvägningar som de bygger på. Därefter sker en jämförelse av hur argumentationen i argumentationslinjerna byggs upp. Det illustrerar att valet mellan argumentationslinjerna vanligtvis inte sker uttryckligen, utan valet följer av den struktur i vilken argumentationen passas in. (Styrke)förhållandet mellan funktionalismen och de andra argumentationslinjerna och argumenten ska sedan undersökas. I den undersökningen kommer exempelvis frågan om hur funktionalismen överordnades andra argumentationslinjer i NJA 2009 s 291 att behandlas. Utgångspunkt tas då återigen i Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst i 2009 års avgörande. Avslutningsvis kommenteras förhållandet mellan de olika argumentationslinjerna och argumenten. Det får sedan tjäna som övergång till nästkommande avdelning.

⁵¹⁶ Se ovan under avsnitten 5.2 och 6.1.

10.2 Substantialism och funktionalism

De normativa avvägningar som argumentationslinjerna bygger på

Som vi redan har varit inne på beskrivs den svenska förmögenhetsrätten ofta som funktionalistisk.⁵¹⁷ Därigenom framstår det också som naturligt att ta funktionalismen som utgångspunkt i detta avsnitt. Inom funktionalismen pekas ofta på ett antal fördelaktiga drag med densamma. Funktionalismen sägs innebära att frågor kan delas upp och behandlas utifrån de skiftande intressen som gör sig gällande i olika situationer. Det illustrerades i avsnittet om äganderättens övergång ovan, där det beskrevs hur frågan om äganderättens övergång blev frågorna om äganderättens övergång och hur svaren på dessa frågor skulle anpassas efter olika sakskaäl och intressen.⁵¹⁸ En funktionalistisk bedömning sägs också medföra att hänsyn kan tas till dynamiken i ett föränderligt samhälle, genom att bedömningen baseras på intresseavvägningar, reella behov och faktiska konsekvenser.⁵¹⁹ En funktionalistisk bedömning sägs därtill leda till flexibilitet samt till att materiella hänsyn kan beaktas. Det senare menas ge förutsebarhet i materiell mening, då i sak liknande frågor behandlas på liknande sätt.⁵²⁰

Från funktionalistiskt håll kritiseras substantialismen.⁵²¹ Bland annat för att substantialistiska *enhetslösningar* inte tillåter att de *mångfaldigt* skiftande intressena, som gör sig gällande i olika situationer, kan beaktas.⁵²² Det sägs att substantialismen baseras på abstrakta, föregivna slutledningar, i vilka det inte kan tas hänsyn till dynamiken i ett föränderligt samhälle.⁵²³ Substantialismen anses till och med leda till verklighetsfrämmande lösningar, som inte heller kan ge förutsebarhet i materiell me-

⁵¹⁷ När den svenska förmögenhetsrätten ska beskrivas är det ett återkommande tema, särskilt när den svenska förmögenhetsrätten möter den europeiska, se exempelvis följande bidrag Samuelsson, J, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet; Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen; Martinson, C, Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen. Se även Lilja, National Report on the Transfer of Movables in Sweden s 14 ff. Se även ovan under avsnitt 8.2.

⁵¹⁸ Se ovan vid noterna 401 och 402.

⁵¹⁹ Se ovan i och vid noterna 419, 420, 421, 422 och 423.

⁵²⁰ Se ovan i och vid noterna 419, 420, 421, 422 och 423.

⁵²¹ Se ovan under avsnitten 6.1, 7.2 och 8.2. Se även ovan under avsnitt 1.3.

⁵²² Se Torps citerade uttalande ovan vid not 400.

⁵²³ Se ovan i och vid noterna 419, 420, 421, 422 och 423.

ning.⁵²⁴ Ibland sägs substantialism rentav vara detsamma eller lika illa som begreppsjurisprudens!⁵²⁵

Genom en sådan uppställning framkommer att argumenten *mot* substantialismen utgör en spegelbild av argumenten *för* funktionalismen. Substantialism kritiseras helt enkelt för att inte vara funktionalism.

Varför ska vi då över huvud taget bemöda oss med att beakta vad som kan karakteriseras som substantialism i frågan om fordrans uppkomst? Kanske just för att argumenten *mot* substantialismen är märkligt lika argumenten *för* funktionalismen. Kanske för att vi underkänner substantialismen med utgångspunkt i funktionalismen, trots att substantialism onekligen inte är funktionalism. Kanske är det möjligt att se på vad som *påstås* vara substantialism på ett annat sätt.⁵²⁶

Då villkorsläran studerades framkom det att läran förvisso utgår från ett antal begrepp, såsom fordran, förpliktelse och suspensivt villkor.⁵²⁷ Begreppen används också enligt läran i bedömningen av frågan om fordrans uppkomst. I läran har en avtalsgrundad fordran uppkommit om

⁵²⁴ Se ovan i och vid noterna 419, 420, 421, 422 och 423.

⁵²⁵ Se exempelvis Lindblom, Om utmätning av egen ko s 589, som diskuterar språkliga argument utifrån att ägarförbehåll är ett förbehåll om *äganderätten* och fränkänner dem styrka med bl a följande formulering: "De argument som kan anföras till stöd för ett krav på avstående är således inte starka; de är *begreppsjuridiskt* färgade och uttryck för en i doktrinen sedan länge övergiven syn på ägarförbehållets funktion och innebörd. [Min kursivering.]; Möller, Konkurs och kontrakt s 616, som, i en diskussion om konkursrespektive massaskulder, ifrågasätter tanken om att konkursboet inte kan begå kontraktsbrott om det inte har inträtt i gäldenärens avtal; Möller menar att frågan om vad som ska utgöra massa- eller konkursfordringar är en *lämplighetsfråga* och att idén om fullständigt vattentäta skott mellan konkurs- och massakostnader leder tanken fel: "Att boets och endast boets åtgöranden ger upphov till massafordringar, allt under det att gäldenärens och endast gäldenärens åtgöranden konstituerar konkursfordringar, är dock naturligtvis mycket tilltalande från systematisk enkelhetssynpunkt. Hävdas däremot, som en oavslutlig konsekvens av en dylik konstruktion, att endast gäldenären – och ej boet – över huvud taget kan grunda konkursfordringar, är man över i *begreppsjuridikens värld*. [Min kursivering.]", a st; Håstad, Sakrätt s 209, som i anslutning till en diskussion om avtals- eller traditionsprincipen bör gälla i svensk rätt, för att uppnå sakrättsligt skydd vid förvärv av lös egendom, uttrycker: "Till att börja med bör slås fast att problemet, huruvida en köpare skall vara skyddad mot säljarens borgenärer redan genom själva avtalet, inte kan lösas genom en hänvisning till att köparen genom avtalet 'blivit ägare' till saken. Detta vore *begreppsjuridik*. [Min kursivering, noter uteslutna.]" Här kan tilläggas att hävda att alla som anför argument, som härrör från en funktionalistisk bedömning, är skeptiska mot begreppsjurisprudensen vore i sig själv begrepps(juris)prudens, och så fortsätter traditionen... Se även ovan i not 410.

⁵²⁶ Se vidare Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning s 442 ff, särskilt s 456 ff, som påpekar att det aldrig har funnits någon begreppsjurisprudens; den är i stället vad vi ser i juridiken om vi projicerar funktionalismen på den, enligt J Samuelsson. Se även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 292 f, not 1067.

⁵²⁷ Se till det följande ovan under avsnitt 6.2.

någon har blivit rättsligt bunden till en viss fordran. Det gäller även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. (Det är alltså själva bundenheten, *att* den förpliktade är bunden, som är avgörande, medan det blir mindre viktigt *vad* den förpliktade är bunden till.) Villkorsläran utgår på så vis från ett antal begrepp och synes leda till en föregiven enhetslösning av fordrans uppkomst. Till synes ger den alltså uttryck för den ovan beskrivna substantialismen.

Att villkorsläran tillhandahåller ett antal begrepp i frågan om fordrans uppkomst innebär dock inte att de juridiska slutsatserna i villkorsläran utgör föregivna enhetslösningar eller att lösningarna härleds från begreppen, som vi har varit inne på. I villkorsläran har i regel en fordran uppkommit då någon blivit *avtalsrättsligt* bunden. Villkorsläran öppnar därigenom dörren till avtalsrätten (i vid mening) och de normativa avvägningar som sker där mellan till exempel avsikt, förklaring och tillit. Begreppsanvändningen skiljer sig inte heller särskilt mycket från användningen av begrepp i den funktionalistiska bedömningen. Där togs, som refererades ovan, avstamp i distinktionen mellan svävande och fullgångna fordringar.⁵²⁸

Skillnaden mellan villkorslära och funktionalism ligger inte i skillnaden mellan substantialism och funktionalism. Skillnaden ligger inte i att i den ena härleds lösningarna från begreppen, medan den andra innehåller och tillåter normativa avvägningar. Skillnaden mellan villkorslära och funktionalism ligger snarare i *vilken sorts* normativ avvägning som dörren öppnas för. Funktionalismen öppnar för de avvägningar som är relevanta för den bestämmelse som ska tillämpas i det enskilda fallet. Inom insolvensrätten blir alltså de insolvensrättsliga normativa avvägningarna avgörande. Villkorsläran öppnar i stället för de avtalsrättsliga avvägningarna. Skillnaden mellan villkorsläran och den funktionalistiska bedömningen av frågan om fordrans uppkomst ligger alltså i om frågan ska vara en avtalsrättslig eller en insolvensrättslig fråga; skillnaden ligger på så vis i om det är avtalsrätt eller insolvensrätt som ska få bestämma fordrans uppkomsttidpunkt.⁵²⁹

När principen om den väsentliga grunden studerades pekades på ett annat drag inom funktionalismen, nämligen att inom funktionalismen förstås normer som regler bestående av rättsfakta och rättsföljd.⁵³⁰ Adde-ras det draget inom funktionalismen med (den skenbara) motviljan mot

⁵²⁸ Se ovan under avsnitt 8.1.

⁵²⁹ Se ovan under avsnitten 6.2 och 8.4.

⁵³⁰ Se ovan under avsnitt 7.4.

att använda begrepp i rättsliga bedömningar,⁵³¹ är det inte särskilt konstigt att principen om den väsentliga grunden framstår som intetsägan-
de.⁵³² Ses den väsentliga grunden som ett rättsfaktum i en rättskulturell
kontext, i vilken väsentlighets*begreppet* inte kan ges en viss innebörd, är
principen om den väsentliga grunden utdömd redan på förhand.

I undersökningen av principen om den väsentliga grunden framkom
dock att den har använts just som en *princip*, som pekar ut en riktlinje.
En fordran uppkommer genom avtalet eller den skadegörande hand-
lingen enligt denna riktlinje. Det framkom också att det går att göra
avsteg från riktlinjen, genom att andra hänsyn kan tas i tillämpningen
av principen. NJA 2005 s 11 utgör ett exempel på detta. Då principen
om den väsentliga grunden tillämpas kommer som huvudregel, bedöm-
ningen av om en fordran har uppkommit grundas i obligationsrätten.
Men inom ramen för tillämpningen kan även andra hänsyn tas, vilket
inkluderar insolvensrättsliga sådana.⁵³³

Systemargumenten passar inte in i substantialism–funktionalism dis-
tinktionen. Det påtalades också ovan att systemargumenten inte utgör
någon egen argumentationslinje i här avsedd bemärkelse.⁵³⁴ Det beror på
att systemargumenten inte tillhandahåller en (konsekvent) linje mellan
fråga och svar, som argumenten kan följa, på samma sätt som funktiona-
lismen, villkorläran och principen om den väsentliga grunden. System-
argumenten fungerar på ett lite annorlunda sätt än argumentationslinjerna.

I kapitlet om systemargumenten ovan pekades på att de har sin grund
i att rätten är ett system, i vilket lika fall ska behandlas lika. Eftersom
systemargumenten kan tillämpas på olika nivåer av rätten – de kan till
exempel avse såväl regelplanet som ändamålsplanet – kan systemargu-
ment hävdas för att rätten ska vara koherent på exempelvis regel- eller
ändamålsplanet. Det kan bland annat framföras systemargument för att
likabehandlingsprincipen ska utgöra riktmärke för många konsekvensbe-
dömningar inom insolvensrätten (systemargument kan på så vis supple-
ra den funktionalistiska bedömningen).⁵³⁵ Liksom det kan anföras system-
argument till stöd för att fordrans uppkomst bör betyda en och samma
sak inom förmögenhetsrätten (systemargument kan på så vis supple-
ra

⁵³¹ Se ovan under avsnitt 8.2.

⁵³² Jfr ovan under avsnitt 7.1, där det lyfts fram att principen om den väsentliga grunden
har kritiserats för att vara just intetsägan-
de.

⁵³³ Se ovan under avsnitt 7.4, där rättsfaller behandlas.

⁵³⁴ Se till det följande ovan under avsnitt 5.2, om argumentationslinje och avsnitt 9.2,
om att systemargument inte utgör någon egen argumentationslinje.

⁵³⁵ Se nedan under avsnitt 11.2, samt vidare nedan under avdelning III.

villkorsläran). Systemargumenten kan alltså bistå med ytterligare supplerande argument till argumentationslinjerna.

Sammantaget kan konstateras att skillnaden mellan argumentationslinjerna inte ligger i den av funktionalismen beskrivna skillnaden mellan funktionalism och substantialism. Skillnaden ligger snarare i om frågan om fordrans uppkomst (inom insolvensrätten) ska vara en insolvensrättslig fråga eller en obligationsrättslig fråga. Anläggs en funktionalistisk bedömning medför det att frågan om fordrans uppkomst blir en insolvensrättslig fråga, och de insolvensrättsliga avvägningarna får då avgöra frågan. Villkorsläran leder i stället till att frågan om fordrans uppkomst blir en avtalsrättslig fråga, och de avtalsrättsliga avvägningarna får då avgöra frågan. I tillämpningen av principen om den väsentliga grunden kan däremot såväl obligationsrättsliga som andra hänsyn beaktas. Systemargumenten kan också användas för att öppna dörren för såväl de avtalsrättsliga som insolvensrättsliga värdena, eftersom de användas för att bistå villkorsläran och den funktionalistiska bedömningen med ytterligare argument. Avgörande är vad som anses utgöra lika fall. Normativa avvägningar måste alltså göras oavsett om villkorsläran, principen om den väsentliga grunden, den funktionalistiska bedömningen *eller* systemargumenten tillämpas i frågan om fordrans uppkomst.

10.3 Skillnader i strukturen mellan argumentationslinjerna

I villkorsläran blir alltså frågan om fordrans uppkomst en avtalsrättslig fråga, medan om en funktionalistisk bedömning vidtas blir frågan i stället en insolvensrättslig fråga (med denna avhandlings positiva avgränsning). Men hur avgörs det om frågan om fordrans uppkomst ska vara en avtalsrättslig eller en insolvensrättslig fråga? Har Högsta domstolen avgjort att frågan är en insolvensrättslig fråga? Och hur gjorde i sådana fall domstolen det? Konstaterade Högsta domstolen att frågan om fordrans uppkomst är en insolvensrättslig fråga?

Valet mellan argumentationslinjerna sker inte uttryckligen. Argumentationslinjerna skiljer sig åt i hur argumentationen struktureras – hur den byggs upp och legitimeras.⁵³⁶ Valet mellan argumentationslinjerna kan

⁵³⁶ Se vidare Andersson, H, Barthesianska meditationer s 71 ff, som på ett givande sätt belyser hur bl a språkfilosofi och strukturalism kan ge oss jurister insikter om hur fakta skapas inom det rättsliga språket samt hur argument konstrueras och legitimeras. Se även Hansson, M, Kollektivavtalsrätten exempelvis s 22 ff; Björling, Rättstillämpningens tystnad s 36 ff; Mossberg, Avtalets räckvidd I s 228 ff, samtliga om narratologi och narrativ-

på så vis ske indirekt, genom den struktur i vilken den rättsliga lösningen inordnas. Undersöks den struktur, den argumentationslinje, i vilken villkorsläran, principen om den väsentliga grunden och funktionalismen kommer till uttryck, kan vi få syn på hur val av frågeformulering leder till att vissa argument vinner gehör och hur andra indirekt väljs bort; strukturen kan liknas vid en sil, i vilken endast vissa argument blir kvar medan andra rinner ned i slasken. Genom att granska strukturen framkommer hur fråga, argument och svar hör samman.

Nedan kommer undersökningen att vara inriktad på att analysera vilka element (fråga, argument och svar) som sammanfogas i de olika argumentationslinjerna, för att skapa ett legitimerande resonemang.⁵³⁷ Vid en jämförelse mellan villkorsläran, principen om den väsentliga grunden och funktionalismen kan det sedan synliggöras hur olika element beaktas och vilka element som implicit väljs bort. Här bör också tilläggas att det rör sig om undersökningar av vad som är typiska strukturer för de olika argumentationslinjerna. Det finns även andra strukturer, varav någon kommer att uppmärksammas nedan under avsnitt 10.4. Utgångspunkt tas i villkorsläran. Därefter undersöks funktionalismen och principen om den väsentliga grunden. I och med att systemargumenten inte främst har använts som argumentationslinje, kommer de inte att behandlas i detta avsnitt.

Som framkom ovan byggs villkorsläran upp kring ett antal begrepp, vilka används för att avgöra fordrans uppkomsttidpunkt.⁵³⁸ Bland annat är begreppen fordran, förpliktelse, fordrans uppkomst och villkor centrala i villkorsläran. Begreppen ger även läran en struktur, för att avgöra en viss fordrans uppkomsttidpunkt. I läran tas utgångspunkt i just frågan om huruvida en fordran har uppkommit. Frågans formulering öppnar

analys samt med vidare hänvisningar. Narratologi och narrativanalys är mångfacetterade. Vad som i brödtexten beskrivs som struktur kan liknas vid vad som i narratologi och narrativanalys benämns som skript, vilket har beskrivits som "hur berättelserna anknäver till kulturellt betingade förväntningar om hur händelseförlopp ska utveckla sig (som om berättelserna vore 'skriptade', alltså manusstyrda).", Mossberg, a a s 233, not 893. Se även Björling, a a s 40 f. Skriptet kan sägas utgöra det förväntade, vilket här, d v s i frågan om fordrans uppkomst, handlar om de förväntade frågorna, argumenten och svaren i just frågan om fordrans uppkomst.

⁵³⁷ Se Andersson, H, Barthesianska meditationer s 89 ff, som belyser hur den strukturalistiska språkfilosofin kan hjälpa oss jurister, hur vi genom den kan få upp ögonen för de syntagmatiska förbindelserna, d v s de horisontella strukturerna, i en berättelse. En analys av de horisontella strukturerna kan vara inriktad på att se hur olika beståndsdelar tillsammans bildar en berättelse, se a st. H Andersson finner inspiration från de Saussure i denna passage. Se vidare de Saussure, Kurs i allmän lingvistik s 156 ff, om de syntagmatiska förbindelserna som får förstås som en fakterm för de horisontella strukturerna.

⁵³⁸ Se till det följande ovan under kapitel 6.

dörren mot de begrepp som används inom läran. En fordran svarar mot en förpliktelse, och en fordran har uppkommit om det finns en förpliktelse, även om fordran är villkorad enligt läran. Som huvudregel uppkommer alltså fordran genom avtalet (eller genom rättshandlingarna som grundar avtalet, beroende på hur avtalet sluts). Huvudregelns lösning öppnar dörren till den avtalsrättsliga bedömningen av vad som krävs för att ett avtal ska ha ingåtts (eller vad som krävs för att ett löfte ska vara bindande). Villkorläran är även möjlig att använda på ensidiga rättshandlingar. I sådana fall uppkommer fordran genom rättshandlingen (eller förpliktelsen) i lärans bemärkelse. Lösningens struktur kan (förenklat) kläs i en villkorssats⁵³⁹ enligt följande: "Om ett avtal (eller en rättshandling) föreligger, så har en fordran uppkommit."

Strukturen kan exemplifieras genom rättsfallet NJA 1990 s 110. Be­träffande omständigheterna i fallet kan nämnas att ett antal skuldebrev hade utfärdats av (konkurs)gäldenären före konkursutbrottet. I skuldebrev­erna fanns en klausul, vari det föreskrevs att borgenären skulle ha rätt till gottgörelse för skada om ett lån till följd av exekutiv auktion eller av annan anledning betalades i förtid. Skuldebrev­erna var alltså utfärdade före konkursutbrottet, men den omständighet som gav upphov till skadeståndet inträffade i och med konkursen. Frågan var om fordringarna hade uppkommit före konkursutbrottet och om de därigenom kunde göras gällande i konkursen.⁵⁴⁰ I domskälen återgavs ett förarbetsuttalande, som kan sägas ansluta till villkorläran.⁵⁴¹ Det relevanta avsnittet i domskälen lyder:

"[S]kadeståndsfordringar som uppkommit i anledning av konkurs men som grundar sig på förpliktelser, vilka gäldenären åtagit sig innan konkurstill­ståndet inträdde, [får] göras gällande i konkursen."⁵⁴²

Bedömningen av om fordran hade uppkommit före konkursutbrottet speglade det citerade förarbetsuttalandet:

"[Borgenärens] skadeståndsfordringar har sin grund i de förpliktelser som [gäldenären] åtagit sig genom skuldebrev­erna. Fordringarna får därför anses ha uppkommit vid skuldförbindelsernas ingående och således före konkur­sbeslutet. Hinder möter därför inte att göra fordringarna gällande i konkursen."⁵⁴³

⁵³⁹ Se vidare ovan under avsnitt 7.1, om villkorssatser.

⁵⁴⁰ Se vidare nedan under avsnitt 12.6.2, om rättsfallet och om konkursfordrans uppkomst avseende avtalsgrundade fordringar.

⁵⁴¹ Se ovan under avsnitt 6.3.

⁵⁴² NJA 1990 s 110, betänkandet st 4, som HD fattade slutligt beslut i enlighet med.

⁵⁴³ NJA 1990 s 110, betänkandet st 6, som HD fattade slutligt beslut i enlighet med.

Fordringarna hade, som synes, uppkommit, genom att gäldenären hade åtagit sig förpliktelser (rättshandlat) före konkursutbrottet. Rättsfallet ger uttryck för villkorslärans struktur. Som sagt tas i den utgångspunkt i frågan om huruvida en fordran har uppkommit och utrymme ges för de begrepp som villkorslärnan byggs upp av. Villkorslärnan öppnar i sin tur dörren till den avtalsrättsliga bedömningen av om ett avtal föreligger, medan andra argument indirekt sorteras bort i denna struktur.

Vad gäller den funktionalistiska bedömningens typiska struktur bör det först framhållas att fullgångna fordringar har uppkommit enligt denna argumentationslinje – det är om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten som den funktionalistiska bedömningen aktualiseras. Bedömningens struktur sorterar på så vis bort de fullgångna fordringarna.

Här bör också påpekas att i den funktionalistiska bedömningen omformuleras frågan i jämförelse med hur den ställs i villkorslärnan. I villkorslärnan ställs frågan om en fordran har uppkommit. I funktionalismen ställs frågan om rättsföljden i den relevanta regeln ska inträda. I bedömningen av denna fråga tas sedan avstamp i en regel, som anvisar hur bedömningen ska gå till, vilket förevisas av följande citat från Högsta domstolens domskäl i det redan behandlade NJA 2014 s 537:

”[F]rågan huruvida fordringen ska anses ha uppkommit före eller efter en viss tidpunkt, fastän inte alla för fordringens tillblivelse nödvändiga omständigheter förelåg vid det tillfället, är i hög grad beroende av ändamålet med den regel som ska tillämpas. Frågan om de nu aktuella fordringarnas uppkomst ska alltså avgöras med beaktande av syftet med den regel som avgränsar vilka borgenärer som omfattas av ackordet.”⁵⁴⁴

Regeln, som återges i citatet, föreskriver *hur* frågan om fordrans uppkomst ska avgöras, snarare än att föreskriva *när* en fordran uppkommer. En (meta)regel etableras på så vis för hur vi ska gå tillväga i bedömningen av frågan.

Efter det att detta första steg tagits har Högsta domstolen undersökt vad det relevanta syftet eller ändamålet med den bestämmelse som ska tillämpas är. Här kan emellertid inflikas att domstolen inte har begränsat sig till syfte och ändamål, domstolen har snarare sökt efter riktmärken för bedömningen.⁵⁴⁵ I och med att det frågas efter vilket riktmärke som gäl-

⁵⁴⁴ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4. Se även NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12; NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 (”Medansvar för rättegångskostnader”), HD:s domskäl st 11. Jfr även HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

⁵⁴⁵ Se ovan under avsnitt 8.4, om hur det där framkom att HD inte har begränsat sig till just syfte och ändamålen med den relevanta bestämmelsen. Bl a har principer också

ler för den relevanta *bestämmelsen*,⁵⁴⁶ sorteras indirekt andra ändamåls-skäl bort. Bedömningen inriktas på när fordran ska ha uppkommit i det enskilda fallet, snarare än när fordran ska ha uppkommit på ett allmänt plan (för den typen av fordran som är aktuell i det enskilda fallet). Följden blir att de materiella ändamålsskäl som är aktuella i det enskilda (typ)fallet får genomslag. Indirekt sorteras de formella ändamålsskäl, såsom förutsebarhet och rättssäkerhet, bort.

När syftet eller ändamålet fastställts har Högsta domstolen typiskt sett vidtagit någon form av konsekvensbedömning med grund i det fastställda riktmärket. Även intresseavvägningar har ingått i sådana konsekvensbedömningar. Bedömningen har varit inriktad på vilken ordning som innebär konsekvenser vilka är förenliga med de fastställda riktmärkena. Därefter har domstolen etablerat en regel, eller två,⁵⁴⁷ för när en fordran ska ha uppkommit i det enskilda fallet, eller snarare, för den bestämmelse som aktualiseras i det enskilda fallet.

Vid en jämförelse med villkorsläran blir det tydligt att den avtalsrättsliga bedömningen hamnar i skymundan i den funktionalistiska bedömningen. Strukturen leder in bedömningen på insolvensrättens marker (i vart fall i de frågor som ställs med avhandlingens positiva avgränsning). Det sker redan genom att frågan omformuleras till om rättsföljden ska inträda i det enskilda (typ)fallet. Valet mellan avtalsrätt och insolvensrätt sker alltså indirekt, genom den struktur i vilken den rättsliga lösningen inordnas.

I jämförelse med de andra argumentationslinjerna är principen om den väsentliga grunden mer öppen i sin struktur.⁵⁴⁸ Som lyftes ovan följer det redan av principens form.⁵⁴⁹ Principen ger en riktlinje. Den väsentliga grunden för fordringsanspråket består vanligen i avtalet eller den skadegörande handlingen. Avsteg kan dock göras från denna riktlinje, utan att det påverkar riktlinjens innehåll. Den öppna strukturen gör att principen är svårare att beskriva schematiskt. Resonemang om vad den väsentliga grunden består i kan öppna för både obligationsrättsliga avvägningar och insolvensrättsliga sådana. Det senare kan illustreras av NJA

använts som riktmärken.

⁵⁴⁶ Jfr dock HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11, där det talas om syftet med regelverket. HD har inte heller i tidigare rättsfall begränsat sig till ett riktmärke som gäller (enbart) för den relevanta bestämmelsen, se ovan under avsnitt 8.4.

⁵⁴⁷ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 8 och st 9.

⁵⁴⁸ Se till det följande ovan under kapitel 7.

⁵⁴⁹ Se ovan under avsnitt 7.4.

2005 s 11. Omständigheterna har redogjorts för ovan.⁵⁵⁰ (Har du dem färskt i minnet, kan du hoppa över nästa stycke.)

Frågan i rättsfallet var vilka fordringar som skulle omfattas av ett företagshypotek i en konkurs.⁵⁵¹ (Konkurs)gäldenären hade tecknat vissa pensionsförsäkringar för sina anställda, och gäldenären var delägare i ett ömsesidigt försäkringsbolag. Sedermera gick gäldenären i konkurs, vilket skedde i maj 1994. I december 1998 fattade styrelsen i försäkringsbolaget beslut om återbäring av medel från en pensionsförsäkring till konkursgäldenären. Gäldenären hade upplåtit ett företagshypotek i sin näringsverksamhet till en bank. Företagshypoteket omfattade endast den företagsintektningsbara egendom som fanns vid konkursutbrottet. Frågan var om gäldenären redan vid konkursutbrottet hade en fordran på de medel som av försäkringsbolaget kom att fördelas till konkursboet efter det beslut som togs i december 1998, och att denna fordran därför skulle ingå i företagshypoteket.

Högsta domstolen tog avstamp i konstaterandet att sedan konkursbeslutet har meddelats omfattar företagshypoteket endast den företagsintektningsbara egendom som finns vid konkursutbrottet. Redan här kan refererandet hållas in, och det kan noteras att detta ger uttryck för frysningsprincipen, samma frysningsprincip som har använts som riktmärke av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291 i en funktionalistisk bedömning. Bakom frysningsprincipen står typiska insolvensrättsliga argument.⁵⁵² Det kan därför konstateras att i NJA 2005 s 11 tog Högsta domstolen avstamp i en regel som baseras på funktionalistiska resonemang (i här avsedd bemärkelse).

I NJA 2005 s 11 uttalade också Högsta domstolen att om visst överskott uppkom i försäkringsbolaget hade bolaget enligt sin bolagsordning en rad olika möjligheter att fördela överskottet. Det kom domstolen att fästa avgörande vikt vid:

”Som framgått ovan fattade [försäkringsbolaget i december 1998] ett beslut om att överskottet skulle fördelas, inte i enlighet med försäkringsvillkorens förstahandsalternativ till de försäkrade genom höjning av pension under utbetalning, utan till försäkringstagarna såsom företagsanknutna medel. [Konkursgäldenärens] fordran mot [försäkringsbolaget] får vid angivna förhållanden anses i allt *väsentligt grundad* på styrelsens beslut, och [gäldenären] kan därför inte anses ha innehaft denna fordran vid konkursutbrot-

⁵⁵⁰ Se ovan under avsnitt 7.4.

⁵⁵¹ Frågan i rättsfallet omfattas följaktligen inte av avhandlingens frågeställningar, se ovan under avsnitt 1.3. Rättsfallet är dock illustrativt för hur principen om den väsentliga grunden har använts på ett allmänt plan och rättsfallet refereras av denna anledning här. Jfr även ovan i not 388.

⁵⁵² Se nedan under avsnitt 11.2.

tet. Den kan således inte anses vara omfattad av företagshypoteket. [Min kursivering.]”⁵⁵³

Som synes fann Högsta domstolen att styrelsens beslut utgjorde den väsentliga grunden för fordran. Som ovan konstaterades bestod alltså den väsentliga grunden inte i att gäldenären hade blivit delägare i försäkringsbolaget eller att gäldenären hade betalat in premierna. Styrelsens beslut utgjorde i stället den väsentliga grunden.

Avstamp togs, som sagt, i frysningsprincipen, och avgörandet skulle även kunna motiveras med den bredare beskrivning av frysningsprincipen som Högsta domstolen har använt i senare avgöranden, såsom i NJA 2009 s 291 och i NJA 2010 s 454. I dessa fall har domstolen konstaterat att frysningsprincipen innebär att förhållandena vid konkursutbrottet så långt som möjligt bör vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen, samt att förvaltarens eller enskilda borgenärs åtgärder normalt inte ska leda till en omfördelning mellan borgenärerna. I NJA 2005 s 11 fattade styrelsen i försäkringsbolaget beslutet efter konkursutbrottet. I enlighet med frysningsprincipen borde därför beslutet inte påverka fördelningen mellan borgenärerna, och medlen borde därför inte omfattas av företagshypoteket. Utgången i NJA 2005 s 11 skulle på så vis kunna förklaras med funktionalistiska skäl.⁵⁵⁴

Bestämningen av vad den väsentliga grunden är kan därigenom ske på flera olika sätt. I sin tur innebär det att principen om den väsentliga grunden inte låter sig fångas in i en schematisk beskrivning på samma sätt som villkorsläran och funktionalismen. Den är mer öppen i sin struktur. Den kan innehålla moment som ingår i såväl villkorsläran som den funktionalistiska bedömningen.

10.4 Förhållandet mellan argumentationslinjerna – funktionalism eller mångfald av argumentationslinjer och argument

10.4.1 Inledande anmärkningar

Valet mellan obligationsrätt och insolvensrätt sker alltså (vanligtvis) inte uttryckligen, utan genom den struktur, den argumentationslinje, i vilken den rättsliga lösningen inordnas. Redan i det sätt på vilken den rättsliga

⁵⁵³ NJA 2005 s 11, HD:s domskäl st 7.

⁵⁵⁴ Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 241, som finner att NJA 2005 s 11 kan motiveras med frysningsprincipen.

berättelsen byggs upp och legitimeras, sker valet mellan till exempel villkorsläran och den funktionalistiska bedömningen. Även om villkorsläran och principen om den väsentliga grunden har funnits som argumentationslinjer under lång tid i frågan om fordrans uppkomst, möjliggör den funktionalistiska bedömningens annorlunda struktur att den har kunnat anläggas i Högsta domstolens praxis på senare år. Det gäller särskilt i de typfall som ännu inte hade prövats i högsta instans, då den serie av rättsfall, som NJA 2009 s 291 utgjorde startpunkten på, tog vid.

I NJA 2009 s 291, som användes som ingång i denna avdelning, tog Högsta domstolen trots detta ett *allmänt* grepp om frågan om fordrans uppkomst. Domstolen påbjöd där att den funktionalistiska bedömningen (i här avsedd bemärkelse) generellt skulle gälla i frågan om fordrans uppkomst. Här ska nu studeras närmare hur den funktionalistiska bedömningen överordnades andra argumentationslinjer i Högsta domstolens avgörande.

I den studien har det framkommit att det är viktigt att bära med sig att utifrån funktionalismens perspektiv kan villkorsläran och principen om den väsentliga grunden pejorativt betecknas och kategoriseras som substantialism, i vilken de rättsliga lösningarna är abstrakta föregivna enhetslösningar. Bilden av funktionalism och substantialism är nämligen i allra högsta grad relevant i undersökningen av (styrke)förhållandet mellan de olika argumentationslinjerna. Den är på så vis också relevant för avdelning III och frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Undersökning i förevarande avsnitt sker i huvudsak genom en studie av NJA 2009 s 291, med inriktning på hur funktionalismen överordnades de andra argumentationslinjerna. Därutöver kommer ett fenomen i rättstillämpningen, som här benämns formalisering, uppmärksammas, vilket innebär att funktionalismen närmar sig villkorsläran.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ Många tankar har ägnats åt sådana motsatsförhållanden, i vilken en motsats överordnats en annan. (I stället för motsatser kan de också beskrivas som dualismer, distinktioner, binarismer eller till och med dikotomier beroende på hur starkt motsatsförhållandet betonas.) I det sammanhanget är antagligen Derridas *dekonstruktion* mest känd. Det är också därifrån inspiration har hämtats till detta avsnitt. Något kanske också ska sägas om dekonstruktion. Till en början kan nämnas att dekonstruktion inte kan beskrivas som en metod eller teknik. Det är något annat, se Derrida, The Villanova Roundtable s 9: "Deconstruction is not a method or some tool that you apply to something from the outside. Deconstruction is something which happens and which happens inside [...]" Se även Caputo, Deconstruction in a Nutshell s 32: "To put in a nutshell what refuses to let itself be so put, not just because, as a matter of fact, deconstruction is too complicated to summarize, but because it is, in principle, opposed to the very idea of a nutshell and bends all its efforts to *cracking* nutshells. And then to see, having said this, that *that* is

10.4.2 Om hur funktionalismen överordnades andra argumentationslinjer och argument i NJA 2009 s 291

Åter till NJA 2009 s 291 alltså. Men här är inte syftet att undersöka hur den funktionalistiska bedömningen har gått till, utan syftet är att undersöka hur funktionalismen kom att överordnas andra argumentationslinjer och argument.⁵⁵⁶ I fallet behandlades framför allt frågan om huruvida en huvudfordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet, vilket var (och är) avgörande för om konkursborgenären skulle kunna använda fordran till att kvitta med enligt 5 kap 15 § konkurslagen. Här ska först något sägas om Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst, varför refererandet av ytterligare omständigheter får dröja något.

I den egentliga bedömningen tog Högsta domstolen utgångspunkt i frågan om konkursborgenären borde få kvitta och följaktligen i frågan om huruvida rättsföljden i 5 kap 15 § konkurslagen borde inträda. Utgångspunkt togs på så vis i en funktionalistisk bedömning, eftersom rättsföljden i bestämmelsen lyftes fram i stället för frågan om huruvida en fordran hade uppkommit. Att de olika argumentationslinjerna tar sin utgångspunkt i olika frågor, framkom ovan då de olika argumentations-

not a bad way of putting what deconstruction *is*, if it is.” Dekonstruktionen är något som kan *hända* vid en (kritisk) läsning, se och jfr Andersson, H, Constructive Deconstruction s 365; Lindroos-Hovinheimo, Justice and the Ethics of Legal Interpretation s 73 ff; Caputo, Hermeneutics s 121 ff. I läsningen syftar dekonstruktionen inte till att destruera texten utan till att de-konstruera den: “[T]he writer writes *in* a language and *in* a logic whose proper system, laws, and life his discourse by definition cannot dominate absolutely. He uses them only by letting himself, in a certain way and up to a point, be governed by the system. And the reading must always aim at a certain relationship, unperceived by the writer, between what he commands and what he does not command of the patterns of the language that he uses. This relationship is not a certain quantitative distribution of shadow and light, of weakness or of force, but a signifying structure that critical reading should *produce*.”, Derrida, Of Grammatology s 172. Se även Caputo, Hermeneutics s 120: ”Deconstruction is not a simple destruction. If it causes pain, it does so by undertaking a painfully close reading of a text and shows that the text is at odds with itself, and further, that this is not bad news but a creative opening. As the late Leonard Cohen said, ”There’s a crack in everything, that’s how the light gets in.” I den kritiska läsningen har Derrida lyft fram, hur vårt tänkande ofta delas in i motsattpar, binarismer, i vilken den ena vanligen premieras så till den grad att den andra framställs som icke-rationell eller icke-vetenskaplig, se Derrida, Margins of Philosophy s 17, för ett antal sådana exempel. Se även Derrida, Writing and Difference s 357, för en dekonstruktion av binarismen natur och kultur. Se även Derrida, Positions s 41 ff. Se Andersson, H, Constructive Deconstruction s 364 ff, om detta och för en introduktion till dekonstruktion och dess möjligheter för rättsvetenskapen.

⁵⁵⁶ Se ovan under avsnitt 8.4, om den funktionalistiska bedömningen.

linjernas struktur lyftes fram.⁵⁵⁷ Redan valet av utgångspunkt innebar på så vis att funktionalismen överordnades exempelvis villkorsläran.

Även om den funktionalistiska bedömningen på så vis överordnades villkorsläran var bedömningen i sin utgångspunkt beroende av andra delar av rättssystemet. För att den funktionalistiska bedömningen alls skulle komma till stånd var (och är) den beroende av att det fanns en *bestämmelse* att inordna omständigheterna i fallet under och därtill att det fanns en rättsföljd; frågan ställdes ju om rättsföljden i den relevanta bestämmelsen skulle inträda.⁵⁵⁸ Så långt om Högsta domstolens sätt att formulera frågan på och hur frågan ens kunde ställas.

I rättsfallet ägnade domstolen ett ansenligt utrymme åt en allmän beskrivning av frågan om fordrans uppkomst. Den beskrivningen ska nu närläsas. Utgångspunkt togs i följande uttalande:

”Tidpunkten för en fordrans uppkomst har betydelse för många rättsliga spörsmål (se Adlercreutz i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Arnholm, 1969, s. 293 ff.).”⁵⁵⁹

Beskrivningen av frågan om fordrans uppkomst framstår som enkel och okontroversiell. Beskrivningen ger trots det uttryck för funktionalism. Genom beskrivningen markeras nämligen de rättsliga spörsmålen betydelse, varvid de rättsliga spörsmålen får förstås som till exempel preskription eller kvittning i konkurs. Det kan jämföras med villkorsläran som i stället öppnar dörren till en avtalsrättslig bedömning av frågan. Frågan om fordrans uppkomst karakteriseras inte ens som en egen fråga, utan snarare som en omständighet i den ovanstående beskrivningen. Det blir än tydligare genom referensen till Adlercreutz, vars bidrag refererades ovan, där framkom att han tog spjörn mot en allmän lära om fordrans uppkomst, nämligen villkorsläran.⁵⁶⁰ Adlercreutz betonade också just de

⁵⁵⁷ Se vidare ovan under bl a avsnitt 10.3.

⁵⁵⁸ En sådan inordning är även avhängig av att rätten delas in i *system*. Indelningar av rätten i offentlig rätt och civilrätt, obligationsrätt och sakrätt samt distinktioner, som kvittning och kvittning i konkurs, utgör en grund för hur vi som rättsliga aktörer inordnar ett skeende i rättssystemet. Systematiseringar av rätten är något vi drillas i redan genom juristprogrammets indelning i olika kurser och olika block, såsom indelningar i skadeståndsrätt, avtalsrätt och arbetsrätt. Kunskapen om rättens systematiseringar använder vi sedan som juridiska glasögon genom vilka vi ser på de faktiska skeendena. Den funktionalistiska bedömningen i rättsfallet kom på så vis inte till i det tomma intet, utan var beroende av rättens struktur och dess systematiseringar, se Tuori, Ratio and Voluntas s 149 ff, som beskriver rättens system som en heuristik, ett hjälpmedel för de rättsliga aktörerna, vilken de identifierar och definierar rättsliga problem med.

⁵⁵⁹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 10.

⁵⁶⁰ Se ovan under avsnitt 6.1.

olika rättsliga spörsmålets vikt.⁵⁶¹ Beskrivningen av rättsläget skulle alltså kunna ha varit en helt annan om avstamp hade tagits i villkorsläran eller i Mellqvists bidrag till diskussionen om fordrans uppkomst.⁵⁶²

Högsta domstolen beskrivning av frågan fortsatte sedan på följande sätt:

”Att en fordran inte slutligt uppkommit vid en kritisk tidpunkt hindrar inte att den i en specifik tillämpningssituation ändå kan anses ha förelegat då, om åtminstone visst eller vissa – om än inte alla – för fordringens slutliga tillblivelse nödvändiga omständigheter förelegat vid tidpunkten.”⁵⁶³

Det citerade uttalandet säger något om vad Högsta domstolen såg som huvudregel, eller i vart fall utgångspunkt i frågan om fordrans uppkomst: Det är om en fordran slutligt har uppkommit, det vill säga, får antas, om den är fullgången, som den har uppkommit. Att en fordran som utgångspunkt har uppkommit när den är fullgången är en beskrivning som Högsta domstolen uttryckligen har använt sig av i senare rättsfall.⁵⁶⁴ Beskrivningen framstår återigen som okontroversiell. Det är klart att en fordran har uppkommit när den slutligt har uppkommit – vad skulle annars *slutligt* betyda?⁵⁶⁵

Beskrivningen kan emellertid återigen kontextualiseras. Den kan läsas mot vilken utgångspunkt som vanligen tas i frågan om fordrans uppkomst, såsom exempelvis i konkurslagen. I 5 kap 1 § stadgas där:

”I konkurs får endast en fordran som har *uppkommit* innan konkursbeslutet meddelades göras gällande [...]. En fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av *villkor* eller inte är förfallen till betalning. [Min kursivering.]”

I konkurslagen föreskrivs alltså att en fordran har uppkommit, även om den är villkorlig eller inte är förfallen till betalning. Det är *konkurslagens* utgångspunkt i frågan om fordrans uppkomst. Det är också den traditionella beskrivningen i doktrinen av frågan om fordrans uppkomst. En fordran har uppkommit, även om den är villkorad.⁵⁶⁶

Konkurslagens utgångspunkt leder in bedömningen på vad ett villkor är för något och vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit. Det framkom ovan under den allmänna beskrivningen av villkorsläran, samt

⁵⁶¹ Se Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 293 ff.

⁵⁶² Se Mellqvist, Fordringars uppkomst s 165 ff. Se även ovan under kapitel 6, om den fordringsrättsliga lösning som Mellqvist har förordat.

⁵⁶³ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 10.

⁵⁶⁴ Se NJA 2017 s 237, HD:s domskäl st 20.

⁵⁶⁵ Jfr ovan under avsnitt 8.1, om att det är om fordran är svävande vid den kritiska tidpunkten som den funktionalistiska bedömningen aktualiseras.

⁵⁶⁶ Se ovan under kapitel 6.

i beskrivningen av villkorslärans struktur.⁵⁶⁷ Frågan om vad ett villkor är och vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit bestäms då oberoende av konkurslagen. Det är också vad som påbjuds i konkurslagens förarbeten.⁵⁶⁸ I kontrast till denna utgångspunkt, som står i samklang med villkorsläran, leder Högsta domstolens beskrivning i stället till att den specifika tillämpningssituationen lyfts fram, och därigenom till en funktionalistisk bedömning.⁵⁶⁹

Efter det att domstolen hade formulerat utgångspunkten för frågan om fordrans uppkomst beaktade Högsta domstolen sin egen rättspraxis. Domstolen konstaterade:

”Av praxis framgår också att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma när en fordran skall anses ha uppkommit (jfr bl.a. NJA 1957 s. 197, 1966 s. 241, 1970 s. 553, 1989 s. 185, 1996 s. 368, 2005 s. 11 och 510 samt 2007 s. 519).”⁵⁷⁰

Antalet rättsfall, som Högsta domstolen refererade till här, är överväldigande, och hänvisningsmarkören ”jfr bl.a.” indikerar att det fanns ytterligare rättskällestädd att hämta. Det finns ingen för alla fall gällande princip. Det framgår av Högsta domstolens rättspraxis. Det är den övertygande bilden domstolen förmedlar.

Uttalandet måste emellertid läsas mot vad Högsta domstolen i de refererade rättsfallen har funnit om fordrans uppkomsttidpunkt. Uttalandets betydelse preciseras nämligen då. För det syftet är det tillräckligt att lyfta fram vilken kritisk tidpunkt och vilken fordringstyp som behandlades i de refererade rättsfallen, samt vad som krävdes för att fordran skulle ha uppkommit i dessa fall. I det första refererade rättsfallet NJA 1957 s 197 gällde frågan om huruvida en viss huvudfordran hade uppkommit. I fallet hade fordran sin grund i ett avtal. Mot konkursborgenärens yrkande om kvittning i konkurs hade konkursboet invänt att huvudfordran hade uppkommit efter konkursutbrottet. Domstolen konstaterade att fordran hade sin grund i *avtalet* och att invändningen därför inte förtjänade avseende.⁵⁷¹ NJA 1966 s 241 gällde frågan om huruvida konkursboet var massaansvarigt för viss royalty. Royaltyfordringarna hade sin grund i ett förlagsavtal. Högsta domstolen uttalade: ”[...] fordran på royalty i anledning av sådan försäljning måste, i anslutning till vad förut sagts, anses

⁵⁶⁷ Se ovan under kapitel 6 och avsnitt 10.3.

⁵⁶⁸ Se NJA II 1921 s 535. Se även ovan under avsnitt 6.3, om detta uttalande i förarbetena.

⁵⁶⁹ Se ovan under kapitel 8.

⁵⁷⁰ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

⁵⁷¹ HD meddelade inte prövningstillstånd, varigenom hovrättens dom stod fast. Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitt 14.5.3.

hava uppkommit genom förlagsavtalet [...]. [Min kursivering.]”⁵⁷² NJA 1970 s 553 gällde frågan om huruvida ett par bolagsmän skulle bli ansvariga för ett kommanditbolags förpliktelser. Förpliktelserna hade sin grund i avtal. Bolagsmännen hade avgått ur kommanditbolaget. Enligt 20 § 1895 års lag om handelsbolag och enkla bolag skulle dessa inte svara för sådana förbindelser som hade uppkommit efter att de avgått. (Regeln har sin motsvarighet i 2 kap 22 § lagen om handelsbolag och enkla bolag.) Högsta domstolen fann att fordringarna hade uppkommit genom *avtalet*. NJA 1989 s 185 gällde tillämpningen av 27 § 1921 års konkurslag. I bestämmelsen föreskrevs att en säkerhet som inte var betingad vid skuldens tillkomst skulle gå åter. (Bestämmelsen motsvaras av 4 kap 12 § konkurslagen.) Fallet gällde frågan om när skulden hade tillkommit. Högsta domstolen konstaterade: ”Skulderna måste alltså anses ha tillkommit vid *avtalens* ingående. [Min kursivering.]”⁵⁷³ NJA 1996 s 368 gällde frågan om huvudfordrans uppkomst. Högsta domstolen konstaterade där: ”Har en skuld sin grund i avtal som träffats med gäldenären före konkursen kan skulden anses ha uppkommit redan vid *avtalet* även om detta fullgörs först efter konkursen. [Min kursivering.]”⁵⁷⁴ NJA 2005 s 11 gällde frågan om huruvida vissa återbäringsmedel från ett ömsesidigt försäkringsbolag skulle omfattas av en företagsinteckning. Vid tidpunkten för konkursutbrottet var nämligen konkursgäldenären delägare i det ömsesidiga försäkringsbolaget (genom att ha tecknat försäkring för sina anställda). Högsta domstolen fann att det var försäkringsbolagets *styrelses beslut* om att dela ut medlen som innebar att fordran hade uppkommit.⁵⁷⁵ NJA 2005 s 510 gällde återigen frågan om huruvida konkursboet var massaansvarigt för vissa fordringar på royalty. Royaltyfordringarna hade liksom i 1966 års fall grund i ett förlagsavtal, som hade slutits före konkursutbrottet. Och boet hade sålt varor, som omfattades av avtalet, efter konkursutbrottet. Högsta domstolen konstaterade: ”Emellertid har HD i rättsfallet NJA 1966 s. 241 uttalat att en fordran på royalty får anses ha uppkommit genom förlagsavtalet och således före konkursutbrottet. Det föreligger inte sådana omständigheter i det nu aktuella fallet att det finns skäl att frånga detta uttalande. [Min kursivering.]”⁵⁷⁶ NJA 2007 s 519 gällde frågan om huruvida ett konkursbo hade ådragit sig massaansvar, genom att det hade nyttjat en lokal efter det att ett hyreskontrakt hade löpt ut.

⁵⁷² NJA 1966 s 241, HD:s domskäl st 2. Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitt 15.7.5.

⁵⁷³ NJA 1989 s 185, HD:s domskäl st 3. Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitt 18.6.2.

⁵⁷⁴ NJA 1996 s 368, beräkandet som HD beslöt dom i enlighet med st 5. Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitten 14.4.2.2 och 14.5.2.

⁵⁷⁵ Se vidare om rättsfallet ovan under avsnitt 10.3.

⁵⁷⁶ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 5. Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitt 15.7.5.

Högsta domstolen fann att fordran hade uppkommit genom det faktiska nyttjandet.⁵⁷⁷

Som framkommer av rättsfallen är Högsta domstolens beskrivning av dem i NJA 2009 s 291 alldeles riktig – det finns ingen *för alla fall* gällande princip, för att bestämma när en fordran ska anses ha uppkommit (som kan grundas i rättsfallen). I och med att uppkomsttidpunkten för olika typer av fordringar prövades i rättsfallen, har också fordringarna fått olika uppkomsttidpunkter. Vad som dock inte framgår av domstolens beskrivning, i 2009 års fall, är att i lejonparten av de refererade rättsfall i vilka uppkomsttidpunkten för fordringar med grund i avtal (i vid bemärkelse) hade prövats uppkom fordran genom avtalets tillkomst. Det framgår av NJA 1957 s 197, NJA 1966 s 241, NJA 1970 s 553, NJA 1989 s 185, NJA 1996 s 368 och NJA 2005 s 510.

Visserligen uppkom inte fordran genom avtalet i varken NJA 2005 s 11 eller NJA 2007 s 519, men det var också i allt väsentligt tal om andra typer av fordringar i de rättsfallen. I 2005 års avgörande hade försäkringsavtal tecknats av (konkurs)gäldenären, som i sin tur ledde till att gäldenären blev delägare och sedermera fick utdelning i form av företagsanknutna medel. Som sagt fann Högsta domstolen att fordran hade uppkommit genom styrelsens beslut. I 2007 års avgörande hade fordran sin grund i ett nyttjande av en lokal utan avtalsstöd, och domstolen konstaterade uttryckligen: ”Ersättningsskyldighet i ett sådant fall uppkommer oberoende av avtalsförpliktelse [...]”.⁵⁷⁸ Det kan alltså konstateras att endast i de fall där i allt väsentligt en annan typ av fordran har behandlats (av de som refererades i citatet av domstolen) har Högsta domstolen kommit fram till en annan uppkomsttidpunkt än avtalet. *Avtalets tillkomst verkar alltså vara den generella utgångspunkten för när en fordran med grund i avtal uppkommer – det framkommer av de av Högsta domstolen refererade rättsfallen.*

Högsta domstolens beskrivning av rättsläget i NJA 2009 s 291 skulle också kunna ställas mot domstolens egen rättspraxis vad gäller avtalsgrundade fordringar och huvudfordrans uppkomst (det var de förutsättningar som gällde i NJA 2009 s 291). Då blir det än tydligare att det fanns gott stöd i rättspraxis för att en huvudfordran uppkommer genom *avtalets tillkomst* (se NJA 1916 s 154, NJA 1957 s 197, NJA 1969 C 1477 och NJA 1996 s 368).⁵⁷⁹

Sammantaget hade det givit en mer rättvisande bild av rättsläget om Högsta domstolen hade konstaterat att en sådan (huvud)fordran som har

⁵⁷⁷ Se vidare om rättsfallet nedan under avsnitt 15.7.6.

⁵⁷⁸ NJA 2007 s 519, HD:s domskäl st 6.

⁵⁷⁹ Se vidare nedan under avsnitten 14.4 och 14.5.

sin grund i ett avtal uppkommer (i vart fall som utgångspunkt) genom avtalet. Ett sådant konstaterande hade dock öppnat dörren till avtalsrättsliga bedömningar av frågan om fordrans uppkomst, vilket även sker i villkorsläran. Genom beskrivningen av Högsta domstolens egen rättspraxis undertrycktes på så vis villkorsläran. Det skapades därigenom också ett utrymme för en funktionalistisk bedömning.

Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst tog inte slut i och med konstaterandet att det inte fanns någon för alla fall gällande princip i frågan. Domstolen uttalade också:

”Att fordringen inte sällan sägs ha uppkommit när den ’väsentliga grunden’ för den förelåg kan inte uppfattas som en tillämpning av en styrande rättsprincip, utan det torde närmast vara att förstå som ett sätt att legitimera eller bekräfta en slutsats som vilar på de överväganden som det särskilda fallet föranleder.”⁵⁸⁰

Uttalandet har problematiserats i kapitel 7, där omkring 20 sidor lades på att kommentera uttalandet (direkt och indirekt). Här ska inte den undersökningen upprepas. Men det förtjänar ändå att nämnas att det där framkom att den nyss citerade beskrivningen är oegentlig, bland annat mot bakgrund av hur principen om den väsentliga grunden har använts och vilken betydelse principen har tillmätts av Högsta domstolen i andra rättsfall. Beskrivningen utgör därför ytterligare ett exempel på hur funktionalismen överordnades andra argumentationslinjer.

Så långt hade Högsta domstolen formulerat utgångspunkten för frågan om fordrans uppkomst, konstaterat att det inte fanns någon för alla fall gällande princip för att bestämma frågan samt uttalat att den väsentliga grunden inte utgjorde någon sådan princip. Domstolen hade därigenom skapat utrymme för en annan beskrivning av hur frågan om fordrans uppkomst skulle avgöras. Det utrymmet fyllde sedan Högsta domstolen med den funktionalistiska bedömningen:

”Av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt – när omständigheterna är sådana att fordringen vid den kritiska tidpunkten kan sägas ha varit svävande – är syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga (se justitierådet Palms tillägg i rättsfallet NJA 1989 s. 185 och där anförd litteratur, jfr bl.a. Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 386 not 251, Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag En kommentar, 2001, s. 645 samt Tjaum, Valuta- og renteswaper, 1996, s. 413 ff. och Sæbø, a.a. s. 442 men även Mellqvist i Ratio omnia vincit, Vänbok till Trygve Hellners, 1998, s. 165 ff. och Walin, Materiell konkursrätt, 2 uppl. 1987, s. 25 not 8).”⁵⁸¹

⁵⁸⁰ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11.

⁵⁸¹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12.

Här lyfte Högsta domstolen särskilt fram bestämmelsens syfte, för att avgöra fordrans uppkomsttidpunkt. Vilket stöd domstolen angav för detta kan särskilt uppmärksammas – och vilka rättskällor som domstolen *inte* hänvisade till.

Som framgår av citatet använde domstolen tre olika hänvisningsmarkörer, se, jämför och men även. Högsta domstolen hänvisade till ett tillägg av justitierådet Böret Palm med se-markören. Det kan i och för sig ifrågasättas, varför särskild vikt lades vid ett tillägg, men det framgår också av hänvisningen att hon hade anfört en del litteratur för sitt påstående. Det finns därför skäl att särskilt uppmärksamma Palms tillägg i NJA 1989 s 185. Hon uttalade där bland annat:

”Spörsmålet när en fordran, som beror av flera successivt inträffande omständigheter, skall anses tillkommen har sedan lång tid uppmärksamats i skilda sammanhang där tidpunkten har betydelse för en rättslig bedömning (se som exempel Nial i rättsfallet NJA 1943 s 370, ang då gällande 133 § 2 st sista p UL; Welamson: Konkursrätt, 1961, s 441 f, jfr NJA 1966 s 241 och 1981 s 801, ang 100 § 1921 års KL; samt Rodhe: Handbok i sakrätt, 1985, s 323 f, ang 6 kap 7 § JB; jfr Lindskog: Kvittning, 1984, s 153–159). Enligt en tolkningsregel är svaret att söka i det rättsfaktum som utgör den ’väsentliga grunden’ för fordringen, medan i andra fall huvudvikten läggs vid överväganden som rör avtalsparternas rådighet över fordringens tillkomst. En utgångspunkt för hur begreppet fordringens eller skuldens tillkomst skall tolkas i det enskilda fallet måste vara ändamålet med den bestämmelse som tillämpningen gäller.”⁵⁸²

Av tillägget framgår att frågan i det fallet främst gällde uppkomsten av fordringar som hade sin grund i varaktiga avtal – det är i vart fall det hänvisningarna avser. Palm uttalade sig också om frågan om fordrans uppkomst generellt, eftersom hon konstaterade att en utgångspunkt *måste* vara ändamålet med den bestämmelse som tillämpningen gäller. Det är dock inte vad hänvisningarna avser, och något stöd för att ändamålet måste vara avgörande anger inte Palm.

De därpå följande hänvisningarna som Högsta domstolen gjorde i NJA 2009 s 291 till stöd för den funktionalistiska bedömningen försågs med den något vaga jfr-markören.⁵⁸³ Det finns därför särskilda skäl att undersöka vad som står i de refererade rättskällorna. Den första referensen här avsåg Torgny Håstads Sakrätt. På det refererade stället påpekar Håstad att det finns uttalanden i förarbetena om fordrans uppkomst gällande 5 kap 1 § konkurslagen (bevakningsrätten). Han menar dock att bestämmel-

⁵⁸² NJA 1989 s 185, justitierådet Palms tillägg.

⁵⁸³ Se vidare Mossberg, Avtalets räckvidd I s 280 ff, med vidare hänvisningar, om hänvisningsmarkörer däribland jfr-markören.

sen i 5 kap 15 §, angående kvittning i konkurs, har en annan funktion, varför det inte kan tas utgångspunkt i att uppkomsttidpunkten för konkursborgenärens fordran, såvitt avser bevakningsrätten, ska bestämmas efter samma kriterier, som uppkomsttidpunkten, såvitt avser kvittningsrätten.⁵⁸⁴ Högsta domstolen refererade, med justitierådet Lindskog som referent, även till Lindskog i detta sammanhang. På det refererade stället diskuterar han vad som ska utgöra gammal respektive ny skuld i 2 kap 20 § lagen om handelsbolag och enkla bolag. I den diskussionen anger Lindskog att syftet med bestämmelsen bör vara avgörande. Han påpekar även att fordrans uppkomst i allmänhet bör bestämmas utifrån de skyddssyften, intressen och funktioner som aktualiseras i tillämpningen av de olika bestämmelserna och att det därför är ”förfelat att försöka fastställa generella principer”⁵⁸⁵ i frågan om fordrans uppkomst.⁵⁸⁶

Därutöver hänvisades till två norska rättskällor, som stöd för att en funktionalistisk bedömning skulle utföras, nämligen Arne Tjaums Valuta- og renteswaper och Rune Sæbøs Motregning. I sitt verk uttrycker Tjaum att fordrans uppkomst ska bedömas relativt, utifrån de rättsliga konsekvenser som efterfrågas (i det specifika typfallet).⁵⁸⁷ Sæbø citerar Tjaums uttalande och menar att huvudfordrans uppkomst bör bedömas på olika sätt beroende på vilket typfall som föreligger.⁵⁸⁸

Högsta domstolen hänvisade också till Mikael Mellqvist och Gösta Walin. Hänvisningarna försågs med men även-markören, som får anses markera någon sorts motsättning. Mellqvists bidrag har redan behandlats ovan under kapitel 6. Här kan nämnas att Mellqvist tar utgångspunkt i fordringsbegreppet och hur det ska bestämmas i bedömningen av fordrans uppkomst. Han tar alltså inte utgångspunkt i till exempel syftena eller ändamålen med de olika bestämmelserna. I det uttalande av Walin som hänvisades till går Walin i polemik med Håstad. Walin framför:

”Håstad [...] uttalar, att eftersom 100 och 121 §§ ÄKL (nu 5:1 och 5:15–16 KL) hade olika syften behövde man inte arbeta med samma villkorliga fordringsbegrepp. Om man överhuvud skall arbeta med begrepp förefaller dock rimligt att begreppet uppfattas som enhetligt åtminstone i en och samma lag.”⁵⁸⁹

⁵⁸⁴ Se Håstad, Sakrätt s 386.

⁵⁸⁵ Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag, 1 uppl s 645 f. Se även Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 kap 22 §, under 5.2 (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

⁵⁸⁶ Se vidare ovan under avsnitt 1.3, om Lindskogs principiella synpunkt i frågan om fordrans uppkomst.

⁵⁸⁷ Se Tjaum, Valuta- og renteswaper s 413 ff.

⁵⁸⁸ Se Sæbø, Motregning s 442.

⁵⁸⁹ Walin, Materiell konkursrätt s 25, not 8.

Med tanke på vad Mellqvist och Walin har framfört på de ställen som refereras till var men även-markören helt klart berättigad.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Högsta domstolens hänvisningar spretar (vilket också markörerna indikerar). Något enhetligt stöd för att syftet skulle ha stor betydelse i frågan om (huvud)fordrans uppkomst fanns inte i den svenska doktrinen. Mer stöd hade kunnat anges för principen om den väsentliga grunden, genom en not som den här.⁵⁹⁰ ⁵⁹¹ Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst är inte neutral. Den överordnade funktionalismen, genom att domstolen särskilt lyfte fram aspekter i rättskällematerialet som stödde den funktionalistiska bedömningen och undertryckte vad som inte stödde den. Här har bara några exempel lyfts fram. Det går att ange ytterligare.⁵⁹²

I avgörandets struktur ligger dock att det måste vara reduktionistiskt; domstolens uppgift är att avgöra målet. Domstolen kan inte stanna vid ett konstaterande av att rättsläget är oklart. Domstolen kan inte heller nöja sig med att konstatera att det finns flera argumentationslinjer i frågan om fordrans uppkomst och att svaret beror på vilken som väljs. Domstolens verksamhet karakteriseras av att ett potentiellt pluralistiskt rättskällematerial raffinerar till ett dualistiskt, genom parternas försorg. Det dualistiska raffinerar sedan ytterligare en gång genom domstolens försorg och utmynnar slutligen i *ett* besked, om rättslagets beskaffenhet såvitt avser den fråga varom tvisten rörde.⁵⁹³

Den funktionalistiska argumentationslinjen överordnades alltså andra argumentationslinjer och argument genom en rad olika grepp. Det framgick trots detta redan inledningsvis att funktionalismen är beroende av rätten som system, för att en funktionalistisk bedömning ska kunna utföras. Omständigheterna måste kvalificeras för att en funktionalistisk bedömning ska kunna komma till stånd, vilket sker med hjälp av rättsens systematiseringar. Den funktionalistiska bedömningen är även uttryckligen beroende av att en bestämmelse finns. I Högsta domstolens allmänna beskrivning av den funktionalistiska bedömningen i NJA 2009

⁵⁹⁰ Principen om den väsentliga grunden har ansetts vara avgörande i frågan om fordrans uppkomst inom konkursrätten, se NJA 1981 s 801; NJA 1998 s 834; NJA 2004 s 836; prop 1986/87:90 s 123; Ekdahl, Om fordran i konkurs s 5 ff; Welamson, L, Konkursrätt s 441 f; Hessler, Allmän sakrätt s 505.

⁵⁹¹ En not som den direkt ovan hade också varit reduktionistisk, eftersom kritiken mot principen om den väsentliga grunden hade undertryckts. Se vidare ovan under kapitel 7, om den kritiken.

⁵⁹² Se vidare nedan under avsnitt 14.4.

⁵⁹³ Se Schlag, Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening s 815 ff.

s 291 uttrycktes nämligen att fordrans uppkomst ska avgöras med ledning av syftet och ändamålet med den *bestämmelse* vars tillämpning är i fråga.⁵⁹⁴ Den funktionalistiska bedömningen är därigenom beroende av att en *bestämmelse* kommer i fråga.

Högsta domstolen konstaterade också att bedömningen (som i här avsedd mening ger uttryck för funktionalism) aktualiseras då fordran var svävande vid den kritiska tidpunkten. Var fordran fullgången hade den alltså redan uppkommit. Den funktionalistiska bedömningen tog (och tar) på så vis avstamp i en *begrepps*distinktion, medelst vad som med grund i funktionalismen skulle kunna karakteriseras som substantialism.⁵⁹⁵

En total funktionalism är inte genomförbar – i vart fall inte om vi ska upprätthålla juridiken som vi känner den. En funktionalistisk bedömning är i stället parasitisk till sin karaktär, eftersom den sker i rättens system och är beroende av rättens bestämmelser och deras syften och ändamål samt de rättsliga begreppen.⁵⁹⁶

Hittills har Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst i NJA 2009 s 291 behandlats. Även i domstolens bedömning av huvudfordrans uppkomst kan en hel del utvinnas om förhållandet mellan funktionalismen och andra argumentationslinjer. Fallet har berörts ovan,⁵⁹⁷ men det finns nog skäl att påminna om omständigheterna, då de kan vara bra att ha dessa i synfältet när rättsfallet behandlas. (Har du redan det, kan du hoppa till nästa stycke.) I rättsfallet avsåg huvudfordran återbetalning av en förskottsbetalning. (Konkurs)gäldenären hade erlagt förskottsbetalningen till (konkurs)borgenären före konkursutbrottet. Betalningen avsåg varor, som (konkurs)borgenären skulle leverera mot avrop. Något avrop kom trots det aldrig till stånd. Konkursboet kom i stället att begära att förskottet skulle återbetalas. Det var alltså konkursboets begäran om återbetalning av förskottet som omvandlade fordran till en penningfordran (samt att konkursborgenären valde att inte begära att få leverera).

⁵⁹⁴ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12. Se även NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 5; NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4. Jfr HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"), HD:s domskäl st 11, där det uttalas att det är syftet med regelverket som ska ha stor betydelse.

⁵⁹⁵ Se ovan under avsnitten 5.2 och 10.2.

⁵⁹⁶ Jfr Schlag, Formalism and Realism in Ruins s 210, där han beskriver realismen som en icke-komplett grund för (den västerländska) rätten, som en protestantisk tradition vilken är parasitisk på en redan existerande rättslig struktur. Se vidare a a s 195 ff, där diskussionen om formalism och realism beskrivs i en amerikansk kontext.

⁵⁹⁷ Se ovan under avsnitt 8.4.1.

Högsta domstolen undersökte flera aspekter av frågan, exempelvis om den omständigheten, att det var konkursförvaltaren som gjorde huvudfordran fullgången, hade betydelse för huvudfordrans uppkomsttidpunkt:

”Det förhållandet att penningfordringen således har varit beroende av konkursboets åtgärd talar mot att tillåta kvittning (jfr Linskog, Kvittning, s. 168 f.). En rätt till kvittning innebär att borgenären får en opåräknad fördel, eftersom han före konkursbeslutet inte kunnat räkna med att fordringen hos gäldenären skulle kunna säkras genom kvittning i en eventuell konkurs. Det är mindre förenligt med principen om borgenärernas lika ställning och den s.k. frysningsprincipen. Den senare principen innebär att förhållandena vid konkursbeslutet bör så långt det är möjligt vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen (NJA 1973 s. 635 och 1982 s. 900). Därav följer att konkursförvaltarens åtgärder helst inte skall leda till en omfördelning mellan borgenärerna.”⁵⁹⁸

Här bör särskilt noteras hur frysningsprincipen användes i den funktionalistiska bedömningen. Principen påverkade den funktionalistiska bedömningen. Den fick också en specifik innebörd, nämligen ”att förhållandena vid konkursbeslutet bör så långt det är möjligt vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen [...]”.⁵⁹⁹

Högsta domstolens användande av frysningsprincipen uppvisar likheter med vad som från funktionalistiskt håll skulle kunna beskrivas som substantialism. Frysningsprincipen gavs ett specifikt innehåll. Innehållet användes i sin tur för att avgöra fallet. Högsta domstolens användning av frysningsprincipen kan ställas i kontrast mot att domstolen i samma rättsfall slog fast att det inte finns någon för alla fall gällande princip, för att bestämma när en fordran ska anses ha uppkommit. Däremot kan alltså andra principers *substantiella* innehåll påverka den funktionalistiska bedömningen av om en fordran har uppkommit – i vart fall i Högsta domstolens egen bedömning.

Ytterligare ett exempel kan tas från hur Högsta domstolen avgjorde frågan om huvudfordrans uppkomst, för att åskådliggöra förhållandet mellan funktionalismen och vad som från densammes håll beskrivs som substantialism. Frågan som prövades i NJA 2009 s 291 liknade en fråga som tidigare hade avgjorts av domstolen i NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368. Även i dessa fall gällde frågan huruvida huvudfordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet, då konkursförvaltarens åtgärder

⁵⁹⁸ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16.

⁵⁹⁹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16.

hade gjort att fordran blev fullgången efter konkursutbrottet.⁶⁰⁰ I de båda äldre rättsfallen hade köpeavtal ingåtts mellan (konkurs)gäldenären och (konkurs)borgenären före konkursutbrottet, i vilket (konkurs)gäldenären var naturagäldenär. Konkursboet hade sedermera levererat varorna och därigenom gjort konkursborgenärens (köparen, som egentligen var penninggäldenär i det rättsförhållandet) förpliktelse att betala för varorna fullgången. I 1996 års rättsfall stod också klart att boet hade inträtt i avtalet. I NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 hade Högsta domstolen kommit fram till att fordran uppkommit genom avtalet, vilket innebär att kvittning fick ske.

I NJA 2009 s 291 särskilde dock Högsta domstolen situationen som förelåg i 2009 års fall mot den situationen som förelåg i de tidigare rättsfallen. Detta särskiljande skedde med hjälp av begreppsparet naturaskuld och penningsskuld:

”En viktig skillnad mellan de två typfallen sammanhänger emellertid med att, när en konkursgäldenär enligt ett ingånget avtal är säljare, hans medkontrahent, köparen (sedermera konkursborgenären), vid konkursbeslutet har en penningsskuld, inte som i detta mål en leveransskyldighet, till konkursgäldenären. Visserligen har enligt dispositiv rätt köparen ingen skyldighet att infria köpeskillingsskulden förrän leverans skett, men det står honom fritt att göra så. Just det förhållandet att penningsskulden på angivet sätt förelegat som fullgången vid konkursbeslutet och alltså då kunnat infrias förskottsvis genom betalning eller kvittning – vilket innebär att det till huvudfordringen knutna tidsrekvisitet i 5 kap. 15 § första stycket konkurslagen rent rättstekniskt måste anses uppfyllt – har HD uttryckligen fäst avgörande vikt vid när kvittning tillåtits i rättsfallet NJA 1996 s. 368.”⁶⁰¹

Högsta domstolen konstaterade att de tidigare rättsfallen gällde penningsskulder, medan det i detta fall förelåg en leveransskyldighet vid konkursutbrottet (en naturaskuld). Domstolen framhöll att det var en annan situation (med skäl som framgår av citatet ovan). I NJA 2009 s 291 kom Högsta domstolen sedan fram till att fordran inte hade uppkommit före konkursutbrottet och alltså inte kunde användas till kvittning. Betydelsen av begreppsparet natura- och penningsskuld kom på så vis att påverka den funktionalistiska bedömningen och domslutet. Från funktionalistiskt håll skulle det kunna anföras att en begreppsbestämning hade avgörande betydelse för domslutet. Att låta begreppsbestämningar påverka avgöranden brukar beskyllas för att vara substantialism sett utifrån funktionalismens perspektiv.

⁶⁰⁰ Se även NJA 1969 C 1477 samt nedan under kapitel 14, för en vidare och fördjupad diskussion om huvudfordrans uppkomst.

⁶⁰¹ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 20.

Två exempel har nu givits på att även i en funktionalistisk bedömning används begrepp och principers innehåll. Tidigare påtalades också att den funktionalistiska bedömningen är beroende av rättens system, för att omständigheterna i rättsfallet ska kunna kategoriseras, samt att den funktionalistiska bedömningen, i dess idealtypiska form, behöver en bestämmelse att utgå från. Funktionalismen är alltså parasitisk till sin karaktär. En funktionalistisk bedömning kan inte ske ut i det tomma intet. Den kan inte heller skiljas från det rättsliga görandet, från det rättsliga språket, i vilken den tar sig uttryck.⁶⁰²

Sammantaget kan skillnaden mellan den funktionalistiska bedömningen och till exempel villkorläran inte förklaras med distinktionen funktionalism–substantialism. Funktionalismen ger i sådana fall också uttryck för substantialism. Distinktionen har därmed nära nog tappat sin betydelse. Som beskrevs ovan under avsnitt 10.2 består skillnaden mellan exempelvis villkorläran och den funktionalistiska bedömningen i stället i om frågan om fordrans uppkomst ska vara en avtalsrättslig eller en insolvensrättslig fråga.

10.4.3 Formalisering av en funktionalistisk bedömning

För att ytterligare studera (styrke)förhållandet mellan funktionalismen och andra argumentationslinjer kan en annan sorts bedömning uppmärksammas. I prejudikat (och i andra rättskällor) refereras emellanåt till Högsta domstolens domar, som om de innehöll det fullständiga svaret på den fråga som ska avgöras i fallet (eller den frågan som diskuteras). Ett legitimerande av den valda lösningen sker genom att domstolen (endast) hänvisar till *ett* tidigare rättsfall. Om det på så vis refereras till ett tidigare rättsfall, där en funktionalistisk bedömning har gjorts, händer det något intressant med den bedömningen: Den formaliseras, i bemärkelsen blir formell. Bedömningen behöver inte utföras på nytt, utan det hänvisas till den tidigare bedömningen som om den innehöll det fullständiga svaret på frågan. Just den formaliseringen får tjäna som nästa studieobjekt i undersökningen av förhållandet mellan funktionalism och andra argumentationslinjer.⁶⁰³

⁶⁰² Se vidare Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning kap 8. Jfr även ovan under avsnitten 2.2 och 7.3.

⁶⁰³ Se vidare Andersson, H, Pragmatism och formalism s 70 ff, som sätter fingret på hur vissa lösningar och visst legitimerande kan ske genom att bli prejudikat refereras till som om de själva innehöll svaret: "Strategin blir därmed att formellt kunna återföra lösningen på en redan befintlig materia, som genom sin stringenta utläggning direkt förmår ge det anvisade svaret.", a a s 70. H Andersson beskriver hur ett sådant grepp ger en välgrundad och konsistent bild, men han menar att en fullständig analys ofta skulle behöva innehålla

Ett exempel på en sådan formalisering finns i rättsfallet HFD 2016 ref 62. Den huvudsakliga frågan i målet gällde om en viss fordran skulle ingå i ett offentligt ackord. En arbetsgivare hade ansökt om och beviljats företagsrekonstruktion. Staten hade utbetalt lönegaranti i rekonstruktionen, vilket gav staten en regressrätt mot arbetsgivaren. Det legala stödet för denna ordning finns i 28 § lönegarantilagen.⁶⁰⁴ I rekonstruktionen hade det också beslutats om ett offentligt ackord. Ett sådant ackord omfattar endast vissa av de fordringar som har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion, vilket följer av 3 kap 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion. För att statens regressfordran på arbetsgivaren inte skulle ackorderas ned med ackordsdividenden, behövde arbetstagarnas lönefordran ha uppkommit efter ansökan om företagsrekonstruktion i detta fall.

Innan formaliseringen av den funktionalistiska bedömningen undersöks närmare, kan erinras om den funktionalistiska bedömningens struktur, vilken redogjordes för ovan i avsnitt 10.3. Högsta förvaltningsdomstolen tog avstamp i just den strukturen, genom att först redogöra för lagregeln, sedan frågan samt sist metodregeln (det vill säga att frågan om fordrans uppkomst i hög grad beror på ändamålet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga). Därefter uttalade likafullt domstolen följande:

”Med avseende på situationen vid en företagsrekonstruktion uttalar Högsta domstolen i avgörandet NJA 2014 s. 537 att frågan om tidpunkten för fordringarnas uppkomst ska avgöras med beaktande av syftet med den regel som avgränsar vilka borgenärer som omfattas av ackordet, dvs. 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion. Högsta domstolen konstaterar att om det rör sig om en fordran för en prestation, som gäldenärsföretaget i enlighet med det före den kritiska tidpunkten träffade avtalet därefter har tillgodogjort sig, men som borgenären inte har varit skyldig att presterat annat än mot samtidig avtalsenlig betalning, omfattas vederlagsfordran inte av ackordet. Den anses då uppkommen efter den kritiska tidpunkten i 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion.”⁶⁰⁵

Här avvek Högsta förvaltningsdomstolen tydligt från strukturen för den funktionalistiska bedömningen. Domstolen inventerade nämligen inte

ytterligare ett antal premisser, som möjligen skulle kunna visa på alternativa lösningar, se a s 70 ff. Greppet benämner H Andersson som formalism i jämförelse med pragmatism, se a st. Jfr även Weinrib, *The Idea of Private Law* s 22 ff, som beskriver civilrätten (private law) utifrån ett formalistiskt perspektiv. Se även Schlag, *Formalism and Realism in Ruins* s 201 ff, för en sammanfattning av formalismen samt för vidare hänvisningar till bl a Weinrib och för kritik mot densamme.

⁶⁰⁴ Se vidare nedan under avsnitt 16.5.2.

⁶⁰⁵ HFD 2016 ref 62, HFD:s domskäl under rubriken Statens regressfordran vid offentligt ackord, Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.

vilka ändamål och syften (vilka riktmärken)⁶⁰⁶ som kunde tänkas vara relevanta i den fråga som domstolen hade att bedöma. Högsta förvaltningsdomstolen utförde inte heller någon konsekvensbedömning med grund i något av de relevanta riktmärkena.⁶⁰⁷ I stället hänvisade Högsta förvaltningsdomstolen enbart till den regel som Högsta domstolen hade uttalat i NJA 2014 s 537, trots att Högsta förvaltningsdomstolen inledningsvis uttalade att en funktionalistisk bedömning skulle göras.⁶⁰⁸ Regeln återgavs som om den ensamt innehöll svaret på den fråga som domstolen hade att bedöma. På så vis kom avgörandet att präglas av den här beskrivna formalismen.

Den av Högsta förvaltningsdomstolen använda regeln grundades i sin tur i en funktionalistisk bedömning. Som nämndes strax ovan medför en sådan formalisering av en funktionalistisk bedömning att det händer något intressant med den funktionalistiska bedömningen. I och med att domstolen inte gjorde någon egen funktionalistisk bedömning, utan enbart refererade till den tidigare regeln, etablerades inte någon ny regel för det nya (typ)fall som domstolen hade framför sig. Formaliseringen av det tidigare avgörandet från Högsta domstolen förstärkte och breddade därför tillämpningsområdet för den tidigare regeln. Fordrans uppkomst får en specifik betydelse i form av den regel som etablerades i NJA 2014 s 537 och förstärktes av HFD 2016 ref 62. Formaliseringen av den funktionalistiska bedömningens lösning gör att lösningen får en form som mer liknar villkorläran i dessa fall. Närmare bestämt i den bemärkelsen att den funktionalistiska bedömningen leder till en viss regel med mer allmän räckvidd.

Kanske är också en formalisering av de funktionalistiska lösningarna i någon mån ofrånkomlig. På sätt och vis hör det ihop med prejudikatets natur. En funktionalistisk bedömning från högsta instans resulterar nästan alltid i ett prejudikat.⁶⁰⁹ Ofta utmynnar domskälen i en regel (eller en princip), som manifesterar prejudikatet explicit (eller i vart fall delar av prejudikatet), såsom den regel Högsta förvaltningsdomstolen, enligt vad som precis sagts, återgav från NJA 2014 s 537. Den funktionalistiska

⁶⁰⁶ Se ovan under kapitel 8, om riktmärken för den funktionalistiska bedömningen och om vad som kan utgöra riktmärken.

⁶⁰⁷ Här kan inflikas att andra syften och ändamål, än de som anfördes i NJA 2014 s 537, kunde och kanske borde ha lyfts fram. Se vidare nedan under avsnitt 16.5.2.

⁶⁰⁸ Mot bakgrund av den refererade regeln fann HFD att statens regressfordran hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten, eftersom arbetstagarna inte hade varit skyldiga att presterat annat än mot avtalsenlig lön, se vidare nedan under avsnitt 16.5.2.

⁶⁰⁹ Reglerna om ändringsdispens och vad HD finner bevisat kan förstås innebära att avgörandet inte kommer att innehålla något prejudikat (i bemärkelsen att det är till ledning för rättstillämpningen).

bedömningens resultat, prejudikatregeln, innebär att funktionalismen i någon mening kommer att närma sig de enhetslösningar som från funktionalismens perspektiv substantialismen sägs innebära. Det blir följden av att fordrans uppkomst får en specifik betydelse i dessa fall, genom domstolens prejudikatbildande funktion. Det förstärks av en formalisering, eftersom prejudikatets betydelseområde då förstärks och det kan dessutom bli större än vad som annars hade varit fallet.

Resonemangent kan konkretiseras. Frågan om huruvida en fordran ska ingå i ett offentligt ackord beror, som sagt, på om den har uppkommit före eller efter ansökan om företagsrekonstruktion. I rättsfallet NJA 2014 s 537 behandlades en sådan fråga. Ett avtal hade ingåtts före ansökan om företagsrekonstruktionen, enligt vilket en transportör skulle utföra järnvägstransporter. Vissa transporter ställdes in under rekonstruktionen, vilket gav transportföretaget rätt till viss ersättning. Fordringarna avsåg ersättning för inställda transporter. Frågan i målet var om dessa fordringar skulle ingå i ackordet. Högsta domstolen utförde en funktionalistisk bedömning och kom fram till följande regel:

”Om det rör sig om en fordring för en prestation, som gäldenärsföretaget i enlighet med det före den kritiska tidpunkten träffade avtalet därefter har tillgodogjort sig, men som borgenären inte har varit skyldig att prestera annat än mot samtidig avtalsenlig betalning, omfattas vederlagsfordringen inte av ackordet.”⁶¹⁰

Redan genom etablerandet av denna regel kommer fordrans uppkomst att betyda något specifikt. Missförstå mig inte nu, fordrans uppkomst får inte en generell betydelse, men fordrans uppkomst får en betydelse (för detta typfall) såvitt avser lagen om företagsrekonstruktion.⁶¹¹ Prejudikatet i sig leder till att funktionalismen närmar sig till exempel villkorsläran, i den meningen att fordrans uppkomst får en specifik betydelse. Funktionalismens metodregel (att syftet och ändamålet med regeln som aktualiseras i det enskilda fallet ska ha stor betydelse) och i sin tur den funktionalistiska bedömningen leder till att domstolen ställer upp en materiell regel. Högsta förvaltningsdomstolens formalisering av detta prejudikat leder dessutom till att prejudikatets betydelseområde kommer att bli än större. Formaliseringen förstärker funktionalismens rörelse mot en ”substantiell” form som kan liknas vid till exempel villkorslärans.

⁶¹⁰ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 8.

⁶¹¹ Jfr Gustafsson, L E & Renman, Ackord s 74: ”Högsta domstolens avsikt i [NJA 2009 s 291] kan inte antas ha varit att skapa ett fullständigt fragmentiserat rättsläge med minimal förutsebarhet i frågan när en fordran uppkommer. Det framgår av ett antal efterföljande rättsfall att en fordrans uppkomsttidpunkt ska bestämmas enligt en typfallsinriktad metod.”

Mot denna bakgrund kan funktionalistiska lösningar och villkorslärans lösning jämföras. Skillnaden mellan dem kan beskrivas som en skillnad i abstraktionsnivå, nämligen avseende på vilken abstraktionsnivå fordrans uppkomst ska få en specifik betydelse. Villkorslärans innebär att fordrans uppkomst får en allmän innebörd för avtalsgrundade fordringar (vilket i sin tur öppnar dörren för avtalsrättsliga bedömningar).⁶¹² I en funktionalistisk bedömning av frågan om fordrans uppkomstidpunkt ges i stället en specifik betydelse avseende en viss bestämmelse (och för vissa typfall). Betydelsen tar sig uttryck i en regel. Regelns betydelse kan förstärkas och vidgas av en formalisering. En strikt upprätthållen funktionalism, i bemärkelsen att nya syften och ändamål inventeras och en ny konsekvensbedömning görs med grund i dessa för varje nytt typfall, kommer alltså inte alltid till stånd, trots att funktionalismen tenderar mot kasuism. I stället kommer de funktionalistiska lösningarna att likna villkorslärans, såtillvida att de båda resulterar i att fordrans uppkomst får en viss betydelse i form av en regel. Skillnaden mellan funktionalistiska lösningar och villkorslärans handlar alltså om på vilken abstraktionsnivå fordrans uppkomst ska få en viss betydelse.

En sådan formalisering av funktionalismen kan till viss del sägas vara naturlig, eftersom en total relativisering av begreppen leder tillämpningen bort från juridiken, i vart fall bort från den regelbundna juridiken (i dubbel bemärkelse).⁶¹³ Juridikens kärna kan sägas bestå av att det finns en på förhand bestämd regel (eller annan norm), som kan tillämpas i de enskilda fallen.⁶¹⁴ Om funktionalismen skulle innebära att en ny regel måste konstrueras för varje enskilt fall skulle inte juridiken finnas kvar som vi känner den, och rimligen kan ingen förespråka en så konsekvent driven funktionalism.

⁶¹² Se ovan under avsnitt 6.2.

⁶¹³ Jfr Schlag, *Formalism and Realism in Ruins* s 217 f, som uttalar följande om den amerikanska realismen: "Meanwhile, the challenge that realism poses to formal architectures is well known. If left unchecked over time, instrumentalism, practicality, and contextualism will integrate ends, purposes, and objectives into legal identities (until those identities eventually lose their integrity). Another way of putting it is that some architecture and some relatively fixed and enduring identities are needed, if only to think, and these cannot be furnished by consequentialism, practicality, and contextualism alone. [Noter uteslutna.]"

⁶¹⁴ Se exempelvis Tuori, *Rättens nivåer och dimensioner* s 13: "Ett domstolsavgörande kan inte anses vara godtagbart om det inte grundar sig på en *allmän* rättsnorm som underbygger domstolens beslut i det enskilda fallet. Kravet på denna typs universaliserbarhet (generalitet) följer av den formella likställighetsprincipen eller den formella rättvis principen. Principen förutsätter att lika fall behandlas lika och olika fall olika. Ett domstolsavgörande uppfyller inte kravet på likställdhet om det inte kan anta formen av en logisk syllogism."

10.5 Avslutande kommentar

Ingången i kapitlet (och i avdelningen) var Högsta domstolens allmänna beskrivning av frågan om fordrans uppkomst i NJA 2009 s 291. I föregående avsnitt har det synliggjorts hur funktionalismen överordnades andra argumentationslinjer i det nämnda rättsfallet och hur denna överordning kan problematiseras. Redan genom att beakta undersökningen av villkorsläran och principen om den väsentliga grunden framträder emellertid en problematisering av denna överordning. Villkorsläran och principen om den väsentliga grunden har påverkat och *påverkar* frågan om fordrans uppkomst, trots att Högsta domstolen konstaterade att det inte finns någon för alla fall gällande princip i frågan om fordrans uppkomst.⁶¹⁵ Det finns alltså en spänning mellan den allmänna bild som Högsta domstolen tillhandahållit i frågan om fordrans uppkomst och den bild som har framkommit här. Funktionalismen kan inte sägas vara den enda argumentationslinjen i frågan om fordrans uppkomst. Rättsläget är mer komplext än så.

Missförstå mig inte nu. Jag menar inte att vi ska återvända till *en* allmän lära om fordrans uppkomst. Förutsättningarna för samtalet om fordrans uppkomst har förändrats sedan von Jhering, Windscheid, Scheel, Schrevelius, Nordling, Torp, Serlachius, Platou, Lassen och Ussing redogjorde för villkorsläran, som sättet på vilket frågan om fordrans uppkomst skulle lösas.⁶¹⁶ Det går inte att *enbart* använda villkorslärans begrepp, och de avtalsrättsliga bedömningar som läran öppnar dörren till, för att avgöra frågor om fordrans uppkomst längre. Och i den meningen är Högsta domstolens beskrivning förstås alldeles rättvisande. Genom funktionalismens inträde i förmögenhetsrätten har vad som anses som rationellt i densamma förändrats. Det kan inte ignoreras. Funktionalismen utgör numera en självklar del av vår rättskultur och kommer därmed närmast ofrånkomligen att prägla vår förförståelse.⁶¹⁷ Poängen i kapitlet har heller

⁶¹⁵ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 11, samt ovan under kapitel 7.

⁶¹⁶ Se vidare ovan under kapitel 6.

⁶¹⁷ Se ovan under avsnitt 8.2. Se även ovan under avsnitt 2.3. Se även Tuori, Ratio and Voluntas s 66: "[...] it is legal culture that provides legal actors with their hermeneutical pre-understanding." Tuori har delat in rätten i olika nivåer, som kan synliggöra vad som annars utgör tyst kunskap: "Rättsordningen inbegriper också annat, skikt som befinner sig under ytnivån. Dessa skikt möjliggör å ena sidan händelserna på rättens ytnivå, nämligen att lagstiftaren över huvud taget kan stifta sina lagar och domaren fatta sina avgöranden. Å andra sidan medför de också restriktioner för det som händer på ytnivån genom att föreskriva hurdana lagar lagstiftaren – på ett juridiskt giltigt sätt – kan anta och hurdana domar domaren – också här på ett juridiskt giltigt sätt – kan meddela. Jag benämner dessa under ytan varande rättsordningsskikt *rättskulturen* och *rättens djupstruktur*.", Tuori, Rättens nivåer och dimensioner s 27. Nivåerna under ytnivån består bl a

inte varit att vi ska bortse från funktionalismen. Poängen i kapitlet har snarare varit att vi inte heller kan bortse från de andra argumentationslinjernas och argumentens inverkan på frågan om fordrans uppkomst.

Det är emellertid, kunde man säga, hög tid att vi förändrar vår bild av funktionalism och substantialism samt att vi rehabiliterar synen på begrepp och principer i den rättsliga praktiken.⁶¹⁸ "Substantialismen" är funktionalismens bild av ett visst tillvägagångssätt. Bilden och verkligheten är dock inte ett och detsamma. Det kan tydliggöras om villkorsläran jämförs med funktionalismens bild av substantialismen. Från funktionalistiskt håll har det sagts att substantialismen bygger på begreppsliga enhetslösningar.⁶¹⁹ Villkorsläran bygger visserligen på ett antal begrepp, men läran leder inte till någon enhetslösning av frågan om fordrans uppkomst. De begrepp som används i läran öppnar i stället dörren till avtalsrätten (i vid mening) och dess såväl flertaliga som olikartade normativa avvägningar. Villkorsläran liknar på så vis snarare den funktionalistiska bedömningen, där avstamp tas i frågan om huruvida en fordran är fullgången eller svävande. Det är endast i det senare fallet som den funktionalistiska bedömningen ska utföras. *Begreppen* fullgången och svävande är alltså centrala i den funktionalistiska bedömningen. Det gäller även för begrepp, såsom syfte och ändamål, som ju är helt fundamentala för funktionalismen, i den tappning som vi här har fördjupat oss i.⁶²⁰

Inom funktionalismen har det även funnits en strävan mot att reducera principer till regler, vilket självfallet gör principerna intetsägnande, då begreppens betydelse inte får användas för att komma fram till slutsatser.⁶²¹ Som framkom ovan användes emellertid såväl likabehandlingsprincipen som frysningsprincipen i den funktionalistiska bedömningen. Högsta domstolen har också använt *principen* om den väsentliga grunden

av rättens begreppsapparat, dess språk och den tysta utövarkunskap som de rättsliga aktörerna använder. Även tolkningsstandarder hänför Tuori till rättskulturen, se a a s 27 ff och s 48 ff. Se även Tuori, Critical Legal Positivism s 147 ff. Det som har studerats under avdelning II kan till stor del hänföras till de nivåer som befinner sig under rättens ytnivå. Funktionalismens inträde i förmögenhetsrätten kan karakteriseras som en förändring i rättens djupare strukturer, eftersom den bl a förändrade tolkningsstandarder, begreppsliga strukturer och vad som anses som giltiga argument inom förmögenhetsrätten.

⁶¹⁸ Den rättsliga praktiken kan här skiljas från rättsordningens normer, se Tuori, Rättens nivåer och dimensioner s 7: "Rätten är normer, men den är också någonting annat. Man kan nämligen närma sig rätten inte bara som ett normativt fenomen som benämns rättsordning, utan även som särskilda samhälleliga praktiker där rättsliga normer produceras och reproduceras." Se även Tuori, Critical Legal Positivism exempelvis s 28.

⁶¹⁹ Se ovan under avsnitt 8.2.

⁶²⁰ Se ovan under kapitel 8.

⁶²¹ Se ovan under avsnitt 7.4.

vid en rad tillfällen.⁶²² Den funktionalistiska bedömningen – eller den funktionalistiska praktiken, om du så vill – är beroende av begrepp och principer.⁶²³ Den är också beroende av systemargument. Funktionalismen är såtillvida och ofrånkomligen parasitisk till sin karaktär.

Härtill bör adderas att funktionalistiska bedömningar av Högsta domstolen vanligen resulterar i prejudikat i form av regler, vilket medför att funktionalistiska lösningar kommer att likna villkorslärans lösning, vad gäller lösningens form. Skillnaden ligger i vilken abstraktionsnivå lösningarna ska ha. Sådana funktionalistiska bedömningar har också formaliserats, vilket förstärker funktionalismens rörelse mot villkorslärans lösning, såvitt avser lösningens form.

Sammantaget är funktionalism–substantialism inte någon rättvisande bild av de olika argumentationslinjerna. Skillnaden mellan villkorsläran och funktionalismen utgörs snarare av om frågan om fordrans uppkomst ska vara en avtalsrättslig eller en insolvensrättslig fråga (med avhandlingens positiva avgränsning). Principen om den väsentliga grunden möjliggör att såväl obligationsrättsliga som insolvensrättsliga hänsyn kan tas. Uppgiften i avdelning III blir att hitta en balans mellan obligationsrätten och insolvensrätten i frågan om fordrans uppkomst.⁶²⁴

⁶²² Se ovan under kapitel 7.

⁶²³ Jfr även Samuelsson, J, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet s 65: "Funktionalismen har, kort sagt, en irreducibel 'substantiell dimension'."

⁶²⁴ Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 230: "Det finns emellertid anledning [att] *varna för en alltför negativ syn på den systemuppbyggnad* som fullbordades under intryck av begreppsjuridiken. En ordning, som skulle innebära att normerna sammanfördes 'livsområdesvis' med uppgivande av den abstrakta begreppsbildningen och den därpå grundade systematiken, där normerna är ordnade stegvis, nivå efter nivå, med de för varje område gemensamma principerna som bas, skulle inte blott innebära att man uppoftade drygt två årtusendens analytiska arbete; det skulle också leda till en 'atomisering' av rättssystemet, med bristande överskådlighet, principlöshet – och därmed, i det sista ledet, sjunkande rättssäkerhet – som sannolika konsekvenser. Mellan ytterligheterna exercismässigt systematiserande begreppsjurisprudens å ena sidan och en oöverskådlig massa av snabbt föränderliga detaljlösningar å den andra gäller det att finna en balanspunkt, som kan variera från tid till annan." Jfr även Gustafsson, H, Rättens polyvalens s 170 ff, som från ett historiematerialistiskt perspektiv påtalar hur rätten växt fram i olika faser, i vilken rätten har tjänat olika mål: som ett verktyg för makten, som ett egenvärde och som ett instrument för att genomdriva välfärdsstaten. H Gustafsson pekar på att de olika faserna inte har ersatt varandra. I stället menar han att de utgör parallella argumentationsmönster och parallella rättssystem: "[V]issa rättsstatliga grundföreställningar samexisterar med ett välfärdsstatligt rättssystem i dagens rättsordning. Liksom det rättsstatliga rättssystemet en gång infogades i en redan existerande feodal-absolut rättsordning, på samma sätt uppstår ett välfärdsstatligt rättssystem i en rättsordning dominerad av rättsstatlighet. Och troligtvis infogas i det välfärdsstatliga rättssystemet en kommande

Villkorsläran, principen om den väsentliga grunden, funktionalismen och systemargumenten är sammanflätade i frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten.

rättsform som vi ännu bara ser början på, men sannolikt kännetecknad av självreglering, globalisering, reflexivitet och decentralisering.”, Gustafsson, H, Rättens polyvalens s 201.

III

FORDRANS UPPKOMST
SÅVITT AVSER DE KRITISKA
TIDPUNKTER SOM DE
INSOLVENSRÄTTSLIGA
BESTÄMMELSERNA
AKTUALISERAR

11 Avstamp

11.1 Inledande anmärkningar: Något om avdelningens disposition

I föregående avdelning studerades argumentationslinjernas och systemargumentens användning samt förhållandet dem emellan. Det material som undersökningen genererade ska nu sättas i arbete. Uppmärksamheten ska vändas (direkt) mot vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar.

Avdelningen inleds med en studie av vad som krävs för att en fordran ska uppkomma före eller efter konkursutbrottet. En fordran måste ha uppkommit före konkursutbrottet, för att den ska få göras gällande i konkurs. Inom konkursrätten är frågan på så vis grundläggande. Frågans behandling kommer också att på flera sätt vara grundläggande för avdelning III. Det har nämligen visat sig att det finns en viss enhetlighet beträffande icke-avtalsgrundade fordringars uppkomsttidpunkt, en enhetlighet som inte påverkas av regelkontexten. Nästkommande kapitel, kapitel 12, kommer i mångt och mycket att vara basen för undersökningen av dessa typer av fordringar. Många hänvisningar görs sedan tillbaka till detta kapitel. Möjligen kan invändas att det skulle berättiga en annan disposition, i vilken studien skulle ha utgått från olika fordringstyper. Frågan om vad som krävs för att avtalsgrundade fordringar ska uppkomma är dock särskilt utmanande i studien, och uppkomsttidpunkten styrs i hög grad utifrån vilken bestämmelse som tillämpas. Det framkommer redan av några av de centrala rättsfallen.⁶²⁵ De avtalsgrundade fordringarnas uppkomsttidpunkter belyses därför lämpligen såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Det har därför fått styra valet av disposition.

Frågan om motfordrans uppkomst (konkursborgenärens fordran mot konkursgäldenären vid kvittning i konkurs) behandlas direkt efter frågan om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrot-

⁶²⁵ Jfr exempelvis NJA 1990 s 110; NJA 2009 s 291; NJA 2014 s 537.

tet. Det beror på att bedömningen av frågan om motfordrans uppkomst i hög grad vilar på bedömningen av huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Studien fortsätter på temat kvittning i konkurs, då frågan om huvudfordrans uppkomst (det vill säga konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären) behandlas i kapitel 14.

Det finns beröringspunkter mellan frågan om vad som krävs för att ett konkursbo ska bli ansvarigt (massafordrans uppkomst), frågan om ackordsfordrans uppkomst och frågan om fordrans uppkomst i skuld-sanering. Bland annat går vissa argument och principer igen. Dessa frågor behandlas därför i en följd i kapitlen 15, 16 och 17. Det finns också sådana beröringspunkter mellan frågan om skuldens tillkomst i 4 kap 12 § konkurslagen och frågan om skuldens uppkomst i 4 kap 10 § samma lag. De kommer också att behandlas i en följd i kapitlen 18 och 19. De kapitlen avslutar också denna avdelning III. Därefter tar avdelning IV vid, i vilken studien av fordrans uppkomst inom insolvensrätten syntetiseras.

Innan studien av vad som krävs för att en fordran ska uppkomma såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar tar vid, ska något ytterligare sägas om vad som behandlas i de olika kapitlen. Under avdelning II framkom det att villkorslärans betydelse inte påverkas av den regelkontext i vilken läran aktualiseras; läran har samma betydelse oavsett om det gäller en uppkomstfråga såvitt avser 5 kap 1 § konkurslagen eller 5 kap 15 § samma lag. Villkorsläran leder i stället till en avtalsrättslig bedömning av frågan om fordrans uppkomst. Principen om den väsentliga grundens riktlinje påverkas inte heller av den regelkontext i vilken den aktualiseras. Villkorsläran och principen om den väsentliga grundens riktlinje behöver därför inte studeras särskilt i varje enskilt kapitel nedan. Systemargumenten och den funktionalistiska bedömningen varierar dock beroende på regelkontexten. De behöver därför studeras särskilt i varje kapitel. Dessa studier har disponerats på något olika sätt i de olika kapitlen. Avgörande har varit att försöka att ge en rättvisande bild av materialet. Anledningen till att en viss disposition har valts utvecklas närmare nedan under varje kapitel.

När systemargumenten har undersökts och den funktionalistiska bedömningen har vidtagits i kapitlen, görs en typfallsstudie. I den kommer bland annat systemargumenten och vad som har framkommit av den funktionalistiska bedömningen jämföras mot (eller prövas mot, om du så vill) det rättskällematerial som är relevant för just det typfallet. Villkorsläran och principen om den väsentliga grunden blir då också relevanta att beakta. Typfallsstudierna tydliggör dels vad som krävs för att en fordran ska uppkomma i ett visst (typ)fall, dels vilket genomslag de olika argumentationslinjerna och argumenten har fått. Avslutningsvis i varje kapitel syntetiseras materialet. I dessa avsnitt vägs de olika argumenta-

tionslinjerna och argumenten samman. En sammanhållen tolkning och systematisering av rättskällorna görs.

Ovan under avsnitt 2.5 pekades på att en stor del av den materiella konkursrätten tillkom i ett nordiskt samarbete samt att det finns rättskulturella likheter, som gör att skandinavisk rätt är intressant att studera. Likväl finns det skillnader på regelnivå. Inledningsvis i varje kapitel redogörs för dansk och norsk rätt i relevant avseende. Syftet är bland annat att undersöka om reglerna har en likartad lydelse i just den fråga som undersöks i kapitlet.

Det har framkommit att likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen vanligen kan användas som riktmärken i den funktionalistiska bedömningen, såvitt avser de frågor som studeras i denna avhandling i vart fall. Principernas betydelse ska därför studeras i nästkommande avsnitt. Något ska också sägas om varför de ofta kan användas som riktmärken inom insolvensrätten.

11.2 Riktmärken för konsekvensbedömningen – likabehandlings- och frysningsprincipen

För att utföra den funktionalistiska konsekvensbedömningen behövs riktmärken. De behövs för att avgöra vilka konsekvenser som är önskvärda. Som gavs prov på ovan i kapitlet om funktionalismen kan riktmärken gälla för en viss bestämmelse.⁶²⁶ Men det finns också de riktmärken som har använts och kan användas generellt inom insolvensrätten. Sådana riktmärken har det framkommit att likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen utgör.

Likabehandlingsprincipen har främst använts inom konkursrätten, men Högsta domstolen har även tillmätt den betydelse i ackordsfrågor.⁶²⁷ Som framgår av principens namn innebär den att likabehandling ska ske – och det är borgenärerna som ska behandlas lika.⁶²⁸

⁶²⁶ Se ovan under kapitel 8.

⁶²⁷ Se NJA 2014 s 537, i vilket HD använde likabehandlingsprincipen i en fråga om vilka fordringar som skulle omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion.

⁶²⁸ Det har också påtalats att konkurs präglas av ett (i huvudsak) borgenärsinriktat synsätt, se exempelvis Möller, Ett samlat insolvensförfarande s 44; Persson, A H & Karlsson-Tuula, Företagsrekonstruktion s 35 f; Keller, Konkurs och process s 77. Det kan jämföras med ett gäldenärsinriktat eller ett samhällsinriktat perspektiv, i vilka just gäldenärens intressen respektive samhällsintressena betonas, se vidare om dessa och för ett övergripande förslag om hur de skulle viktas i en insolvensbalk, Karlsson-Tuula, En framtida insolvensbalk? s 41 ff och s 56 ff. Se Mellqvist, Det obeståndsrättsliga trollspöet s 57 ff, för kritik av Karlsson-Tuulas förslag i detta avseende: ”Dessa olika perspektiv kan i och

Sambandet mellan likabehandlingsprincipen och konkursinstitutet kan synliggöras om konkurs jämförs med utmätning – om generalexekution (det vill säga att gäldenärens samtliga borgenärer konkurrerar om betalning ur all gäldenärens egendom) jämförs med specialexekution (det vill säga att endast en borgenär har ansökt om och får betalt ur viss egendom).⁶²⁹ Om gäldenären är insolvent leder en utmätning till att de borgenärer som först vidtar exekutiva åtgärder (av de borgenärer som inte har sina anspråk skyddade med säkerhetsrätter) kommer att ha en större chans att få sina anspråk ersatta. Det innebär i sin tur att andra borgenärer antagligen inte kommer att ha någon chans att få sina anspråk ersatta. Skulle utmätning vara det enda alternativet vid insolvens skulle det ge borgenärerna incitament till att söka exekution tidigt, vilket exempelvis skulle motverka en rekonstruktion av gäldenärens verksamhet.⁶³⁰ Den samlade uppgörelsen, den generalexekution som konkursinstitutet tillhandahåller, förhindrar i stället en annars förmodad kapplöpning mellan borgenärerna om de (otillräckliga) tillgångar som den insolventa gäldenären besitter;⁶³¹ den samlade uppgörelsen motverkar att vissa borgenärer särbehandlas (av icke-legitima skäl). I konkurs är i stället utgångspunkten att borgenärerna ska behandlas lika.

Uttalanden om att borgenärerna ska behandlas lika i konkurs har en lång tradition. Ett sådant uttalande förekom redan i förslaget till 1862 års konkurslag,⁶³² och det har upprepats i såväl förarbeten som doktrinen.⁶³³

för sig i någon mån användas i pedagogiskt syfte, även om poängen med det torde vara begränsad. Lagstiftaren skall emellertid *inte* betona något av de nämnda perspektiven. Lagstiftningen skall tillhandahålla ett förfarande där samtliga dessa perspektiv har anlagts och vägts mot varandra och där man i det *enskilda fallet* kan välja inriktning.” Se även vidare Persson, A H & Karlsson-Tuula, a a s 33 ff; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 31 f; Keller, a st, om de olika perspektiven.

⁶²⁹ Se vidare om terminologin exempelvis Håstad, Sakrätt s 94; Gregow, Utsökningsrätt s 21; Keller, Konkurs och process s 83.

⁶³⁰ Jfr med förbudet mot utmätning och annan verkställighet enligt UB under en företagsrekonstruktion, se 2 kap 17 § lagen om företagsrekonstruktion. Jfr även art 6 och 7 i rekonstruktionsdirektivet, om avbrytande av enskilda verkställighetsåtgärder.

⁶³¹ Se SOU 2000:62 s 105; Welamson, L, Konkursrätt s 1 ff; Lennander, Återvinning i konkurs s 22; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 26; Heuman, Specialprocess s 162.

⁶³² 1859 års förslag till konkurslag s 66.

⁶³³ Se exempelvis SOU 1969:5 s 41; prop 1970:142 s 83; SOU 1999:1 s 86; Welamson, L, Konkursrätt s 2; Hessler, Allmän sakrätt s 505; Rodhe, Handbok i sakrätt s 353; Håstad, Sakrätt s 97; Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s 233; Lennander, Återvinning i konkurs s 22; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 25 ff; Mossberg, Avtalets räckvidd I s 103 och s 592 ff; Andersson, H & Ehrstedt, Vårdplikt för tredje mans lösöre vid konkurser under avsnitt 5.1. Se även senast Keller, Konkurs och process s 76 ff och s 87 ff, som beskriver konkursförfarandets huvudändamål som ”att konkursborgenärerna ska erhålla betalning för sina fordringar i enlighet med

Likabehandlingsprincipen återfinns förstås i dansk och norsk rätt också.⁶³⁴ Principen kommer även till uttryck i EU:s insolvensförordning⁶³⁵ och i soft law, såsom i Uncitral's Legislative Guide on Insolvency Law och Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law.⁶³⁶

Likabehandlingsprincipen har emellanåt fått en mer specifik betydelse. Då har principen fått innebära att borgenärerna (egentligen deras fordringsanspråk) ska behandlas lika med andra borgenärer utifrån vilken sorts förmånsrätt de har (eller inte har). Det är den ordningen som kommer till uttryck i bland annat 14 och 18 §§ förmånsrättslagen. Där stadgas att fordringar som har viss allmän förmånsrätt har inbördes lika rätt. Av bestämmelserna följer även att samma förhållande gäller mellan fordringar som saknar förmånsrätt. I rekonstruktionsdirektivet tar sig en liknande ordning till uttryck. I direktivets artikel 9 (4) anges att medlemsstaterna ska säkerställa att berörda parter delas in i olika klasser. Klasserna ska återspegla enhetliga intressen, och som ett minimum ska de borgenärer som har fordringar med respektive utan säkerhet behandlas i separata klasser. Inom ramen för samma klass ska likabehandling ske. Det följer av artikel 10 (2) b.⁶³⁷ I den internationella insolvensrättsdoktrinen har denna något snävare betydelse av likabehandlingsprincipen lyfts fram och betonats, såsom i följande uttalande: "The most important example of a substantive insolvency law principle is the principle of equal treatment of unsecured creditors [...]".⁶³⁸

Med tanke på likabehandlingsprincipens betydelse och breda användningsområde inom insolvensrätten, är det inte särskilt märkligt att lika-

likabehandlingsprincipen och prioritetsordningen genom maximerandet av utdelningen i konkursen (utdelningsmaximering).", a a s 76.

⁶³⁴ Se om likabehandlingsprincipen i dansk rätt exempelvis bet 1971:606 s 132; Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 750; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, *Kreditorföljning* s 163; Rammeskov Bang-Pedersen, *Kreditorerne* s 187. Se om likabehandlingsprincipen i norsk rätt exempelvis Brækhus, *Motregning i konkurs* s 86; Andenæs, *Konkurs* s 10 f; Nazarian & Nylund, *Konkursretten* s 17.

⁶³⁵ Se exempelvis p 63 i insolvensförordningens preambel, samt artikel 23 i samma förordning. Se även C-294/02 Kommissionen mot AMI Semiconductor Belgium BVBA m fl, EU:C:2005:172, EU-domstolens dom p 70. Jfr även p 44 i rekonstruktionsdirektivets preambel, samt artikel 10 (2) b i samma direktiv.

⁶³⁶ Se Unicitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, Part one, 1B, 4 Ensuring equitable treatment of similarly situated creditors; Unicitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, Part one, *Recommendations*, paragraph 1D; Nordic-Baltic *Recommendations on Insolvency Law*, Overall objectives and features of an effective and efficient insolvency law.

⁶³⁷ Se även p 44 i rekonstruktionsdirektivets preambel.

⁶³⁸ Bork, *Principles of Cross-Border Insolvency Law* s 17. Se även a a s 115 ff. Se även exempelvis van Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law* s 121 ff. Jfr även Fletcher, *The Law of Insolvency* 1-008; Wood, *Principles of International Insolvency* 3-001.

behandlingsprincipen har kommit att influera även Högsta domstolens dömande. I den funktionalistiska bedömningen har likabehandlingsprincipen använts som ett riktmärke i såväl den generella betydelsen som den något snävare. Högsta domstolen har på ett allmänt plan uttalat att alla borgenärerna ska behandlas lika, vilket domstolen har använt som ett skäl till att en viss borgenär inte ska särbehandlas framför andra.⁶³⁹ Domstolen har även konstaterat att borgenärerna ska drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga i förhållande till sin fordringsrisk.⁶⁴⁰ En borgenär med ett icke-säkerställt anspråk kan då drabbas annorlunda än en borgenär med ett säkerställt anspråk. I så måtto påminner det om hur likabehandling ska ske enligt förmånsrättslagen, vilket omtalades strax ovan.

Även frysningsprincipen har använts som riktmärke i den funktionalistiska konsekvensbedömningen av Högsta domstolen. Annars brukar frysningsprincipen främst hänföras till frågor om huruvida en viss tillgång i konkursboet ska omfattas av en särskild förmånsrätt. Exempelvis aktualiseras principen i frågan om vad som ska omfattas av ett företagshypotek. Både konkurslagen och lagen om företagshypotek är av intresse i den frågan. I 3 kap 3 § konkurslagen föreskrivs att till konkursboet hör all egendom som tillhörde gäldenären vid konkursutbrottet och den egendom som tillfaller gäldenären under konkursen (om det är sådan egendom som kan utmätas). Det kan läsas mot 2 kap 1 § lagen om företagshypotek, där det stadgas att ett företagshypotek omfattar gäldenärens lösa egendom (med vissa undantag). Mot bakgrund av dessa bestämmelser lydelse skulle ett företagshypotek även kunna omfatta egendom som tillfaller konkursgäldenären efter konkursutbrottet, såsom fordringar vilka har intjänats genom fortsatt drift av konkursgäldenärens verksamhet efter konkursutbrottet.

Det är i dessa fall frysningsprincipen aktualiseras. Om även de fordringar som har intjänats efter konkursutbrottet skulle tillfalla företagshypoteket, hade det funnits en risk för att åtgärder som vore förmånliga för borgenärskollektivet skulle utebli. Förvaltaren har som bekant att tillvarata borgenärernas *gemensamma* rätt och bästa, samt att vidta alla de åtgärder som främjar en snabb och förmånlig avveckling av konkursboet, efter vad som föreskrivs i 7 kap 8 § konkurslagen. De åtgärder som visserligen innebär en förmånlig avveckling av boet, men som endast gynnar en borgenär (med till exempel ett företagshypotek) bör därför inte företas, om det medför kostnader som drabbar borgenärskollektivet. I bland annat NJA 1982 s 900, NJA 1997 s 759 och NJA 2005 s 11 har Högsta domstolen mot bakgrund av dessa skäl fastslagit att ett företagshypoteks

⁶³⁹ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16.

⁶⁴⁰ Se NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

omfattning bestäms vid tidpunkten för konkursutbrottet.⁶⁴¹ Det innebär att konkursförvaltaren inte behöver avstå från att vidta förmånliga åtgärder, eftersom nyttan av dem tillfaller borgenärskollektivet. Värdet av företagshypoteket missgynnas antagligen inte av denna ordning, i och med att förvaltaren enligt konkurslagen skulle ha behövt avstå från åtgärderna om de endast hade gynnat en borgenär.⁶⁴² Även andra särskilda förmånsrätter och andra sakrätter (inte panträtt i fast egendom eller tomträtter dock)⁶⁴³ bestäms vid tidpunkten för konkursutbrottet.⁶⁴⁴ Det är denna frysning av särskilda förmånsrätter och andra sakrätter som brukar benämnas frysningsprincipen.⁶⁴⁵

Frysningsprincipen har inte bara använts för att avgöra frågor om huruvida en viss tillgång i konkursboet ska omfattas av en särskild förmånsrätt; den har givits ett vidare tillämpningsområde inom insolvensrätten. Högsta domstolen har på senare år använt frysningsprincipen i flera olika frågor. I NJA 2009 s 291 använde domstolen frysningsprincipen i en fråga om huvudfordrans uppkomst, och i NJA 2012 s 441 använde domstolen frysningsprincipen i en avtalstolkningsfråga. Vid dessa tillfällen har Högsta domstolen konstaterat att principen innebär att förhållandena vid konkursutbrottet så långt som möjligt bör vara bestämmande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen, samt att *konkursförvaltarens åtgärder* normalt inte ska leda till en omfördelning mellan borgenärerna.⁶⁴⁶ I NJA 2010 s 454 gav Högsta domstolen principen en än vidare betydelse, där påpekade nämligen domstolen att av frysningsprincipen följer att konkursförvaltarens *eller enskilda borgenärs åtgärder* normalt inte ska leda till en omfördelning mellan borgenärerna.

⁶⁴¹ Rättsfallet NJA 1982 s 900 gällde visserligen en företagsintekning, men det fastslogs redan i förarbetena till 1984 års lag om företagshypotek att motsvarande ordning gäller för företagshypotek, se prop 1983/84:128 s 53 f. Se även prop 2007/08:161 s 50 ff, om att lagen om företagshypotek i denna del motsvarar 1984 års lag om företagshypotek.

⁶⁴² Se exempelvis Håstad, Sakrätt s 338 ff; Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 152 ff; Martinson, C, Kreditsäkerhet i fakturafordringar s 356 f; Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt s 830 ff.

⁶⁴³ Se NJA 1993 s 120. Se även Möller, Frysningsprincipens tillämplighet på panträtt s 187 ff.

⁶⁴⁴ Se NJA 1973 s 635, om pantsättning av framtida fordringar och att de måste vara intjänade vid konkursutbrottet för att omfattas av panten. Se även NJA 1982 s 900, HD:s domskäl st 4: ”Detta uttalande står i överensstämmelse med den allmänna uppfattning på vilken konkurslagen bygger i denna del nämligen att underlaget för en särskild förmånsrätt bestäms efter förhållandena vid konkursutbrottet.” Se även NJA 2010 s 454, om förmånsrätt för kvarstadsfordran och frysningsprincipens genomslag i den kontexten.

⁶⁴⁵ Se exempelvis Håstad & Lambert, Förbättring av företagsinteknad egendom under konkurs s 289 ff; Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 153; Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt s 831; Millqvist, Sakrättens grunder s 63.

⁶⁴⁶ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16; NJA 2012 s 441, HD:s domskäl st 8.

I doktrinen har frysningsprincipen kopplats samman med att kapplöpningen mellan borgenärerna om gäldenärens tillgångar bör sluta i och med konkursutbrottet. Det innefattar även att möjligheten att erhålla eller utöka ett sakrättsligt skydd bör upphöra. Åtgärder vidtagna av konkursförvaltaren efter konkursutbrottet bör av dessa skäl inte heller påverka borgenärernas inbördes rätt.⁶⁴⁷

Även om frysningsprincipen främst har använts i bedömningen av hur tillgångar i konkursen ska fördelas, har principen alltså fått ett bredare tillämpningsområde i Högsta domstolens beskrivning och användning av den på senare tid. Om förhållandena vid konkursutbrottet ska vara bestämmande för konkursborgenärens rätt i konkursen påverkar det inte bara hur tillgångarna ska fördelas. Ska frysningsprincipen ges ett sådant innehåll påverkar det också exempelvis vilka skulder som får göras gällande i konkurs.⁶⁴⁸ En sådan mer vidsträckt användning av frysningsprincipen är även förenlig med att konkursutbrottet inte bara är den avgörande tidpunkten för frysningsprincipen, utan konkursutbrottet är också den avgörande tidpunkten för borgenärernas inbördes rätt i andra frågor. Till exempel kan endast de fordringar som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades göras gällande i konkursen enligt 5 kap 1 § konkurslagen.⁶⁴⁹ Konkursbeslutets meddelande är också avgörande för gäldenärens rådighetsförlust, eftersom gäldenären inte kan åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter den tidpunkten. Det framgår av konkurslagen 3 kap 1 §.⁶⁵⁰

Mot denna bakgrund förefaller både frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen som utgångspunkt lämpliga att använda som riktmärken för de funktionalistiska bedömningarna nedan.

⁶⁴⁷ Se Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden* s 213 och s 239.

⁶⁴⁸ Se nedan under avsnitt 12.5.

⁶⁴⁹ Se nedan under kapitel 12, om vilka fordringar som får göras gällande i konkursen.

⁶⁵⁰ Se nedan under avsnitt 12.4, om gäldenärens rådighetsförlust. I 3 kap 2 § konkurslagen görs vissa undantag från 3 kap 1 § konkurslagen, se nedan i not 651, om dessa undantag.

12 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst

12.1 Inledande anmärkningar

Huruvida fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet är avgörande för om den över huvud taget får göras gällande i konkurs. I 5 kap 1 § konkurslagen föreskrivs nämligen att endast fordringar som uppkommit innan konkursbeslutet meddelades⁶⁵¹ får göras gällande i konkurs.⁶⁵² En fordran som har uppkommit före konkursutbrottet benämns *konkursfordran*.⁶⁵³ Även om borgenärens fordran utgör en konkursfordran är det långt ifrån säkert att borgenären får någon utdelning på sin fordran, eftersom det bland annat är avhängigt fordrans prioritet enligt förmånsrättslagen. Att en fordran har uppkommit före konkursutbrottet är på så vis en nödvändig, men inte en tillräcklig förutsättning, för att borgenären ska få utdelning.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Med lokutionen att fordran ska ha uppkommit innan konkursbeslutet meddelades, ska förstås att den ska ha uppkommit innan det klockslag då beslutet meddelades, se Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s 239; Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Jfr även NJA 2017 s 1140 I, i vilket HD bl a behandlade den närliggande frågan om gäldenärens rådhetsförlust i konkurs. Domstolen uttalade där: "Avgörande för frågan när gäldenären mister sin rådhetsförlust är klockslaget då konkursbeslutet meddelades (se prop. 1975:6 s. 187).", NJA 2017 s 1140 I, HD:s domskäl st 7. I avhandlingen används konkursutbrottet synonymt med konkursbeslutet meddelades. Här bör också nämnas att i kapitlet undantas genomgående reglerna i 3 kap 2 § konkurslagen, trots att dessa kan förskjuta den kritiska tidpunkten. Den principiella frågan, vad som krävs för att en konkursfordran ska uppkomma, är dock densamma.

⁶⁵² Krav kan också göras gällande mot konkursboet, såsom massafordringar, men då görs inte fordringarna gällande i konkurs på det sätt som avses i 5 kap 1 § konkurslagen.

⁶⁵³ Se Welamson, L, Konkursrätt s 438; Hessler, Allmän sakrätt s 507; Söderlund, Konkursrätten s 372; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 189; Lindskog, Betalning s 658, not 2408; Heuman, Specialprocess s 247, som samtliga använder termen konkursfordran. Rätten att göra gällande fordringar i konkurs begränsas i vissa fall avseende fordringar på lön, arvode och pension, enligt 5 kap 2–3 §§ konkurslagen.

⁶⁵⁴ Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 189.

Till skillnad från en konkursfordran kan den fordran mot konkursgäldenären som har uppkommit efter det att konkursbeslutet meddelades inte göras gällande i konkursen. En sådan fordran benämns *gäldenärsfordran*.⁶⁵⁵ Den kan endast göras gällande mot konkursgäldenären i konkursfri egendom, vilket i huvudsak utgörs av de tillgångar som konkursboet avstår från eller de tillgångar som gäldenären förvärvar efter konkursen och som inte ingår i konkursboet. Det framgår indirekt av 3 kap 3 § 1 st konkurslagen.⁶⁵⁶ Följden av att fordran har uppkommit efter konkursutbrottet blir att borgenären oftast inte kan få någon del av sin fordran gottgjord, om konkursgäldenären till exempel är ett aktiebolag, ett handelsbolag, ett kommanditbolag eller en ekonomisk förening. Det beror på att om sådana juridiska personer försätts i konkurs, och deras konkurs inte avslutas med överskott, kommer de att bli upplösta när konkursen avslutas.⁶⁵⁷ Om en fordran (som har konkursgäldenären som gäldenär) uppkommer *före* eller *efter* konkursutbrottet är alltså av stor vikt för borgenären.

I konkurslagen förtydligas vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet. I lagens 5 kap 1 § 2 st stadgas att en fordran får göras gällande i en konkurs, även om den inte är förfallen till betalning eller är beroende av villkor. Det finns alltså inte något krav på att fordran ska vara fullgången (omedelbart krävbar), för att den ska ha uppkommit före konkursutbrottet. I stället har konkursfordran uppkommit även om den är villkorad vid den tidpunkten, men vad det innebär måste undersökas.

Som framkom då villkorsläran behandlades kan det skiljas på suspensiva och resolutiva villkor.⁶⁵⁸ Det framkom då också att en resolutivt villkorad fordran är en fordran som är fullgången och alltså har uppkommit. Fordran upphör emellertid att vara fullgången om det resolutiva villkoret inträffar. Redan av 5 kap 1 § konkurslagen följer det därför att de resolutivt villkorade fordringarna får göras gällande i konkurs. Det är även en slutsats som har stöd i en till synes enig doktrin. Av den framgår

⁶⁵⁵ Se Wilhelmsson, A, Skatten dominerar ej längre konkursen s 336. A Wilhelmsson förefaller också ha myntat termen gäldenärsfordran, se Hästad, Sakrätt s 419 f, not 47; Söderlund, Konkursrätten s 372; Lindskog, Betalning s 650, som samtliga refererar till att A Wilhelmsson var först med termen.

⁶⁵⁶ SOU 2001:80 s 77.

⁶⁵⁷ Se 25 kap 50 § aktiebolagslagen, 2 kap 44 § och 3 kap 1 § lagen om handelsbolag och enkla bolag samt 18 kap 10 § lagen om ekonomiska föreningar. Om överskott finns efter konkursen ska aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag och ekonomiska föreningar gå i likvidation. Det följer av 25 kap 51 § aktiebolagslagen, 2 kap 44 § och 3 kap 1 § lagen om handelsbolag och enkla bolag samt 18 kap 14 § lagen om ekonomiska föreningar. Se vidare NJA 2019 s 259, HD:s domskäl st 24 ff, om likvidation.

⁶⁵⁸ Se vidare ovan under avsnitt 6.2, om suspensivt och resolutivt villkorade fordringar.

nämligen att de resolutivt villkorade fordringarna ska jämföras med de ovillkorliga (fullgångna) fordringarna, om villkoret inte har inträffat.⁶⁵⁹

Resolutivt villkorade fordringar behöver därför inte behandlas särskilt i frågan om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst. Fordringar som är fullgångna innan konkursbeslutet meddelades behöver heller inte behandlas särskilt, eftersom de onekligen har uppkommit före konkursutbrottet och därför kan göras gällande i konkursen. Har i stället fordringarnas samtliga rättsfakta uppkommit efter konkursutbrottet, utgör dessa fordringar gäldenärsfordringar. Det är på så vis endast de fall där något eller några rättsfakta, som konstituerar den fullgångna fordran, har inträffat före konkursutbrottet, vilka är relevanta att undersöka i uppkomsthänseende här.

Nedan kommer ett antal olika typer av argument och argumentationslinjer att undersökas beträffande vad som krävs för att en konkursfordran respektive en gäldenärsfordran ska uppkomma. Undersökningen tar sin början i systemargument och vad en funktionalistisk bedömning kan innebära i frågan,⁶⁶⁰ innan en studie av olika typfall tar vid. Principen om den väsentliga grunden och villkorsläran har också betydelse för frågan om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst. I kapitlet om villkorsläran framkom det att den har en allmän betydelse, såtillvida att läran inte påverkas av den insolvensrättsliga kontexten. Villkorsläran öppnar i stället dörren till de avtalsrättsliga avvägningarna. Principen om den väsentliga grundens riktlinje påverkas inte heller av kontexten.⁶⁶¹ Dessa argumentationslinjers betydelse för de här behandlade frågorna behöver ändå undersökas. Det sker till viss del i studien av olika typfall och framför allt under den avslutande syntesen. Det ska också studeras om avsteg behöver göras från principen om den väsentliga grundens riktlinje. I frågan om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst är även dansk och norsk rätt av betydelse. För att illustrera detta kommer först en redogörelse av de danska och norska reglerna att ske.

⁶⁵⁹ Se Ekdahl, Om fordran i konkurs s 6; Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 230; Hassler, Konkursrätt s 43; Welamson, L, Konkursrätt s 453; Olivecrona, Konkursrätt s 39; Walin, Materiell konkursrätt s 25; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 196; Lindskog, Betalning s 655; Lennander, Konkurslagen 5 kap 1 § (Karnov, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

⁶⁶⁰ Här kanske kunde invändas att Söderlunds associationstanke (se ovan under avsnitt 9.3, om associationstanken) borde tillmätas betydelse i frågan om konkursfordrans uppkomst och att associationstanken därför borde behandlas nedan. Söderlund undersöker emellertid inte frågan om konkursfordrans uppkomst särskilt ingående i sin avhandling. Hon skriver: "Denna avhandling är inte rätt plats för en bestämning av tidsrekvisitets innebörd i konkursfallet. [Noter uteslutna.]", Söderlund, Konkursrätten s 372.

⁶⁶¹ Se ovan under avsnitt 7.4, om denna riktlinje.

12.2 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – dansk rätt

Även i dansk rätt är en fordrans uppkomsttidpunkt avgörande för om den får göras gällande i en konkurs. I 38 § danska konkursloven stadgas att "[k]onkursmassen anvendes til fyldestgørelse af dem, der ved konkursdekretets afsigelse havde krav mod skyldneren [...]." Bestämmelsen bör läsas mot 147 § danska konkursloven (som motsvaras av 5 kap 10 § konkurslagen). I 147 § föreskrivs nämligen att utdelning sker utan hänsyn till *fordrans* förfallotid. Krav och fordran används alltså synonymt i den danska konkursloven, något som också sker i såväl de danska förarbetena som doktrinen.⁶⁶²

Det framgår också indirekt av 147 § danska konkursloven att icke-förfallna och villkorade fordringar kan göras gällande i konkurs.⁶⁶³ Mot bakgrund av det ovanstående blir det tydligt att konkurslagen och den danska konkursloven reglerar vilka fordringar som får göras gällande i konkurs på ett likartat sätt. I de danska förarbetena framkommer inte något som modifierar detta.⁶⁶⁴

Enligt dansk rätt kan en fordran inte göras gällande i konkurs, om den uppkommer efter konkursutbrottet. En sådan fordran kan enbart göras gällande i egendom som inte omfattas av konkursen, vilket framför allt blir aktuellt om konkursgäldenären är en fysisk person.⁶⁶⁵ Även i detta avseende överensstämmer alltså dansk och svensk rätt.

12.3 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – norsk rätt

Även i norsk rätt är svaret på frågan om fordrans uppkomst avgörande för vilka fordringar som får göras gällande i konkurs. Detta regleras i dekningsloven, som innehåller de materiella reglerna avseende bland

⁶⁶² Se bet 1971:606 s 107; Gomard & Iversen, Obligationsret 4. del s 88; Paulsen, Insolvensret – konkurs s 381; Ørgaard, A, Konkursret s 185; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 433 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 228; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 229.

⁶⁶³ Se även t ex U 1974 371 H, om att en fordran på ersättning enligt en garanti kunde göras gällande i en konkurs, trots att den eventuella skadan som skulle kunnat ha givit upphov till ersättning enligt garantin ännu inte hade inträffat vid den kritiska tidpunkten.

⁶⁶⁴ Se bet 1971:606 s 106 f.

⁶⁶⁵ Se Paulsen, Insolvensret – konkurs s 382; Ørgaard, A, Konkursret s 48 f; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 433; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 184; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 230.

annat motsvarigheteten till företagsrekonstruktion (gjeldsforhandling) och konkurs.⁶⁶⁶ Den primära regeln beträffande vilka fordringar som får göras gällande i konkurs finns i 6 kap 1 § dekningsloven. Där föreskrivs att utdelning (dividende) endast kan krävas på de fordringar mot gäldenären som har uppkommit före öppningen av bobehandlingen. Regeln bör läsas mot 2 § i samma kapitel. Enligt den bestämmelsen utesluts nämligen inte villkorade och icke-förfallna fordringar från att erkännas som "dividendefordringar". Sammantaget är de norska reglernas likhet med motsvarande regler i konkurslagen påfallande.⁶⁶⁷ Det bör också inflikas att i förarbetena till dekningsloven ges ingen vägledning i bedömningen av när en konkursfordran uppkommer.⁶⁶⁸

En fordran som uppkommer efter konkursutbrottet (med konkursgäldenären som gäldenär) kan inte göras gällande i konkurs enligt norsk rätt. Den kan enbart göras gällande mot konkursgäldenären personligen i den egendom som inte omfattas av konkursbeslaget.⁶⁶⁹

12.4 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – systemargument

12.4.1 Inledande anmärkningar

Med premisserna för studien av vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före eller efter konkursutbrottet klarlagda ska nu undersökas vilka systemargument som kan anföras i frågan. Utgångspunkten och ledstjärnan för att ett systemargument ska kunna göras gällande är att lika fall ska behandlas lika, men vad som utgör lika fall beror på vilken sorts likhet som betonas. Systemargumenten kan därför användas på lite olika sätt.⁶⁷⁰

Det skulle kunna framhållas att de frågor om fordrans uppkomst som aktualiseras inom ramen för konkurslagen utgör lika fall, varför skulle

⁶⁶⁶ Se 1 kap 6 § dekningsloven. Se även Andenæs, Konkurs s 3 f; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 13. Se dock nedan under avsnitt 16.3, om den tillfälliga lag beträffande rekonstruktion som gäller med anledning av corona-pandemin.

⁶⁶⁷ Även om bestämmelsens konstruktion i norsk rätt avviker något från 5 kap 1 § konkurslagen (uppmärksamma att ett villkor inte utesluter att fordran kan göras gällande i konkursen), förefaller inte det ha påverkat diskussionen om konkursfordrans uppkomst i norsk rätt, jfr Aasebø, m fl, Dekningsloven s 292 f.

⁶⁶⁸ Se NOU 1972:20 s 306, där det konstateras att frågan om när en fordran uppkommer inte behandlas i utredningen. Se även Ot prop nr 50 (1980–1981) s 176.

⁶⁶⁹ Se Børresen, Konkurs s 149; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 291; Nordtveit, När oppstår en fordring? s 79 f.

⁶⁷⁰ Se vidare ovan under kapitel 9, om systemargument.

lagstiftaren annars ha valt en och samma lokution för att beskriva olika saker? Begreppet fordrans uppkomst borde då få ett enhetligt innehåll inom ramen för konkurslagen, såtillvida att begreppet borde ges en betydelse som gäller inom ramen för konkurslagen.⁶⁷¹ Beträffande de avtalsgrundade fordringarna (mera om andra typer av fordringar nedan under nästkommande avsnitt) är det tillräckligt att beakta de centrala rättsfallen som är relevanta i bedömningen av om en fordran har uppkommit, för att nå slutsatsen att begreppet inte alltid har fått en enhetlig betydelse – ens inom ramen för 5 kap konkurslagen.⁶⁷² Bedömningen av sådana uppkomstfrågor kan alltså inte alltid likställas med varandra och de utgör därmed inte lika fall. Turligt nog finns annan likhet att beakta.

Som konstaterades i detta kapitels inledning är den relevanta frågan här om en fordran har uppkommit före konkursutbrottet i de fall där något eller några rättsfakta, som konstituerar den fullgångna fordran, har inträffat före samma tidpunkt. Frågan har fått diktera utgångspunkten för studien, såtillvida att den tar sin början i vad som krävs som *ett minimum* för att en fordran ska ha uppkommit. Det blir då aktuellt att undersöka om gäldenären måste ha ådragit sig en förpliktelse före konkursutbrottet, och om det i sin tur är tillräckligt för att en konkursfordran ska ha uppkommit, eller om också borgenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet. (Det senare blir endast aktuellt om det gäller fordringar med grund i avtal.) Avslutningsvis behandlas också frågan, vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit efter konkursutbrottet.

12.4.2 Om (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig

Redan inledningsvis kan fastslås att gäldenärens rådighetsförlust i och med konkursen har ett materiellt samband med vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet. Det beror på att det endast är *konkursgäldenärens* skulder, som kan göras gällande i gäldenärens konkurs,⁶⁷³ samt att gäldenären bara kan åta sig sådana förbindelser

⁶⁷¹ Jfr Walin, Materiell konkursrätt s 25, not 8; Friberg, N, Ansvarsformsteorin s 333.

⁶⁷² Jfr exempelvis NJA 1990 s 110, där frågan om fordrans uppkomst avseende 5 kap 1 § konkurslagen prövades (se vidare nedan under avsnitt 12.6.2, om det rättsfallet) och NJA 2009 s 291, där frågan om huvudfordrans uppkomst (konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären i kvittning i konkurs) beträffande 5 kap 15 § konkurslagen prövades (se vidare nedan under avsnitten 14.4.2 och 14.5.3, om det rättsfallet). HD kom inte fram till en och samma typ av uppkomsttidpunkt i de olika rättsfallen.

⁶⁷³ Det framgår redan av konkurslagens portalparagraf, 1 kap 1 § konkurslagen: ”Genom konkurs tar en gäldenärs samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis i anspråk gäldenärens samlade tillgångar för betalning av sina fordringar.” Definitionen infördes av lagrådet och sägs i förarbetena inte kunna ligga till grund för några rättsliga lösningar, se prop 1986/87:90 s 183 f. Att det endast är konkursgäldenärens skulder som får göras

som kan göras gällande i konkursen fram till konkursbeslutet meddelades. Det senare följer av 3 kap 1 § konkurslagen. (Konkurs)gäldenären måste alltså ha rättshandlat eller på annat sätt *förpliktat sig* före konkursutbrottet, för att en konkursfordran ska ha uppkommit.

Ytterligare systemargument kan anföras för denna ordning. I 5 kap 1 § konkurslagen föreskrivs att endast de fordringar som har uppkommit innan *konkursbeslutet meddelades* kan göras gällande i konkurs. Bestämmelsen kan läsas mot 3 kap 1 § samma lag. Där stadgas att gäldenären inte får åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter det att *konkursbeslutet meddelades*. Det innebär att gäldenärens möjlighet att *grunda* sådana fordringar som kan göras gällande i konkursen upphör genom att *konkursbeslutet meddelas*. Det är i vart fall huvudregeln.

Sambandet mellan de bestämmelser som numera återfinns i 5 kap 1 § och i 3 kap om gäldenärens rådighetsförlust betonades även i 1911 års förslag till konkurslag, vilket är det förslag som regeln i 5 kap 1 § härrör från. I förslaget uttrycks att frågan om gäldenärens rådighetsförlust och rätten att råda över sin egendom står i nödvändigt samband med frågan, vilka fordringar som får göras gällande i konkurs.⁶⁷⁴ Sambandet har även påtalats i doktrinen och gäldenärens rådighetsförlust har där menats vara bestämmande för om en konkursfordran har uppkommit eller inte.⁶⁷⁵

I den danska och norska doktrinen har sambandet mellan motsvarande regler (29 och 38 §§ danska konkursloven respektive 6 kap 1 § dekningsloven och 100 § 1 st norska konkursloven) också lyfts fram och använts som argument i frågan om konkursfordrans uppkomst.⁶⁷⁶ Sambandet har även påtalats i de danska förarbetena.⁶⁷⁷

Sammantaget finns systemargument till stöd för att en konkursfordran har uppkommit, om (konkurs)gäldenären har ådragit sig en förbindelse innan konkursbeslutet meddelades. Varvid svaret på frågan om gäldenären har ådragit sig en sådan förbindelse exempelvis ges av avtalsrätten, skadeståndsrätten eller fordringsrätten.

gällande i gäldenärens konkurs kan det inte råda någon tvekan om och det illustreras blott av 1 kap 1 § konkurslagen. Portalparagrafen får i stället ses som en allmän beskrivning av konkurs, se Mellqvist, Konkursboet s 473, om portalparagrafen.

⁶⁷⁴ Se 1911 års förslag till konkurslag s 196.

⁶⁷⁵ Se Welamson, L, Konkursrätt s 442; Mellqvist, Fordringars uppkomst s 183. Se även Arnesdotter, Om betalningsinställelse och offentligt ackord s 289, som återger L Welamsons uttalande.

⁶⁷⁶ Se Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 185 f och 227 f, om dansk rätt. Se Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 113; Andenæs, Konkurs s 30 f; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 45; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 291, om norsk rätt.

⁶⁷⁷ Se bet 1971:606 s 107.

Vad gäller utomobligatoriska skadeståndsfordringar och fordringar på återbetalning (efter en misstagsbetalning) kan ytterligare systemskäl anföras för denna slutsats. I den studien nedan har det nämligen framkommit att frågan om uppkomsttidpunkten för sådana fordringar inte påverkas av i vilken insolvensrättslig regelkontext frågan aktualiseras. Beträffande sådana fordringar har begreppet fordrans uppkomst i stället fått en och samma betydelse inom insolvensrätten. En utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer då den skadegörande handlingen vidtas eller underlåtenhetsfristen tar sin början. En fordran på återbetalning uppkommer genom misstagsbetalningen. Bedömningen av dessa fordringars uppkomsttidpunkter förefaller alltså utgöra lika fall (inom insolvensrätten).⁶⁷⁸

Redan inledningsvis konstaterades att gäldenärsfordrans uppkomst är avhängig konkursfordrans uppkomst; en gäldenärsfordran kan inte vara en konkursfordran. Om konkursgäldenären har ådragit sig en förbindelse efter konkursutbrottet konstituerar det en gäldenärsfordran. Det följer av vad som framkom i undersökningen av konkursfordrans uppkomst. Det följer också indirekt av 3 kap 1 § konkurslagen. Som nämndes strax ovan innebär gäldenärens rådighetsförlust, enligt bestämmelsen, att gäldenären inte får åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkurs och gäldenären får heller inte råda över den egendom som tillhör konkursboet. Indirekt framgår därigenom att konkursgäldenären kan råda över den egendom som inte ingår i konkursen. Gäldenären kan också ådra sig sådana förbindelser som inte kan göras gällande i konkursen. Rådighetsförlusten är på intet sätt total. Att konkursgäldenären har kvar viss rådighet följer även indirekt av beneficiereglerna i 5 kap UB, vartill 3 kap 3 § konkurslagen hänvisar. Det är alltså om konkursgäldenären *ådrar sig en förpliktelse efter konkursutbrottet* som en gäldenärsfordran uppkommer.⁶⁷⁹

12.4.3 Om (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig

Med slutsatsen att (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet kan frågan ställas om även (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig vid samma tidpunkt, för att en konkursfordran ska ha uppkommit. Spörsmålet är endast aktuellt om rättsförhållandet är ömsesidigt förpliktande och här är det fortsatt systemargumenten som är i blickfånget.

⁶⁷⁸ Se nedan under avsnitten 12.6.3, 12.6.4, 13.6, 14.5.6, 14.6, 16.6, 17.6, 18.6.4, 18.7 och 19.6. Jfr även avsnitt 15.8 nedan.

⁶⁷⁹ Se Håstad, Sakrätt s 98; Söderlund, Konkursrätten s 372; Lennander, Konkurslagen 3 kap 1 § (Karnov, 2020-07-01); Mellqvist, Konkurslagen 3 kap 1 § (Lexino, 2020-07-01).

Undersökningen av frågan kan ta avstamp i ett exempel: Anta att (konkurs)gäldenären försöker sälja egendom, för att stärka sin likviditet. Gäldenären skickar därför ett anbud (i avtalslagens bemärkelse) till borgenären (anbudsmottagaren). Under acceptfristen går sedan gäldenären i konkurs. Här är det alltså endast (konkurs)gäldenären som har förpliktat sig före konkursutbrottet (genom anbudet) och frågan är om en villkorad fordran har uppkommit före konkursutbrottet.

Exemplet utgår från den anbud–acceptmodell som föreskrivs om i 1 § avtalslagen. Problemet att bestämma uppkomsttidpunkten är dock av en liknande karaktär även för sådana fordringar som har sin grund i andra rättsregler, vilkas följd är avtal och där omständigheterna, som ger upphov till avtalet, inträffar över ett i tiden utsträckt händelseförlopp.⁶⁸⁰

I och med att (konkurs)gäldenären i exemplet ovan hade åtagit sig en förbindelse genom anbudet, hindrar inte den rådighetsförlust som gäldenären lider i och med konkursen konkursborgenären från att göra gällande sin fordran i konkursen. I stället blir frågan om anbudsmottagaren kan acceptera anbudet (under acceptfristen), trots att gäldenären har försatts i konkurs. Anbudsmottagarens behörighet är förvisso inte påverkad av konkursbeslutet. Frågan är emellertid om det finns *någon med behörighet* att motta accepten med bindande verkan.

När det gäller behörighetsfrågor i konkurs har det gjorts skillnad på behörigheten avseende konkursens tillgångar och skulder.⁶⁸¹ Distinktionen återfinns även i konkurslagen. Den *egendom* som tillhörde gäldenären vid konkursutbrottet och som tillfaller gäldenären under konkursen hör till konkursboet (i den mån egendomen kan utmätas). Det framgår av 3 kap 3 § konkurslagen. Här bör också 3 kap 1 § samma lag beaktas, där föreskrivs att gäldenären inte får råda över den egendom som hör till konkursboet. Behörigheten avseende dessa tillgångar tillfaller i stället konkursförvaltaren. Stöd för detta finns i lagens 1 kap 3 § och 7 kap 8 §.

Vad gäller *skulderna* i konkursen står det redan klart av vad som framkom av föregående avsnitt att genom konkursbeslutet mister gäldenären sin behörighet, såvitt avser de fordringar som kan göras gällande i konkursen. Därigenom mister likväl inte konkursgäldenären sin behörighet att över huvud taget ådra sig förbindelser. En gäldenär, som är en fysisk person, kan självfallet ådra sig gäldenärsfordringar, genom att till exempel inhandla livsmedel och betala med den utmättningsfria egendomen. Be-

⁶⁸⁰ Se exempelvis 4 § 2 st och 6 § 2 st avtalslagen. Se även t ex NJA 1962 s 276; NJA 1977 s 92; NJA 2006 s 638, i vilka passivitet ingick som ett delmoment i de avtalsslut som HD fann föreligga.

⁶⁸¹ Se Söderlund, Konkursrätten s 202 ff; Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 kap 17 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

träffande juridiska personer finns lagstöd för att viss behörighet kvarstår hos konkursgäldenären. Exempelvis framgår det av 25 kap 49 § aktiebolagslagen att under konkursen företräds bolaget (konkursgäldenären) av den styrelse och verkställande direktör eller de likvidatorer som fanns vid konkursens början. En liknande bestämmelse finns i 18 kap 12 § lagen om ekonomiska föreningar.

Här bör också Söderlunds associationstanke, som introducerades ovan i kapitel 9, beaktas. Av associationstanken framgår att det i konkurs ska skiljas på vem som har behörighet vad gäller tillgångarna respektive skulderna, och konkursförvaltaren har behörighet avseende tillgångarna, medan konkursgäldenären har behörighet avseende skulderna:

”Under associationstanken är tillgångsfrågor konkursbofrågor (eftersom äganderätten till konkursmassan övergår till konkursboet). Däremot blir frågor rörande konkursgäldenärens förpliktelser konkursgäldenärsfrågor. Det är andelsrätten i konkursboet, inte fordringsrätten mot konkursgäldenären, som prövas och avgörs i konkursen.”⁶⁸²

Söderlund framhåller att konkursen inte inskränker konkursgäldenärens fri- och rättigheter och därmed inskränker konkursen heller inte på gäldenärens rättsliga handlingsförmåga.⁶⁸³

En sådan spjälkning av vem som har behörighet i konkursen blir dock problematisk i exemplet ovan (där anbudsmottagaren skulle avsända en accept efter konkursutbrottet). Accepten ger upphov till ett ömsesidigt förpliktande avtal. I och med avtalsslutet blir konkursgäldenären bunden att leverera varor, samtidigt som samma gäldenär erhåller en penningfordran.⁶⁸⁴ Accepten gäller på så vis både en tillgång *och* en skuld i konkursen. Om en strikt spjälkning av vem som har behörighet skulle upprätthållas, skulle förvaltaren vara behörig avseende den fordran som accepten ger upphov till och konkursgäldenären skulle vara behörig beträffande den förpliktelse som accepten ger upphov till (allt sett från konkursgäldenärens perspektiv); det framstår som opraktiskt. Lyckligtvis finns det rättspraxis från Högsta domstolen, som kan ge vägledning i frågan om huruvida anbudsmottagaren (konkursborgenären) kan avsända en accept efter konkursutbrottet och på så vis grunda en fordran.

I NJA 1997 s 503 behandlades bland annat frågan om konkursförvaltarens behörighet. I rättsfallet hade A och (konkurs)gäldenären ingått

⁶⁸² Söderlund, Konkursrätten s 203, noter uteslutna ur citatet. Se även Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 kap 17 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), som också skiljer på vem som har behörighet avseende tillgångar respektive skulder i konkursen.

⁶⁸³ Se Söderlund, Konkursrätten s 202 ff och s 217 ff.

⁶⁸⁴ Beträktas rättsförhållandet utifrån penningfordran, blir konkursgäldenären borgenär i stället.

ett dubbelriktat optionsavtal. Avtalet gav båda parter en möjlighet att påkalla att ett aktieköp skulle genomföras till ett förutbestämt pris under en viss tidsfrist. A var säljare och (konkurs)gäldenären köpare av aktierna. Gäldenären gick sedermera i konkurs. A meddelade konkursförvaltaren att hon, i enlighet med överenskommelsen i optionsavtalet, önskade utnyttja sin optionsrätt att sälja aktierna (som då saknade värde). Konkursförvaltaren invände att meddelandet, om utövande av optionen, hade riktats till en icke-behörig ställföreträdare för konkursgäldenären (nämligen konkursförvaltaren), varför konkursgäldenären inte var bunden av meddelandet. Här bör inflikas att förvaltaren inte invände att betalningsskyldigheten endast skulle åläggas konkursgäldenären, om aktierna överlämnades i samband med betalning. Rättsfallet gällde alltså endast konkursgäldenärens förpliktelser. A:s optionsrätt var därtill sakrättsligt exponerad i fallet.⁶⁸⁵

Högsta domstolen tog utgångspunkt i en redogörelse för reglerna om gäldenärens rådighetsförlust i 3 kap konkurslagen:

”Sedan ett beslut om konkurs har meddelats får gäldenären enligt 3 kap 1 § KL inte råda över egendom som hör till konkursboet. Enligt 3 § samma kapitel hör till boet, såvitt nu är i fråga, all egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades och som är sådan att den kan utmätas.

[Konkursgäldenärens] rätt enligt optionsavtalet d 27 dec 1988 tillkom i enlighet med det sagda konkursboet. Det skulle därför ankomma på förvaltaren att ta ställning till frågan om rätten enligt optionen skulle utnyttjas. Gäldenären skulle inte vara berättigad att utnyttja optionen annat än om förvaltaren avstått rätten till gäldenären, vilket inte skett i detta fall. Anledning saknas att behandla gäldenärens skyldigheter enligt optionsavtalet på annat sätt.”⁶⁸⁶

Högsta domstolen uttalade, som synes, att bolagets rätt (enligt avtalet) tillkom konkursboet, varför *förvaltaren var behörig* att ta ställning till om rätten enligt optionen skulle utnyttjas. Att det gäller framgår redan av

⁶⁸⁵ Noteras bör att konkursboets invändning, om att konkursförvaltaren saknade behörighet, byggde på att förvaltaren inte var behörig firmatecknare, utan att denna rätt i stället skulle tillkomma styrelsen eller den verkställande direktören. Avropet skulle alltså ha skickats till någon av dessa, som då hade ansetts ha haft behörighet. Som tidigare har påpekats finns det regler i aktiebolagslagen, vilka indikerar att styrelse och VD har viss behörighet, även om bolaget går i konkurs. I 1975 års aktiebolagslag, som var den lag som gällde då rättsfallet avgjordes, fanns också en sådan bestämmelse. I den lagens 13 kap 20 § stadgades nämligen: ”Under konkursen företräds bolaget som konkursgäldenär av den styrelse och verkställande direktör eller de likvidatorer som finnes vid konkursens början.” Regeln återfinns numera i 25 kap 49 § aktiebolagslagen och har – så när som på en språklig uppräfsning – samma lydelse där.

⁶⁸⁶ NJA 1997 s 503, HD:s domskäl st 2 och st 3.

konkurslagen. Vad som i stället särskilt bör uppmärksammas är att domstolen konstaterade att det saknades anledning att behandla gäldenärens *skyldigheter* enligt optionsavtalet på annat sätt. Även avseende gäldenärens skyldigheter tillkom alltså behörigheten konkursförvaltaren. Högsta domstolen konkluderade följdenligt att det var tillräckligt att meddelandet hade sänts till förvaltaren. Domstolen fastställde sedan hovrättens domslut, vari hovrätten hade förpliktat konkursgäldenären *i konkurs* att utge det belopp som A hade rätt till enligt sälloptionsavtalet.⁶⁸⁷

Åter till det här diskuterade exemplet. För att NJA 1997 s 503 ska kunna ge vägledning i bedömningen av om konkursförvaltaren har behörighet att motta accepten i exemplet, måste rättsfallet ha gällt en konkursfordran och inte till exempel en massafordran. Beaktas bör då att Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut, i vilket bolaget *i konkurs* förpliktades att utge ett belopp. Därmed följer att fordran inte var en massafordran. I sådana fall skulle nämligen *konkursboet* ha varit det rättssubjekt som förpliktades, eftersom massafordringar har boet som gäldenär. Fordran bör heller inte ha varit en gäldenärsfordran, eftersom då hade *konkursgäldenären* varit den förpliktade. Utifrån domslutet bör därför A:s fordran ha varit en konkursfordran.

Slutsatsen stöds även av de skilda uppkomstförutsättningarna som gäller för gäldenärs-, konkurs- och massafordran. Avtalet ingicks före

⁶⁸⁷ Enligt tingsrättens tolkning av 13 kap 20 § 1975 års aktiebolagslag hade konkursförvaltaren inte behörighet att företräda konkursgäldenären. Behörigheten tillkom i stället endast de aktörer som beskrivs i bestämmelsen. Tydligt är att HD inte *e contrario* tolkade regeln på samma sätt som tingsrätten gjorde. Frågan kan då ställas om det också hade gått att skicka avropet till någon behörig företrädare för konkursgäldenären enligt regeln i aktiebolagslagen. Det är svårt att hitta svar på den frågan i HD:s domskäl. Domstolen uttalade att rätten enligt optionsavtalet tillkom konkursboet, vilket möjligen indikerar att det inte hade varit tillräckligt att skicka meddelandet till någon som representerade konkursgäldenären enligt aktiebolagslagen, se Söderlund, Konkursrätten s 215 f. Likväl konstaterade domstolen: "I enlighet med det anförda får anses att det alltid är *tillräckligt* om ett meddelande av det slag som här är aktuellt sänds till konkursförvaltaren, oavsett om boet eller gäldenären anges som adressat. [Min kursivering.]", NJA 1997 s 503, HD:s domskäl st 4. Ordvalet tillräckligt antyder att det också hade gått att skicka avropet till någon som representerade konkursgäldenären enligt aktiebolagslagen. I de relevanta lagmotiven till bestämmelsen i aktiebolagslagen uttalas dock: "Att ett bolag försätts i konkurs betyder inte att det är upplöst och att dess organ upphör att existera. Organen förlorar emellertid naturligtvis befattningen med alla de rättigheter och skyldigheter som tillkommer konkursboet och de angelägenheter som handläggs av konkursförvaltningen enligt konkurslagens regler. Sålunda kan styrelsen eller bolagsstämman inte besluta om eller disponera över bolagets tillgångar [...]" Uttalandet verkar implicera att det hade gått att skicka meddelandet till konkursgäldenären, eftersom frågan gällde skyldigheter för konkursgäldenären. (Köpeskillningens utgivande var inte villkorat av att aktierna skulle återlämnas.)

konkursutbrottet. Konkursboet hade inte heller inträtt i avtalet, varför A:s fordran inte kan ha varit en massafordran. Enligt 11 kap 1 § konkurslagen är en massafordran en skuld som boet har ådragit sig.⁶⁸⁸ A:s fordran bör inte heller ha varit en gäldenärsfordran, eftersom en konkursförvaltare inte har någon behörighet att stifta sådana. Behörighet att ingå sådana avtal som ger upphov till gäldenärsfordringar tillkommer endast konkursgäldenären, eftersom gäldenärsfordringar definitionsmässigt uppkommer efter konkursbeslutet till följd av konkursgäldenärens handlande. Innebörden av de olika uppkomstföresättningar och domslutet ger slutsatsen att A:s fordran måste ha utgjort en konkursfordran. Högsta domstolen konstaterade att behörigheten enligt optionsavtalet tillkom förvaltaren. Att det var *tillräckligt* att A hade sänt avropet av optionen till förvaltaren kan tolkas i ljuset av detta. I rättsfallet var alltså förvaltaren behörig att motta en rättshandling, som gjorde en villkorad konkursfordran fullgån.⁶⁸⁹

De i doktrinen som har förordat en spjälkning av vem som är behörig avseende skulderna respektive tillgångarna har föga överraskande varit kritiska till rättsfallet. Söderlund är en av dessa, vilket kommer till uttryck i följande citat:

”Motiveringen [i HD:s domskäl] antyder att konkursgäldenären saknar behörighet att motta ett avrop som leder till att konkursgäldenären själv ådrar sig en förpliktelse (till dess att konkursboet har avstått från sin rätt att utnyttja konkursgäldenärens rättigheter enligt optionsavtalet). Skall denna ståndpunkt drivas till sin spets bör konkursgäldenären även sakna förmåga att ikläda sig nya förbindelser under konkursen såvida inte konkursboet har avstått från sin rätt att dra in konkursgäldenärens avtalsfordring hos motparten i konkursen. Det kan inte stämma.”⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Se vidare nedan under kapitel 15.

⁶⁸⁹ Se Keller, Konkurs och process s 135, som konstaterar att det rörde sig om en konkursfordran i 1997 års fall. Jfr även Håstad, Supplement 2004 till Sakrätt s 36 f, som menar att HD inte tog ställning till om fordran var en gäldenärs- eller konkursfordran. Emellertid uttalar Håstad också att optionsavtalet bör ha givit A en möjlighet att skaffa sig en konkursfordran, vilket stämmer med att underrättelsen till konkursförvaltaren var tillräcklig, för att konkursgäldenären skulle bli förpliktad, se a s 37.

⁶⁹⁰ Söderlund, Konkursrätten s 215. Jfr även Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 2 kap 17 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), som är tämligen kritisk till fallet. Han menar att argumentet att förvaltaren hade behörighet att avropa enligt optionen utgör ett innehållslöst symmetriargument, då det används i frågan om förvaltaren var behörig mottagare av motpartens avrop. Intressant nog är det som Lindskog betecknar som innehållslöst symmetriargument bl a den sorts argument som bildar utgångspunkten för detta avsnitt. Lindskog uttrycker också att som en implicit utgångspunkt för HD:s avgörande ligger att konkursboet har (en åtminstone latent) aktiv behörighet avseende tillgången, vilket också skulle vara förenad med en passiv behörighet, så länge inte tillgången har abandonerats. Lindskog är dock kritisk till att behörigheten avseende tillgångar respektive

Söderlund sammanför här frågan om huruvida konkursgäldenären alls kan ådra sig förpliktelser efter konkursutbrottet med frågan om vem som ska vara behörig att motta ett sådant avrop som var aktuellt i rättsfallet. Men kanske behöver de frågorna inte sammanföras. Kanske föreligger det en skillnad mellan de förpliktelser som inte har något samband med tillgångar i konkursen och de förpliktelser som har ett sådant samband. Kanske föreligger det en skillnad i behörighetsfrågan, såvitt avser de förpliktelser som helt grundas efter konkursutbrottet i jämförelse med de förpliktelser som delvis har sin grund före konkursutbrottet.

Även i andra rättsfall har Högsta domstolen funnit att förvaltaren har behörighet beträffande sådana skulder som har samband med tillgångar i konkurs. Den ordningen kommer exempelvis till uttryck i NJA 1999 s 777. Där konstaterade Högsta domstolen:

”I svensk rätt gäller sedan länge att konkursgäldenären inte råder över egendom som hör till konkursboet. En bestämmelse om detta finns i 3 kap 1 § i den nu gällande KL. Regeln är avsedd att tillgodose intresset av att konkursgäldenären inte företar rättshandlingar som kan äventyra konkursborgenärernas rätt. Den inverkar alltså inte på konkursgäldenärens rättshandlingsförmåga och processbehörighet i övrigt.”⁶⁹¹

Här kan särskilt noteras att Högsta domstolen uttalade att 3 kap 1 § konkurslagen inte påverkar konkursgäldenärens rättshandlingsförmåga och processbehörighet *i övrigt*. Söderlund har nämligen tolkat uttalandet som att konkursgäldenären inte har någon behörighet avseende den *egendom* som hör till konkursboet enligt 3 kap 1 § konkurslagen – det vill säga att bestämmelsen inte bara medför att gäldenären förlorar rådigheten såvitt avser *tillgångarna* utan att gäldenären även förlorar rättshandlingsförmågan beträffande egendomen.⁶⁹² Behörigheten avseende de fordringar och *de förpliktelser* som hör till sådan egendom skulle alltså tillkomma konkursförvaltaren. Den ordningen innebär att det är konkursförvaltaren som har behörighet i de skuldfrågor som har samband med en tillgång. Därigenom skulle också konkursförvaltaren ha behörighet att motta en accept av en anbudsmottagare i konkursen.

Ordningen har även stöd i annan rättspraxis från Högsta domstolen,⁶⁹³ såsom i NJA 1989 s 206. I det rättsfallet behandlades bland annat huru-

skulder inte spjälkas efter vem som träffas av rättsverkningarna. Han påpekar likväl att HD kan ha anlagt ett mer generellt representationsrättsligt synsätt, se a st.

⁶⁹¹ NJA 1999 s 777, HD:s domskäl st 2.

⁶⁹² Se Söderlund, Konkursrätten s 224. Se även NJA 2004 s 777, HD:s domskäl st 2: ”Under en konkurs råder emellertid gäldenären inte över sin egendom [...]”

⁶⁹³ Se även NJA 2000 s 479, i vilket HD fann (på de skäl som hovrätten angav) att företrädaren för en komplementärs konkursbo (konkursförvaltaren) var behörig att motta en

vida konkursförvaltaren var behörig att motta en uppsägning av ett hyresavtal, i vilket konkursgäldenären var part. Rättsfallet bör vara relevant här, eftersom både en uppsägning och en accept är rättshandlingar.⁶⁹⁴ Vem som har behörighet avseende dessa rättshandlingar borde därför regleras på samma sätt. I frågan om huruvida konkursboet var behörigt att motta uppsägningen uttalade Högsta domstolen att det är *till konkursboet* som en uppsägning av ett hyresavtal ska riktas i en lokalhyresgästs konkurs. Domstolen hänvisade till att boet hade möjlighet att själv säga upp avtalet enligt 12 kap 31 § JB. Omständigheterna i rättsfallet medför att det är svårt att dra alltför stora växlar på uttalandet. I rättsfallet hade nämligen konkursboet trätt in i en pågående rättegång om hyresrätten. Rättsfallet har likafullt tolkats mer generellt i doktrinen.⁶⁹⁵

Högsta domstolen har alltså i flera fall uttalat att konkursförvaltaren har behörighet att råda över den egendom som hör till konkursboet. Domstolen har dessutom likställt denna behörighet med frågan om vem som får representera konkursgäldenären avseende gäldenärens skulder i konkursen, för de fall då skulderna hör samman med tillgångar i konkursboet. Konkursförvaltaren har ansetts ha behörighet även såvitt avser dessa skulder. Det har innefattat en behörighet att motta sådana rättshandlingar som har gjort konkursfordringar fullgångna.

På samma sätt som konkursförvaltaren var behörig att motta ett avrop i NJA 1997 s 503, som gjorde en konkursfordran fullgången, måste för-

konkursansökan avseende kommanditbolaget. Domskäl i 2000 års avgörande liknade dem i NJA 1997 s 503, då domstolen uttalade: "Sedan ett beslut om konkurs har meddelats får gäldenären enligt 3 kap 1 § KL inte råda över egendom som hör till konkursboet. Enligt 3 § samma kapitel hör till konkursboet, såvitt nu är i fråga, all egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades och som är sådan att den kan utmätas. Egendomen i [gäldenärens konkursbo] utgjordes bland annat av andelen i [kommanditbolaget]. Företrädaren för konkursboet [konkursförvaltaren], får vid sådant förhållande anses ha varit *behörig att mottaga konkursansökan* och kallelsen till konkursförhandlingen d 16 mars 1999. [Min kursivering.]", NJA 2000 s 479, hovrättens domskäl st 6, som HD hänvisade till i sin bedömning. Söderlund är kritisk till rättsfallet. Hon menar att det borde ha varit konkursgäldenären som var behörig, eftersom det handlade om en konkursgäldenärsfråga enligt associationstanken. I associationstanken skiljs på konkursförvaltarens förvaltningsrätt i konkursboet och konkursförvaltarens förvaltningsrätt i gäldenärens association. Konkurstillgångarna förvaltas av konkursförvaltaren, men det innebär inte att konkursförvaltaren övertar förvaltningsrätten avseende konkursgäldenärens association. Enligt associationstanken får i stället konkursgäldenären behålla sin status som bolagsman, se Söderlund, Konkursrätten s 206.

⁶⁹⁴ Det framkommer redan genom den definition av rättshandlingsbegreppet som återfinns i avtalslagens förarbeten, se Förslag till avtalslagen s 116, om att rättshandlingar är viljeförklaringar som har till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande som faller inom förmögenhetsrättens område.

⁶⁹⁵ Se Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 248.

valtaren vara behörig att motta en sådan accept som ger upphov till en konkursfordran. Det är oklart om även konkursgäldenären har en sådan behörighet. Det behöver dock inte undersökas vidare här. Det räcker att konstatera att behörighet finns.

Sammantaget uppkommer alltså en (villkorlig) konkursfordran om (konkurs)gäldenären har förpliktat sig genom ett anbud före konkursutbrottet, såsom i exemplet ovan. Det gäller i vart fall om systemargument anføres. Att det skulle krävas något ytterligare, för att en konkursfordran ska ha uppkommit, har jag inte funnit några (system)argument som talar för. I avsnittet om huruvida (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig har det också framkommit att fordringar med grund i exempelvis ett utomobligatoriskt skadestånd har uppkommit före konkursutbrottet, om (konkurs)gäldenären har ådragit sig en förpliktelse före samma tidpunkt genom en skadegörande handling. Det finns också systemargument för att en gäldenärsfordran uppkommer om konkursgäldenären förpliktar sig efter konkursutbrottet. Gränsen mellan konkurs- och gäldenärsfordran dras alltså vid om konkursgäldenären har förpliktat sig före eller efter konkursutbrottet.

12.5 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen

12.5.1 Inledande anmärkningar

Det är nu dags att byta fokus, från system till funktion och mer precist till vad en funktionalistisk bedömning innebär i frågan om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Som framkom ovan omformuleras frågan i den funktionalistiska bedömningen. Bedömningen är inte främst inriktad på om en fordran har uppkommit. I bedömningen betonas i stället huruvida rättsföljden i den aktuella regeln bör inträda. Det får till följd att undersökningen här får inriktas på vad som krävs för att en fordran ska få göras gällande i konkurs.

Funktionalistiska bedömningar är knappast något nytt vad gäller insolvensrätten. I fråga om konkursfordrans uppkomst har Lindskog utfört en analys med grund i vad som kan klassificeras som en funktionalistisk bedömning i här avsedd bemärkelse. Den lindskogska bedömningen refereras innan den egna konsekvensbedömningen tar vid.⁶⁹⁶ Återigen delas undersökningen in i om (konkurs)gäldenären måste ha ådragit sig en förpliktelse respektive om även (konkurs)borgenären måste ha för-

⁶⁹⁶ Se vidare ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

pliktat sig före konkursutbrottet. Som nämndes i avstampet till denna avdelning är likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen relevanta som riktmärken för konsekvensbedömningar inom insolvensrätten. Det gäller även för denna bedömning.⁶⁹⁷

12.5.2 Den lindskogska riskprincipen

I doktrinen har Lindskog utvecklat en princip till ledning för om en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet.⁶⁹⁸ Han benämner den riskprincipen.⁶⁹⁹ Den utgör ingen allmän princip såvitt avser fordrans uppkomst, då Lindskog anser att fordrans uppkomsttidpunkt inte låter sig bestämmas på samma sätt i alla de situationer där denna tidpunkt måste fastställas. I stället menar han att de överväganden som den aktuella rättsregeln föranleder är avgörande för uppkomsttidpunkten. Grunden för riskprincipen sammanfaller på så vis med hur en funktionalistisk bedömning i här avsedd bemärkelse utförs.⁷⁰⁰

Enligt riskprincipen måste det föreligga ett för gäldenären förpliktande rättsfaktum före konkursutbrottet.⁷⁰¹ Därtill ska borgenären före den kritiska tidpunkten antingen ha presterat vad som krävs av borgenären, för att fordran ska bli fullgången, eller så ska borgenären ha försatt sig i en sådan situation att borgenären inte utan rättsförlust kan undvika eller dra sig undan sin prestation. Om dessa förutsättningar är uppfyllda kan borgenären göra gällande sin fordran i konkursen.⁷⁰²

Som stöd för riskprincipen anförs att borgenären inte bör kunna försämrå övriga borgenärs utdelning, om borgenären utan uppoffring kan hindra att en konkursfordran uppstår (eller blir fullgången) – det vill säga

⁶⁹⁷ Se ovan under avsnitt 11.2.

⁶⁹⁸ Se Lindskog, Kvittning s 175 ff; Lindskog, Betalning s 653 ff, i vilka principen behandlas. Här kan också påpekas att Lindskog menar att principen ska användas för att bestämma uppkomsttidpunkten i kvittningsfallet (borgenärens motfordran) och bevakningsfallet (5 kap 1 § konkurslagen), eftersom ändamålsskäl talar för detta, se Lindskog, Kvittning s 181, not 526.

⁶⁹⁹ Se Lindskog, Kvittning s 177; Lindskog, Betalning s 653 f.

⁷⁰⁰ Se Lindskog, Betalning s 653. Uttalandet är signifikativt för den juridiska metod som präglar Lindskogs arbeten, se exempelvis Lindskog, Betalning s 436, not 1552: "Enligt min mening är det inget fel att en bild (eller ett systemsynsätt) blir normerande, så länge den lösning på en viss fråga som bilden (eller systemet) anvisar endast betraktas som en regelkandidat med ett visst presumtionsföreträde. Prövningen av om presumptionen håller måste emellertid göras med realistiska förtecken, d v s på grundval av de intressen och hänsyn som *normalt* aktualiseras i *typ*situationen, och inte genom en exegetisk analys av systemet som sådant. Man kan kanske uttrycka det så att regelkandidaten härleds systeminternt medan den konfronteras med vad som följer av en systemextern analys."

⁷⁰¹ Lindskog, Kvittning s 176.

⁷⁰² Lindskog, Betalning s 653 f.

om borgenären kan bibehålla sin rättsenliga position.⁷⁰³ Riskprincipen liknar frysningsprincipen på så sätt, genom att den rätt som förelåg vid konkursutbrottet blir avgörande för vilken rätt som kan göras gällande i konkursen.

12.5.3 Om (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig

Med det sagt ska en funktionalistisk bedömning vidtas, beträffande spørgsmålet om (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet för att fordran ska få göras gällande i konkursen. Lämpliga riktmärken för konsekvensbedömningen är likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen.⁷⁰⁴

Likabehandlingsprincipen tillgodoses här redan genom att en gräns dras för vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs. Gränsen, som återfinns i 5 kap 1 § konkurslagen, stoppar (och motverkar därigenom också) en annars förmodad kapplöpning mellan borgenärerna om gäldenärens (otillräckliga) tillgångar. Om en gräns inte hade funnits hade konkursgäldenären haft möjlighet att fortsätta ådra sig sådana förpliktelser som då skulle ha fått göras gällande i konkursen. Visserligen hade nya borgenärer då tillkommit, men gäldenären hade även kunnat gynna redan existerande borgenärer, genom att ådra sig ytterligare förpliktelser gentemot dessa. Deras andel av utdelningen i konkursen hade på så vis ökat. En särbehandling av vissa borgenärer motverkas därmed, genom att en gräns dras för vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs, vilket förstås också främjar en likabehandling.⁷⁰⁵ Hur denna gräns ska dras kvarstår dock att besvara här.

I frågan kan frysningsprincipen komplettera likabehandlingsprincipen. Högsta domstolen har uttalat att frysningsprincipen innebär att förhållandena vid konkursutbrottet ska vara avgörande för *konkursborgenärernas* rätt.⁷⁰⁶ Det bör innebära att de som *inte* var konkursborgenärer vid konkursutbrottet saknar rätt till anspråk i konkursen. I annat fall kan inte *konkursborgenärerna* likabehandlas. En inkludering av andra skulle innebära att frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen frångicks.

För att någon ska vara konkursborgenär måste borgenären ha en sådan fordran som får göras gällande i konkursen. Det följer av bland annat 5 kap 1 § konkurslagen. Termen fordran implicerar att borgenärens perspektiv tas på rättsförhållandet. I avsnittet är i stället fråga om

⁷⁰³ Lindskog, Betalning s 653 f.

⁷⁰⁴ Se ovan under avsnitt 11.2.

⁷⁰⁵ Se ovan under avsnitt 11.2.

⁷⁰⁶ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 16. Se även ovan under avsnitt 11.2.

huruvida (konkurs)gäldenären måste vara bunden. Därför bör uppmärksamheten vändas mot termen förpliktelse. Sammantaget ger det att om (konkurs)gäldenären har ådragit sig en förpliktelse före konkursutbrottet finns även en fordran. Finns en fordran finns även en borgenär. Gäldenären måste alltså ha ådragit sig en förpliktelse före konkursutbrottet, för att en fordran ska kunna göras gällande i en konkurs. Därigenom följer även indirekt att om konkursgäldenären har ådragit sig en förpliktelse efter konkursutbrottet svarar inte den förpliktelsen mot någon konkursfordran. Förpliktelsen svarar då i stället mot en gäldenärsfordran.

Resultatet av den funktionalistiska bedömningen överensstämmer följaktligen med vad som framkom då systemargumenten beaktades. Det är inte särskilt märkligt med tanke på att de argument som anfördes strax ovan, såsom att en gräns förhindrar en kapplöpning mellan borgenärerna och bidrar till att upprätthålla likabehandlingsprincipen, också kan användas till att motivera regeln som återfinns i 3 kap 1 § konkurslagen – det vill säga att efter konkursutbrottet får konkursgäldenären inte åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen. I avsnittet om systemargumenten framkom också att sambandet mellan gäldenärens rådighetsförlust och vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs är starkt.

Av riskprincipen framgår tydligt vad som krävs från gäldenärens sida, för att en fordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet: Det måste finnas ett för gäldenären förpliktande rättsfaktum innan konkursbeslutet meddelas, för att en konkursfordran ska ha uppkommit.⁷⁰⁷ Innebörden av riskprincipen, frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen sammanfaller alltså här.

Förpliktelsen kan förstås ha uppkommit på olika sätt. Uppkomsten är avhängig vilken typ av fordran som är aktuell i det enskilda fallet. Svaret på frågan om huruvida en förpliktelse har uppkommit ges till exempel av avtalsrätten, skadeståndsrätten eller fordringsrätten.

12.5.4 Om (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig

För de ömsesidiga rättsförhållandena är det inte tillräckligt att fastställa att (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet. Det måste även undersökas om (konkurs)borgenären också måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en konkursfordran ska ha uppkommit. Exemplet som nyttjades i avsnittet om systemargumenten kan återigen användas. I exemplet hade (konkurs)gäldenären likviditetsbrist och försökte därför sälja egendom. Gäldenären hade skickat ett anbud (i avtals-

⁷⁰⁷ Se Linskog, Kvittning s 176; Linskog, Betalning s 653.

lagens bemärkelse) till anbudsmottagaren (borgenären) före konkursutbrottet. Under acceptfristen gick sedan gäldenären (anbudsgivaren) i konkurs. Liksom tidigare är likabehandlingsprincipen, frysningsprincipen och riskprincipen relevanta att beakta här.

Som påpekades strax ovan innebär likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen att det endast är de som är borgenärer vid konkursutbrottet som får göra gällande sina fordringar i konkursen. Undersökningen behöver därför inriktas på om anbudsmottagaren är borgenär vid konkursutbrottet. I exemplet löper acceptfristen vid konkursutbrottet och anbudet är bindande för anbudsgivaren. Det framgår av löftesprincipen, som kommer till uttryck i 1 § avtalslagen. Förvisso kan anbud återkallas. Det gäller om återkallelsen kommer anbudsmottagaren till handa innan mottagaren tar del av anbudet enligt 7 § samma lag. Efter denna tidpunkt kan emellertid anbudet inte återkallas under acceptfristen; det är innebörden av löftesprincipen.⁷⁰⁸

Anbudsgivarens bundenhet blir relevant om anbudsmottagaren väljer att acceptera anbudet inom acceptfristen och anbudsgivaren ändå inte fullföljer avtalet. Ett sådant icke-fullföljande innebär vanligen ett culpöst kontraktsbrott (om inga exculperande omständigheter föreligger). Det leder ofta till skadestånd intill det positiva intresset.⁷⁰⁹ Om det har skett

⁷⁰⁸ Se Förslag till avtalslagen s 37 f: "[...] en blivande lagstiftning bör byggas på principen, att ett anbud, som kommit till adressatens kunskap, i allmänhet bör vara oåterkalleligt." Se även Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 149 ff; Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 66 f; Almén & Eklund, Avtalslagen s 11; Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 29 ff; Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 49 ff; Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s 111 ff; Hästad, Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera s 174; Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 87 ff; Dotevall, Avtal s 76 ff; Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 99 ff. Här bör framhållas att av anbudet samt av handelsbruk eller annan sedvänja kan det framgå att anbudet är återkalleligt, se Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 151 f, not 4; Vahlén, Avtal och tolkning s 121. Jfr även Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 84 ff, som uppger att det har antagits att en återkallelse av ett anbud helt saknar rättsverkningar och att även ett återkallat anbud kan ligga till grund för avtalsslut genom accept. Lehrberg menar att det i stället finns goda skäl för att anbudsbundenhetens rättsverkan bör inskränkas till en rätt till skadestånd intill det positiva kontraktsintresset, se a st. Skillnaden ligger alltså inte i om det godtas att anbud återkallas, utan vilken rättsverkan en (sen) återkallelse ska få. En sen återkallelse kan lika gärna beskrivas som en avtalsvägran. Häremot Lindskog, Betalning s 653, som uttalar att anbud in dubio är återkalleliga: "[...] om anbudet är återkalleligt när konkursen inträder (vilket det in dubio är, se 7 § AvtL) [...]." Lindskog anger inget stöd för sin uppfattning, som avviker från lagtext och en i övrigt enig doktrin, på a st.

⁷⁰⁹ Anbudet kan inte återkallas enligt löftesprincipen, vilket innebär att det kan mötas med en accept som har följden att avtal kommer till stånd, se Grönfors & Dotevall, Avtalslagen s 49. Frågan om vad en icke-fullgörelse av det då slutna avtalet leder till är förstås avhängigt en tolkning av avtalet i sig självt och eventuellt av utfyllande rätt. Se dock om huvudregeln, vilken innebär att en kontraktsstridig hävning eller uppsägning av

en allmän prisstegring på varan sedan anbudet mottogs blir skadeståndet särskilt relevant för anbudsmottagaren, eftersom anbudet i sådana fall är mer fördelaktigt än om det skulle ha varit enkelt att hitta en liknande vara till samma pris.⁷¹⁰ Vanligen blir skadeståndet också högre i dessa fall, eftersom exempelvis ett täckningsköp blir dyrare. Anbudet kan också vara särskilt intressant för anbudsmottagaren om till exempel egendomen har individuell prägel, om den är svår att få tag på eller om det är lång leveranstid.

I och med att gäldenären i exemplet är bunden till sitt anbud vid konkursutbrottet är anbudsmottagaren också en borgenär vid samma tidpunkt. Låt vara att fordran är villkorad av att mottagaren av anbudet accepterar anbudet. Skulle sådana fordringar inte få göras gällande i en konkurs, skulle det innebära avsteg från såväl frysningsprincipen som likabehandlingsprincipen. De borgenärer som fanns vid konkursutbrottet skulle nämligen inte behandlas lika. Att konkursfordran uppkommer samtidigt som (konkurs)gäldenären förpliktar sig genom anbudet finner alltså stöd i likabehandlings- och frysningsprincipen.

I sammanhanget bör också påpekas att konkursen är en generalexekution. Det innebär att konkursen är en *samlad* uppgörelse mellan konkursgäldenärens borgenärer såvitt avser gäldenärens tillgångar (som omfattas av konkursen).⁷¹¹ Ska konkursen utgöra en samlad uppgörelse är det fördelaktigt om samtliga gäldenärens borgenärer deltar, såtillvida att även de borgenärer som enbart har villkorliga fordringar av olika slag deltar. I konkurslagen kommer denna tanke till uttryck, genom att det finns regler om villkorliga fordringar i exempelvis 5 kap 10 § konkurslagen.

Här bör också riskprincipen beaktas. Som tidigare nämnades innebär principen att borgenären före den kritiska tidpunkten antingen ska ha presterat vad som krävs av borgenären, för att fordran ska bli fullgånge, eller att borgenären ska ha satt sig i en sådan situation att borgenären inte utan rättsförlust kan undvika eller dra sig undan sin prestation.⁷¹²

avtal leder till skadestånd, Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 215 f, samt om ersättning intill det positiva intresset, a a s 229 f. Se även i och vid not 708 ovan, om att anbud vanligen är oåterkalleliga.

⁷¹⁰ Möjligen framstår exemplet som hämtat från Lindskog, Betalning s 653, not 2388. Mig veterligen presenterades och undersöktes exemplet första gången i Schytzer, Konkursfordrans uppkomst, PM inför Högre seminarium i civilrätt 2016-12-08. Jfr även Lindskog, Betalning, 1 uppl (2014) s 605, där exemplet inte finns. Noteras kan också att andra upplagan av Betalning kom 2018.

⁷¹¹ Se vidare ovan under avsnitt 11.2.

⁷¹² Lindskog, Betalning s 653.

Vad gäller just det här diskuterade exemplet har Lindskog förtydligat sin standpunkt i den senaste upplagan av *Betalning*:⁷¹³

”Den svåra frågan är ifall den skadeståndsfördring som följer med en hävning får göras gällande i konkursen. Min framställning i *Kvittning* är inte helt klargörande i det hänseendet. Där berörs således inte betydelsen av att anbudet är återkalleligt respektive oåterkalleligt. Jag tror att man bör se det på följande sätt. Om anbudet vid konkursutbrottet var oåterkalleligt och antas under acceptfristen, så skall det anses ha samma bindningsverkan som en optionsutfästelse. Det följer då av riskprincipen att borgenärens skadeståndsfördring får göras gällande i konkursen, trots att anbudet accepteras först efter konkursutbrottet (det förutsätts att accepten avges inom den acceptfrist som gäller i förhållande till gäldenären; vad som gäller i fråga om passiv behörighet är dock oklart, se not 2357 ovan i anslutning [...] NJA 1997 s 503). Det skulle ju ha inneburit en uppoffring om borgenären tvingades att avstå från det värde som låg i det bindande anbudet (den rättsliga positionen). Men om anbudet är återkalleligt när konkursen inträder (vilket det in dubio är, se 7 § AvtL) har avtalsintresset varit så risksatt, att anbudet bör vara överksam i förhållande till konkursboet.”⁷¹⁴

I den nya beskrivningen av riskprincipen görs alltså en skillnad mellan om anbudet har varit återkalleligt eller oåterkalleligt. De oåterkalleliga anbuden kommer att kunna göras gällande i konkursen, medan de återkalleliga inte kan göras gällande i konkursen.

Att de oåterkalleliga anbuden kan göras gällande i konkursen finner, som sagt, även stöd i likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen. De praktiska implikationerna av detta förminskas ändå i Lindskogs beskrivning. Han påstår nämligen att anbud in dubio är återkalleliga. Ett anbud är återkalleligt, men bara om en återkallelse av detsamma kommer anbudsmottagaren till handa innan mottagaren tar del av anbudet eller samtidigt därmed. Det följer av 7 § avtalslagen. Efter den tidpunkten är anbud bindande och kan alltså inte återkallas. Något stöd för den ordning som förordas i citatet anförs inte. I stället framgår det av lagtext, förarbete och den övriga doktrinen att anbud in dubio är oåterkalleliga.⁷¹⁵

Sammantaget finns alltså gott stöd i den funktionalistiska bedömningen för att en fordran får göras gällande i konkurs, om (konkurs)gäldenären har ådragit sig en förpliktelse före konkursutbrottet. Om gäldenären i stället förpliktar sig efter konkursutbrottet uppkommer en gäldenärsfordran.

⁷¹³ Se Lindskog, *Betalning* s 653, not 2388. Jfr Lindskog, *Kvittning* s 175 f; Lindskog, *Betalning*, 1 uppl (2014) s 605. Se även Schytzer, Konkursfordrans uppkomst, PM inför Högre seminarium i civilrätt 2016-12-08, för en undersökning av vad den tidigare beskrivningen av riskprincipen innebar i det här diskuterade exemplet.

⁷¹⁴ Lindskog, *Betalning* s 653, not 2388.

⁷¹⁵ Se ovan i och vid not 708.

12.6 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – några olika typfall

12.6.1 Inledande anmärkningar

I detta kapitel har vad som krävs för att en fordran ska uppkomma *före* eller *efter* konkursutbrottet behandlats utifrån såväl systemargument som en funktionalistisk bedömning. I båda undersökningarna framkom det att om (konkurs)gäldenären har förpliktat sig före konkursutbrottet har (i vart fall) en villkorad konkursfordran uppkommit. Det är även en ordning som är förenlig med villkorsläran. Enligt den läran har en fordran uppkommit om parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.⁷¹⁶ Att fordran har uppkommit när gäldenären har förpliktat sig är även delvis förenligt med principen om den väsentliga grundens riktlinje.⁷¹⁷ Enligt den uppkommer en fordran genom avtalet eller den skadegörande handlingen (precisionen i riktlinjen kan dock inte sägas vara så skarp att det går att avgöra om en fordran också kan uppkomma genom ett löfte att binda sig till ett avtal).⁷¹⁸ Av studien ovan framkom det också att om konkursgäldenären i stället förpliktat sig efter konkursutbrottet har en gäldenärsfordran uppkommit.

Utöver dessa argument och argumentationslinjer finns ett antal lagstadganden, rättsfall och en mängd uttalanden i doktrinen, som på ett eller annat sätt berör frågan om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Detta material ska nu jämföras med det i kapitlet hittills behandlade materialet. Nedan kommer fordrans uppkomst att behandlas avseende fordringar som har sin grund i avtal eller andra rättshandlingar, utomobligatoriskt skadestånd, återbetalning efter en misstagsbetalning samt återvinning i konkurs.

12.6.2 Fordran med grund i avtal eller annan rättshandling

Vad som krävs för att en fordran ska uppkomma om den har sin grund i avtal eller annan rättshandling har prövats av Högsta domstolen ett antal gånger. Undersökningen kan ta NJA 1990 s 110 som utgångspunkt. I rättsfallet var fråga om huruvida vissa skadeståndsfordringar hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Skadeståndsfordringarna hade

⁷¹⁶ Se vidare ovan under kapitel 6, särskilt avsnitt 6.2, om villkorslärans betydelse.

⁷¹⁷ Se vidare ovan under kapitel 7, särskilt avsnitt 7.4.

⁷¹⁸ Se vidare ovan under avsnitt 7.4.

sin grund i ett antal skuldebrev, vilka var utfärdade före konkursutbrottet, men omständigheterna som gav upphov till fordringarna inträffade i och med konkursen. Rättsfallet har refererats och undersökts ovan under avsnitt 6.3. Här ska bara påminnas om att Högsta domstolen fann att skadeståndsfordringarna hade uppkommit redan vid skuldförbindelsens ingående, och alltså före konkursutbrottet, med grund i villkorsläran.⁷¹⁹

I sammanhanget bör även NJA 1981 s 801 nämnas. I fallet hade ett mäklaravtal ingåtts mellan (konkurs)gäldenären och en mäklare före konkursen. Mäklaren hade också anvisat en köpare till (konkurs)gäldenären före konkursutbrottet. Konkursboet sålde sedan fastigheten till den anvisade köparen. Mäklarens fordran på provision blev därigenom fullgånngen. Frågan i rättsfallet var om denna fordran utgjorde en konkursfordran eller en massafordran. I den frågan uttalade Högsta domstolen:

”Men provisionsfordringen är i sådan väsentlig mån grundad på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktär av massafordran.”⁷²⁰

Som synes fann Högsta domstolen att fordran väsentligen var grundad i avtalet och mäklarens anvisning, varför fordran hade uppkommit före konkursutbrottet.

Här bör tilläggas att rättsfallet inte behöver tolkas som att det krävdes att både avtalet *och* anvisningen skulle föreligga före konkursutbrottet, för att en konkursfordran skulle ha uppkommit. Frågan i rättsfallet var om konkursboet var ansvarigt för fordran. Frågan var alltså inte vad som krävdes för att en konkursfordran skulle uppkomma. Av undersökningen av principen om den väsentliga grunden ovan framkom i stället att enligt den principen uppkommer en fordran i regel genom avtalet.⁷²¹

Det finns också ett antal bestämmelser som indirekt är relevanta för att bedöma om en konkursfordran har uppkommit. Bestämmelserna reglerar på vilket sätt konkursboet kan inträda i gäldenärens avtal, under vilka omständigheter som boet blir ansvarigt eller vilken rätt konkursgäldenärens medkontrahent har till skadestånd på grund av gäldenärens konkurs. I bestämmelserna föreskrivs inte uttryckligen vad som krävs för att en konkursfordran ska uppkomma. Men i de rättskällor som behandlar bestämmelserna har det ofta uttalats att en konkursfordran uppkommer genom avtalet. Så sker till exempel i anslutning till bestämmelsen om

⁷¹⁹ Se även nedan under avsnitt 13.5, om U 2000 194 H.

⁷²⁰ NJA 1981 s 801, HD:s domskäl st 3.

⁷²¹ Se ovan under avsnitt 7.4.

köp av lös egendom i 63 § köplagen,⁷²² köp av fast egendom i 4 kap 26 § JB,⁷²³ arrende i allmänhet i 8 kap 15–18 §§ JB,⁷²⁴ hyra av bostad och lokal i 12 kap 31 § JB,⁷²⁵ kommissionsavtal i 43 § 2 st kommissionslagen⁷²⁶ samt handelsagentursavtal enligt 34 § 2 st lagen om handelsagentur.⁷²⁷ Det finns därtill rättsfall från Högsta domstolen som slår fast att en konkursfordran på royalty med grund i ett förlagsavtal uppkommer genom avtalet.⁷²⁸

Här kan också noteras att en konkursfordran avseende lön, som huvudregel, uppkommer genom anställningsavtalet. Det framgår av förmånsrättslagen. I lagens 12 § 1 st 2 men föreskrivs nämligen att de fordringar som belöper på tiden före konkursbeslutet (och inom en månad därefter) är föremål för allmän förmånsrätt.⁷²⁹ Eftersom förmånsrätt endast gäller för konkursfordringar utgör även dessa lönefordringar konkursfordringar. Det har i såväl rättspraxis som doktrinen tolkats som att konkursfordran på lön uppkommer vid anställningsavtalets ingående, även om arbete har utförts efter konkursutbrottet.⁷³⁰

⁷²² Se NJA 1996 s 368 (kvittning i konkurs); prop 1988/89:76 s 183; SOU 2001:80 s 91 och s 93 f; Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 130; Persson, A H, Förbehållsklausuler s 155; Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag s 417 f; Håstad, Köprätt s 184; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 96; Karlsson-Tuula, Gåldenärens avtal s 66; Gerhard, Köprättens grunder s 65 f; Munukka, Köplagen 63 § (Karnov, 2020-07-01); Ramberg, J & Herre, Köplagen 63 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Svensson, O, Köplagen 63 § (Lexino, 2020-07-01). Här bör noteras att köplagen endast är tillämplig på köpeavtal, enligt 1 §, varför ett avtal måste föreligga, för att lagen ska vara tillämplig. Frågan om huruvida en fordran kan uppkomma redan innan ett avtal är slutet har därför inte funnits skäl att diskutera i den kontexten.

⁷²³ Se SOU 1947:38 s 230; Westerlind, Kommentar till jordabalken, 1–5 kap s 426; Möller, Konkurs och kontrakt s 727; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 96.

⁷²⁴ Se prop 1970:142 s 147 f. Se även Bäärnhielm & Gerleman, 8 kap, Arrende i allmänhet s 183 f; Larsson, N & Synnergren, Arrende- och andra nyttjanderättsavtal i praktiken s 349 ff; Flodin, jordabalken 8 kap 17 § (Lexino, 2020-07-01).

⁷²⁵ NJA 2009 s 41; prop 2002/03:49 s 103; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 178; Victorin, m fl, Kommersiell hyresrätt s 148 ff; Björkdahl, Hyra av bostad och lokal s 378 f; Holmqvist & Thomsson, R, Hyreslagen s 286.

⁷²⁶ Se prop 2008/09:88 s 161; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 96 f.

⁷²⁷ Se prop 1990/91:63 s 130 f; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 97.

⁷²⁸ Se NJA 1966 s 241; NJA 2005 s 510. Se vidare nedan under avsnitt 15.7.5, om dessa rättsfall.

⁷²⁹ Det framgår uttryckligen i förmånsrättslagens lydelse fr o m den 1 jan 1976, se lag (1975:1248) om ändring i förmånsrättslagen. Se även prop 1975/76:12 s 31, om den tidigare ordningen.

⁷³⁰ Se NJA 1979 s 253; NJA 1983 s 350; NJA 2012 s 876; AD 1982 nr 143; AD 1982 nr 150; AD 1997 nr 19; AD 2019 nr 22. Se även Walin, Materiell konkursrätt s 25; Möller, Konkurs och kontrakt s 689 ff; Schmidt & Sigeman, Löntagarrätt s 338 ff; Danhard, Konkursarbetsrätt s 32; Mellqvist, Konkurslagen 5 kap 18 § (Lexino, 2020-07-01). Boet kan även inträda i anställningsavtalet, se vidare nedan under avsnitt 15.7.4.

Beträffande fordringar med grund i avtal bör det också nämnas att vad gäller fordrans uppkomst, såvitt avser den allmänna preskriptionsregeln i preskriptionslagen, har det gjorts en skillnad mellan momentana och varaktiga avtal. Det kommer till uttryck i NJA 2000 s 569. Rättsfallet gällde bland annat frågan om när vissa hyresfordringar hade uppkommit. Dessa hade sin grund i ett avtal om bostadshyra. Högsta domstolen fann att sådana fordringar ”på betalning för prestationer som skall fullgöras i framtiden i *preskriptionshänseende* anses ha tillkommit först när prestation skett eller fordringen eljest förfallit till betalning [...]. [Min kursivering.]”⁷³¹ I rättsfallet uttalade domstolen också att huvudprincipen är att villkorliga fordringar uppkommer vid tiden för avtalets ingående. Huvudregeln är alltså tydlig, och någon grund för att här göra skillnad mellan varaktiga och momentana avtal har inte framkommit.⁷³²

Det finns även rättskällematerial att beakta i frågan om huruvida en regressfordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Frågan är reglerad vad gäller kvittning i konkurs. I 5 kap 17 § konkurslagen föreskrivs nämligen att vid tillämpningen av 15 § i samma kapitel anses en fordran på sådan ersättning som tillkommer en borgensman eller någon annan med anledning av en förpliktelse som han (eller hon) har infriat (regressfordran) förvärvat när hans (eller hennes) förpliktelse grundades. Även om bestämmelsen gäller kvittning i konkurs, råder det enighet om att samma ordning gäller beträffande om en fordran har uppkommit före konkursutbrottet.⁷³³

⁷³¹ NJA 2000 s 569, HD:s domskäl st 8. Denna uppkomsttidpunkt, såvitt avser preskription, refererar även HD till i NJA 2004 s 499.

⁷³² Jfr även NJA 1970 s 553, i vilket det också var fråga om ett varaktigt avtal, men det föranledde inte där att domstolen nådde någon annan slutsats än vad som vanligen gäller för fordringar med grund i avtal. HD fann att fordringarna hade uppkommit genom avtalet. Här kan också noteras att det finns bestämmelser som reglerar på vilket sätt konkursboet kan säga upp varaktiga avtal, såsom 12 kap 31 § JB. Det påverkar omfattningen av konkursgäldenärens ansvar men inte konkursfordrans uppkomsttidpunkt.

⁷³³ Se prop 1975:6 s 274; SOU 1970:75 s 192; Welamson, L, Konkursrätt s 453; Walin & Ingvarsson, T, Borgen och tredjemanspant s 257; Lindskog, Kvittning s 228; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 196 och s 223; Lennander, Konkurslagen 5 kap 17 § (Karnov, 2020-07-01); Mellqvist, Konkurslagen 5 kap 17 § (Lexino, 2020-07-01). Specialbestämmelser i fråga om regressfordrans uppkomst finns även i 39 § den danska konkursloven och 6 kap 3 § dekningsloven (och dessa gäller för om en fordran har uppkommit före konkursutbrottet). Se dock Nordtveit, När oppstår en fordring? s 228, om regressfordringars uppkomsttidpunkt generellt. Hon finner att dessa annars uppkommer då plikten att betala etablerades, se a st. Det kan också noteras att det tidigare framgick av konkurslagen att regresskrav kunde göras gällande i konkursen, trots att regresskravet inte var fullgånget vid konkursutbrottet. I 136 § 2 st 1921 års konkurslag (motsvarigheten till 5 kap 10 § konkurslagen) föreskrevs nämligen att sådana regressfordringar skulle komma i beaktande vid slututdelningen. Hur dessa fordringar skulle behandlas vid slututdel-

Mot bakgrund av detta rättskällematerial kan det inte finnas något tvivel om att en fordran med grund i ett avtal eller i andra rättshandlingar uppkommer genom rättshandlingen eller i vart fall genom avtalet.⁷³⁴

12.6.3 Delikt

Att utomobligatoriska skadestånd kan ha sin grund i såväl handling som underlåtenhet behöver beaktas i frågan om vad som krävs för att utomobligatoriska fordringar ska uppkomma före eller efter konkursutbrottet. Vad gäller sådana fordringar som har sin grund i en handling uttalas det i förarbetena till den nu gällande konkurslagen att de kan göras gällande i konkurs, om den skadegörande händelsen har ägt rum före konkursutbrottet. Enligt departementschefen har det ingen betydelse om skadan har inträffat före konkursutbrottet eller inte.⁷³⁵ Uttalandet skedde visserligen i anslutning till en diskussion om nackdelsrekvisitet (beträffande återvinning i konkurs), men i doktrinen råder i stort sett enighet om att det är tillräckligt att den skadegörande handlingen har skett före kon-

ningen förändrades, men inte vilka fordringar som fick göras gällande i konkursen, se prop 1975:6 s 284 ff och lag (1975:244) om ändring i konkurslagen (1921:225). Se även prop 1986/87:90 s 227 och s 230. Ordningen, att en villkorad fordran uppkommer redan innan regressansvaret har aktualiserats, är därför densamma. Se även Walin, Materiell konkursrätt s 72 ff, som också lyfter fram sambandet mellan regressfordrans uppkomst och 136 § i 1921 års konkurslag. Se även plenumavgörandet NJA 1914 s 569, om rättsläget som gällde före 1921 års konkurslag. I rättsfallet fastslogs att om en tredje man infriar gäldenärens förbindelse först efter konkursutbrottet, p g a att tredje man har varit utställare av en utav gäldenären ställd växel, kan tredje man ändå använda den först efter konkursutbrottet fullgångna fordran till kvittning.

⁷³⁴ Jfr även Friberg, N, Ansvarsformsteorin s 340 f, som har lanserat just ansvarsformsteorin, vilken gäller för fordringar som har sin grund i ett inomkontraktuellt skadestånd. Beträffande sådana skadeståndsfordringar, under förutsättning att de har sin grund i culpa, finner han att de i regel uppkommer genom den vårdslösa handlingen: "Har gäldenären däremot ett culpaansvar för uppkommen skada till följd av avtalsbrottet finns det anledning att se annorlunda på saken. Förpliktelsen att inte bryta mot avtalet blir i dessa fall i förhållande till skadeståndsfordran att anse som en förpliktelse att inte förfara vårdslöst. Även om huvudförpliktelsen hos gäldenären uppstått i och med att avtalet ingicks motsvaras denna vid avtalets ingående endast av en fordran på omsorgsfull fullgörelse hos borgenären. Fordran på skadestånd, med motsvarande förpliktelse på gäldenärssidan, uppstår först i och med att vårdslöshet konstaterats. Gäldenärens vårdslöshet får anses vara en uppkomstförutsättning – inte ett villkor – för skadeståndsfordran.", a a s 336. Såvitt avser fordrans uppkomst inom konkursrätten finner han dock att ansvarsformsteorin inte gäller, utan mot bakgrund av bl a likabehandlingsprincipen anser han att fordran i dessa fall uppkommer genom avtalet, se a a s 340 f.

⁷³⁵ Se prop 1986/87:90 s 124.

kursutbrottet, för att en konkursfordran ska ha uppkommit.⁷³⁶ Samma uppkomsttidpunkt gäller i dansk och norsk rätt i denna fråga.⁷³⁷

Uppkomstfrågan beträffande utomobligatoriska skadestånd med grund i en underlåtenhet att handla är svårare att avgöra. Om en sådan underlåtenhetsfrist börjar löpa före konkursutbrottet och fortsatt löper vid konkursutbrottet aktualiseras spørsmålet. Här tycks det inte finnas någon vägledning att hämta i de svenska rättskällorna. I den danska doktrinen brukar det hänvisas till U 1971 276/2 H i denna fråga.⁷³⁸ I rättsfallet hade en fiskare försatts i konkurs. I sin verksamhet hade fiskaren placerat ut vissa pålar utanför Ærø, vilka han hade spänt fiskenät emellan. Enligt gällande lag ålåg det fiskaren att ta bort pålarna vid äventyr av ersättningsansvar. I konkursen överlät konkursboet vissa av fiskeanrättningarna till andra fiskare. Efter det att förvaltaren hade meddelat Fiskeriministeriet att boet inte hade möjlighet att ta bort resterande pålar, tillsåg ministeriet att pålarna blev borttagna. Ministeriet gjorde gällande att kostnaden för detta arbete skulle ersättas, som en massafordran i konkursen.

I sin dom konstaterade Højesteret att vid konkursutbrottet ålåg det konkursgäldenären att ta bort pålarna och att fordran mot konkursgäl-

⁷³⁶ Se Ekdahl, Om fordran i konkurs s 8; Walin, Materiell konkursrätt s 23; Lindskog, Kvittning s 222; Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Häremot Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 889. Schultz analys utgår dock från frågan om utomobligatoriska fordringars uppkomst i preskriptionshänseende, och vad han menar är skadeståndsrättsliga argument, se a s 871 ff. Han gör likväl anspråk på att hans slutsats är generell, fastän han inte beaktar andra rättskällor än de som är relevanta i preskriptionsfrågan, se a s 888 f. Här bör noteras att i förarbetena till preskriptionslagen sägs det uttryckligen att en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen, se prop 1979/80:119 s 89. En ordning som även HD har uttalat sitt stöd för, se NJA 2018 s 103. Se även exempelvis Jacobson, H, Preskriptionens funktioner s 497; Lindskog, Preskription s 432 ff; Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s 419. Se även senast Bengtsson, B, Om preskription av sena skadeståndskrav s 11 ff, för en utförlig genomgång av frågan, såvitt avser de fall i vilka det går lång tid mellan den skadegörande handlingen och skadan. Här bör också noteras att Mellqvist har uttalat att skadetillfället antagligen är uppkomsttidpunkten, se Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 194. Jfr Welamson, L, Konkurs, 8 uppl, s 118 ff, där det saknas uttalande om utomobligatoriska skadeståndsfordringars uppkomsttidpunkt.

⁷³⁷ För dansk doktrin se Ussing, Erstatningsret s 176; Gomard, Skifteret s 147; Paulsen, Insolvensret – konkurs s 382; Ørgaard, A, Konkursret s 187; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 434; von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret s 532; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 229; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 231. För norsk doktrin se Augdahl, Forelesninger i konkurs s 69; Brækhus, Materiell konkurs- og eksekusjonsrett s 109; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 114; Andenæs, Konkurs s 392; Askeland, Om tidsforståelse i erstatningsretten s 336; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 291; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 135 ff.

⁷³⁸ Se Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 434; Paulsen, Insolvensret – konkurs s 383; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 231.

denären därför hade uppkommit före konkursutbrottet. Fordran kunde alltså göras gällande i konkursen. Domstolen fann också att konkursboet inte hade ådragit sig något självständigt ansvar för borttagandet av pålarna, genom att exempelvis fortsätta driften av verksamheten. I den danska doktrinen anges fallet som stöd för att en konkursfordran avseende utomobligatoriskt skadestånd, som har sin grund i underlåtenhet att handla, uppkommer redan då fristen att handla börjar löpa.⁷³⁹

Ytterligare skäl kan anföras för denna uppkomsttidpunkt. Om de här diskuterade fordringarna i stället uppkom då fristen att handla löpte ut skulle det medföra att gränsdragningsproblem. Det beror på att gränsen mellan vad som skadeståndsrättsligt utgör en handling respektive en underlåtenhet skulle bli avgörande. En underlåtenhet kan emellertid ofta omformuleras till en handling och vice versa. Håkan Andersson har uttryckt det på följande vis: "Man kan ofta via gestaltande val frammana bilden av en 'positiv handling' som innefattar vissa brister i säkerhetskänslighet – eller så kan man välja att framställa saken såsom en 'negativ underlåtenhet' att åtgärda den ifrågavarande säkerhetsaspekten."⁷⁴⁰

Ett rättsfall från Högsta domstolen får illustrera denna gränsdragningsproblematik. I NJA 1973 s 141 var fråga om huruvida ett byggbolag skulle vara skadeståndsskyldigt för viss personskada. Sent en kväll hade den personen som sedermera krävde bolaget på skadestånd gått in på ett byggområde tillhörande byggbolaget för att kasta vatten. Olyckligtvis föll personen i fråga ned i ett öppet hisschakt på byggområdet och skadade sig. Vad gällde bolagets eventuella skadeståndsansvar fann Högsta domstolen att bolaget hade varit vårdslöst, bland annat genom att det hade underlåtit att inhägna byggområdet och täcka för schaktet efter arbetsdagens slut.

Här kan uppmärksammas att om Högsta domstolen hade förlagt händelseförloppet utgångspunkt till en tidigare tidpunkt, såsom byg-

⁷³⁹ Se Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 383; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 434; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, *Konkurs* s 231 f. Se även Gomard, *Skifteret* s 147, not 7, om hur rättsläget beskrevs före det nämnda rättsfallet avgjordes. I den norska doktrinen har Brækhus framfört att uppkomsttidpunkten i stället är när skadevällaren senast måste handla för att undgå ansvar, se Brækhus, *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett* s 109. Jfr dock Nordtveit, *Når oppstår en fordring?* s 140 ff, vars ståndpunkt presenteras närmare nedan i förevarande avsnitt. För övrigt anser Nordtveit att fordran i U 1971.276/2 H var mer lik en regressfordran än en utomobligatorisk fordran, varför fallet inte kan ge någon särskild vägledning i den här undersökta frågan enligt Nordtveit, se a a s 141.

⁷⁴⁰ Andersson, H, *Gränsproblem i skadeståndsrätten* s 42 f. Se även Andersson, H, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten* s 197 ff, med vidare hänvisningar. Jfr även exempelvis Schultz, *Kausalitet* s 536 ff; Friberg, S, *Kränkningersättning* s 126 ff; Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt* s 109.

gets påbörjan eller grävandet av schaktet, skulle vad som beskrevs som underlåtenhet att handla i stället kunna ha formulerats som en handling. Det vårdslösa hade då bestått i utförandet av denna *handling*. I och med att en underlåtenhet på så vis kan omformuleras till en handling och vice versa bör samma uppkomsttidpunkt väljas, såtillvida att uppkomsttidpunkten bör bestå i det relevanta skeendets början eller slut. På så sätt kan gränsdragningsproblematiken undvikas. I och med att det står klart att en konkursfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen borde alltså en skadeståndsfordran, som har sin grund i en underlåtenhet, uppkomma då fristen att handla tar sin början (beträffande konkursfordrans uppkomst).⁷⁴¹

En sådan uppkomsttidpunkt är dock inte förenlig med vad som gäller i fråga om fordrans uppkomst, såvitt avser den allmänna preskriptionsregeln. Enligt den uppkommer nämligen en fordran på utomobligatoriskt skadestånd med grund i underlåtenhet att handla vid den tidpunkt då åtgärd senast borde ha vidtagits. Det framgår av rättspraxis, lagmotiv samt en relativt enig doktrin.⁷⁴² De fordringar som har sin grund i en handling uppkommer däremot genom handlingen.⁷⁴³ Låt vara att uppkomsttidpunkten i vissa liknande fall har modifierats just med tanke på en liknande gränsdragningsproblematik. I NJA 1987 s 243 uttalade nämligen Högsta domstolen att preskriptionsfristen för fel och brist bör räknas från en och samma tidpunkt, bland annat eftersom gränsen dem emellan är svår att dra. Vad gäller huvudreglerna i uppkomstfrågan har likväl inte den nämnda gränsdragningsproblematiken haft någon avgörande inverkan beträffande preskription.

I sammanhanget bör emellertid fästas avseende vid att syftena och ändamålen med reglerna om fordringspreskription skiljer sig åt jämfört med reglerna om vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs. Syftet med preskription har bland annat sagts vara att säkra gäldenärens ställning och undvika rättegångar med otillförlitliga bevismedel.⁷⁴⁴ Att

⁷⁴¹ Se även Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 880 f; Nordtveit, När oppstår en fordring? s 141, som båda pekar på gränsdragningsproblematiken.

⁷⁴² Se NJA 1987 s 243; prop 1979/80:119 s 89; Forsström, Preskription av fordringar s 27; Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 880 f; Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s 419 f. Häremot Lindskog, Preskription s 440.

⁷⁴³ Se NJA 2018 s 103; prop 1979/80:119 s 89; Forsström, Preskription av fordringar s 27; Jacobson, H, Preskriptionens funktioner s 497 ff; Lindskog, Preskription s 432 ff; Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s 419 f; Gregow, Preskription och preklusion av fordringar s 47. Häremot Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst s 888 f.

⁷⁴⁴ Se NJA 1987 s 243; NJA 2007 s 280; NJA 2012 s 452; Lindskog, Preskription s 57 ff. Se även Jacobson, H, Preskriptionens funktioner s 398, som menar att preskriptionens syfte också är att skapa stabilitet. Jfr dock Gregow, Preskription och preklusion av fordringar s 21 f, som påpekar att utifrån nutida synsätt finns det anledning att vara skeptisk

förlägga startpunkten för preskriptionsfristen (vilken är densamma som uppkomsten av fordran) redan till när handlingen först borde ha vidtagits framstår som oförenligt med syftet med preskriptionsreglerna. Det skulle nämligen medföra att äldre bevis skulle behöva användas i vissa rättegångar än vad som blir fallet om fordran uppkommer när underlåtenhetsfristen löper ut. Det finns antagligen heller inget behov av att säkra gäldenärens ställning under fristen, eftersom gäldenären då fortsatt kan vidta åtgärder för att undvika skadan.

Denna slutsats kan jämföras med resultatet av den funktionalistiska bedömningen av frågan om konkursfordrans uppkomsttidpunkt. Med grund i likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen konstaterades i avsnittet strax ovan att en fordran har uppkommit före konkursutbrottet om fordringsägaren kan kategoriseras som borgenär vid den kritiska tidpunkten, eftersom det leder till att en eventuell kapplöpning mellan borgenärerna stoppas.⁷⁴⁵ Resultatet står i överensstämmelse med Højesterets avgörande i U 1971 276/2 H. Fiskeministeriet kategoriserades indirekt som borgenär i fallet, eftersom det fick göra gällande sin fordran i konkursen.

Konsekvensbedömningarna får på så vis olika resultat. Uppkomsttidpunkten behöver alltså inte bestämmas på samma sätt i fråga om konkursfordrans uppkomst som den gör i uppkomstfrågan såvitt gäller preskription. Uppkomsttidpunkten bör i stället förläggas till när plikten att handla inträder, såvitt avser utomobligatoriska skadeståndsfordringar, i fråga om konkursfordrans uppkomst.

Vad gäller perdurerande delikt kan samma argument anföras, som i uppkomstfrågan avseende fordringar med grund i underlåtenhet. Högsta domstolen har uttalat att sådana fordringar i preskriptionshänseende uppkommer successivt.⁷⁴⁶ Samma typ av ändamålsövervägande som gjordes för utomobligatoriska skadeståndsfordringar med grund i underlåtenhet kan göras beträffande perdurerande delikt i frågan om fordrans uppkomst avseende den allmänna preskriptionsregeln. Återigen kommer dock konsekvensbedömningen att falla annorlunda ut i frågan om konkursfordrans uppkomst. Det bör därför vara tillräckligt att den perdurerande handlingen har påbörjats, för att fordringar som har sin grund i ett perdurerande delikt ska ha uppkommit före konkursutbrottet.

till att det vid en rättegång skulle vara svårt för en borgenär att hävda sin rätt. Gregow framhåller dock att preskriptionsreglerna syftar till att bereda trygghet mot påståenden om fordringsanspråk som visserligen är ogrundade, men som kan vara svåra att bemöta, då förhållandena ligger långt tillbaka i tiden, se a st.

⁷⁴⁵ Se ovan under avsnitt 12.5.3.

⁷⁴⁶ Se NJA 2018 s 103.

Silje Karine Nordtveit lyfter en annan aspekt, såvitt avser skadeståndsfordringar med grund i en underlåtenhet att handla och konkursfordrans uppkomst, som bör behandlas här. Hon påpekar att det inte är tillräckligt att en underlåtenhetsfrist har börjat löpa för att fordran ska uppkomma, utan att det också bör finnas en anknytning mellan gäldenär och borgenär för att sådana fordringar ska ha uppkommit.⁷⁴⁷ I NJA 1973 s 141, som refererades strax ovan, skulle det få till följd att någon fordran inte hade uppkommit då bygget påbörjades, schaktet grävdes eller ens när schaktet inte täcktes över (trots att arbetsdagen var slut), eftersom någon anknytning mellan gäldenär och borgenär inte fanns vid den tidpunkten. Det var först när vattenkastaren skadade sig, som en anknytning mellan skadevållaren och den skadelidande uppstod. Hade konkursutbrottet inträffat någon gång mellan det att schaktet grävdes och innan vattenkastaren föll ned i detsamma skulle alltså vattenkastaren inte kunna ha gjort gällande någon skadeståndsfordran i konkursen, om den av Nordtveit förordade ordningen skulle gälla. I U 1971 276/2 H hade dock inte uppkomsttidpunkten förändrats på grund av Nordtveits resonemang, eftersom borgenären (Fiskeministeriet) redan var utpekad från det att plikten att handla inträdde.

Det är svårt att använda likabehandlingsprincipen eller frysningsprincipen för att avgöra om den av Nordtveit förordade ordningen ska gälla eller inte; borgenärsbegreppet är inte så precist att det ger vägledning i den frågan. Systemargumenten som framkom ovan bör dock beaktas. Då de behandlades påpekades att bedömningen av huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet hör samman med gäldenärens rådighetsförlust, såtillvida att gäldenären inte ska kunna ådra sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter konkursutbrottet. Utifrån det argumentet har det ingen betydelse om det finns någon anknytning till en borgenär eller inte. Har gäldenären, likt skadevållaren i vattenkastarfallet, grävt ett schakt före konkursutbrottet och detta schakt ger upphov till en fullgången skadeståndsfordran efter konkursutbrottet, bör skadeståndsfordran kunna göras gällande i konkursen. Något krav på anknytning mellan gäldenär och borgenär vid konkursutbrottet bör alltså inte ställas upp.

Sammantaget bör alltså fordrans uppkomsttidpunkt förläggas till tidpunkten för när handlingsfristen inträder, om fordran har sin grund i en underlåtenhet att handla. Har den utomobligatoriska fordran i stället sin grund i en handling, uppkommer den i samband med den skadegörande

⁷⁴⁷ Se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 140 ff.

handlingen. Det finns inget skäl att välja en annan uppkomsttidpunkt för de fall då handlingen är perdurerande.⁷⁴⁸

12.6.4 Fordran på återbetalning (efter misstagsbetalning)

En annan fråga, som har behandlats i rättskällematerialet, är vad som krävs för att en konkursfordran på återbetalning efter en misstagsbetalning ska uppkomma. Højesteret har prövat en sådan fråga i U 2008 1635 H. I fallet hade (konkurs)gäldenären erlagt viss skatt före konkursutbrottet. Efter konkursutbrottet hade en skattenämnd beslutat att skatten skulle sättas ned och att konkursgäldenären därigenom hade rätt att återfå viss del av den tidigare inbetalade skatten. Frågan i målet var bland annat när fordran på att återfå skatten uppkom. Højesteret uttalade att betalningstidpunkten var den tidpunkt som fordran på återbetalningen hade uppkommit. Domstolen konstaterade att det gäller för de fordringar på återbetalning av belopp som senare visar sig vara felaktigt betalda. Rättsfallet gällde visserligen skatt och huvudfordrans uppkomst (kvittning i konkurs), men fallet har anförts som stöd för att denna uppkomsttidpunkt gäller generellt för återbetalningar av pengar i dansk rätt.⁷⁴⁹ En sådan tolkning har också stöd i den generella skrivning som Højesteret använde sig utav. Det finns inget skäl att tro att något annat skulle gälla i svensk rätt.⁷⁵⁰

Här bör också beaktas att huvudregeln beträffande misstagsbetalningar är att de ska gå åter. Det gäller om betalningen inte utgör en disposition, såtillvida att betalaren frivilligt har valt att betala oavsett om betalningsskyldighet föreligger eller inte.⁷⁵¹ Det brukar sägas att det är först när en viss tid har passerat och mottagaren har inrättat sig i god tro, som en rätt att behålla medlen kan föreligga.⁷⁵² Men även andra faktorer kan spela in i bedömningen av om betalningsmottagaren har rätt att behålla medlen.⁷⁵³ I uppkomsthänseende bör förutsättningarna för att betalningsmottagaren ska få behålla medlen betraktas som resolutiva snarare

⁷⁴⁸ Se även Nordtveit, När oppstår en fordring? s 143 f.

⁷⁴⁹ Se Ørgaard, A, Konkursret s 187; Lindenchrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 434.

⁷⁵⁰ Se även Lindskog, Kvittning s 222.

⁷⁵¹ Se bl a NJA 1970 s 539; NJA 1989 s 224; NJA 2001 s 353; NJA 2005 s 142; NJA 2011 s 739; NJA 2015 s 1072. Se även Hult, P, *Condictio indebiti* s 252 f. Jfr även Ingvarsson, T, *Condictio indebiti* s 41 ff.

⁷⁵² Se bl a NJA 1970 s 539; NJA 2001 s 353; NJA 2005 s 142.

⁷⁵³ Se exempelvis NJA 2005 s 142, HD:s domskäl st 14; NJA 2011 s 739, HD:s domskäl st 7; NJA 2015 s 1072, HD:s domskäl st 13. På anförda ställen redogör HD för den intresseavvägning som också ska göras i bedömningen av om betalningsmottagaren har rätt att behålla medlen.

än som suspensiva villkor.⁷⁵⁴ Återkravsrätten föreligger såsom fullgången redan vid betalningen. Det är först om ett inrättande i god tro sker, som en återbetalning inte kommer i fråga och fordran upphör. Sammantaget kan konstateras att i dessa fall har fordran uppkommit redan genom betalningen.⁷⁵⁵

12.6.5 Fordran till följd av återvinning

Den sista fordringstypen som ska studeras här är fordran till följd av återvinning i konkurs. Frågan om sådana fordringars uppkomsttidpunkt har prövats av Högsta domstolen avseende bland annat kvittning i konkurs. Vad gäller konkursfordrans uppkomst skulle följande (inte helt ovanliga) situation kunna aktualisera uppkomstfrågan: Anta att bolag X gick i konkurs den 1 juni. Anta också att detta bolag hade betalat en skuld till bolag Y den 1 april. Betalningen av skulden visar sig sedan vara återvinningsbar enligt 4 kap 10 § konkurslagen. Anta vidare att den 1 maj hade även bolag Y gått i konkurs. Frågan kan då ställas om fordran till följd av återvinning kan göras gällande i bolag Y:s konkurs.

Högsta domstolen har bland annat prövat frågan om återvinningsfordrans uppkomsttidpunkt gällande kvittning i konkurs såvitt avser huvudfordrans uppkomst. Fallen behandlas närmare nedan under avsnitt 14.5.5. Här bör dock nämnas att domstolen har funnit att återvinningsfordran har uppkommit genom konkursen i dessa fall,⁷⁵⁶ samt att i NJA 2001 s 805 påtalades det att syftet med återvinningsreglerna är att i konkursborgenärernas gemensamma intresse återställa det läge som rådde innan den återvinningsbara rättshandlingen företogs. Domstolen konstaterade också i 2001 års avgörande att syftet inte kan förverkligas om återvinningsssvaranden kan använda en konkursfordran till att kvitta mot en återvinningsfordran, eftersom återvinningen då skulle sakna betydelse.

Återvinningsfordrans uppkomsttidpunkt har också prövats i NJA 2011 s 755. Fallet gällde tillämpningen av den allmänna preskriptionsregeln i 2 § preskriptionslagen. Som bekant följer det av den bestämmelsen att en fordran preskriberas 10 år efter dess uppkomst. I rättsfallet skulle återvinningsfordran vara preskriberad om den hade uppkommit redan genom den rättshandling som grundade återvinningsfordran. Den skulle däremot inte vara preskriberad om återvinningsfordran hade uppkommit genom konkursen. Högsta domstolen fann, mot bakgrund av bland annat de skäl som uppbär preskriptionsinstitutet (hänsyn till par-

⁷⁵⁴ Se vidare ovan under avsnitt 6.2, om resolutiva och suspensiva villkor.

⁷⁵⁵ Se även Nordtveit, När oppstår en fordring s 235 f.

⁷⁵⁶ Se NJA 1938 s 149; NJA 1994 s 705; NJA 2001 s 805.

terna och bevisbegränsningsfunktionen) samt konkurslagens förarbeten, att fordran hade uppkommit redan genom rättshandlingen.⁷⁵⁷

Högsta domstolen har alltså förlagt återvinningsfordrans uppkomst till olika tidpunkter. Frågan är då vad som ska gälla beträffande gäldenärs- och konkursfordrans uppkomst. Det är dags att återvända till det nämnda exemplet. Om uppkomsttidpunkten skulle förläggas till återvinningskärandens konkurs, såsom gäller i fråga om huvudfordrans uppkomst, så skulle bolag X:s konkursbo inte kunna göra gällande fordran i bolag Y:s konkurs. Bolag Y:s konkurs inträffade den 1 maj och bolag X gick i konkurs först den 1 juni. Om återvinningsfordrans uppkomsttidpunkt i stället förläggs till tidpunkten för rättshandlingen skulle fordran kunna göras gällande i bolag Y:s konkurs.

Som påpekades ovan i den funktionalistiska bedömningen bör likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen få genomslag då konkursfordrans uppkomsttidpunkt bestäms. Det talar för att endast de som är *borgenärer* vid konkursutbrottet bör kunna få göra gällande sina fordringar i konkursen.⁷⁵⁸ En sådan ordning ger en relativt tidig uppkomsttidpunkt – en uppkomsttidpunkt som påminner om den som gäller i preskriptionshänseende.⁷⁵⁹ Systemargumenten som utvecklades ovan ger också en tidig uppkomsttidpunkt, eftersom det där betonades att det är tillräckligt att (konkurs)gäldenären har förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en konkursfordran ska ha uppkommit. Återvinningsfordran bör därför uppkomma redan genom den rättshandling som grundar fordran, såvitt avser konkursfordrans uppkomst.

Mot den ordningen kan invändas att konkursboet inte finns som borgenär förrän konkursen inträffar, varför fordran i stället borde uppkomma genom konkursen, såsom i frågan om huvudfordrans uppkomst. Det var ett argument som *minoriteten* i Högsta domstolen fäste avseende vid i NJA 2011 s 755. Det skälet förhindrade dock inte att *majoriteten* fann att återvinningsfordran hade uppkommit vid tidpunkten för rättshandlingen. Minoritetens argument bör därför inte tillmätas vikt i denna fråga heller.

⁷⁵⁷ HD hänvisade till SOU 1970:75 s 131 och s 162 samt prop 1975:6 s 210.

⁷⁵⁸ Se ovan under avsnitt 12.5.3, om likabehandlingsprincipens relevans gällande 5 kap 1 § konkurslagen.

⁷⁵⁹ Jfr Lindskog, Preskription s 412 ff, om första rättsfaktumets princip.

12.7 Konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst – syntes

Vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före eller efter det att konkursbeslutet meddelas har hittills studerats utifrån olika typer av argument, argumentationslinjer och typfall. Sedan tidigare har principen om den väsentliga grunden och villkorsläran undersökts på ett allmänt plan.⁷⁶⁰ Här ska materialet syntetiseras. En sammanhållen tolkning och systematisering av rättskällorna ska vidtas.⁷⁶¹

Utgångspunkten är att en fordran måste ha uppkommit före konkursutbrottet, för att den ska kunna göras gällande i konkursen. Det framgår av 5 kap 1 § konkurslagen. Har en fordran i stället uppkommit efter konkursutbrottet (med konkursgäldenären som gäldenär) kan den inte göras gällande i konkursen. Om konkursgäldenären är en juridisk person är det särskilt viktigt för borgenären att en fordran har uppkommit före konkursen. Har fordran uppkommit efter konkursutbrottet (som gäldenärsfordran) blir den vanligen inte gottgjord till någon del.⁷⁶²

Såsom konstaterades i detta kapitelns inledningsavsnitt är det endast de fall där något eller några rättsfakta, som konstituerar den fullgångna fordran, har inträffat före konkursutbrottet, vilka kan vara problematiska att avgöra. Det beror på att om det föreligger en fullgången eller en resolutivt villkorad fordran före konkursutbrottet har en sådan fordran uppkommit.⁷⁶³ Stöd för det finns i 5 kap 1 § konkurslagen, där det som sagt framgår att en sådan fordran som har uppkommit före konkursutbrottet kan göras gällande i konkurs, även om fordran är villkorad vid konkursutbrottet. En fullgången fordran har tveklöst uppkommit och en resolutivt villkorad fordran likaså (även om den är villkorad såtillvida att om villkoret inträffar upphör den). Det ligger i hur dessa begrepp används.⁷⁶⁴

I kapitlet har undersökningen av dessa skäl inriktats på vad som krävs som ett minimum för att fordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet. Liksom i typfallsstudien kan syntesen inledas med frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit *före* konkursutbrottet beträffande sådana fordringar som har sin grund i avtal och andra rättshandlingar.

⁷⁶⁰ Se ovan under kapitlen 6 och 7.

⁷⁶¹ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

⁷⁶² Se vidare ovan under avsnitt 12.1.

⁷⁶³ Se ovan under avsnitt 6.2, om resolutiva och suspensiva villkor.

⁷⁶⁴ Se ovan under avsnitt 6.2, om resolutiva villkor, samt i och vid not 7, om fullgången fordran.

Det var i och med 1921 års konkurslag som det infördes bestämmelser om att villkorade fordringar fick göras gällande i konkurs. I förarbetena till lagen konstaterades: "Att avgöra, när en fordran skall anses uppkommen, är givetvis ej en konkurslags sak."⁷⁶⁵ Den självklara utgångspunkten beträffande vad som krävdes för att en avtalsgrundad fordran skulle ha uppkommit var i stället villkorsläran.⁷⁶⁶ Villkorsläran innebär att en fordran har uppkommit om parten är rättsligt bunden till förpliktelsen. Det gäller även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. Läran tillhandahåller på så vis ett antal begrepp, som öppnar dörren för avtalsrättsliga bedömningar av när gäldenären är rättsligt bunden till förpliktelsen. Dessa bedömningar får i sin tur avgöra uppkomstfrågan.

Ovan i kapitlet om principen om den väsentliga grunden framkom att denna princip har använts för att avgöra frågor om konkursfordrans uppkomst. Enligt den riktlinje som följer av principen uppkommer en fordran genom avtalet. Riktlinjen öppnar därigenom också dörren för att avtalsrättsliga bedömningar ska bli utslagsgivande i frågan om konkursfordrans uppkomst.⁷⁶⁷

Villkorsläran och principen om den väsentliga grunden står på så vis i huvudsak i samklang med de systemargument som behandlades ovan.⁷⁶⁸ Där pekades på sambandet mellan bestämmelsen om konkursfordrans uppkomst i 5 kap 1 § konkurslagen och om gäldenärens rådighetsförlust i 3 kap 1 §. Av den senare bestämmelsen framgår att konkursgäldenären inte får åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter det att konkursbeslutet har meddelats. Gäldenären måste därför ha åtagit sig en förbindelse innan konkursbeslutet meddelades, för att en konkursfordran ska ha uppkommit. Svaret på frågan om gäldenären har åtagit sig en sådan förbindelse ges då av bland annat avtalsrätten. Då systemargumenten behandlades framkom det också att om (konkurs-) gäldenären har förpliktat sig till ett anbud före konkursutbrottet har en fordran uppkommit. Anbudsmottagaren kan nämligen acceptera anbudet efter konkursutbrottet, eftersom konkursförvaltaren, med stöd i

⁷⁶⁵ NJA II 1921 s 535.

⁷⁶⁶ Se till det följande ovan under kapitel 6, om villkorsläran.

⁷⁶⁷ Se ovan under kapitel 7, om principen om den väsentliga grunden.

⁷⁶⁸ Här föreligger en viss diskrepans, såtillvida att det talas om att fordran uppkommer genom att (konkurs)gäldenären har förpliktat sig respektive att fordran har uppkommit genom avtalet enligt principen om den väsentliga grundens riktlinje. Se dock ovan under avsnitten 7.4 och 12.5, om att precisionen i principen om den väsentliga grundens riktlinje inte kan sägas vara så skarp att det går att avgöra om en fordran också kan uppkomma genom löfte att binda sig till ett avtal enligt riktlinjen.

bland annat rättsfallet NJA 1997 s 503, är behörig att motta en sådan accept. Uppkomsttidpunkten som systemargumenten talar för sammanfaller alltså med det resultat som följer av villkorsläran. En fordran uppkommer genom anbudet (eller avtalet), vilket innebär att en avtalsrättslig bedömning slutligen får avgöra uppkomstfrågan.⁷⁶⁹

En sådan slutsats vinner också stöd av en funktionalistisk bedömning, oavsett om likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen får tjäna som riktmärke eller om den lindskogska riskprincipen används.⁷⁷⁰ Återigen kan det exempel nyttjas i vilket (konkurs)gäldenären har avsänt ett anbud före konkursutbrottet och en acceptfrist löper då konkursutbrottet inträffar. Gäldenären är bunden till anbudet under acceptfristen, vilket följer av löftesprincipen.⁷⁷¹ Om konkursutbrottet skulle medföra att anbudsmottagaren inte skulle få acceptera ett sådant anbud skulle anbudsmottagaren inte behandlas lika med de andra borgenärer som fanns vid konkursutbrottet. Det blir extra tydligt om anbudet gäller köp av en vara, för vilken det har skett en allmän prisstegring under acceptfristen. Anbudsmottagaren kan nämligen sägas ha i vart fall en villkorad skadeståndsfördran vid konkursutbrottet. En konkursfordran bör alltså ha uppkommit redan genom anbudet (eller avtalet), även enligt en funktionalistisk bedömning.

De argument som aktualiseras i en funktionalistisk bedömning, såsom att en gräns stoppar en förmodad kapplöpning mellan borgenärerna, kan även förstärka ett av systemargumenten som har lyfts fram.⁷⁷² Ovan betonades sambandet mellan gäldenärens rådighetsförlust och vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs. Det påpekades att det endast är konkursgäldenärens skulder som kan göras gällande i konkursen och att gäldenären är förhindrad att åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen efter konkursutbrottet. Mot den bakgrunden konstaterades att (konkurs)gäldenären måste ha rättshandlat eller på annat sätt förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en konkursfordran ska kunna uppkomma. Att gäldenären förlorar sin rådighet kan också motiveras med att det stoppar en förmodad kapplöpning mellan borgenärerna, och därmed leder det även till en likabehandling av borgenärerna, genom att konkursen innebär en samlad uppgörelse.⁷⁷³ Likabehandlingsprincipen kan därför även sägas stå bakom reglerna om gäldenärens

⁷⁶⁹ Se ovan under avsnitt 12.4, om systemargumenten.

⁷⁷⁰ Se till det följande ovan under avsnitt 12.5.

⁷⁷¹ Se ovan vid och i noterna 708 och 709.

⁷⁷² Se till det följande ovan under avsnitt 12.4.2, om detta systemargument.

⁷⁷³ Se vidare ovan under avsnitt 11.2, om detta argument och likabehandlingsprincipen.

rådighetsförlust. Systemargumenten och de argument som härrör från en funktionalistisk bedömning talar på så vis för en och samma ordning.

Ytterligare stöd för att en konkursfordran bör ha uppkommit redan genom anbudet (eller avtalet) kan anföras. I förarbetena till avtalslagen uttalade obligationsrättskommittén att bestämmelserna i 21–23 §§ avtalslagen kunde tillämpas analogt på anbud och svar på sådant anbud. Kommittén menade att en sådan tillämpning innebär att anbudsgivarens konkurs inte förringar giltigheten av ett tidigare lämnat anbud.⁷⁷⁴ Även i doktrinen har flera påpekat att ett anbud kan accepteras efter konkursutbrottet.⁷⁷⁵ I den danska doktrinen anses det också vara tillräckligt att gäldenären har avgivit ett anbud innan konkursen, om det har kommit till motpartens kännedom. Där anför 7 § danska aftaleloven (som motsvarar 7 § avtalslagen), som skäl för den ordningen.⁷⁷⁶ Även i den norska

⁷⁷⁴ Förslag till avtalslagen s 104.

⁷⁷⁵ Se Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 222, not 164 och s 240; Almén & Eklund, Avtalslagen s 34 f; Hessler, Allmän sakrätt s 453; Forssell, Tredjemansskyddets gränser s 176; Möller, Konkurs och kontrakt s 542, not 112; Håstad, Almén och sakrätten s 205 ff. Se även Walin, Materiell konkursrätt s 24, not 4: "För den händelse avtalet överhuvud blir gällande när accept skett efter konkursutbrottet synes dock fordran ha uppkommit redan genom ett bindande anbud som senare ingår såsom anbudsgivarens viljeförklaring i det fullbordade avtalet." Jfr även (numera) Lindskog, Betalning s 653, not 2388, som menar att om anbudet är oåterkalleligt kan det accepteras efter konkursutbrottet. Lindskog anser dock att anbud in dubio är återkalleliga och att återkalleliga anbud inte kan göras gällande i konkursen, se a st. Han är dock tämligen ensam i sin ståndpunkt om att anbud in dubio är återkalleliga, se ovan vid och i noterna 708 och 709. Jfr Vahlén, Aftal och tolkning s 130, som påpekar att avgivaren är bunden av anbudet i den mån det inte på mottagarens onda tro, då förklaringen kommer till hans kännedom, kan anses ogiltigt enligt allmänna ogiltighetsregler.

⁷⁷⁶ Se Gomard, Skifteret s 148; Ørgaard, A, Konkursret s 186; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 433. Jfr Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 230, som menar att en fordran med grund i avtal (såvitt avser 38 § danska konkursloven) i enlighet med allmänna obligationsrättsliga principer uppkommer då avtalet ingås. Jfr även Paulsen, Insolvensret – konkurs s 383, som uttalar att en skadeståndsfordran, som grundas i ett avtal, uppkommer vid den tidpunkt som avtalet ingås i enlighet med allmänna obligationsrättsliga principer. Jfr även Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 228 f, som anser att en skadeståndsfordran, som grundas i ett avtal, uppkommer vid den tidpunkt som avtalet ingås i enlighet med allmänna obligationsrättsliga regler. Här bör noteras att enligt de allmänna obligationsrättsliga principerna och reglerna uppkommer en förpliktelse redan när ett anbud kommer till motpartens kännedom, eftersom löftesprincipen gäller. Jfr även Munch, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis s 162, som uttalar att det antas att det avgörande, för om en skadeståndsfordran med grund i ett kontrakt har uppkommit, är att kontraktet har ingåtts före konkursutbrottet. Här bör reservationen i uttalandet noteras. Det kan dock inte påstås att varken Munch, Paulsen, Møgelvang-Hansen, Juul-Sandberg eller Rammeskov Bang-Pedersen, m fl har uttalat sig mot att redan ett anbud, som kommer till konkurs-

doktrinen menas att en konkursfordran uppkommer redan genom gäldenärens anbud.⁷⁷⁷

Slutsatsen, att en konkursfordran uppkommer genom anbudet, kan preciseras ytterligare. Anbudet är återkalleligt fram till den tidpunkt då mottagaren tar del av anbudet enligt 7 § avtalslagen. I förarbetena till avtalslagen uttalas det också att anbudet är bindande först då det kommer till anbudsmottagarens kännedom.⁷⁷⁸ Mot bakgrund av att det ovan har konstaterats att det är om (konkurs)gäldenären har förpliktat sig före konkursutbrottet, som en konkursfordran har uppkommit, måste därför anbudet ha kommit till anbudsmottagarens kännedom, för att en kon-

gäldenärens motparts kännedom, ger upphov till en fordran som kan göras gällande i en konkurs.

⁷⁷⁷ Se Hagerup, Konkurs og akkordforhandling s 69; Augdahl, Forelesninger i konkurs s 69; Brækhus, Materiell konkurs- og eksekusjonsrett s 109; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 113; Andenæs, Konkurs s 31 och s 392; Børresen, Konkurs s 149; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 291. Jfr dock Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 158 ff, som anser att det förvisso existerar rättigheter och förpliktelser mellan parterna även innan anbudsmottagaren har accepterat anbudet. Hon framhåller dock att den förpliktelse som under acceptfristen åvilar anbudsgivaren skiljer sig från avtalsgrundade fordringar. Bl a stödjer hon sina slutsatser på Hohfelds begreppstaxonomi, enligt vilken det föreligger en skillnad mellan att vara bunden (som i sin tur innebär att någon har ett krav som svarar mot en plikt) och att ha en valrätt att bli bunden (som i sin tur innebär att någon har en makt att binda en motpart och att om motparten ska bli bunden är avhängigt hur den som har makten nyttjar densamma). Se vidare om Hohfelds begreppstaxonomi i Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning s 16 ff. Enligt Hohfelds begreppstaxonomi innebär det att parterna är bundna till ett avtal att relationen har en (ömsesidig) krav-plikt-karaktär (vilket lika gärna kan beskrivas med begreppsparet fordran-förpliktelse), medan anbudsbundenhet är av makt-avhängighets-karaktär. Med det senare menas att anbudsmottagaren har en valrätt och kompetens att förändra relationen till en krav-plikt-relation, men att relationen inte är av en sådan karaktär ännu, se Nordtveit a a s 160 f. Med stöd i bl a denna taxonomi anser Nordtveit att det inte föreligger någon avtalsgrundad fordran under acceptfristen, se a st. Hon menar att det i stället föreligger andra fordringar under acceptfristen: "En annen sak er at brudd på de rettigheter og plikter som eksisterer i perioden mellom tilbud og aksept, kan gi grunnlag for erstatningskrav eller andre fordringer. Slike fordringer bygger ikke på avtalen som sådan, men på andre alminnelige rettslige forpliktelser mellom partene, for eksempel lojalitetsplikter. [Noter utslutna.]", a a s 161. Relationen mellan parterna förändras genom att ett anbud accepteras och ett ömsesidigt förpliktande avtal därigenom kommer till stånd, se Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 149 ff, men likväl har fordran sin grund i anbudet; en sådan fordran kan göras gällande i konkursen mot bakgrund av bl a den konkursrättsliga analys som gjordes ovan. Att tala om att det finns rättigheter och skyldigheter under acceptfristen men att de är av en annan karaktär, blir något märkligt mot bakgrund av att löftesprincipen gäller. Nordtveit kategoriserar de fordringar som har sin grund i att ett anbud inte följs som utomobligatoriska (hon likställer dem också med culpa in contrahendo, se a a s 135); det framstår som en smula besynnerligt från en svensk kontext. Se ovan i och vid noterna 708 och 709.

⁷⁷⁸ Se Förslag till avtalslagen s 53 ff.

kursfordran ska ha uppkommit. Det är först då som (konkurs)gäldenären är bunden till anbudet.

Vid undersökningen av de olika typfallen ovan har det dock framkommit att Högsta domstolen vid flera tillfällen funnit att en konkursfordran har uppkommit genom avtalet.⁷⁷⁹ Dessa rättsfall måste dock förstås i sin kontext. Frågan har där varit om fordran har uppkommit genom avtalet (eller genom konkursboets göranden), snarare än om en konkursfordran kan uppkomma genom ett anbud. Det finns också exempel på när Högsta domstolen har uttalat sig på ett allmänare sätt, som i NJA 2010 s 617:

”När en part går i konkurs ger avtal och andra rättshandlingar, som företagets före konkursen och som gäller mot konkursgäldenären, normalt medkontrahenten en fordran i konkursen.”⁷⁸⁰

Här bör särskilt uppmärksammas att Högsta domstolen konstaterade att *andra rättshandlingar*, som har företagets före konkursen, ger en fordran i konkursen. Ett anbud är en rättshandling, som gäller mot konkursgäldenären. Det finns alltså även uttalanden i Högsta domstolen som öppnar för att ett anbud från gäldenären räcker för att ge upphov till en konkursfordran.⁷⁸¹

Ovan framkom det också att en regressfordran uppkommer när förpliktelsen grundades och att en återvinningsfordran uppkommer redan genom den rättshandling som ska återvinnas.⁷⁸²

Vad gäller andra typer av fordringar kan först nämnas att det i princip finns enighet om att en fordran som har sin grund i ett utomobligatoriskt skadestånd uppkommer genom den skadegörande handlingen.⁷⁸³ Samma ordning bör gälla för perdurerande delikt. Beträffande de utomobligatoriska skadeståndsfordringar som har sin grund i underlåtenhet bör sådana fordringar uppkomma när plikten att handla inträder.⁷⁸⁴ Klart står också att en fordran på återbetalning på grund av en misstagsbetalning uppkommer genom misstagsbetalningen.⁷⁸⁵

Det bör även uppmärksammas att vad gäller uppkomstfrågorna, såvitt avser utomobligatoriska skadeståndsfordringarna samt fordran på återbetalning på grund av en misstagsbetalning, så påverkas de inte av den insolvensrättsliga kontexten. Det har framkommit att inom insol-

⁷⁷⁹ Se ovan under avsnitt 12.6.2.

⁷⁸⁰ NJA 2010 s 617, st 8 i HD:s domskäl.

⁷⁸¹ Se ovan vid och i noterna 708 och 709.

⁷⁸² Se ovan under avsnitten 12.6.2 och 12.6.5.

⁷⁸³ Se ovan under avsnitt 12.6.3.

⁷⁸⁴ Se ovan under avsnitt 12.6.3.

⁷⁸⁵ Se ovan under avsnitt 12.6.4.

vensrätten (med reservationen för de begränsningar i anspråk som följer av denna avhandlings avgränsningar) gäller att en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen eller när fristen att handla börjar löpa, samt att en fordran på återbetalning uppkommer genom misstagsbetalningen.⁷⁸⁶

Det kan därför sammantaget konstateras att en konkursfordran uppkommer genom att gäldenären ådrar sig en förpliktelse före konkursutbrottet.

Undersökningen har främst varit inriktad på att rekonstruera gällande rätt genom en systematisering och tolkning av materialet vars resultat formuleras i regler. Systematiseringen och tolkningen kan också rendera i en princip, såsom principen om den väsentliga grunden,⁷⁸⁷ vilket möjliggör en mer holistisk beskrivning av rättskällematerialet, såtillvida att en riktlinje och ett antal exempel kan ges, för att rekonstruera gällande rätt. Det innebär också ett erkännande av att alla tänkbara (och framför allt otänkbara) situationer inte kan fångas av typfallsbeskrivningar; verkligheten överträffar dikten.

Som nämndes i detta avsnitts inledning pekar principen om den väsentliga grunden ut en riktlinje för bedömningen av frågan om fordrans uppkomst. En fordran uppkommer som huvudregel genom avtalet eller den skadegörande handlingen, men precisionen i principens riktlinje kan dock inte sägas vara så skarp att det går att avgöra om en fordran också kan uppkomma genom ett löfte att binda sig till ett avtal. Riktlinjen får preciseras något i frågan om konkursfordrans uppkomst. En konkursfordran uppkommer genom att gäldenären ådrar sig en förpliktelse före konkursutbrottet. Det blir på så vis mer rättvisande att tala om en *förpliktelseprincip* i frågan om konkursfordrans uppkomst.⁷⁸⁸ Från principen skulle det kunna göras avsteg, om till exempel insolvensrättsliga hänsyn kräver det (även om hänsyn som motiverar sådana avsteg inte har framkommit i undersökningen ovan). Vad som utgör principens (exakta) betydelse får emellertid anstå dess tillämpning i de enskilda fallen.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Se ovan under avsnitt 12.4.2, med vidare hänvisningar.

⁷⁸⁷ Se till det följande ovan under avsnitt 7.4.

⁷⁸⁸ Den kan även appliceras på fall av exempelvis obehörig vinst, jfr även nedan under avsnitt 15.7.6, om obehörig vinst.

⁷⁸⁹ Förpliktelseprincipen kan jämföras med den generella slutsats som Nordtveit når i frågan om fordrans uppkomst beträffande norsk rätt. Hon finner att gäldenärens valfrihet och kontroll över om fordran slutligen kommer att uppkomma som utgångspunkt ska tillmätas betydelse (det krävs också att det finns en anknytning mellan gäldenär och borgenär beträffande den relevanta fordran), se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 262 ff. Det är en ståndpunkt som Høyesterett refererade till i HR-2019-1162-A och HR-2020-1129-A (det första fallet gällde tillämpningen av en specialbestämmelse i preskriptionslagen och det andra fallet gällde ett konkursbos ansvar för mervärdesskatt).

Ovan har uppmärksamheten främst varit riktad mot vad som krävs för att en fordran ska uppkomma *före* konkursutbrottet. Indirekt har även en hel del sagts om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma *efter* konkursutbrottet. Den frågan utgör nämligen en spegelbild av vad som krävs för att en fordran ska uppkomma före konkursutbrottet. Starka systemargument kan anföras för att frågorna bör behandlas på det sättet. Kan det fastställas att en fordran inte har uppkommit före konkursutbrottet, då konkursgäldenären förpliktat sig efter samma tidpunkt, har en gäldenärsfordran uppkommit. Även här gäller förpliktelseprincipen alltså.

Om gäldenärens valfrihet och kontroll ska tillmätas betydelse på detta sätt uppkommer i regel fordran genom förpliktelsen, men det gäller inte alltid, jfr ovan vid not 777 och se Nordtveit, a a s 207 ff, där hon finner att en optionsrätt uppkommer när optionen nyttjas även om parterna är bundna av ett avtal innan optionen utövas. Den ordningen gäller inte i svensk rätt, se exempelvis NJA 1997 s 503, som behandlades ovan under avsnitt 12.4.3.

13 Motfordrans uppkomst – konkursborgenärens fordran mot konkursgäldenären vid kvittning i konkurs

13.1 Systemargument: Den självklara utgångspunkten

Uppkomsttidpunkten för borgenärens fordran mot konkursgäldenären är inte bara av intresse i frågan om huruvida borgenären ska kunna göra gällande sin fordran i konkursen. Uppkomsttidpunkten är även av intresse beträffande kvittning i konkurs. Vid kvittning i konkurs står två fordringar mot varandra. Den ena fordran är den som konkursborgenären har mot konkursgäldenären. Den benämns *motfordran* (eller emellanåt *genfordran*).⁷⁹⁰ Den andra fordran är den som konkursgäldenären har mot konkursborgenären. Den benämns *huvudfordran*. I förevarande kapitel ska motfordrans uppkomst studeras, medan i nästkommande kapitel kommer huvudfordrans uppkomst att undersökas.

Reglerna om kvittning i konkurs avviker något från vad som gäller för kvittning utom konkurs. Kvittning brukar sägas innebära att gäldenären fullgör sin förpliktelse genom att räkna av den på en fordran, som gäldenären har mot borgenären.⁷⁹¹ För att kvittning ska kunna ske utom

⁷⁹⁰ Se exempelvis Rodhe, Obligationsrätt s 52 ff; Larsson, S, Några anmärkningar angående kvittning i rättegång s 81 ff; Lindskog, Kvittning s 34 (se även 1:a uppl s 30); Hagelberg, Kvittning i konkurs s 907, om begreppen motfordran och huvudfordran. Se även om norsk rätt Sæbø, Motregning s 16 f; Andenæs, Konkurs s 226; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 368. Andra uttryckssätt förekommer, se exempelvis Rodhe, Handbok i sakrätt s 536 f, som där benämner dem konkursgäldenärens fordran och borgenärens fordran.

⁷⁹¹ Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 52; Tiberg, Fordringsrätt s 66; Mellqvist & Persson, I, Fordran & Skuld s 105; Ingvarsson, T, Fordringsrätt s 64; Heidbrink, Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt s 170, i vilka detta (med små variationer) kommer till uttryck. Se även Lindskog, Kvittning passim.

konkurs måste fordringarna vara ömsesidiga och mätbara mot varandra (komputabla). Motfordran ska som huvudregel vara gällande, vilket innebär att den inte får vara preskriberad. Vidare ska fordringarna vara förfallna och inte villkorade. Huvudfordrans karaktär får heller inte utesluta kvittning.⁷⁹²

Beträffande kvittning i konkurs uppställs inte alla dessa krav. Det finns nämligen inget generellt krav på att motfordran ska vara förfallen eller fullgången. I 5 kap 15 § 1 st konkurslagen stadgas i stället:

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

Som synes är det alltså tillräckligt att motfordran kan *göras gällande i konkurs*, för att kvittning ska få ske. Bestämmelsen syftar därigenom tillbaka på reglerna om vad som krävs för att en fordran ska kunna göras gällande i konkursen. I 5 kap 1 § konkurslagen föreskrivs att en fordran endast får göras gällande i konkurs om den har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades. Det framkommer även av bestämmelsen att fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning. Att en motfordran har uppkommit, trots att den är villkorad vid konkursutbrottet, framgår också indirekt av 5 kap 15 § 2 st konkurslagen. Där finns nämligen en regel om vad som bland annat gäller ifall villkoret ännu inte har inträffat i samband med att utdelningsförslaget upprättas.

Hänvisningen till 5 kap 1 § konkurslagen utgör ett starkt (system-) argument för att frågan om motfordran har uppkommit ska behandlas på samma sätt som huruvida en fordran har uppkommit före konkursutbrottet. Genom hänvisningen har lagstiftaren talat om att frågorna utgör lika fall och ska behandlas på samma sätt. Att frågorna ska behandlas på

⁷⁹² Se Rodhe, Obligationsrätt s 52 ff; Sigeman, Lönefordran s 161 ff; Tiberg, Fordringsrätt s 67 f; Mellqvist & Persson, I, Fordran & Skuld s 105 ff; Ingvarsson, T, Fordringsrätt s 64 ff. Jfr dock Heidbrink, Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt s 173 ff, som inte nämner att huvudfordrans karaktär kan utesluta kvittning. Se även Lindskog, Kvittning passim, som dock skär ämnet på ett annat sätt: ”Utgångspunkt för undersökningen är i princip inte det rättsliga systemet utan den ekonomiska verkligheten. Det konkreta fallet är att B vill infria en As fordring hos B genom avräkning med en annan fordring. Därmed riktas uppmärksamheten mot de situationer där komplikationer i omsättningslivet tenderar att uppstå.”, a a s 26.

samma sätt är också något som återges i förarbetena.⁷⁹³ Det uttalas också av det stora flertalet i doktrinen.⁷⁹⁴

Det finns alltså tydligt stöd i konkurslagens lydelse och systematik, samt i förarbetena, för att betydelsen av begreppet fordrans uppkomst, såvitt avser motfordrans uppkomst, ska bestämmas på samma sätt som begreppet görs i fråga om konkursfordrans uppkomst. Även om dessa skäl övertygar bör argument som en funktionalistisk bedömning för med sig också beaktas. En sådan bedömning ligger nämligen i linje med vad Högsta domstolen har förordat ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst i flera avgöranden på senare år.⁷⁹⁵ Olika riktmärken (såsom syften och ändamål) kan gälla för bedömningen av uppkomstfrågan i 5 kap 1 § respektive 5 kap 15 § konkurslagen. Dessutom kan conse-

⁷⁹³ Bestämmelsen om kvittning i konkurs överfördes i sak oförändrad från 1921 års konkurslag, se prop 1986/87:90 s 236 ff. Reglerna reviderades genom prop 1975:6. I lagberedningens förslag (som föregick den nämnda propositionen) föreslogs en uttrycklig hänvisning i 121 § 1921 års konkurslag till 100 § i samma lag (motsvarande konkurslagens nuvarande 5 kap 15 § och 5 kap 1 §), se SOU 1970:75 s 34 och s 183 ff. Förslaget om att införa en uttrycklig hänvisning hade dock samband med införandet av den regel om gäldenärens rådighetsförlust som nu finns i 3 kap 2 § konkurslagen. Beredningen önskade att även de fordringar som kunde göras gällande i konkurs, enligt nuvarande 3 kap 2 § konkurslagen, skulle kunna användas till kvittning, se SOU 1970:75 s 187. Departementschefen gjorde dock vissa ändringar i förslaget, vilket föranledde att den föreslagna hänvisningen inte infördes, se prop 1975:6 s 269 f. Någon förändring i frågan om fordrans uppkomst kan inte tolkas in i denna åtgärd, se prop 1975:6 s 145 ff och s 269 f. I stället menade departementschefen att reglerna stämde överens med den tidigare huvudregeln om kvittning i konkurs (frånsett de förändringar som föranleddes av att reglerna om gäldenärens rådighetsförlust reformerades), se a a s 269. Redan i förarbetena till 1921 års konkurslag påpekades sambandet mellan bedömningen av vilka fordringar som fick göras gällande i konkurs och motfordrans uppkomst, såvitt avser kvittning i konkurs, se NJA II 1921 s 556.

⁷⁹⁴ Se Walin, Materiell konkursrätt s 78; Håstad, Sakrätt s 386; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 392; Mellqvist, Är avräkning kvittning och kvittning avräkning eller är kvittning kvittning och avräkning avräkning? s 660; Lennander, Konkurslagen 5 kap 15 § (Karnov, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Se även Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 223, som påpekar att frågan om fordrans uppkomst i kvittning i konkurs är att bedöma enligt allmänna regler (vad gäller 5 kap 1 § konkurslagen framförs också att uppkomstfrågan där är att bedöma enligt allmänna regler), se a a s 191. Se Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 208; Hassler, Konkursrätt s 42 f; Welamson, L, Konkursrätt s 476; Olivecrona, Konkursrätt s 44, som (beträffande 1921 års konkurslag) alla pekar på sambandet mellan bedömningarna av vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs och vilka motfordringar som får användas i kvittning i konkurs. Se även Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 5 f, om rättsläget före 1921 års konkurslag. Rabenius jämför frågorna om motfordrans uppkomst och konkursfordrans uppkomst, se a st.

⁷⁹⁵ Se ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

kvensbedömningen resultera i olika slutsatser. Fordrans uppkomst kan av de anledningarna komma att betyda olika saker i tillämpningen av dessa bestämmelser.⁷⁹⁶

Särskilt relevant blir då Lindskogs behandling av motfordrans uppkomsttidpunkt. Han har nämligen påtalat att även om lydelsen i 5 kap 15 § konkurslagen sammanfaller med den i 5 kap 1 § behöver ändå fordrans uppkomst inte betyda samma sak i de båda bestämmelserna. Enligt Lindskog måste de ändamålsskäl som aktualiseras i kvittningsfrågan också undersökas.⁷⁹⁷ Han betonar säkerhetshänsynen, varmed avses konkursborgenärens användande av kvittningsläget som en säkerhet för sin egen skuld.⁷⁹⁸

Lindskog menar att säkerhetshänsynen innebär att en motfordran har uppkommit före den kritiska tidpunkten, under förutsättning att konkursborgenären då inte utan rättsförlust har kunnat avstå från sin motfordran. Han anser nämligen att konkursborgenären då har ett behov av kvittningsrätten som säkerhet. Att konkursborgenären inte utan rättsförlust har kunnat avstå från sin motfordran betyder enligt Lindskog att en motfordran har uppkommit om konkursborgenären har gjort sin uppoffring (förpliktat sig) och borgenären inte har kunnat undvika att en motfordran uppkommer med bibehållande av sin rättsenliga position. Lindskogs ståndpunkt här blir alltså densamma som den han intog beträffande konkursfordrans uppkomst. Ståndpunkten refererades i kapitlet om konkursfordrans uppkomst ovan.⁷⁹⁹ Även i hans funktionalistiska bedömning sammanfaller alltså, såvitt gäller uppkomsttidpunkt, frågorna om konkursfordrans uppkomst och motfordrans uppkomst.

Här skulle den allmänna undersökningen av motfordrans uppkomst kunna stanna; det framstår som att systematiken och den funktionalistiska bedömningen sammanfaller. Även villkorsläran leder till samma uppkomsttidpunkt. Enligt läran har en fordran uppkommit om parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.⁸⁰⁰ Slutsatsen stämmer även i huvudsak med principen om den väsentliga grun-

⁷⁹⁶ Kritik mot en sådan syn på begreppet fordrans uppkomst har bl a framförts av Walin, Materiell konkursrätt s 25, not 8: "Om man överhuvud skall arbeta med begrepp förefaller dock rimligt att begreppet uppfattas som enhetligt åtminstone i en och samma lag."

⁷⁹⁷ Lindskog, Kvittning s 180 f.

⁷⁹⁸ Se till det följande Lindskog, Kvittning s 181.

⁷⁹⁹ Se ovan under avsnitt 12.5.2. Se även Lindskog, Kvittning s 181.

⁸⁰⁰ Se ovan under kapitel 6, särskilt avsnitt 6.2, om villkorsläran.

dens riktlinje.⁸⁰¹ Kanske finns ändå ytterligare argument som kan nyansera bilden av motfordrans uppkomst något. Blicken kan vändas mot norsk och dansk rätt, för att undersöka om det går att hitta ytterligare något argument som påverkar bedömningen av vad som krävs för att en motfordran ska ha uppkommit.

13.2 Motfordrans uppkomst – norsk rätt

Även i den norska bestämmelsen som reglerar kvittning i konkurs hänvisas såvitt gäller motfordrans uppkomststidpunkt tillbaka till bedömningen av vilka fordringar som får göras gällande i konkurs. I 8 kap 1 § dekningsloven stadgas nämligen att den som vid öppningen av bobehandlingen har en fordran på gäldenären som kan anmälas i konkursboet kan använda den till kvittning med dess fulla belopp. I regeln syftas det tillbaka till 6 kap dekningsloven, i vilket motsvarigheten till reglerna om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs finns. Av förarbetena framgår att frågan om motfordrans uppkomst ska bedömas på samma sätt som huruvida en fordran har uppkommit före konkursutbrottet.⁸⁰² Stöd för den ordningen finns också i doktrinen.⁸⁰³

I 8 kap 1 § 2 st dekningsloven preciseras dessutom vad som gäller för att motfordran ska kunna användas till kvittning. Där föreskrivs att om motfordran avser annat än pengar utesluter inte det kvittning. Motfordran och huvudfordran måste alltså inte vara komputabla (mätbara),

⁸⁰¹ Se ovan under kapitel 7, särskilt avsnitt 7.4, samt avsnitt 12.7, om principen om den väsentliga grunden och dess riktlinje.

⁸⁰² Se NOU 1972:20 s 329.

⁸⁰³ Se Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 143 f; Andenæs, Konkurs s 226 ff, särskilt s 230 f; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 368 f; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 90 ff. Jfr Børresen, Konkurs s 153 f, som dock inte behandlar frågor om fordringar, som är villkorade, utan endast frågan om motfordrans förfallotid. Se även vidare Sæbø, Motregning s 431 ff, som problematiserar lydelsen av 8 kap 1 § dekningsloven. ("Den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet [...]") Han påpekar att bestämmelsen tycks innebära att utöver att borgenären ska ha en konkursfordran (dividendefordring) ska borgenären ha haft en fordran på gäldenären "ved åpningen av bobehandlingen" – i annat fall skulle inte "ved åpningen av bobehandlingen" ha någon självständig betydelse enligt Sæbø, se a a s 431 f. Följden av en sådan tolkning skulle bli att de fordringar som i vissa fall har uppkommit efter konkursutbrottet, men som ändå kan göras gällande i en konkurs, inte skulle kunna användas vid kvittning i konkurs, se a a s 431. Sæbø konkluderar dock, efter bl a en analys av förarbetena, att frågorna om vilka motfordringar som kan användas i kvittning i konkurs och vilka fordringar som får göras gällande i konkurs sammanfaller, se a a s 432 ff. Jfr även Nazarian & Nylund, Konkursrett s 249 ff, som också ser problematiken som Sæbø har uppmärksammat och når samma slutsats som Sæbø, se a a s 250 f.

om huvudfordran avser pengar. I bestämmelsen stadgas också att om motfordran förföll till betalning först efter den kritiska tidpunkten är kvittning inte tillåten. Det gäller om huvudfordran inte hade förfallit till betalning före samma tidpunkt.⁸⁰⁴

I diskussionen om motfordrans uppkomst i norsk rätt kan Tjaums analys av denna uppkomstfråga särskilt lyftas fram. Han har, precis som Lindskog, uttalat att det inte finns något nödvändigt samband mellan vilka fordringar som får göras gällande i konkurs och vilka motfordringar som får användas till kvittning i konkurs.⁸⁰⁵ I stället påpekar han att olika hänsyn kan behöva tas i de olika frågorna, vilket i sin tur gör att uppkomsttidpunkten kan komma att skilja sig åt. Tjaum undersöker när en motfordran på ett inomkontraktuellt skadestånd har uppkommit.⁸⁰⁶ Skadeståndet har sin grund i ett avtal, som har blivit hävt av borgenären (till följd av att konkursboet inte har inträtt i avtalet). Bland annat prövar han om det kan vara relevant att göra analogier till andra bestämmelser i vilka lokutionen fordrans uppkomst ingår.⁸⁰⁷ Han når dock slutsatsen att i hans specifika fråga uppkommer fordran genom avtalet, bland annat mot bakgrund av sambandet mellan 6 kap 1 § och 8 kap 1 § dekningsloven, samt förarbetena.⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ Genom förarbetena modifieras denna regel något. Där uttalas att om huvudfordran formellt förfaller före "bo-åpningen" men "bo-åpningen" inträffar strax därefter antas det att detta inte utgör grund för att hindra kvittning, se NOU 1972:20 s 331. Se även Aasebø, m fl, Dekningsloven s 374.

⁸⁰⁵ Se Tjaum, Valuta- og renteswaper s 405 f.

⁸⁰⁶ Se till det följande Tjaum, Valuta- og renteswaper s 404 ff.

⁸⁰⁷ Se Tjaum, Valuta- og renteswaper s 406 f, där en analogi till foreldelsesloven (preskriptionslagen) avfärdas. Tjaum undersöker även Rt 1992 s 504, som gällde frågan om kvittningsrätt skulle medges. I fallet hade huvudfordran överlåts. Frågan om kvittning ändå kan ske i dessa fall regleras i 26 § norska gjeldsbrevloven (som svarar mot 28 § skuldebrevslagen). I rättsfallet hade den aktuella fordran sin grund i ett kontraktuellt skadestånd. Høyesterett fann att fordran hade uppkommit först vid kontraktsbrottet. I fallet fäste dock domstolen avseende vid ordalydelsen i norska gjeldsbrevloven. Tjaum menar att det argumentet inte gör sig gällande beträffande motfordrans uppkomst i dekningsloven, eftersom det till skillnad från i gjeldsbrevloven framgår av flera bestämmelser i dekningsloven att även villkorliga fordringar kan göras gällande i konkurs, se a s 407 ff.

⁸⁰⁸ Se Tjaum, Valuta- og renteswaper s 409, där han jämför bestämmelsen i 8 kap 1 § dekningsloven med 6 kap 1 § samma lag och påpekar att i båda bestämmelserna krävs att fordran måste ha uppkommit före konkursutbrottet. Han uttalar också att det av 7 kap 8 § dekningsloven följer att om boet inte inträder i avtalet och motparten häver avtalet kan motparten kräva skadestånd, ett skadestånd som utgör en konkursfordran. Han anser att en sådan fordran därför måste kunna användas till kvittning, se a st. Enligt Tjaum kan 7 kap 8 § dekningsloven nämligen ses som en precisering av 6 kap 1 § samma lag, se a s 409 ff. Han menar vidare att om en kontraktuell skadeståndsfordran uppkommer genom avtalet leder det till en harmoni mellan vilka fordringar som kan göras gällande i en konkurs och vilka fordringar som kan användas till kvittning. Tjaum finner även stöd

Tjaums behandling av motfordrans uppkomst liknar Lindskogs, eftersom de inte godtar systemargumentet utan vidare. Trots detta finner de att frågan om konkursfordran och motfordrans uppkomst ska hanteras på samma sätt. (Tjaum beträffande den specifika fråga han ställer.) Kanske finns det något ytterligare argument i dansk rätt att beakta i frågan om motfordrans uppkomst.

13.3 Motfordrans uppkomst – dansk rätt

I dansk rätt återfinns den allmänna regeln om kvittning i konkurs i 42 § danska konkursloven. Där föreskrivs att den som på fristdagen⁸⁰⁹ hade en fordran på gäldenären kan, även om fordran inte var förfallen, använda den till kvittning med dess fulla belopp mot en fordran som då tillkom gäldenären. Regeln är på så vis i det närmaste identisk med vad som krävs för att en borgenär ska kunna göra gällande en fordran i konkurs enligt dansk rätt. I 38 § danska konkursloven stadgas nämligen: ”Konkursmassen användes til fyldestgørelse af dem, der ved konkursdekretets afsigelse havde krav mod skyldneren [...]”. Flera danska rättsvetenskapare lyfter fram att bedömningen av vad som krävs för att en motfordran ska ha uppkommit i 42 § danska konkursloven överensstämmer med vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit i 38 § i samma lag.⁸¹⁰ Andra har påpekat att utgångspunkten i frågan om fordrans uppkomst visserligen är densamma, men att regelkontexten och de hänsyn som gör sig gällande där också måste beaktas.⁸¹¹

i förarbetena till dekningsloven, samt norsk, svensk och dansk doktrin för hans slutsats att en kontraktuell skadeståndsfordran uppkommer genom avtalet, se a a s 408 ff.

⁸⁰⁹ Fristdagen definieras i 1 § danska konkursloven. Det framkommer där att det är den tidigaste tidpunkten av ett antal alternativa tidpunkter, varav dagen då skifteretten mottog begäran om konkurs är en sådan tidpunkt. Den kritiska tidpunkten kan också senareläggas, om såväl huvudfordran som motfordran har uppkommit efter fristdagen men före ”konkursdekretets afsigelse”. Då är kvittning i konkurs möjlig enligt 42 § 2 st danska konkursloven. Härfter refereras enbart till den kritiska tidpunkten som fristdagen, men kvittning kan ske enligt fristen i 2 st också. Diskussionen om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma påverkas dock inte av detta.

⁸¹⁰ Se Ørgaard, A, Konkursret s 219 f; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 451 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 237 ff.

⁸¹¹ Se Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 230. Uttalandet finns i anslutning till fordrans uppkomst i 38 § danska konkursloven. Författarna uttalar dock ståndpunkten även i anslutning till motfordrans uppkomst, se a a s 251. Utgångspunkten förefaller dock vara densamma för fordrans uppkomst i de båda bestämmelserna enligt Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, i vart fall när det gäller inomobligatoriska krav. Enligt allmänna obligationsrättsliga principer uppkommer de som utgångspunkt vid avtalsingåendet enligt författarna, se a a s 230 och s 254.

I det sammanhanget brukar det hänvisas till Knud Illum.⁸¹² Han har uttalat att den obligationsrättsliga teorins allmänna principer i frågan om fordrans uppkomst emellanåt bör kunna frångås. Det gäller i vissa fall då konkursgäldenären, konkursborgenären, konkursförvaltaren eller tredjeman vidtar en handling efter konkursutbrottet, som gör att fordran blir fullgången.⁸¹³ Illum påpekar att hänsyn bör tas till om konkursborgenären kan framkalla att motfordran blir fullgången genom en frivillig disposition.⁸¹⁴ Vad gäller de fallen bör kvittning endast medges om konkursborgenären har kunnat räkna med kvittningen som en säkerhet vid konkursutbrottet enligt Illum.⁸¹⁵ Utrustade med hans ståndpunkt är det dags att återvända till svensk rätt och undersöka om resonemanget skulle kunna få betydelse för bedömningen av motfordrans uppkomsttidpunkt.

13.4 Motfordrans uppkomst – fler argument?

I rättskällorna betonas alltså framför allt sambandet mellan frågorna om konkursfordrans uppkomst och motfordrans uppkomst, såvitt gäller bestämmandet av om en motfordran har uppkommit. Det finns ändå rättsvetenskapare i samtliga skandinaviska länder, som har påtalat att olika hänsyn skulle kunna göras gällande i de olika frågorna. Det skulle därmed inte vara givet att frågorna ska behandlas på samma sätt. Som Illum och andra har framhållit skulle frågan om fordrans uppkomst kunna påverkas av vem som har gjort fordran fullgången efter konkursutbrottet. Den aspekten fick också betydelse i NJA 2009 s 291. Rättsfallet gällde i och för sig inte huruvida en motfordran hade uppkommit, utan om en huvudfordran hade uppkommit. Fallet tydliggör emellertid att Illums uppfattning har relevans för kvittning i konkurs och fordrans uppkomst, särskilt om en funktionalistisk bedömning görs.

Illums ståndpunkt sammanfaller till viss del med vad Lindskog har anfört ska gälla i frågan om motfordrans uppkomst. Det sammanfaller i sin tur med den riskprincip som Lindskog menar ska gälla i frågan om konkursfordrans uppkomst och som redogjordes för ovan i kapitlet om konkursfordrans uppkomst.⁸¹⁶ Han hänvisar också till Illum då han beskriver grunden för riskprincipen.⁸¹⁷ Det gör riskprincipen intressant att

⁸¹² Se Munch, *Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis* s 162; Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 411; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 452.

⁸¹³ Se Illum, *Modregning i konkurs* s 109.

⁸¹⁴ Illum, *Modregning i konkurs* s 109 f och s 184 f.

⁸¹⁵ Illum, *Modregning i konkurs* s 110.

⁸¹⁶ Lindskog, *Kvittning* s 181.

⁸¹⁷ Se Lindskog, *Kvittning* s 181, not 527.

beakta i frågan om motfordrans uppkomst. Det gäller särskilt om det har varit konkursborgenären som har gjort fordran fullgången.

Enligt riskprincipen måste det föreligga ett för gäldenären förpliktande rättsfaktum före konkursutbrottet.⁸¹⁸ Därtill krävs det att (konkurs)borgenären före samma tidpunkt antingen ska ha presterat vad som krävs av borgenären, för att fordran ska bli fullgången, eller att borgenären har försatt sig i en sådan situation att borgenären inte utan rättsförlust kan undvika eller dra sig undan sin prestation.⁸¹⁹ Är (konkurs)gäldenären förpliktad till ett anbud före konkursutbrottet innebär löftesprincipen att gäldenären är bunden till detsamma. Konkursborgenären kan då inte undvika en rättsförlust, genom att avstå från att acceptera anbudet. I många situationer kan anbudsmottagaren i stället sägas göra en rättsförlust om anbudsmottagaren inte får acceptera anbudet, vilket exemplifieras av om anbudet gäller att anbudsmottagaren får köpa en vara för ett visst pris och en allmän prisuppgång har skett efter det att anbudet gavs. Även om konkursborgenären på så vis kan påverka om fordran blir fullgången efter konkursutbrottet hindrar det inte att en fordran redan har uppkommit.⁸²⁰

Låt oss i stället undersöka vad som gäller i de fall då det är konkursförvaltarens dispositioner som medför att motfordran blir fullgången. Utöver de skäl som Illum har anfört finns det ytterligare några alternativa skäl som talar för att konkursborgenären inte ska få kvitta i dessa fall. Det kan exempelvis påpekas att borgenären inte har haft ett behov av den säkerhet som kvittningsrätten medför om det är konkursförvaltaren som gör fordran fullgången. Det beror på att borgenären i sådana fall inte har kunnat räkna med kvittningsrätten som säkerhet. Förelåg inte kvittningsrätt vid konkursutbrottet och konkursförvaltarens åtgärder föranleder att fordran blir fullgången skulle frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen också kunna utgöra skäl till att inte medge kvittningsrätt.⁸²¹

Att kvittningsrätt inte bör medges om förvaltaren gör fordran fullgången kan belysas ytterligare med ett exempel: Anta att (konkurs)gäldenären har slutit ett avtal med (konkurs)borgenären. I avtalet föreskrivs att (konkurs)gäldenären ska leverera vissa varor till sin medkontrahent. Denna har i sin tur förskottsbetalat varorna och har alltså en naturafordran på att få varor. Anta också att medkontrahenten är förpliktad

⁸¹⁸ Lindskog, Kvittning s 176.

⁸¹⁹ Lindskog, Kvittning s 181. Se även Lindskog, Betalning s 653 f, om riskprincipen. Se även ovan under avsnitten 12.5.2, 12.5.3 och 12.5.4, om riskprincipen.

⁸²⁰ Se ovan under avsnitt 12.5.4.

⁸²¹ Se vidare ovan under avsnitt 11.2, om hur frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen kan användas som riktmärken i funktionalistiska bedömningar inom insolvensrätten.

att betala gäldenären för tidigare leveranser, varigenom en fullgången penningfordran (och tillika huvudfordran) står mot medkontrahenten (konkursborgenären) vid konkursutbrottet. Anta slutligen att innan (konkurs)gäldenären levererar varorna utbryter konkursen samt att konkursboet väljer att inte inträda i avtalet och att boet därför inte levererar varorna. Medkontrahenten kan då göra gällande ett kontraktsbrott och kräva skadestånd, vilket i vart fall bör uppgå till det medkontrahenten har förskottsbetalat.⁸²² Frågan är om denna fordran på skadestånd, som är en konkursfordran, kan användas till kvittning mot den nämnda skulden.

Möjligheten till kvittning skulle kunna avfärdas med att det inte föreligger komputabilitet vid konkursutbrottet. Vid konkursutbrottet består motfordran i en naturaforrdan på att utfå varor. Den är alltså inte komputabel med huvudfordran, eftersom huvudfordran är en penningfordran vid konkursutbrottet. Slutsatsen vinner dock inget stöd i rättskällorna. De som har uttalat sig i frågan är förvisso eniga om att komputabilitetskravet ska vara uppfyllt vid den kritiska tidpunkten. Om den här ställda frågan påpekas, trots denna enighet, antingen att konkursutbrottet innebär att naturaforrdan omvandlas till en penningfordran samt att grunden för penningfordran fanns redan före konkursutbrottet eller att det redan förelåg en suspensivt villkorad penningfordran vid konkursutbrottet.⁸²³

⁸²² Vad som gäller här är avhängigt en tolkning av avtalet och en eventuell utfyllnad av detsamma. Se även ovan vid och i not 709.

⁸²³ Hur denna kvittningsrätt ska förklaras finns det, som framkommer av brödtexten, skilda uppfattningar om, men att det föreligger kvittningsrätt råder det enighet om. Se SOU 1970:75 s 189; prop 1975:6 s 268. Se även Walin, Materiell konkursrätt s 82, som förklarar kvittningsrätten på följande sätt: "För min del anser jag inte, att man behöver tänka sig en suspensivt villkorad penningfordran bakom ett naturaanspråk för att i konkurs kvittning skall få äga rum med penningfordran som surrogat för naturaanspråk. Förutsättning för kvittning bör vara att grunden till Bs anspråk mot As konkursbo – Akb – förelåg vid den kritiska tidpunkten. Att tala om samtidigt föreliggande naturaanspråk och suspensivt villkorat ersättningsanspråk är en ren konstruktion. Ersättningsanspråk aktualiseras när naturaanspråket upphör och utgör en omvandlad förlängning av det senare. Det är det enda rättframma betraktelsesättet. Omvandlingen har aktualiserats genom konkursbeslutet, som i princip befriar konkursboet från naturaleverans. Märk även att kvittning utom konkurs kan ske sedan ersättningsanspråket aktualiserats." Uttalandet finns kvar (i något förändrad språkdräkt) i Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Se även Welamson, L, Konkursrätt s 485, som talar om att naturaforrdan "övergår till ett krav på betalning i penningar." Jfr även Lindsjogs förklaring till att kvittningsrätt medges i dessa lägen: "En annan sak är den rättsgrund som naturaanspråket vilar på stundom kan föranleda ett penningkrav som, oaktat att det blir fullgånget först efter konkursutbrottet, får användas kvittningsvis. En sådan fordring brukar anses ha förelegat som suspensivt villkorad vid den kritiska tidpunkten. – Walin (Konkursrätt s 82) uttalar kritik mot tanken att en suspensivt villkorad penningfordring skulle anses finnas bakom naturaanspråket. Det är, säger han, en ren konstruktion. Kritiken är befogad. Att beteckna den efter konkursutbrottet utbildade fordringen som

I den här situationen är det alltså konkursutbrottet i sig som anses innebära att penningfordran blir fullgången; det är inte konkursförvaltarens beslut att inte inträda i avtalet.

Möjligen finns andra situationer i vilka konkursförvaltarens åtgärder medför att en motfordran blir fullgången, som i sin tur skulle leda till att motfordran inte har uppkommit vid konkursutbrottet, trots att konkursgäldenären har förpliktat sig före konkursutbrottet. Någon sådan situation har emellertid inte på hittats (i dubbel bemärkelse). I andra fall bör bedömningen av om en motfordran har uppkommit vara densamma som bedömningen av om en konkursfordran har uppkommit.

Att gäldenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en motfordran ska ha uppkommit, står också i samklang med frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen. Konkursboets tillgångar hade kunnat tömmas om gäldenärsfordringar hade kunnat användas till kvittning i konkurs, genom att konkursgäldenären hade kunnat ådra sig förpliktelser efter konkursutbrottet. Förhållandena vid konkursutbrottet hade då inte varit avgörande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen och någon likabehandling av dessa konkursborgenärer hade då inte kommit till stånd. Att (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en motfordran ska ha uppkommit, finner sammantaget stöd i lydelsen, systematiken, förarbetena, doktrinen samt i en funktionalistisk bedömning.

föreliggande såsom suspensivt villkorad vid den kritiska tidpunkten är dock ett vedertaget sätt att uttrycka att kvittning får ske trots att fordringen har blivit fullgången först efter den kritiska tidpunkten. [Internhänvisningar uteslutna.]”, Lindskog, Kvittning s 146, not 401. Jfr dock Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 221, not 67, som uttalar att en penningfordran inte kan kvittas mot en fordran på varor och att denna ordning i princip inte kan frångås genom att den som har fordran på varor i stället kräver ersättning i pengar, för att åstadkomma en kvittningssituation. I anslutning till dessa uttalanden hänvisas till NJA 1995 s 356. I det rättsfallet skilde sig dock situationen jämfört med den ovan behandlade. I rättsfallet hade nämligen kvittningssläge uppstått, genom att den ena parten hade begått kontraktsbrott, vilket omvandlat en naturafordran till en penningfordran. Det var också den förutsättningen som HD fäste avgörande vikt vid i NJA 1995 s 356 då HD fann att kvittning inte kunde tillåtas. Jfr även Lennander, Återvinning i konkurs s 268, som påpekar att kvittning är utesluten om fordringarna inte är dugliga till uppfyllelse av varandra, därför att de går ut på olika typer av förpliktelser. Uttalandet bör dock avse huvudregeln om kompetabilitetskravet, och inte den här specifika situationen, i och med att Lennander hänvisar till SOU 1970:75 s 188 f och prop 1975:6 s 268, som stöd för sina uttalanden. På de anförda ställena framgår det uttryckligen att kvittning tillåts, då naturakravet anses omvandlas till en penningfordran i dessa fall, se Lennander, Återvinning i konkurs s 268, not 173.

13.5 Motfordrans uppkomst – några olika typfall

Det finns inte alls lika mycket rättskällematerial beträffande vad som krävs för att en motfordran ska uppkomma, som det gör i fråga om konkursfordrans uppkomst. De rättsfall som finns bekräftar dock den ovan nämnda ordningen. Det gäller till exempel NJA 2012 s 876. I rättsfallet hade staten utbetalat lönegaranti till konkursgäldenärens arbetstagare. Konkursgäldenären hade ett överskott på sitt skattekonto, varför staten valde att kvitta delar av detta överskott mot sin regressfordran på utbetald lönegaranti. Enligt 28 § lönegarantilagen inträder staten i arbetstagarens rätt mot konkursgäldenären för utbetald lönegaranti.⁸²⁴ Regressfordran var alltså en motfordran, och frågan var om denna fordran hade uppkommit före konkursutbrottet.

Högsta domstolen tog avstamp i 5 kap 1 § konkurslagen och konstaterade att en fordran får göras gällande i en konkurs, om den har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades. Domstolen konstaterade också att om ett anställningsavtal har träffats före konkursutbrottet kan en lönefordran göras gällande i konkursen, även om fordran förfaller till betalning efter denna tidpunkt. Först därefter uttalade domstolen att en fordran mot gäldenären, som får göras gällande i konkurs, kan användas till kvittning enligt 5 kap 15 § konkurslagen. Utgångspunkt togs på så vis i frågan om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs, för att avgöra en motfordrans uppkomsttidpunkt. Utgångspunkt togs alltså inte i bestämmelsen om kvittning i konkurs. Det ger en antydning om det starka samband som gäller mellan frågorna om konkursfordrans och motfordrans uppkomst.

Även om det stod klart att lönefordringarna hade uppkommit då anställningsavtalen hade slutits, gällde statens fordran en regressfordran med grund i arbetstagarnas lönefordringar. Sådana regressfordringars uppkomst regleras i 5 kap 17 § konkurslagen. Där föreskrivs att den fordran som tillkommer en borgensman eller någon annan med anledning av en förpliktelse som han (eller hon) har infriat anses vid tillämpningen av bland annat kvittningsreglerna i 5 kap 15 § ha förvärvats när hans (eller hennes) förpliktelse grundades. Högsta domstolen uttalade att lönegarantin är ett legalt borgensansvar, vilket innebar att fordran uppkom samtidigt som arbetstagarnas fordran på lön och alltså före konkursutbrottet. Kvittning kunde därför ske.

Det finns även ett danskt rättsfall som bör nämnas i frågan om motfordrans uppkomst. I U 2000 194 H prövades vad som krävs för att en inomobligatorisk skadeståndsfordran ska uppkomma. Avtal hade ingåtts

⁸²⁴ Se NJA 2020 s 414, om bestämmelsen.

före konkursutbrottet, men kontraktsbrottet hade inträffat efter samma tidpunkt. Højesteret uttalade:

”Et erstatningskrav som følge af misligholdelse af denne forpligtelse er udtryk for, at leveringsforpligtelsen ændres til en betalingsforpligtelse, og kravet må i overensstemmelse med de almindelige obligationsretlige principper anses for stiftet på tidspunktet for denne aftales indgåelse.”⁸²⁵

Domstolen konstaterade alltså att fordran hade uppkommit redan när avtalet ingicks.

13.6 Motfordrans uppkomst – syntes

När det gäller kvittning i konkurs måste två fordringars uppkomsttidpunkter bedömas. Ovan har det undersökts vad som krävs för att en motfordran ska uppkomma – det vill säga vad som krävs för att konkursborgenärens fordran mot konkursgäldenären ska uppkomma. Nu ska detta material syntetiseras.⁸²⁶ I 5 kap 15 § konkurslagen föreskrivs att en fordran som konkursborgenären får göra gällande i konkursen kan användas till kvittning. Att motfordran måste kunna göras gällande i konkursen speglar lydelsen i 5 kap 1 § konkurslagen. Där stadgas att i en konkurs får endast en fordran som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades göras gällande. Det förefaller alltså som att motfordrans uppkomst ska bedömas på samma sätt som konkursfordrans uppkomst. Det är också den tolkningen som många har gjort i doktrinen, och det är en ordning som stämmer överens med villkorsläran och i huvudsak med principen om den väsentliga grundens riktlinje. Att frågan om motfordrans uppkomsttidpunkt ska bedömas på samma sätt som frågan om konkursfordrans uppkomsttidpunkt vinner också stöd i NJA 2012 s 876.

Några författare har dock lyft fram funktionalistiska resonemang (i här avsedd bemärkelse), som skulle kunna ha föranlett avvikelser från vad som gäller i frågan om konkursfordrans uppkomst. Sådana slutsatser har dessa författare dock inte nått. Illum har likväl påpekat att om konkursförvaltaren kan göra att motfordran blir fullgången bör det tala för att kvittning inte ska tillåtas. Det har framkommit att ett sådant resonemang står i linje med en funktionalistisk bedömning, särskilt vad avser de

⁸²⁵ Se U 2000 194 H, st 1 i Højesterets bemærkninger. Højesteret fann dock att huvudfordran hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten, då parterna var eniga om detta. Inom doktrinen har det påpekats att kvittning skulle kunna ha medgivits, då kraven var konnexa, se Moltke Jensen, Konneksitet s 197; Højlund Christensen, En uttrykt dom under avsnitt 5; Rammeskov Bang-Pedersen, Kreditorerne s 282 ff.

⁸²⁶ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

skäl som Högsta domstolen lyfte fram i NJA 2009 s 291. Några typfall där denna synpunkt påverkar uppkomsttidpunkten har dock inte kunnat på hittats. Sammantaget kan därför konstateras att förpliktelseprincipen även gäller i frågan om motfordrans uppkomst.⁸²⁷

⁸²⁷ Andra frågor kan medföra att vilka fordringar som får göras gällande i konkurs och vilka fordringar som får användas till kvittning i konkurs skiljer sig åt. Exempelvis har utökad kvittningsrätt vid konnexa fordringar och avtalad kvittningsrätt diskuterats, se Lindskog, Kvittning s 87 ff och s 758 ff, med vidare hänvisningar.

14 Huvudfordrans uppkomst – konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären vid kvittning i konkurs

14.1 Inledande anmärkningar

I det närmast föregående kapitlet behandlades vad som krävs för att en motfordran ska uppkomma. Det framgick där att motfordran måste ha uppkommit före konkursutbrottet, för att den ska få användas till kvittning i konkurs. Om kvittning ska kunna ske måste även konkursgäldenärens fordran mot konkursborgenären ha uppkommit före det att konkursbeslutet meddelades. I 5 kap 15 § konkurslagen föreskrivs nämligen att en motfordran får ”användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot [borgenären] när konkursbeslutet meddelades.” Visserligen används inte termen uppkomst här, men frågan om huruvida gäldenären har en fordran mot borgenären vid den kritiska tidpunkten anses vara just en fråga om fordrans uppkomst.⁸²⁸ Utifrån bestämmelsens allmänna språkliga betydelse hade en annan ordning framstått som märklig: Hur skulle någon kunna ha en fordran, utan att den hade uppkommit?

Det är alltså endast sådana fordringar mot borgenären som har uppkommit före konkursutbrottet, vilka kan användas till kvittning i konkurs. Att möjligheten till kvittning i konkurs begränsas på detta sätt har under lång tid förklarats med att det förhindrar att konkursborgenärer kan köpa in föremål, som realiserar under konkursen, och fullgöra dessa penningfordringar genom kvittning med sina konkursfordringar.⁸²⁹

⁸²⁸ Se exempelvis NJA 1996 s 368, betänkandet som HD beslöt dom i enlighet med st 5; NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 8, samt nedan.

⁸²⁹ Se exempelvis Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 765; Welamson, L, Konkursrätt s 478 f; Brækhus, Konkursret s 195, för några tidiga exempel på detta. Att kvittning i konkurs inte bör tillåtas med huvudfordringar som har uppkommit efter konkursutbrottet kan också förklaras med att konkursboet, som säljer konkursegendomen, inte utgör

Gäldenärens fordran mot borgenären brukar i sammanhanget benämnas huvudfordran.⁸³⁰ Egentligen är det något missvisande att tala om *gäldenärens* fordran, eftersom konkursgäldenären är *borgenär* till huvudfordran. Att beskriva huvudfordran såsom borgenärens fordran mot gäldenären, när det är konkursborgenärens skuld till konkursgäldenären som avses, leder dock antagligen till fler missförstånd. Kanske vore det lämpligare att tala om just konkursborgenärens *skuld* till konkursgäldenären, eftersom samma aktiva subjekt (konkursborgenären) som i frågan om motfordrans uppkomst då skulle användas. Det är likväl brukligt att tala om konkursgäldenärens *fordran* mot konkursborgenären. Det är också det uttryckssätt som förekommer i konkurslagen, varför fordringsterminologin kommer att användas här. Med tillägget *huvudfordran* bör eventuella missförstånd kunna undvikas och det är ändå huvudsaken.

Till skillnad från vad som gäller i frågan om konkursfordrans uppkomst finns det i konkurslagen ingen regel där det föreskrivs att huvudfordran har uppkommit vid konkursutbrottet, trots att fordran är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning. Att konkursgäldenären ska *ha* en fordran mot konkursborgenären vid konkursutbrottet, kan ändå ge viss vägledning beträffande vad som krävs för att en huvudfordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet. En fordran svarar mot en förpliktelse; det ligger i hur vi använder dessa begrepp. Vid den kritiska tidpunkten måste konkursborgenären därför *ha* förpliktat sig på något sätt, för att konkursgäldenären ska ha en huvudfordran på konkursborgenären vid samma tidpunkt.

Resonemanget utgår förvisso från ordalydelsen i 5 kap 15 § konkurslagen och den fordringsrättsliga terminologin. Men slutsatsen kan också motiveras med villkorsläran, principen om den väsentliga grunden samt den funktionalistiska bedömningen (såsom den bedömningen har använts av Högsta domstolen). I villkorsläran förutsätts det att medkontra-

samma rättssubjekt som konkursgäldenären. Det skulle alltså kunna påstås att fordringarna inte vore ömsesidiga i dessa fall, se ovan under avsnitt 13.1, om förutsättningarna för kvittning. Frågan är dock mer komplicerad, särskilt om boet träder in ett av konkursgäldenärens avtal eller annars fullgör ett sådant avtal med konkursborgenären, se vidare strax nedan. Att huvudfordringar som har uppkommit efter konkursutbrottet inte får användas till kvittning i konkurs kan också förklaras med att konkursborgenären inte bör kunna förbättra sin position efter konkursutbrottet, se exempelvis Rt 1887 s 742, där Høyesterett uttalade: ”Det siger sig af sig selv at Konkursl.s § 119 [som var motsvarigheten till vår 5 kap 15 § konkurslagen] ikke kan komme til Anvendelse medmindre Kreditors Gjæld til Boet er opstaaet før Konkursens Aabning; den enkelte Kreditors Stilling kan ikke forbedres, de andre Kreditorer til Forfæng, ved senere indtrædende Begivenheder.”

⁸³⁰ Se ovan i och vid not 790, om terminologin.

henten har avgivit ett löfte, för att en fordran ska ha uppkommit.⁸³¹ Det innebär att om villkorsläran tillämpas har en huvudfordran uppkommit om konkursborgenären har förpliktat sig (eftersom ett löfte är bindande enligt löftesprincipen). I enlighet med principen om den väsentliga grunden måste i vart fall någon grund för fordran föreligga före konkursutbrottet. I annat fall kan det svårigen talas om att den *väsentliga* grunden föreligger.⁸³² Vad gäller den funktionalistiska bedömningen har Högsta domstolen uttalat att det är om fordran är svävande (det vill säga icke-fullgången) vid den kritiska tidpunkten, som syftet och ändamålet med regeln ska ha stor betydelse.⁸³³ Det är alltså om något eller några men inte alla av fordrans rättsfakta föreligger vid den kritiska tidpunkten, som den funktionalistiska bedömningen ska användas enligt domstolen.⁸³⁴

De olika argumentationslinjerna stämmer på så vis överens med vad som följer av lagtexten, om den tolkas med den fordringsrättsliga terminologin. Att (konkurs)borgenären ska ha förpliktat sig före konkursutbrottet är alltså nödvändigt för att en huvudfordran ska ha uppkommit före samma tidpunkt. Om det är tillräckligt är i sin tur ett spørsmål för resterande del av kapitlet.

Innan studien av den frågan tar vid är det lämpligt att uppmärksamma en annan aspekt av frågan om huvudfordrans uppkomst. Liksom gäller för andra uppkomstfrågor kan denna fråga formuleras på lite olika sätt. Ovan framkom att i den funktionalistiska bedömningen ställs frågan om den aktuella bestämmelsens rättsföljd ska inträda.⁸³⁵ I villkorsläran ställs däremot frågan om fordran har uppkommit.⁸³⁶ Det leder också till att frågorna klassificeras på olika sätt. I den funktionalistiska bedömningen blir frågan om fordrans uppkomst (med denna avhandlings positiva avgränsning) insolvensrättslig (eller sakrättslig, om du så vill),⁸³⁷ medan i villkorsläran blir frågan i förlängningen avtalsrättslig. Det leder i sin tur till att olika argument och uppkomsttidpunkter aktualiseras.

Beträffande huvudfordrans uppkomst har dessutom Söderlund lyft fram ytterligare en distinktion, vilken förstärker spänningen mellan av-

⁸³¹ Se ovan under kapitel 6, särskilt avsnitt 6.2, om villkorsläran. Som refererats tidigare har enligt läran en fordran uppkommit om parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.

⁸³² Se ovan under kapitel 7, om principen om den väsentliga grunden.

⁸³³ Se NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 12. Se ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

⁸³⁴ Se vidare ovan under avsnitt 8.1.

⁸³⁵ Se ovan under avsnitt 8.5.

⁸³⁶ Se ovan under kapitel 6, samt avsnitt 10.3.

⁸³⁷ Se nedan i not 843.

talsrätt och insolvensrätt.⁸³⁸ Frågan om huvudfordrans uppkomst har nämligen behandlats som såväl en obligationsrättslig som en sakrättslig fråga på ytterligare ett sätt.⁸³⁹ Den eventuella kvittningsrätten kan nämligen både ses som en obligationsrättslig invändningsrätt och som en säkerhetsrätt för konkursborgenären.

Om en konkursborgenärs kvittningsrätt i konkurs klassificeras som en invändningsrätt blir det en invändningsrätt mot borgenärens egen förpliktelse (huvudfordran) att prestera.⁸⁴⁰ Huruvida en sådan invändningsrätt föreligger blir då en obligationsrättslig frågeställning, vilket även spiller över på frågan om huvudfordrans uppkomst. Utgångspunkten är fortsatt 5 kap 15 § konkurslagen. Det innebär att konkursborgenären måste ha förpliktat sig till huvudfordran vid konkursutbrottet. I annat fall *har* inte konkursgäldenären en fordran mot konkursborgenären (enligt strax ovan förda resonemang). Men i en obligationsrättslig klassificering av frågan inriktas inte bedömningen, av om en huvudfordran har uppkommit, på om några ytterligare omständigheter måste föreligga vid konkursutbrottet. Det räcker att avtalet har ingåtts för att en fordran ska ha uppkommit. Det avgörande synes i stället bli om konkursborgenären kan göra en kvittningsinvändning när borgenären blir krävd på betalning (i konkursen) eller att borgenären i vart fall kan göra en kvittningsinvändning förskottsvis vid samma tidpunkt.⁸⁴¹

⁸³⁸ Jfr Söderlund, Konkursrätten s 49 ff, om hur materiella frågor påverkas av vilken grundsyn (systemsättning) som används för att systemsätta konkursinstitutet. Se även ovan under avsnitt 9.3, om associationstanken.

⁸³⁹ Se Söderlund, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet s 312 f, som belyser hur kvittning i konkurs antingen kan ses som en obligationsrättslig fråga eller som en sakrättslig sådan. Jfr även Söderlund, Konkursrätten s 415, not 1660.

⁸⁴⁰ Söderlund, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet s 312.

⁸⁴¹ Se även i och vid not 881 nedan. Här bör noteras att det är omdiskuterat om kvittning över huvud taget kan ses som en invändningsrätt. Lindskog har påpekat att kvittning förvisso kan ses som en sådan rätt (från dogmatisk synvinkel) om kvittningen är fullgjord, eftersom då ligger en analogi till betalning nära till hands. Däremot menar han att om någon kvittning ännu inte har kommit till stånd bör kvittningsrätten inte ses som en invändningsrätt. Enligt Lindskog beror det på att kvittning inte är en invändning mot huvudfordran, utan ett sätt att ta i anspråk huvudfordrans förmögenhetsvärde, för att kunna gottgöra sin motfordran, se Lindskog, Kvittning s 66 f. Se även Adestam & Arvidsson, N, Lag om skuldebrev 18 § (Lexino, 2020-07-01), som anför att det ska göras en distinktion mellan kvittning och regler om fordrans negotiabilitet (d v s regler om vilka invändningar som kan göras), då de senare avser fordrans kvalité, vilket kvittning inte gör. Det finns likväl en tradition av att sammanföra invändningsrätten och kvittningsrätten både vad avser överlåtelse av löpande skuldebrev och beträffande kvittning i konkurs. Redan i förarbetena till den danska gäldsbrevsloven påpekades att vad gällde frågor om överlåtelse av skuldebrev kunde frågorna om invändningsrätt och kvittningsrätt inte hållas isär, se Udkast til Lov om Gælds-breve s 38. Även i det svenska förslaget till skuldebrevslag klassificerades kvittningsrätten som en invändningsrätt, se SOU 1935:14 s 90 f. Se även Lyngsø, Negotiable dokumenter

Beroende på vilket perspektiv som anläggs på vissa andra frågor inom konkursrätten liknar en sådan kvittningsrätt den kvittningsrätt som stadgas om i 28 § skuldebrevslagen eller ordinär kvittning. Av den nämnda bestämmelsen i skuldebrevslagen framgår det att även om huvudfordran har överlåtits kan vad som där svarar mot konkursborgenären kvitta i vissa fall. Om konkursutbrottet anses innebära att konkursboet övertar äganderätten till konkursegendomen kan det påstås att huvudfordran har överlåtits i en konkurs.⁸⁴² Ansens inte konkursutbrottet innebära att huvudfordran överlåts till konkursboet liknar den här diskuterade kvittningsrätten i stället ordinär kvittning. Om kvittning i konkurs klassificeras som en invändningsrätt kan den på så vis sägas vara nära besläktad med andra former av kvittning.

Kvittningsrätten i konkurs kan också klassificeras som en sak(- och konkurs)rättslig fråga.⁸⁴³ Grunden för kvittningsrätten (i konkurs) brukar nämligen sägas vara säkerhetshänsynen,⁸⁴⁴ att kvittningsrätten tjänar som en säkerhet för konkursborgenären. Med en sådan klassificering

s 116; Hessler, Allmän sakrätt s 33; Tiberger & Lennhammer, Skuldebrev, växel och check s 89; Mellqvist & Persson, I, Fordran & skuld s 124, som alla på olika sätt likställer en kvittningsrätt med en invändningsrätt.

⁸⁴² Se vidare nedan under avsnitt 15.4 med vidare hänvisningar, om den äganderättsfrågan.

⁸⁴³ Ses kvittning i konkurs som en säkerhetsrätt för konkursborgenären ligger det nära till hands att benämna frågan om kvittning ska tillåtas som en sakrättslig fråga – det vill säga att det är en sakrättslig fråga i bemärkelsen om rättigheten har bättre rätt än konkurrerande anspråk från konkursgäldenärens andra borgenärer i konkursen, jfr Håstad, Sakrätt s 16. Sakrätt får då beteckna tredjemansskydds rätt. Att enbart klassificera en rätt till kvittning i konkurs som en säkerhetsrätt (eller som en sakrätt) skymmer dock vissa aspekter av frågan. Kvittningsrätten tillhör inte sakrättens numerus clausus, se Lindskog, Kvittning s 66. Vidare används konkursrättsliga principer för att avgöra om kvittningsrätt föreligger. Denna dubbelhet markeras stundvis genom att frågan om kvittningsrätt i konkurs nedan benämns som en sak(- och konkurs)rättslig fråga. Det är dock en tämligen otymplig formulering, varför frågan emellanåt enbart benämns som sakrättslig.

⁸⁴⁴ Historiskt sett har såväl säkerhetshänsynen som bekvämlighetshänsynen lyfts fram, för att motivera kvittningsrätten. Med bekvämlighetshänsynen menas att kvittningen underlättar för parterna, då det har varit enklare och mindre kostsamt att kvitta än att skicka pengar fram och tillbaka. Med dagens fakturahantering lär bekvämlighetshänsynen inte ha någon större betydelse. (Låt vara att det antagligen är enklare att kvitta än att söka specialexekution, men det argumentet gör sig inte gällande i en generalexekution.) Säkerhetshänsynen har ofta särskilt betonats, som grund för kvittning i konkurs, men variationer i beskrivningen förekommer, jfr exempelvis Nordling, Några punkter inom läran om kvittning s 373 ff; Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 770 ff; Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 4 f; Illum, Modregning i konkurs s 36 ff; Arnholm, Streiftog i obligasjonsretten s 16 ff, särskilt s 19 ff; Karlgren, Kvittning och conductio indebiti s 333 ff; Welamson, L, Konkursrätt s 475; Sæbø, Motregning s 30 ff och s 422 ff; Gam Madsen, Modregning med uklare krav s 65 ff; Hagstrøm, Obligasjonsrett s 728 f; Lindskog, Kvittning s 52 ff, särskilt s 65 ff

kommer frågan om huvudfordrans uppkomst att kretsa kring om konkursborgenären ska få kvitta i konkursen, snarare än om huvudfordran har uppkommit vid konkursutbrottet. Rättsföljden i 5 kap 15 § konkurslagen betonas alltså i en sådan (funktionalistisk) bedömning, vilket i sin tur öppnar för att beakta insolvensrättsliga principer, såsom likabehandlingsprincipen, i bedömningen av frågan.⁸⁴⁵

I rättspraxis har frågan om huvudfordrans uppkomst behandlats såväl som en obligationsrättslig fråga som en sakrättslig sådan (något som endast har framgått indirekt). Redan här kan särskilt framhållas att det för dig som läsare (i vart fall numera) välbekanta rättsfallet NJA 2009 s 291 gällde just huruvida en huvudfordran hade uppkommit före den kritiska tidpunkten. 2009 års avgörande var det första rättsfallet där domstolen uttalade att bedömningen av fordrans uppkomsttidpunkt i hög grad är beroende av syftet och ändamålet med den regel som ska tillämpas i det enskilda fallet. Det möjliggjorde att den sak(- och konkurs)rättsliga kontexten kunde beaktas,⁸⁴⁶ vilket bland annat tog sig uttryck i de argument som domstolen använde. Frågan om huvudfordrans uppkomst kom i hög grad att behandlas som en sakrättslig fråga. Men det finns också rättsfall från Högsta domstolen i vilka frågan om huvudfordrans uppkomst har behandlats som en obligationsrättslig fråga. I dessa fall har dessutom skäl och slutsats sammanfallit med villkorsläran. Nedan kommer denna spänning i rättspraxis att undersökas ytterligare.

Kapitlen under avdelning III har i stora drag disponerats på så sätt att likheter (och olikheter) mellan svensk och dansk rätt samt svensk och norsk rätt först har belysts, innan en undersökning av vilka argument som kan göras gällande i frågan har tagit vid. Resultatet har sedan jämförts med ett antal centrala typfall. Varje kapitel har sedan avslutats med en syntes. Även detta kapitel följer den angivna dispositionen. Undersökningen av vilka argument som finns i denna uppkomstfråga kommer dock att disponeras på ett annorlunda sätt än vad som exempelvis gjordes i kapitlet om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst. Det har flera skäl: Dels gör sig inte systemargument gällande på samma sätt vad gäller bedömningen av huvudfordrans uppkomsttidpunkt⁸⁴⁷ (och inte heller i

och s 182. Se även Sigeman, Lönefordran s 167 f; Håstad, Sakrätt s 385, som båda jämför kvittningsrätten i konkurs med en sakrätt.

⁸⁴⁵ Se vidare nedan under avsnitt 14.4.3.

⁸⁴⁶ Se ovan under kapitel 6, särskilt avsnitt 6.2.

⁸⁴⁷ Då konkurs- och motfordrans uppkomst undersöktes pekades på sambandet mellan vilka fordringar som får göras gällande i konkurs och reglerna om gäldenärens rådighetsförlust. Det sambandet visades kunna användas för att ta fram systemargument beträffande vad som krävs för att en konkursfordran ska uppkomma, se ovan under avsnitt 12.4. Vad som ska ingå i konkursboet hör visserligen på ett liknande sätt ihop med vad

förfarandena går det att hitta några argument för vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma).⁸⁴⁸ Dels finns det här en vidsträckt systematisering av rättskällematerialet att tillgå i en primär rättskälla.

Det omtalades ovan hur Högsta domstolen tog ett brett grepp om (huvud)fordrans uppkomst i NJA 2009 s 291. Det skedde bland annat genom just en omfattande systematisering av materialet.⁸⁴⁹ Ovan synliggjordes dock att den systematiseringen kan problematiseras.⁸⁵⁰ Mot den bakgrunden kommer avsnittet om vilka argument som kan göras gällande i denna uppkomstfråga att inledas med en kontextualisering. Den sker med hjälp av de centrala rättsfallen som är relevanta i bedömningen av huvudfordrans uppkomsttidpunkt. Dessa rättsfall förevisar också vilka argument som kan göras gällande i bedömningen. Därefter vidtas en funktionalistisk bedömning. Men först ska alltså något sägas om dansk och norsk rätt.

som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma – båda handlar om tillgångssidan i konkursen – men några systemargument kan likväl inte reglerna om vilken egendom som ska ingå i konkursboet ge. Det beror på att även den egendom vilken tillfaller gäldenären under konkursen som utgångspunkt hör till konkursboet enligt 3 kap 3 § konkurslagen. Det är dock endast sådana (huvud)fordringar som gäldenären har mot borgenären när konkursbeslutet meddelas, vilka kan användas till kvittning i konkurs efter vad som föreskrivs i 5 kap 15 § konkurslagen. I norsk rätt omfattar däremot konkursbeslaget endast den egendom som tillhör gäldenären vid den kritiska tidpunkten. Det framkommer av 2 kap 2 § dekningsloven. I linje med detta har Nordtveit anfört att vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma som utgångspunkt ska bestämmas på samma sätt som vad som ingår i konkursboet, se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 91. Det förefaller vara ett gott systemargument i den norska kontexten. I förfarandena till 1975 års reform av den svenska konkurslagen pekades på inkonsekvensen i att även den egendom som tillfaller gäldenären efter konkursutbrottet ingår i konkursen, medan endast de fordringar som har uppkommit före konkursen får göras gällande i densamma, se prop 1975:6 s 128. Det sades dock att en ändring skulle leda till ett mycket komplicerat regelsystem, utan att det fanns några egentliga fördelar att vinna i sak, se a st.

⁸⁴⁸ Regeln fick sin nuvarande lydelse genom 1975 års reform av konkurslagen, se 121 § 1921 års konkurslag; prop 1975:6 s 34. Se även prop 1986/87:90 s 237; SOU 1983:24 s 109 ff. Tidigare löd bestämmelsen: ”Borgenär, som förvärvat sin fordran hos gäldenären innan beslutet om egendomsavträde meddelades, äge begagna fordringen till kvittning mot skuld, för vilken han vid nämnda tid häftade hos gäldenären [...]”, 121 § 1921 års konkurslag. I förfarandena uttalas dock att den nya bestämmelsen motsvarar den gamla bestämmelsen (i vart fall i här relevant avseende), se prop 1975:6 s 267 ff. Se även SOU 1970:75 s 138 ff. Inte heller i förfarandena till 1921 års konkurslag uttrycktes något om vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma, se NJA II 1921 s 555 ff.

⁸⁴⁹ Se bl a avsnitten 5.1, 8.4.1 och 10.4.

⁸⁵⁰ Se ovan under avsnitt 10.4.2.

14.2 Huvudfordrans uppkomst – dansk rätt

I dansk rätt regleras kvittning i konkurs i 42 § danska konkursloven. Av den bestämmelsen framgår det bland annat att den som på fristdagen⁸⁵¹ hade en fordran mot gäldenären kan använda den till kvittning med dess fulla belopp mot en fordran som då "tilkom" gäldenären. I jämförelse med vad som gäller enligt konkurslagen (att gäldenären har en fordran mot borgenären) ger termen tillkom tydligare uttryck för att frågan om huvudfordrans uppkomst är just en uppkomstfråga, och i den danska doktrinen har frågan också behandlats som en uppkomstfråga.⁸⁵²

I dansk rätt har olika inskränkningar av kvittningsrätten i konkurs diskuterats. Diskussionen kan inte bara hjälpa oss att förstå frågan om huvudfordrans uppkomst i dansk rätt. Diskussionen är även relevant för svensk rätt, såtillvida att den synliggör vilka argument som inte fick genomslag i reformarbetet av den materiella konkursrätten. Redan 1934 framförde den danske rättsvetenskaparen Illum kritik mot den vidsträckta kvittningsrätten i konkurs. Han menade att kvittningsrätten borde begränsas till de fall där borgenären skulle ha kunnat räkna med en kvittningsrätt vid konkursutbrottet.⁸⁵³ Det uttrycktes sympati för denna ståndpunkt i de danska förarbetena till konkursloven (vars resultat föregicks av ett samarbete mellan de nordiska länderna).⁸⁵⁴ Om ståndpunkten hade fått genomslag skulle kvittning endast ha fått ske om fordringarna var komputabla och motfordran antingen var förfallen vid konkursutbrottet eller skulle förfalla senast samtidigt som huvudfordran.⁸⁵⁵

Reformarbetet avseende bestämmelserna om kvittning i konkurs kom dock att ta en annan väg. De svenska representanterna ville inte begränsa kvittningsrätten, genom att kräva att motfordran skulle vara förfallen eller att huvudfordrans frigörelsetid skulle ha inträffat före konkursutbrottet. Danskarna kom att acceptera denna ståndpunkt i syfte att nå en gemensam nordisk lösning (även om säkerhetsintresset alltså betonas i de danska förarbetena). I dansk rätt ställs heller inget krav på att motfordran ska vara förfallen eller att huvudfordrans frigörelsetid ska ha inträtt

⁸⁵¹ Se vidare ovan i not 809, om fristdagen som kritisk tidpunkt.

⁸⁵² Se exempelvis Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 410 ff; Ørgaard, A, *Konkursret* s 217 f; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 451 ff; Iversen, *Obligationsret* 3. del s 304 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, *Kreditorforfølgning* s 234 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, *Konkurs* s 253 ff, som alla behandlar frågan som en uppkomstfråga (eller, om dansk terminologi ska användas, som en fråga om när fordran stiftades).

⁸⁵³ Illum, *Modregning i konkurs* s 84 f. Jfr även Ussing, *Obligationsretten* s 358 ff, som också diskuterar begränsningar av kvittningsrätten.

⁸⁵⁴ Se ovan under avsnitt 2.5.

⁸⁵⁵ Se till det följande bet 1971:606 s 110.

vid den kritiska tidpunkten, vilket överensstämmer med vad som gällde innan den nu gällande danska konkursloven infördes.

Här bör tilläggas att precis som i 5 kap 15 § konkurslagen föreskrivs i 42 § danska konkursloven att fordringarnas beskaftenhet inte får utesluta kvittning. Flera danska rättsvetenskapare har menat att det innebär att fordringarna ska vara komputabla vid den kritiska tidpunkten.⁸⁵⁶

14.3 Huvudfordrans uppkomst – norsk rätt

För att kvittning i konkurs ska få ske i norsk rätt måste huvudfordran ha tillkommit gäldenären vid den kritiska tidpunkten (som är öppningen av bobehandlingen). Det följer av 8 kap 1 § dekningsloven, vilket även är den huvudsakliga bestämmelsen om kvittning i konkurs. I förarbetena till dekningsloven konstateras att kvittningsrätten tjänar som en förstklassig säkerhetsrätt för den solventa parten.⁸⁵⁷ Det påpekas också att kvittning i konkurs borde begränsas till de situationer i vilka en kvittningsrätt kan verka kreditskapande. Något gehör för en sådan begränsning vanns dock inte i det nordiska samarbetet. Som orsak till detta framhålls i förarbetena att kvittning i konkurs har en sådan stark ställning i det allmänna rättsmedvetandet att den av den anledningen inte bör begränsas.⁸⁵⁸

Som framgick i avsnittet om motfordrans uppkomst tillåts kvittning i konkurs i norsk rätt även om motfordran inte är komputabel med huvudfordran i vissa fall. Det gäller om motfordran avser annat än pengar vid den kritiska tidpunkten. Motfordran kan då användas till kvittning mot en fordran på pengar enligt 8 kap 1 § 2 st dekningsloven. Någon motsva-

⁸⁵⁶ Bet 1971:606 s 110 f. Se även Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorfølgning s 234 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 260 ff. Jfr Munch, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis s 157; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 446 f, vilka menar att om ett köpeavtal är hävt före konkursutbrottet har vanligen avtalets naturaforrdan omvandlats till en penningfordran på skadestånd. De anser också att om hävningsrätt föreligger vid konkursutbrottet, men hävning inte har skett, bör komputabilitetskravet antagligen inte hindra kvittning i dessa fall, se Munch, a s 157; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, a s 446 f. Jfr Moltke Jensen, Konneksitet s 198 f; Ørgaard, A, Konkursret s 219; Iversen, Obligationsret 3. del s 297, vilka inte tycks ställa upp något krav på att komputabilitetskravet ska vara uppfyllt vid konkursutbrottet. Häremot Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, a s 245 f, som menar att det är svårt att se förbi lagtext och motiven på denna punkt och att hävning därför måste ha skett före den kritiska tidpunkten, för att kvittning ska tillåtas i dessa fall. Se Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 761 f; Ussing, Obligationsretten s 353 f, båda om den tidigare regleringen, i vilken kvittning enligt konkurslagen kunde ske utan hänsyn till fordringarnas beskaftenhet.

⁸⁵⁷ NOU 1972:20 s 329.

⁸⁵⁸ Se NOU 1972:20 s 329.

rande regel för huvudfordran finns dock inte i norsk rätt. I stället måste huvudfordran vara komputabel med motfordran vid konkursutbrottet (om inte huvudfordran avser pengar och motfordran något annat). Det gäller även om huvudfordran övergår från att vara en naturafordran till en penningfordran i konkursen, genom att till exempel en förpliktelse för gäldenären att leverera en vara inte infrias, vilket i sin tur ger upphov till en skadeståndsfordran.⁸⁵⁹

14.4 Huvudfordrans uppkomst – argument och argumentationslinjer

14.4.1 Inledande anmärkningar

Både norsk och dansk rätt är alltså återigen relevant att beakta. Nu ska fokus riktas mot vilka argument som kan göras gällande beträffande vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma. Något ska också sägas om hur den frågan har formulerats. Spänningen mellan olika frågeformuleringar, argument och lösningar är särskilt tydlig här. Den tar sig bland annat till uttryck i doktrinen kritik av ett antal rättsfall, men den kan också förklara skillnader mellan olika rättsfall vad gäller såväl skäl som slut.

Som sagt kommer detta avsnitt att inledas med en kontextualisering. Det sker genom att vad som kan beskrivas som de mest centrala rättsfallen (NJA 1916 s 154, NJA 1969 C 1477, NJA 1996 s 368 och NJA 2009 s 291) samt kritiken mot desamma behandlas mer ingående. Därefter kommer en funktionalistisk bedömning av frågan om huvudfordrans uppkomst att vidtas. Den görs särskilt med hjälp av NJA 2009 s 291. Allra först ska dock en kort bakgrund ges.

Kontextualiseringen tar sin utgångspunkt i NJA 1916 s 154 och NJA 1969 C 1477. I båda fallen hade avtal ingåtts före konkursutbrottet. Det var dock konkursförvaltarens åtgärder som gjorde huvudfordran fullgånngen. I såväl 1916 års avgörande som i 1969 års avgörande fann domstolen att huvudfordran hade uppkommit redan genom avtalet och att konkursborgenären fick använda fordran till kvittning i konkursen. Rättsfallen kan förklaras med att frågan om huvudfordrans uppkomst klassificerades som en obligationsrättslig fråga i dessa rättsfall. I doktri-

⁸⁵⁹ Se NOU 1972:20 s 330. Se även Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett* s 145; Sæbø, *Motregning* s 460; Nazarian & Nylund, *Konkursrett* s 254; Andenæs, *Konkurs* s 234; Aasebø, m fl, *Dekningsloven* s 373. Se även om äldre rätt Hagerup, *Konkurs og akkordforhandling* s 109; Brækhus, *Konkursrett* s 203.

nen har rättsfallen kritiserats utifrån sakrättsliga argument, vilka emanerar från vad som här benämns som en funktionalistisk bedömning. Trots denna kritik bekräftades den ordning som kommer till uttryck i 1916 och 1969 års avgöranden av Högsta domstolen i NJA 1996 s 368. Rättsläget kompliceras dock av att samma domstol i NJA 2009 s 291 behandlade frågan om huvudfordrans uppkomst som en sakrättslig fråga. Domstolen tillmätte dessutom de argument som hade använts som kritik mot NJA 1916 s 154, NJA 1969 C 1477 och NJA 1996 s 368 avgörande betydelse. I 2009 års rättsfall konstaterade domstolen att huvudfordran inte hade uppkommit före den kritiska tidpunkten, trots att avtalet hade ingåtts vid den tidpunkten, eftersom det var konkursförvaltarens åtgärder som medförde att huvudfordran blev fullgånge. Huruvida frågan om huvudfordrans uppkomst ska klassificeras som en obligationsrättslig eller sakrättslig fråga tycks alltså ha stor betydelse.

14.4.2 Kontextualisering

14.4.2.1 NJA 1916 s 154 och kritiken mot detsamma

Inledningsvis kan nämnas att i NJA 1916 s 154, som nu alltså ska behandlas, tillämpades visserligen 1862 års konkurslag, men även i den lagen gällde att såväl huvudfordran som motfordran skulle ha uppkommit före konkursutbrottet, för att de skulle få användas till kvittning i konkurs.⁸⁶⁰ I 1916 års fall hade en betodlare ingått ett köpeavtal med ett sockerbolag. Enligt avtalet hade betodlaren förpliktat sig att leverera en viss mängd sockerbetor mot betalning. Betodlaren hade också möjlighet att köpa visst betavfall (som gödningsämne) av sockerbolaget, om det fanns tillgängligt. Efter det att avtalet hade ingåtts, men innan leveranstiden av betorna hade inträffat, gick säljaren av betorna i konkurs. Konkursboet levererade sedermera betorna till sockerbolaget och krävde betalt för dessa. Sockerbolaget betalade endast viss del av köpeskillingen och avräknade vissa andra fordringar på köpeskillingen. Dessa fordringar hade sin grund i att bolaget hade levererat betavfall och melass till betodlaren före konkursutbrottet. Frågan i målet var om konkursboet var skyldigt att vidkännas en sådan kvittning.

⁸⁶⁰ Det fanns dock inget lagstöd för den ordningen. Av 91 § 1862 års konkurslag framgick bl a att kvittning i vissa fall inte krävde bevakning, men vad som gällde för huvudfordran var inte reglerat. Rabenius uppgav dock att en grundförutsättning för kvittning i konkurs var att huvudfordran hade uppkommit före konkursen, även om det inte var uttryckligen reglerat i konkurslagen, se Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 3. Se även 1911 års förslag till konkurslag s 360, där det redogörs för gällande rätt.

Boet gjorde gällande att det hade ingått ett nytt avtal med sockerbolaget, och att kvittning därför inte kunde medges. Högsta domstolen fann dock att något nytt avtal inte hade ingåtts, utan att det var till fullgörande av det redan före konkursutbrottet ingångna avtalet som leverans hade skett. I kvittningsfrågan uttalade domstolen:

”[...] och enär vid sådant förhållande bolaget varit lagligen berättigat att, på sätt som skett, å sin skuld för de på grund av kontraktet till detsamma levererade betorna kvittningsvis avräkna vad bolaget haft att fordra hos [betodlaren].”⁸⁶¹

Vid sådant förhållande åsyftar att konkursboet hade fullgjort prestationen enligt det före konkursutbrottet ingångna avtalet. Det var i detta fall – då avtal hade ingåtts före konkursutbrottet och varorna hade levererats efter samma tidpunkt av boet – som sockerbolaget (köparen av betorna) hade varit lagligen berättigad att kvitta. Huvudfordran hade alltså uppkommit redan genom avtalet, även om leverans hade skett under konkursen genom konkursförvaltarens försorg. Så har också rättsfallet tolkats av bland annat Almén.⁸⁶² Parentetiskt kan tilläggas att Almén skrev det yttrande i Högsta domstolen som majoriteten dömde i enlighet med.

Rättsfallets räckvidd har dock ifrågasatts. Konkursboet gjorde nämligen endast gällande att det hade ingått ett nytt avtal med köparen av betorna och inte att det hade inträtt i avtalet.⁸⁶³ Oavsett hur det är ställt med den frågan kan konstateras att Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1996 s 368 fann att boets inträde i avtalet inte hindrade kvittning. Hur den processuella ramen i 1916 års rättsfall påverkar avgörandets betydelse är alltså inte längre särskilt relevant, såvitt avser bedömningen av huvudfordrans uppkomsttidpunkt. NJA 1916 s 154 har också ansetts ha generell betydelse i frågan om huvudfordrans uppkomst, då fordran har sin grund i ett avtal som har ingåtts före konkursen och boet gjort fordran fullgången genom att fullgöra prestationen.⁸⁶⁴

Här bör även nämnas att notisfallet NJA 1969 C 1477 brukar åberopas som en uppföljare till NJA 1916 s 154. I 1969 års avgörande tycks samma omständigheter ha förelegat som i 1916 års fall. Kvittning med-

⁸⁶¹ NJA 1916 s 154, HD:s domskäl st 1.

⁸⁶² Se Almén, Skandinavisk rättspraxis på köplagens område s 276; Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 533, not 145a. Se även Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 25; Håstad, Sakrätt s 387; Lindskog, Kvittning s 207.

⁸⁶³ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 221 ff, som menar att tolkningen av NJA 1916 s 154 går långt utanför den processuella ramen som förelåg i rättsfallet, eftersom boet endast gjorde gällande att nytt avtal hade ingåtts mellan boet och köparen av betorna och inte att boet hade inträtt i avtalet.

⁸⁶⁴ Se Welamson, L, Konkursrätt s 479 f. Se även Sigeman, Lönefordran s 209, not 33.

gavs också i det fallet. Det avgjordes i hovrätten. Parterna fick inget prövningstillstånd i Högsta domstolen.⁸⁶⁵

Domskålen i NJA 1916 s 154 innehåller ingen längre utläggning om varför kvittningsrätt medgavs. På den tiden var som bekant inte några längre utläggningar heller vanliga i Högsta domstolens avgöranden.⁸⁶⁶ Det kan ändå konstateras att den av domstolen fastställda ordningen står i överensstämmelse med villkorläran. I läran uppkommer en fordran (i vart fall) genom avtalet, även om den kan vara villkorad av ytterligare omständigheter.⁸⁶⁷ Det bör även beaktas att vid tiden för avgörandet var villkorläran det gängse sättet i doktrinen att bedöma en fordrans uppkomsttidpunkt på (såvitt avsåg avtalsgrundade fordringar).⁸⁶⁸ Att fordran uppkom redan då avtalet ingicks står också i överensstämmelse med att klassificera frågan om huvudfordrans uppkomst som en obligationsrättslig fråga snarare än som en sakrättslig fråga. Det blir tydligt om den kritik som har riktats mot 1916 års avgörande lyfts fram.⁸⁶⁹

1916 års rättsfall har nämligen blivit kritiserat, vilket bland annat kommer till uttryck i följande uttalande av Mikael Möller:

”Att motivera kvittningsrätt med att gäldenärssidans vederlagskrav uppkommit redan före konkursen, som en villkorlig fordran, säger inte mer än att kvittningsrätt föreligger därför att kvittningsrätt föreligger. En egentlig motivering anføres först då sakskäl anføres till *varför* fordringen ska anses ha uppkommit före konkursen och därmed kan bortkvittas.”⁸⁷⁰

Att basera lösningar på vad som utgör en villkorlig fordran är inte en *egentlig* motivering enligt Möller. Det liknas till och med vid ett cirkelargument (”kvittningsrätt föreligger därför att kvittningsrätt föreligger”). Möller menar att det i stället är *sakskålen* som kan utgöra en egentlig motivering, och det är därigenom också sakskålen som kan legitimera en lösning. Det är emellertid en viss sorts sakskäl som Möller eftersöker här. Det är inte de obligationsrättsliga skålen eller argumenten, där utgångspunkten är att även kvittning i konkurs kan betraktas som en invänd-

⁸⁶⁵ Se exempelvis Möller, Konkurs och kontrakt s 225; Håstad, Sakrätt s 387 f, not 252; Lindskog, Kvittning s 207. Den processuella ramen var något oklar. (Det anges inte i referatet vilka grunder som konkursboet åberopade.)

⁸⁶⁶ Se vidare Strömholm, Rätt, rättskåller och rättstillämpning s 380 ff, om hur HD:s sätt att skriva domskål har utvecklats under 1900-talet. Jfr även Bengtsson, B, Ändringsdispens och prejudikatdispens s 267 ff, om hur HD:s uppgift och arbetsbörda har förändrats, genom att dispensreglerna har modifierats, under 1900-talet.

⁸⁶⁷ Se ovan under avsnitt 6.2, om villkorslårans betydelse.

⁸⁶⁸ Se ovan under kapitel 6, särskilt avsnitten 6.2 och 6.3.

⁸⁶⁹ För en bakgrundsbeskrivning till diskussionen kring rättsfallet, se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 299 ff.

⁸⁷⁰ Möller, Konkurs och kontrakt s 223.

ningsrätt. Det är inte heller de avtalsrättsliga argumenten och lösningarna som eftersöks, vilka är argument och lösningar som villkorsläran öppnar dörren till. Det är i stället de *sakrättsliga* sakskälen och argumenten som Möller eftersöker.

Det är också de sakrättsliga sakskälen som har använts som kritik mot NJA 1916 s 154.⁸⁷¹ Exempelvis har Håstad kritiserat att kvittning med-

⁸⁷¹ Huruvida konnexitet eventuellt förelåg mellan fordringarna i NJA 1916 s 154, och om det i sådana fall hade någon betydelse för utgången, verkar det inte finnas någon enighet om i doktrinen. Jfr exempelvis Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 25; Almén, Skandinavisk rättspraxis på köplagens område s 276; Möller, Konkurs och kontrakt s 221 ff. Konnexitet kan föreligga på olika sätt. Exempelvis kan fordringarna ha sin grund i samma avtal eller i samma omständighet. I det förra fallet kan dessutom innehållanderätt föreligga, se vidare med omfattande hänvisningar Lindskog, Kvittning s 87 ff, om konnexitet. Det förefaller inte ha funnits någon avtalskonnexitet mellan sockerbolagets fordran på ersättning för den melass det hade levererat och fordran på betalning av boets betleverans. Att sockerbolaget skulle sälja melass till betodlaren nämns i vart fall inte i avtalet, men att betavfall kunde säljas nämns i avtalet. För att avtalskonnexitet ska ha förelegat mellan anspråken måste melass ha tolkats in i termen betavfall. Här bör också nämnas att det finns uttalanden i svensk rätt som indikerar att det föreligger en utökad kvittningsrätt vid konnexitet, se exempelvis SOU 1970:75 s 188, not 6; Walin, Materiell konkursrätt s 79; Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Om dessa hänvisningar bör tilläggas att Walin var ordförande för den lagberedning som lade fram SOU 1970:75, samt att konkurslagskommentaren i Norstedts Juridik bygger på Walins arbete Materiell konkursrätt. Se även Rabenius, a a s 25. I dansk rätt synes konnexitet mellan mot- och huvudfordran innebära att kvittningsrätt föreligger, trots att huvudfordran har uppkommit efter konkursutbrottet. Stöd för detta finns i rättsfallet U 1979 6/2 H, där hade en entreprenör gått i konkurs. Entreprenören hade visst material kvar på en byggnadsplats, som byggherren sålde vidare till en annan entreprenör vilken färdigställde entreprenaden. Entreprenörens konkursbo yrkade ersättning för materialet. Byggherren gjorde en kvittningsinvändning och menade att fordran på ersättning för materialet kunde kvittas mot byggherrens fordran på skadestånd. Det var entreprenörens kontraktsbrott som hade gett upphov till denna skadeståndsfordran. Højesteret konstaterade att det fanns en rätt för byggherren att omhänderta materialet, och den rätten hade sin grund i avtalet mellan entreprenören och byggherren (som var samma avtal i vilket skadeståndet hade sin grund). Domstolen uttalade följande i kvittningsfrågan: "Under hensyn hertil findes der at bestå en så nær forbindelse mellem appellantens erstatningskrav for misligholdelse af entreprisaf-talen og indstævntes krav på godtgørelse for brug af materiellet, at modregning bør anerkendes.", U 1979 6/2 H, Højesterets domskäl st 3. Konnexitet mellan fordringarna synes alltså ha varit skälet till att kvittning medgavs, fastän fordran mot byggherren antagligen uppkom efter konkursutbrottet. För en sådan tolkning av rättsfallet, se bet 1983:983 s 102; Munch, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraxis s 166; Moltke Jensen, Konneksitet s 194 f; Iversen, Obligationsret 3. del s 293; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 242. Häremot Lindskog, Kvittning s 203 f, särskilt not 614, som tycks mena att kvittning fick ske, eftersom boet inte kunde hindra att motfordran uppkom. Det är dock inte den tolkning som anförs varken i doktrinen eller i förarbetena i dansk rätt. Se även bet 1983:983 s 33, där det uttalas att under lång tid har kvittning i konkurs mellan nära förbundna fordringar erkänts i dansk rätt. På a st

gavs i rättsfallet. Han pekar på att det var konkursförvaltaren som gjorde huvudfordran fullgånngen genom att inträda i avtalet och leverera samt frågar sig ”varför denna konkursboets ’inträdesrätt’ i gäldenärens avtal skall bli ekonomiskt meningslös just i förhållande till medkontrahenter som har oprioriterade, icke strikt konnexa konkursfordringar.”⁸⁷² Även Möller har betonat de märkliga konsekvenser som en kvittningsrätt för med sig i dessa fall. Han påtalar bland annat att konkursboet kan ha ett intresse av att inträda i just gäldenärens avtal (snarare än att försöka sälja varan på en öppen marknad). Det gäller särskilt om varan var specialtillverkad åt köparen. Värdet av en sådan inträdesrätt riskerar att gå förlorad för boet om kvittningsrätt medges i dessa fall, enligt Möller.⁸⁷³

Att det i doktrinen fästs avseende vid att kvittningsrätt inte ska medges de borgenärer som (egentligen) har en oprioriterad fordran innebär att likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen (såsom de beskrevs ovan) indirekt tillmäts betydelse;⁸⁷⁴ principerna tjänar som en tyst utgångspunkt för resonemanget. Av dessa principer följer nämligen att en oprioriterad fordran inte ska få en bättre ställning i konkursen än vad samma fordran hade vid den kritiska tidpunkten. Fordringarna ska i stället behandlas lika efter dess prioritet vid konkursutbrottet.⁸⁷⁵

sägs också att det gäller för de fall då det ligger nära till hands att tala om en invändningsrätt snarare än en kvittningsrätt, och att någon ändring i denna ordning inte avses genom reformen. Se även Paulsen, *Insolvensret* – konkurs s 415 ff; Ørgaard, A, *Konkursret* s 218; Lindenchrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 461, som samtliga påpekar att konnexa fordringar avser sådana fordringar som har sin grund i ett och samma avtal, men att det inte är säkert att sådana fordringar och fordringar som kan användas till kvittning sammanfaller (trots att förutsättningarna i 42 § danska konkursloven inte är uppfyllda). Jfr dock Munch, a a s 166; Iversen, a a s 306; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, a a s 242 f, som alla talar om att konnexa krav kan kvittas mot varandra. De skilda uppfattningarna kan nog förklaras med att författarna avser delvis olika saker konnexitetsbegreppet, se vidare Moltke Jensen, a a s 191 ff. Se även Højlund Christensen, En uttrykt dom under avsnitt 2, om olika grunder för kvittning vid konnexitet. Se även Gam Madsen, *Modregning med uklare krav* s 69 f. Se även U 1997 910/2 H; U 2016 3724 H, i 2016 års rättsfall kunde kvittning ske då fordringarna var konnexa. Rättsfallet gällde dock skattefordringar.

⁸⁷² Hästad, *Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten* s 248, noter uteslutna ur citatet.

⁸⁷³ Se Möller, *Konkurs och kontrakt* s 220 ff.

⁸⁷⁴ Se ovan under avsnitt 11.2, om likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen.

⁸⁷⁵ Se även SOU 2001:80 s 92, där kritiserats NJA 1916 s 154 och den möjlighet till kvittning som fallet ger: ”Härav följer att värdet av en eventuell rätt för konkursboet att inträda partiellt vid successiva naturaleveranser [interhänvisningar uteslutna] blir kraftigt urgröpt, eftersom köparen således kan kvitta ett krav på återbäring av förskottsbetalad köpeskilling för leverans som uteblivit före konkursen mot boets betalningskrav för nya leveranser.”

Lindskog har också kritiserat 1916 års rättsfall. Han konstaterar att någon kvittning inte borde ha medgivits i rättsfallet, eftersom konkursboet rådde över huvudfordrans slutliga uppkomst. I stället bör kvittning endast medges i de fall då konkursborgenären haft kvittningsförväntan vid konkursutbrottet, enligt Lindskog. Det motiverar han med frysningsprincipen. Kvittningsförväntan har konkursborgenären om borgenären haft en berättigad förväntan om säkerhet i huvudfordran, vilket innebär att om boet råder över huvudfordrans slutliga uppkomst finns ingen sådan förväntan menar Lindskog, eftersom boet då kan avstå från att göra huvudfordran fullgången. Detta för att undvika att borgenären kan använda en oprioriterad fordran till kvittning. Som skäl för denna ordning anger han att boet annars kan bli tvunget att undvika vissa åtgärder som från övriga borgenärs eller samhälleliga synpunkter får anses önskvärda.⁸⁷⁶

Sammanfattningsvis bestod kritiken mot NJA 1916 s 154 i att konkursboets åtgärder inte borde ha föranlett att konkursborgenären fick en bättre rätt än vad samma borgenär hade vid konkursutbrottet. Det anförs också att värdet av inträdesrätten förringas om boet måste tåla att borgenären använder konkursfordringar, för att fullgöra sin prestation. Konkursboets eventuella inträdesrätt brukar annars framhållas som något som gagnar en förmånlig avveckling av konkursboet.⁸⁷⁷ Den implicita utgångspunkten för kritiken är att frågan om huvudfordrans uppkomst är en sak(- och konkurs)rättslig frågeställning.

14.4.2.2 NJA 1996 s 368

Kritiken mot 1916 års rättsfall, som också har riktats mot 1969 års rättsfall, kan inte beskrivas som annat än massiv – i vart fall om kvittning i konkurs ses som en sakrättslig frågeställning. I NJA 1996 s 368 fick Högsta domstolen tillfälle att beakta denna kritik, eftersom omständigheterna i hög grad liknade de som hade förelegat i de tidigare rättsfallen. Målet gällde kvittning i konkurs och återigen hade huvudfordran blivit fullgjord av konkursboet.

Huvudfordran hade sin grund i ett avtal, som hade ingåtts före konkursutbrottet. I avtalet föreskrevs att D-gruppen (köparen) skulle köpa befintligt kurant varulager samt diverse inventarier av Priskaparen (säl-

⁸⁷⁶ Se Lindskog, Kvittning s 182 och s 207 f. Lindskog menar dock att kvittningsrätt borde ha medgivits i NJA 1916 s 154 i den utsträckning som det fanns en avtalad kvittningsrätt i det avtal i vilket boet trädde in, se a s 208 f. Kritiken mot NJA 1916 s 154 fanns redan i den andra upplagan av Kvittning, se Lindskog, Kvittning, 2 uppl s 190 ff.

⁸⁷⁷ Se nedan under avsnitt 15.4.

jaren, som sedermera gick i konkurs). Säljaren skulle fullgöra sin prestation den 1 november och köparen skulle i sin tur erlägga betalning 30 dagar därefter. Säljaren försattes i konkurs den 30 oktober. Konkursboet valde att inträda och fullgöra avtalet. Köparen betalade viss del av köpeskillingen, men för resterande del av prestationen återopade köparen kvittning enligt 5 kap 15 § konkurslagen med en (konkurs)fordran mot säljaren. Frågan i målet gällde om köpeskillingsfordran (huvudfordran) kunde användas till kvittning i konkursen. Avtal hade alltså ingåtts före konkursutbrottet, men fordran, som tvisten gällde, blev fullgånngen genom att konkursboet trädde in i avtalet och levererade varorna. I Högsta domstolen gjorde konkursboet också gällande att köparens skuld för leveransen var en skuld till konkursboet, som därför inte kunde kvittas mot en konkursfordran.

I det betänkande som Högsta domstolen beslöt dom i enlighet med konstaterades att ett konkursbo har en rätt att inträda i ett köpeavtal, efter vad som föreskrivs i 63 § köplagen. Domstolen uttalade att det innebär att boet tar över de villkor som gällde för konkursgäldenären.⁸⁷⁸ Mot den här rättsliga bakgrunden ställdes en mer preciserad fråga i betänkandet, nämligen vilken följd ett ensidigt inträde skulle få i frågan om borgenärens rätt att kvitta mot en konkursfordran. I den frågan konstaterades:

”Har en skuld sin grund i avtal som träffats med gäldenären före konkursen kan skulden anses ha uppkommit redan vid avtalet även om detta fullgörs först efter konkursen. I NJA 1916 s 154 förklarade HD att ett konkursbos krav på betalning för leveranser som verkstälts efter konkursbeslutet men som grundade sig på ett avtal före konkursen, fick kvittas mot konkursfordringar när konkursboet inte hade träffat nytt avtal med köparen utan endast fullgjorde det före konkursen träffade avtalet.

I förevarande fall förelåg kvittningsrätt i och med avtalets ingående och fram till konkursen. Konkursboets val att utnyttja möjligheten att inträda i avtalet medförde inte att kvittningsrätten gick förlorad.”⁸⁷⁹

Högsta domstolen fann alltså att konkursboets inträde i avtalet inte föranledde att kvittningsrätten gick förlorad. Kvittningsrätten fanns i och med avtalets ingående. Med att kvittningsrätten fanns i och med avtalets ingående måste ha avsetts att köparen (konkursborgenären) hade kunnat kvitta offensivt i förskott (precis som att köparen hade kunnat betala i förskott, trots att den i avtalet föreskrivna förfallodagen inte hade inträtt).⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ Se även nedan under avsnitt 15.7.2, om rättsfallets betydelse för massaansvarsfrågan.

⁸⁷⁹ NJA 1996 s 368, betänkandet som HD beslöt dom i enlighet med st 5 och st 6.

⁸⁸⁰ Se även Håstad, m fl, Civilrättens grunder s 330, vilka påpekar att även om förfallotid är avtalad har gäldenären rätt att betala tidigare, men att gäldenären då kan bli skyldig

Det är i vart fall på det viset uttalandet har tolkats av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291 (vilket kommer att lyftas fram i nästa underavsnitt). Ordningen innebär att det är möjligt att kvitta, fastän huvudfordran var villkorad av att leverans skulle ske.

I domskälen uttalades också att om konkursboet skulle välja att inträda i avtalet skulle det ta över de villkor som gällde för konkursgäldenären. Boet kunde då också utröna om några motfordringar fanns. Det ger uttryck för att de invändningar som medkontrahenten (köparen tillika konkursborgenären) hade kunnat göra gällande enligt det avtal i vilket konkursboet valde att träda in – inklusive eventuella kvittningsinvändningar – inte påverkades av gäldenärens konkurs eller av boets inträde i avtalet.

Frågan om huvudfordrans uppkomst behandlades på så vis som en fråga om konkursborgenärens invändningsrätt och klassificerades därigenom som en obligationsrättslig frågeställning.⁸⁸¹

Skulle frågan om huvudfordrans uppkomst i stället ha behandlats som en sakrättslig frågeställning hade bedömningen utgått från vad som gällde vid konkursutbrottet. Det beror på att enligt frysningsprincipen bestäms sakrätter och andra säkerhetsrätter just efter vad som gäller vid konkursutbrottet.⁸⁸² Utifrån en sådan klassificering av frågan framstår det som märkligt att beskriva följderna av att konkursboet trädde in i avtalet och levererade varorna som att det inte föranledde att kvittningsrätten gick förlorad. Det borde i stället ha varit boets inträde och leverans som gjorde att huvudfordran blev fullgången, vilket i sin tur utesluter kvittningsrätt, allt under förutsättning att frågan klassificeras som en sakrättslig fråga alltså.

Högsta domstolen fann likafullt stöd i 1916 års rättsfall, för att en huvudfordran som utgångspunkt uppkommer redan vid avtalets ingående. Detta gäller även om fordran fullgörs efter konkursutbrottet. Konkursboets inträde förändrade inte denna utgångspunkt. Någon helt ny analys av frågan utförde domstolen till synes inte, utan NJA 1916 s 154 fick till stor del tjäna som svar på frågan när huvudfordran uppkom. 1916 års avgörande kom därigenom att formaliseras.⁸⁸³

att utge ränteskillnadsersättning. Här bör jämföras med att andra författare påstår att om det finns en avtalad förfallodag kan penninggäldenären inte betala i förtid, se Ingvarsson, T, Fordringsrätt s 21 f; Lindskog, Betalning s 107; Heidbrink, Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt s 47; Adestam & Arvidsson, N, Lag om skuldebrev 5 § (Lexino, 2020-07-01).

⁸⁸¹ Jfr ovan vid och i not 841, om att klassificera kvittningsrätten som en invändningsrätt.

⁸⁸² Se ovan under avsnitt 11.2.

⁸⁸³ Se ovan under avsnitt 10.4, om en sådan formalisering.

Sammanfattningsvis kan sägas att Högsta domstolen inte tillerkände kritiken mot NJA 1916 s 154 någon avgörande vikt. Domstolen förlade även i detta fall uppkomsttidpunkten till avtalet, trots att det stod klart att konkursboet hade trätt in i avtalet. Vi behöver alltså inte oro oss över om tidens tand har påverkat rättskällevärdet av 1916 års rättsfall; ordningen gäller fortsatt, och det står också helt klart att ordningen gäller även om boet har trätt in i avtalet och fullgjort konkursgäldenärens prestation.⁸⁸⁴ Fordran uppkommer alltså redan genom avtalet i dessa fall, vilket är en slutsats som sammanfaller med uppkomsttidpunkten enligt villkorsläran.⁸⁸⁵

⁸⁸⁴ Se även Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt s 887.

⁸⁸⁵ Här kan noteras att i såväl dansk som norsk rätt finns allmänna konkursrättsliga bestämmelser om gäldenärens avtal. Enligt 55 § danska konkursloven kan ett konkursbo inträda i något av gäldenärens avtal och t ex fullfölja en leverans (om det finns en sådan förpliktelse i avtalet). Om boet då får en fordran mot konkursborgenären kan konkursborgenären inte använda en konkursfordran (motfordran) att kvitta med mot boets fordran. I dansk rätt anses nämligen ömsesidighetskravet inte vara uppfyllt då, eftersom boet anses vara en annan part än konkursgäldenären. Dessutom menas att boets fordran inte har uppkommit före konkursutbrottet, se Munch, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis s 162; Moltke Jensen, Konneksitet s 191 f; Ørgaard, A, Konkursret s 214 ff; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 442; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 242 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 256 f. På ett liknande sätt stadgas i 7 kap 4 § 1 st dekningsloven att om konkursboet träder in i gäldenärens avtal blir det berättigat och förpliktat på avtalets villkor, samt att den andra partens fordran täcks såsom en massafordran. Det anses innebära att konkursborgenären inte kan använda sådana skulder som har uppkommit genom boets inträde till kvittning mot konkursfordringar enligt norsk rätt, se Tjaum, Valuta- og renteswaper s 416 ff; Andenæs, Konkurs s 231 f; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 371. Se även Sæbø, Motregning s 441 ff, som dock gör ett antal differentieringar beroende på om konkursboets inträde i avtalet också innebär att boet fullgör förpliktelser enligt avtalet. Han menar att när huvudfordran inte blir fullgången på annat sätt än att boet inträder i avtalet och uppfyller gäldenärens avtal bör kvittning inte få ske, se a a s 443. Enligt Sæbø bör det samma gälla när huvudfordran blir fullgången efter konkursutbrottet till följd av att boet har underlåtit att innehålla konkursgäldenärens prestation, se a st. Sæbø menar dock att om avtalet vid konkursutbrottet är fullgjort från konkursgäldenärens sida kan inte boets inträde fränta konkursgäldenärens motparts kvittningsrätt, se a a s 446. Inte heller om konkursgäldenärens motpart har en sakrättsligt skyddad position vid konkursutbrottet bör boets inträde kunna medföra att kvittningsrätten försvinner för konkursgäldenärens motpart enligt Sæbø, se a st. Det beror på att boets fordran anses vara just *boets* fordran och inte konkursgäldenärens fordran, varför det inte föreligger ömsesidighet mellan en sådan fordran och konkursborgenärens fordran mot konkursgäldenären, se Aasebø, m fl, a a s 371; Andenæs, a a s 231 f. Om kvittningsrätt skulle ha medgetts då boet inträder i avtalet och fullgör detsamma har det i doktrinen sagts att värdet av boets inträdesrätt skulle förringas, se Andenæs, a a s 232; Tjaum, a a s 416 ff. Se även Sæbø, a a s 441 ff, jfr dock om differentieringarna hos Sæbø strax ovan. Jfr även ovan under avsnitt 14.4.2.1, om kritiken mot NJA 1916 s 154. I vissa fall kan boet inträda partiellt i ett av gäldenärens avtal. Det gäller även om avtalet till viss del har fullgjorts före konkursutbrottet, efter vad

14.4.2.3 NJA 2009 s 291

Ånyo ska uppmärksamheten riktas mot NJA 2009 s 291. Rättsfallet har tidigare granskats för att skapa förståelse för *hur* en funktionalistisk bedömning går till på ett allmänt plan och *hur* funktionalismen har överordnats andra argumentationslinjer.⁸⁸⁶ Nu är perspektivet i huvudsak ett annat. Det centrala är frågan om huvudfordrans uppkomst.

NJA 2009 s 291 kan tjäna som kontrast till NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368. I 2009 års avgörande grundas nämligen i hög grad skälen och slutet på en sak(- och konkurs)rättslig klassificering av frågan och vad som här benämns som en funktionalistisk bedömning. Även NJA 2009 s 291 gällde alltså bland annat frågan om en huvudfordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Ett köpeavtal hade ingåtts och varorna skulle levereras efter avrop. Köparen hade förskottsbetalat vissa av varorna. Innan avrop och leverans av varorna hann ske gick dock köparen i konkurs. Konkursförvaltaren begärde förskottet åter. Mot denna (huvud)fordran på återbetalning av förskottet gjorde säljarbolaget gällande att bolaget hade rätt att kvitta med en konkursfordran. Vid konkursutbrottet var huvudfordran alltså en naturafordran, vilken omvandlades till en penningfordran genom konkursförvaltarens försorg. Frågan gällde om fordran på återbetalning kunde användas till kvittning i konkursen.⁸⁸⁷

I denna fråga kan NJA 1916 s 154, NJA 1969 C 1477 och NJA 1996 s 368 framstå som centrala. Högsta domstolen började dock i en annan ände. Skälen till att kvittningsrätt *inte* skulle medges gavs först. Därefter gavs skälen till att de nämnda rättsfallen inte var relevanta i just detta fall.

som föreskrivs i 7 kap 4 § 2 st dekningsloven. I dessa fall anses heller inte konkursborge-nären kunna använda en sådan fordran som har uppkommit före konkursutbrottet till att kvitta mot boets fordran, se Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 150; Tjaum, a a s 416 ff; Andenæs, a a s 232; Aasebø, m fl, a a s 371. Se även Sæbø, a a s 441 ff, jfr dock om differentieringarna hos Sæbø strax ovan. I den danska och norska doktrinen har det också sagts att om konkursboet inträder i avtalet bör huvudfordran anses ha uppkommit *efter* konkursutbrottet, se exempelvis Moltke Jensen, a a s 191 f; Ørgaard, A, a a s 214 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, a a s 242 f, om dansk rätt. Se exempelvis Andenæs, a a s 231 f; Aasebø, m fl, a a s 371, om norsk rätt. I och med att det finns allmänna konkursrättsliga bestämmelser om gäldenärens avtal i både dansk och norsk rätt, är det antagligen mer närliggande att klassificera frågan om huvudfordrans uppkomst (i dessa fall) som en konkurs(- och sak)rättslig fråga. Avsaknaden av sådana regler i svensk rätt kan nog delvis förklara att HD vid flera tillfällen har behandlat följderna av boets agerande som en obligationsrättslig fråga. Användningen av huvudfordrans uppkomst skiljer sig alltså åt, trots att huvudregeln om kvittning i konkurs har likartad lydelse i svensk, dansk och norsk rätt.

⁸⁸⁶ Se ovan under avsnitten 8.4.1 och 10.4.

⁸⁸⁷ Noteras kan att det inte framgår av rättsfallet om konkursfordran var konnex med huvudfordran.

På så vis kan domskälen delas in i två delar. Dispositionen nedan speglar denna indelning.⁸⁸⁸

Högsta domstolen konstaterade inledningsvis att det vid konkursutbrottet endast förelåg en naturafordran, vilken inte kunde tillgodoses genom kvittning med en penningfordran så länge köparens rätt att begära leverans stod kvar.⁸⁸⁹ Fordran hade dock sin grund i ett avtal, som hade ingåtts före den kritiska tidpunkten, vilket fick domstolen att ställa den mer preciserade frågan om detta var tillräckligt för att fordran skulle anses ha förelegat vid konkursutbrottet och kvittning därför skulle få ske.

I avgörandet av den frågan uttalade Högsta domstolen bland annat att huvudfordrans uppkomst bör bestämmas med beaktande av syftet med 5 kap 15 § konkurslagen, allmänna konkursrättsliga principer och de ändamål som dessa vilar på. Indirekt klassificerade domstolen på så vis frågan som en sak(- och konkurs)rättslig fråga, eftersom den sak(- och konkurs)rättsliga kontexten lyftes fram. Det betonades även att det var av vikt vem som kunde styra över om fordran skulle bli fullgån. Kunde konkursborgenären bestämma om fordran skulle bli fullgån ansåg domstolen att mycket talade för att kvittning skulle medges.

I fallet kunde dock inte säljaren (konkursborgenären) styra över om fordran blev fullgån. Det berodde på att om säljaren hade vägrat att leverera varorna, efter avrop av konkursboet, hade återbetalningen av förskottet varit kvittningsskyddad. Det följer av rättsfallet NJA 1995 s 356, som Högsta domstolen också refererade till i 2009 års fall. Domstolen konstaterade att säljaren (konkursborgenären) endast kunde använda sin motfordran till kvittning mot den berörda huvudfordran, under förutsättning att boet inte avropade varorna utan i stället krävde förskottet åter.

Möjligheten till kvittning var alltså beroende av konkursboets åtgärder, något som talade mot att tillåta kvittning enligt Högsta domstolen. Domstolen uttalade också att borgenären skulle få en opåräknad fördel om kvittning tilläts, eftersom borgenären inte hade kunnat räkna med kvittningsrätten före konkursutbrottet. Boets åtgärder borde nämligen inte leda till en omfördelning mellan borgenärerna, eftersom det skulle strida mot frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen. Domstolen anförde också att i situationer, som den som förelåg i fallet, kunde en kvittningsrätt i dessa fall leda till att förvaltaren kände sig tvungen att

⁸⁸⁸ Jfr Heidbrink, Tankar om kontraktfordringars uppkomst s 859 ff, som ser det som att HD jämförde två olika situationer.

⁸⁸⁹ Konstaterandet måste förstås som att det inte förelåg komputabilitet vid den kritiska tidpunkten, och att kvittning därför inte kunde ske, se Heidbrink, Tankar om kontraktfordringars uppkomst s 859.

begära leverans, för att därefter sälja varorna vidare. En sådan ordning var mindre ändamålsenlig, enligt domstolen.

Intressant nog utgör de av Högsta domstolen anförda argumenten *mot* kvittning en upprepning av den kritik som hade anförts mot de tidigare rättsfallen i vilka kvittning tilläts. Det var just att oprioriterade borgenärer (som inte hade kunnat räkna med någon kvittningsrätt) gynnades av konkursförvaltarens åtgärder samt att konkursboet tvingades att vidta mindre ändamålsenliga åtgärder, som lyftes fram som kritik mot NJA 1916 s 154. Denna kritik fanns att läsa i doktrinen när NJA 1996 s 368 avgjordes (vilket redogjordes för under det närmast föregående avsnittet). I 1996 års rättsfall valde Högsta domstolen likväl att befästa den tidigare ordningen.

Sammantaget tycks inte NJA 2009 s 291 harmoniera med NJA 1916 s 154 eller NJA 1996 s 368. Argument som inte fick gehör i 1996 års rättsfall tillmättes avgörande betydelse i 2009 års rättsfall. Det kan förklaras med att kvittningsfrågan inte klassificerades på samma sätt i de olika rättsfallen. I 1996 års rättsfall (och de tidigare rättsfallen) utgicks från en obligationsrättslig klassificering av kvittningsfrågan, i vilken slutsatsen i uppkomstfrågan sammanföll med den som följer av villkorsläran. I NJA 2009 s 291 *om*klassificerades frågan om huvudfordrans uppkomst i stället till en sak(- och konkurs)rättslig fråga, vilket möjliggjorde att kritiken mot 1916 och 1996 års rättsfall kunde vändas till argument *för* hur kvittningsfrågan skulle lösas i 2009 års rättsfall. Klassificeringstematiken lyftes dock inte uttryckligen av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291. Av bland annat den anledningen ska det undersökas hur domstolen motiverade att rättsfallen NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 inte var relevanta i 2009 års avgörande.

Högsta domstolen uppmärksammade givetvis rättsfallen NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 (samt NJA 1969 C 1477), vilka domstolen (förstås) fann tala för kvittningsrätt. Domstolen uttalade dock att det fanns en viktig skillnad mellan situationen (typfallet) i NJA 2009 s 291 och de andra rättsfallen. Den viktiga skillnaden bestod i att det fanns en penningsskuld vid konkursutbrottet i de tidigare rättsfallen, till skillnad från den leveransskyldighet som förelåg för konkursborgenären i detta fall. Enligt Högsta domstolen innebär det att konkursborgenären i 1996 års avgörande kunde välja att infria penningsskulden i förskott genom betalning eller kvittning, även om det fanns en avtalad förfallodag. Domstolen påtalade ”att det till huvudfordringen knutna tidsrekvisitet i 5 kap.

15 § första stycket konkurslagen rent rättstekniskt måste anses uppfyllt [...].”⁸⁹⁰

Även om det visserligen finns en sådan skillnad mellan de tidigare rättsfallen (NJA 1916 s 154, NJA 1969 C 1477 och NJA 1996 s 368) och detta rättsfall (NJA 2009 s 291) förklarar den skillnaden inte varför de sak(- och konkurs)rättsliga argumenten tillmättes avgörande betydelse i 2009 års avgörande när *de inte* hade fått den betydelsen i de tidigare avgörandena. Men skillnaden mellan 1916 och 1996 års avgörande jämfört med 2009 års avgörande ligger antagligen i just detta – att argumenten *värderades* på olika sätt.

Det kan i sin tur förklaras med att frågan om huvudfordrans uppkomst klassificerades på olika sätt i rättsfallen. I den obligationsrättsliga kontexten får nämligen vissa argument gehör. NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 sammanfaller med villkorsläran vad gäller resultat i uppkomstfrågan. NJA 1916 s 154 stammar dessutom från en tid då villkorsläran var det gängse sättet att beskriva och avgöra om en fordran hade uppkommit. NJA 1996 s 368 kan sägas formalisera denna ordning. I NJA 2009 s 291 klassificerades i stället frågan om huvudfordrans uppkomst som en sak(- och konkurs)rättslig frågeställning, vilket gav utrymme för att beakta just den sak(- och konkurs)rättsliga kontexten och de argument som är vägvinnande där. Det möjliggjordes genom den funktionalistiska bedömningen. Rättsfallen och rättsläget kan förklaras och förstås genom att se dem som uttryck för olika klassificeringar av frågan.

Det är mot bakgrund av den kontexten vi har att förstå frågan om huvudfordrans uppkomst. Hur de olika rättsfallen ska viktas mot varandra får anstå till typfallsavsnittet och syntesen.

14.4.3 Funktionalistisk bedömning och sakrättslig klassificering

14.4.3.1 Inledande anmärkningar – konsekvensbedömningens riktmärken

Vad en sak(- och konkurs)rättslig klassificering tillsammans med en funktionalistisk bedömning kan innebära i frågan om huvudfordrans uppkomst har just givits prov på – både vad gäller argument och lösningar. Den direkta frågan om vad som krävs som ett minimum för att en huvudfordran

⁸⁹⁰ NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 20. Jfr ovan i not 880, om vad som uttrycks i den fordringsrättsliga litteraturen i fråga om betalning i förskott, då det finns en avtalad förfallodag.

ska uppkomma enligt en funktionalistisk bedömning har emellertid inte ställts. Den frågan ska nu studeras.

Efter vad som framkom ovan behöver riktmärken för den funktionalistiska bedömningen först fastställas. Därefter kan en konsekvensbedömning vidtas med grund i dessa.⁸⁹¹ I NJA 2009 s 291 använde Högsta domstolen en rad riktmärken i sin konsekvensbedömning. Likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen fick avgörande betydelse.⁸⁹² Återigen är dessa principer relevanta att använda som riktmärken.

Om likabehandlingsprincipen ska kunna användas behöver det dock fastställas vilka borgenärer som ska behandlas lika. Alla borgenärer kan ju inte erhålla en kvittningsrätt. Vanligen framhålls kvittningsrättens säkerhetsfunktion – det vill säga att kvittningsrätten tjänar som en säkerhet för konkursborgenären.⁸⁹³ Konkursborgenärerna kan dock nästan alltid hävda att de har ett behov av kvittningsrätten, som säkerhet för sina anspråk. Det har därför sagts att en konkursborgenär endast ska få kvitta (använda kvittningsrätten som en säkerhetsfunktion), ifall borgenären haft en berättigad förväntan att få kvitta.⁸⁹⁴ Om borgenären hade kvittningsförväntan var även något som Högsta domstolen tillmätte betydelse i NJA 2009 s 291. Det är på så vis de som har haft en berättigad

⁸⁹¹ Se vidare ovan under kapitel 8, särskilt avsnitten 8.4 och 8.5, om den funktionalistiska bedömningen.

⁸⁹² Kanske kan det tyckas något märkligt att likabehandlingsprincipen kan användas i frågan om huvudfordrans uppkomst. I dessa fall är konkursborgenären egentligen ingen borgenär utan en gäldenär; huvudfordran avser konkursborgenärens skuld till konkursgäldenären. Frågan om huvudfordrans uppkomst måste dock förstås i sitt sammanhang. Får en konkursborgenär kvitta i konkursen innebär det att borgenären får använda en skuld till konkursgäldenären, som täckning för en motfordran. Konkursborgenären är borgenär till denna motfordran. Att borgenären får täckning för sin motfordran är också det primära för konkursborgenären. Denna täckning är även vad som påverkar de andra konkursborgenärerna och avvecklingen av konkursboet, eftersom kvittningen antagligen leder till en omfördelning mellan borgenärerna. Sett till den kontexten är det inte särskilt märkligt att HD använde likabehandlingsprincipen i frågan om huvudfordrans uppkomst. Jfr Lindskog, Kvittning s 182, om att frysningsprincipen kan användas till ledning i bedömningen av om en huvudfordran har uppkommit. Jfr även Håstad och Möller ovan under avsnitt 14.4.2.1, som i kritiken av NJA 1916 s 154 indirekt kan sägas ge uttryck för att likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen har betydelse beträffande kvittning i konkurs. Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 241, not 6. Jfr även Sæbø, Motregning s 461 ff, om att 8 kap 1 § dekningsloven bygger på förutsättningen att kvittningsvillkoren är uppfyllda vid konkursutbrottet, vilket han menar är ett uttryck för en generell princip om att utdelning i konkurs beror på förhållandena vid konkursutbrottet.

⁸⁹³ Se ovan under avsnitt 14.1.

⁸⁹⁴ Se Illum, Modregning i konkurs s 80 ff, särskilt s 92, och s 100 ff, särskilt s 109 f; Lindskog, Kvittning s 182. Jfr även Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919) s 16 f.

förväntan att kvitta som bör behandlas lika. Det får utgöra riktmärke för konsekvensbedömningen.

I NJA 2009 s 291 lade Högsta domstolen vikt vid vilken av parterna som kunde styra över om fordran blev fullgången efter konkursutbrottet. Det synes vara en lämplig indelning att ta efter i dispositionen. Här ska först undersökas vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma såvitt avser de fall då det är konkursborgenären eller konkursförvaltaren som kan styra över om huvudfordran blir fullgången. Därefter ska uppkomstfrågan studeras om ingen av dessa parter kan styra över om fordran blir fullgången. Avslutningsvis belyses uppkomsttidpunkten för fordringar som inte har avtalet som grund. Dessa frågor ska alltså undersökas med hjälp av en funktionalistisk bedömning här.

14.4.3.2 Om konkursborgenären eller konkursförvaltaren kan styra över om huvudfordran blir fullgången

Med riktmärkena för den funktionalistiska bedömningen presenterade kan en konsekvensbedömning göras med grund i dessa.⁸⁹⁵ I det fall att det är konkursborgenären eller konkursförvaltaren som kan styra över om fordran blir fullgången kan åter refereras till vad Högsta domstolen fann i sin bedömning i NJA 2009 s 291. Där prövade domstolen konkursborgenärens kvittningsrätt när det var konkursförvaltaren som gjorde fordran fullgången efter konkursutbrottet. Domstolen uttalade att konkursborgenären då inte kunde räkna med att få kvitta i konkursen vid konkursutbrottet. Högsta domstolen betonade också att det skulle strida mot likabehandlings- och frysningsprincipen om förvaltarens åtgärder ledde till en omfördelning mellan borgenärerna, jämfört med vad som gällde vid den kritiska tidpunkten. Förvaltaren skulle därtill behöva handla mindre ändamålsenligt i vissa situationer, för att undvika att konkursborgenären fick en kvittningsrätt, enligt domstolen. Ifall huvudfordran endast kan bli fullgången genom förvaltarens åtgärder har den alltså inte uppkommit redan före konkursutbrottet. En konsekvensbedömning (i vilken frågan klassificerats som en sakrättslig fråga) talar mot detta.

Uppmärksamheten kan därefter vändas till uppkomstfrågan i de fall då det är konkursborgenären som styr över att fordran blir fullgången. Ett exempel kan användas i bedömningen av frågan: Anta att ett avtal har ingåtts, i vilket (konkurs)borgenären är köpare och (konkurs)gäldenären säljare av vissa varor, samt att dessa varor ska betalas vid leverans. I ett vanligt köpeavtal kan inte konkursborgenären styra över om huvudfordran

⁸⁹⁵ Se vidare ovan under avsnitten 8.4 och 8.5, om den funktionalistiska konsekvensbedömningen.

blir fullgången. Om varorna redan finns i konkursborgenärens besittning och avtalet innebär att konkursborgenären har en rätt att köpa varorna efter avrop, kan konkursborgenären dock styra över om huvudfordran (konkursgäldenärens penningfordran) blir fullgången. Har borgenären i sådant fall en motfordran avseende pengar, har borgenären också kvittningsförväntan.

Till skillnad från om det är konkursförvaltaren som styr över om huvudfordran blir fullgången talar likabehandlings- och frysningsprincipen för att kvittning bör tillåtas här. Den i exemplet omnämnda konkursborgenären är inte i en *likadan* situation som en annan oprioriterad borgenär. Det är heller inte förvaltarens åtgärder, som leder till att fordran blir fullgången. Det är endast en rätt som har förelegat vid konkursutbrottet som konkursborgenären tar i anspråk. Mycket talar alltså för att likabehandlings- och frysningsprincipen sammanfaller med om kvittningsförväntan föreligger i dessa fall. Har konkursborgenären själv kunnat styra över om huvudfordran ska uppkomma, bör borgenären inte påverkas av om något avrop faktiskt har skett vid konkursutbrottet. Huvudfordran bör alltså ha uppkommit redan genom avtalet i dessa fall.⁸⁹⁶

Här kan tilläggas att det bör vara tillräckligt att konkursborgenären kan styra över att huvudfordran blir fullgången. Har såväl konkursborgenären som konkursboet möjlighet att göra fordran fullgången efter konkursutbrottet har konkursborgenären fortsatt kvittningsförväntan.

Den här ställda frågan var dock vad som krävs som ett minimum för att en huvudfordran ska uppkomma. Därför behöver det också undersökas om huvudfordran kan uppkomma redan före det att köpeavtalet har ingåtts mellan (konkurs)borgenären och (konkurs)gäldenären. Justeras exemplet något så att (konkurs)borgenären endast har avlämnat ett anbud före konkursutbrottet och (konkurs)gäldenären inte har accepterat anbudet, kan konkursborgenären inte styra över om huvudfordran blir fullgången efter den kritiska tidpunkten. Konkursborgenären har då inte någon kvittningsförväntan vid konkursutbrottet. Ifall konkursförval-

⁸⁹⁶ Jfr Lindskog, Kvittning s 209 f, som framhåller att om konkursborgenären har en sakrättsligt skyddad optionsrätt, bör huvudfordran avseende köpeskillingen kunna infrias kvittningsvis med en motfordran. Se även ovan vid och i noten 894, om att Illum och Lindskog tillmäter kvittningsförväntan betydelse i bedömningen av vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma. Jfr även Möller, Konkurs och kontrakt bl a s 222, not 123, s 233, s 426 och s 827; Sæbø, Motregning s 446 ff, som båda lyfter att om konkursborgenären har en sakrättsligt skyddad position vid konkursutbrottet, såsom är fallet i exemplet, bör borgenären ha kvittningsrätt. Även Håstad sätter värde i konkursborgenärens sakrättsliga skydd i bestämningen av huvudfordrans uppkomsttidpunkt, såtillvida att han kritiserar en rad rättsfall för att kvittning har medgivits där, trots att något sakrättsligt skydd inte har förelegat vid den kritiska tidpunkten, se Håstad, Sakrätt s 386 ff. Jfr även Ussing, Obligationsretten s 355 f.

tarens eventuella accept av anbudet skulle ha föranlett att huvudfordran blev fullgånge, hade förvaltarens åtgärder lett till en omfördelning mellan borgenärerna. Det skulle inte vara förenligt med likabehandlingsprincipen. Huvudfordran kan alltså inte ha uppkommit redan genom att konkursborgenären har avlämnat ett anbud före konkursutbrottet.

Exemplet kan också justeras så att det är (konkurs)gäldenären som har avlämnat ett anbud före konkursutbrottet. Frågan kan då ställas om det är tillräckligt för att en huvudfordran ska ha uppkommit före konkursutbrottet. Ovan framkom att konkursborgenären kan acceptera ett anbud efter konkursutbrottet, som får verkan i konkursen.⁸⁹⁷ Anbudet är bindande för konkursgäldenären (i den meningen att det inte kan återkallas under acceptfristen).⁸⁹⁸ Konkursborgenären kan därför styra över om fordran blir fullgånge eller inte i exemplet, och borgenären har därigenom också kvittningsförväntan. Här måste dock den funktionalistiska bedömningen vägas mot konkurslagens lydelse. Såsom framkom i kapitlets inledning behöver konkursborgenären ha förpliktat sig på något vis före konkursutbrottet, för att en huvudfordran ska ha uppkommit. I annat fall kan inte konkursgäldenären sägas ha en fordran mot konkursborgenären vid samma tidpunkt, något som krävs för att kvittning ska få ske efter vad som stadgas i 5 kap 15 § konkurslagen.

Sammanfattningsvis kan därför konstateras att ett *avtal* måste vara sluttet före konkursutbrottet och konkursborgenären måste kunna styra över om fordran blir fullgånge, för att en huvudfordran ska ha uppkommit. Det gäller i vart fall om en sakrättslig klassificering av frågan görs och en funktionalistisk bedömning används. Är det i stället konkursförvaltare som styr över om huvudfordran blir fullgånge har den inte uppkommit vid den kritiska tidpunkten i linje med denna bedömning.

14.4.3.3 Om varken konkursgäldenären eller konkursförvaltare kan styra över om huvudfordran blir fullgånge

Emellanåt kan dock varken konkursgäldenären eller konkursförvaltare styra över om fordran blir fullgånge efter konkursutbrottet. En sådan situation kan exempelvis föreligga om konkursborgenären har en nyttjanderätt till fast egendom vid konkursutbrottet. Har konkursborgenären fått nyttjanderätten inskriven eller om den grundar sig på en skriftlig handling har borgenären under vissa förutsättningar sakrättsligt skydd

⁸⁹⁷ Se ovan under avsnitten 12.4.3 och 12.5.

⁸⁹⁸ Se Förslag till avtalslagen s 37, samt se vidare ovan vid och i not 708 ff.

till denna nyttjanderätt. Det följer av 12 kap 25, 33 och 39 §§ UB.⁸⁹⁹ Om det då inte finns några särskilda möjligheter att säga upp avtalet på grund av konkursen kommer ägarens (konkursgäldenärens) hyresfordran mot nyttjanderättshavaren (konkursborgenären) uppkomma utan att någon av parterna kan styra över fordrans uppkomst. Frågan kan då ställas om denna huvudfordran har uppkommit redan genom avtalet eller om den uppkommer först efter konkursutbrottet, genom nyttjandet av rättigheten.

Här kan de ovannämnda riktmärkena tolkas på skilda sätt. Om frysningsprincipen används i betydelsen att förhållanden vid konkursutbrottet är styrande för borgenärernas inbördes rätt, bör huvudfordran inte anses ha uppkommit före konkursutbrottet. Det beror på att det som gör huvudfordran fullgånngen är nyttjandet efter konkursutbrottet. Högsta domstolen använde dock inte frysningsprincipen på det sättet i NJA 2009 s 291. Domstolen påtalade att det är *förhållandena* mellan konkursborgenärerna vid konkursutbrottet som bör vara avgörande, samt att konkursförvaltarens åtgärder inte bör leda till en omfördelning mellan borgenärerna. Om nyttjanderättshavarens fortsatta nyttjande medför att en huvudfordran uppkommer strider det inte mot frysningsprincipen i den betydelsen. Vid konkursutbrottet var nämligen konkursborgenärens nyttjanderätt sakrättsligt skyddad, varvid konkursborgenären också hade kunnat räkna med att borgenären fortsatt skulle kunna använda nyttjanderätten, samt att hyresfordringar (huvudfordringar) därigenom skulle bli fullgånnga och kunna användas till kvittning. Även i det fall, då ingen av parterna har kunnat förhindra att huvudfordran uppkommer, bör fordran alltså ha uppkommit redan genom avtalet.⁹⁰⁰

14.4.3.4 *Delikt m m*

Hittills har endast ömsesidigt förpliktande avtal undersökts. Argumenten är dock desamma för andra typer av fordringar. Om konkursborgenären kan styra över om huvudfordran uppkommer tillåts kvittning enligt en funktionalistisk bedömning, trots att huvudfordran inte är fullgånngen vid konkursutbrottet. Om ingen av parterna kan styra över att fordran blir fullgånngen bör en huvudfordran också ha uppkommit enligt vad som utvecklades strax ovan. Det är i stället om konkursförvaltarens åtgärder

⁸⁹⁹ Se Rodhe, Handbok i sakrätt s 580 ff; Håstad, Sakrätt s 431. Jfr även Björkdahl, Hyra av bostad och lokal s 278 f.

⁹⁰⁰ Se även NJA 1957 s 197. Se även ovan i not 896, om att Möller, Sæbø, Håstad och Ussing tillmäter frågan om sakrättsligt skydd finns betydelse i frågan om huvudfordrans uppkomst.

leder till att fordran blir fullgången, som en fordran inte bör ha uppkommit före konkursutbrottet. En utgångspunkt är också att något av de rättsfakta som konstituerar den fullgångna fordran behöver föreligga före konkursutbrottet. I annat fall kan det inte heller i dessa fall sägas att konkursgäldenären *har* en fordran mot konkursborgenären vid konkursutbrottet, vilket är ett krav för att kvittning ska få ske efter vad som föreskrivs i 5 kap 15 § konkurslagen.

Lindskog har undersökt om kvittningsförväntan föreligger i de fall då varken konkursborgenären eller konkursboet råder över om huvudfordran blir fullgången (och något sakrättsligt skydd inte föreligger). Han har påtalat att om sannolikheten att villkoret inträffar är hög har borgenären haft en berättigad förväntan om att få kvitta vid konkursutbrottet. Likafullt menar han att det är olämpligt att fästa avseende vid graden av sannolikhet för villkorets inträffande. Det bör i stället vara tillräckligt att konkursboet inte råder över om fordran blir fullgången enligt Lindskog.⁹⁰¹

Om till exempel fordran har sin grund i ett utomobligatoriskt skadestånd och den skadegörande handlingen har inträffat före konkursutbrottet kan det innebära att ingen av parterna kan styra över om fordran blir fullgången. En fordran bör då ha uppkommit enligt vad som utvecklades ovan. Traditionellt sett har också sådana typer av huvudfordringar som har sin grund i utomobligatoriska skadestånd ansetts uppkomma redan genom den skadegörande handlingen.⁹⁰²

Här bör det skiljas på om en utomobligatorisk skadeståndsfordran har sin grund i en handling eller en underlåtenhet att handla. Gäller det en underlåtenhet att handla och fordran inte är fullgången vid den kritiska tidpunkten kan konkursborgenären styra över om fordran blir fullgången, genom att underlåta att vidta den åtgärd som åligger borgenären. Enligt en funktionalistisk konsekvensbedömning borde då kvittning få ske. Här måste emellertid beaktas att konkursborgenären inte får ha skaffat sig möjlighet att kvitta på ett sådant sätt som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet. Det ska utvecklas vidare under typfallsstudien, där även andra fordringstyper kommer att studeras närmare.

⁹⁰¹ Se Lindskog, Kvittning s 182. Jfr dock Illum, Modregning i konkurs s 100 ff, särskilt s 109 f, som främst fäster avseende vid om konkursborgenären har kunnat styra över om villkoret har inträffat.

⁹⁰² Se nedan under avsnitt 14.5.6, om att huvudfordran traditionellt sett har ansetts uppkomma redan genom den skadegörande handlingen.

14.5 Huvudfordrans uppkomst – några olika typfall

14.5.1 Inledande anmärkningar

I studien har det hittills framkommit att frågan om huvudfordrans uppkomst kan klassificeras som såväl en obligationsrättslig som en sakrättslig fråga. En kontextualisering har givits av de centrala rättsfallen och en undersökning har utförts av vad en funktionalistisk bedömning kan leda till i frågan om huvudfordrans uppkomst. Nu ska detta material (samt villkorsläran och principen om den väsentliga grunden) jämföras med olika typfall.

Som framkom indirekt ovan har framför allt fordringar med grund i avtal behandlats i rättskällorna. Undersökningen nedan inleds också med en studie av sådana typer av fordringars uppkomsttidpunkter. Den blir tämligen fragmenterad, såtillvida att det blir relativt många olika sorters typfall, men det har varit nödvändigt för att kunna rekonstruera gällande rätt. Allra först undersöks vad som krävs för att en penningfordran ska ha uppkommit. Därefter vänds uppmärksamheten till om en huvudfordran har uppkommit före konkursutbrottet, trots att fordringarna inte är komputabla vid den tidpunkten. Något ska också sägas om naturafordringar och regressfordringars uppkomsttidpunkt. I avsnittet kommer avslutningsvis icke-avtalsgrundade fordringar att behandlas. Utomobligatoriska skadeståndsfordringar, fordringar till följd av återvinning samt fordringar med grund i misstagsbetalning kommer då att studeras såvitt avser deras uppkomsttidpunkter.

14.5.2 Penningfordringar med grund i avtal

14.5.2.1 Inledande anmärkningar

Studien inleds alltså med en undersökning av uppkomsttidpunkten för fordringar som har sin grund i avtal. Allra först ska penningfordrans uppkomst studeras. Som framkom ovan har ett antal argument, vilka härrör från en funktionalistisk bedömning, gjorts gällande med avseende på dessa situationer. Huvudfordrans uppkomsttidpunkt har ansetts vara avhängig av vilken part, eller rentav aktör, som råder över om villkoret kommer att infrias: Det har gjorts skillnad på om det är konkursborgenären, konkursgäldenären (eller sedermera konkursboet) eller någon annan som råder över villkorets uppfyllande. Det förefaller lämpligt att använda

den indelningen som utgångspunkt.⁹⁰³ Avslutningsvis ska också något sägas om huruvida en fordran kan uppkomma innan ett avtal har ingåtts mellan parterna.

14.5.2.2 Om konkursborgenären råder över om fordran blir fullgången

I det fallet att konkursborgenären råder över om fordran blir fullgången efter konkursutbrottet har en huvudfordran uppkommit redan genom avtalet.⁹⁰⁴ Det har stöd i villkorsläran och den väsentliga grundens riktlinje. I enlighet med dessa argumentationslinjer uppkommer nämligen en fordran genom (i vart fall) avtalet.⁹⁰⁵ En sådan uppkomsttidpunkt står även i samklang med vad som följer av en funktionalistisk bedömning, vilket framkom ovan under avsnitt 14.4.3, eftersom konkursborgenären har kvittningsförväntan om borgenären kan styra över huruvida fordran blir fullgången. Oavsett ifall frågan om huvudfordrans uppkomst anses vara en obligationsrättslig eller sak(- och konkurs)rättslig fråga har fordran alltså uppkommit redan genom avtalet, i de fall då konkursborgenären

⁹⁰³ Se ovan under avsnitt 14.4.3. Se även Lindskog, Kvittning s 182 ff.

⁹⁰⁴ Stöd för denna uppkomsttidpunkt finns i ett äldre rättsfall, NJA 1927 s 566, som dock har kritiserats varför det återges här (d v s i en not). I rättsfallet hade (konkurs-) borgenären sålt varor med äganderättsförbehåll, vilka hade blivit levererade men inte till fullo betalda vid konkursutbrottet. Efter konkursutbrottet hävde konkursborgenären avtalet och krävde varorna åter under åberopande av äganderättsförbehållet. Boet valde ändå att sälja varorna på offentlig auktion. Hovrätten, vars dom HD fastställde, fann att konkursboet, och det bolag som hade köpt varorna på offentlig auktion, var skyldiga att utge det mesta av varorna (undantag gjordes för de varor som hade blivit fast egendom). Boet, och det bolag som köpt varorna av boet, hade yrkat att om de förpliktades att lämna tillbaka varorna skulle säljaren förpliktas att betala tillbaka den del av köpeskillingen som redan var betald före konkursutbrottet. Konkursborgenären (säljarbolaget) gjorde i sin tur gällande att bolaget kunde kvitta den fordran (huvudfordran) mot de skadeståndsfordringar (motfordringar) det hade fått med anledning av hävningen. Domstolen fann att kvittning kunde medges, utan att ange någon egentlig motivering. Av rubriken till rättsfallet följer emellertid att domstolen hade tillämpat 121 § 1921 års konkurslag (som var motsvarigheten till 5 kap 15 § konkurslagen). Det måste innebära att huvudfordran hade uppkommit redan genom att avtal hade ingåtts före konkursutbrottet, trots att hävningen av avtalet skedde av konkursborgenären efter konkursutbrottet. Så har också fallet tolkats i doktrinen, se Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 545 f, not 219; Bramsjö, Om avtals återgång s 351; Welamson, L, Konkursrätt s 479 f. Jfr dock Lindskog, Kvittning s 198 f, not 595, som menar att fallet inte borde ha avgjorts som en fråga om fordrans uppkomsttidpunkt. I rättsfallet uppkom huvudfordran visserligen som en följd av att boet valde att sälja varorna vidare trots återtagandeförbehållet, men det var likväl konkursborgenären som gavs en rätt att häva. Konkursborgenären kunde därigenom styra över om huvudfordran skulle uppkomma och borgenären hade då också kvittningsförväntan.

⁹⁰⁵ Se ovan under kapitlen 6 och 7.

kan styra över om penningfordran blir fullgången efter konkursutbrottet. Ett undantag behöver dock göras. Konkursborgenären får nämligen inte kvitta i konkursen om borgenären har begått kontraktsbrott och därigenom skapat kvittningsläget. Det följer av NJA 1995 s 356.

14.5.2.3 Om ingen av parterna kan förhindra att fordran blir fullgången

Då till frågan om huvudfordrans uppkomst för de fall då avtal har ingåtts före konkursutbrottet, men ingen av parterna kan förhindra att fordran blir fullgången efter konkursutbrottet. Sådana omständigheter förelåg i NJA 1957 s 197. I rättsfallet hade (konkurs)borgenären ingått avtal med en bostadsrättsförening om hyra av en lägenhet. I samband med avtalslutet hade borgenären också erlagt en förskottsbetalning, för att erhålla bostadsrätt avseende den nämnda lägenheten. Någon teckning av bostadsrätten kom dock inte att ske, då borgenären ansåg att lägenhetens skick var alltför bristfälligt. Bostadsrättsföreningen gick sedermera i konkurs. Fråga var om konkursborgenären kunde använda de hyresfordringar som löpte på tiden efter konkursutbrottet till att kvitta mot den fordran borgenären hade på återbetalning av förskottet. Det var hyresfordringarna som utgjorde huvudfordringarna här och frågan var alltså om de hade uppkommit före eller efter konkursen.

Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd, men fallet refererades i NJA och det har sagts att Högsta domstolen därför godtog hovrättens domskäl.⁹⁰⁶ Hovrätten fann att hyresfordringarna hade uppkommit redan genom avtalet, eftersom de grundade sig på detsamma. Kvittning fick därför ske.

Här bör beaktas att i de fall då hyresgästen tillträtt lägenheten fick varken hyresgästen eller hyresvärden någon särskild uppsägningsrätt genom hyresvärdens konkurs enligt 1907 års nyttjanderättslag.⁹⁰⁷ Hyresgästen hade sakrättsligt skydd till sin nyttjanderätt. Konkursboet och konkursborgenären var alltså tvungna att fortsätta prestera efter konkursutbrot-

⁹⁰⁶ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 425. Möller hänvisar också till Håstad, PM om gränsen mellan massafordran och konkursfordran på a st. Håstad gör ingen reservation, om att HD inte meddelade prövningstillstånd, då han hänvisar till 1957 års rättsfall i Sakrätt, se Håstad, Sakrätt s 387 f, not 252. Det gör inte heller HD i NJA 2009 s 291. Fallet har alltså tillmätts betydelse, fastän HD inte meddelade prövningstillstånd.

⁹⁰⁷ Om hyresvärden hade gått i konkurs innan tillträde skett skulle hyresgästen ha fått en uppsägningsrätt, efter vad som föreskrevs i 3 kap 29 § och 2 kap 32 § 1907 års nyttjanderättslag. Jfr 8 kap 27 § och 12 kap 30 § JB.

tet.⁹⁰⁸ (Det framgår dock inte av referatet att detta hade gjorts gällande av parterna i målet.) Att kvittning tillåts i dessa fall (då konkursboet inte kan förhindra att huvudfordran uppkommer) kan, som framkom ovan, motiveras med att konkursborgenären har en berättigad kvittningsförväntan vid konkursutbrottet.⁹⁰⁹ Det är också en slutsats som är förenlig med en obligationsrättslig klassificering av frågan. Slutsatsen står också i överensstämmelse med såväl villkorsläran som principen om den väsentliga grunden. Sammantaget uppkommer en penningfordran genom avtalet i dessa fall.

14.5.2.4 Om konkursboet råder över om fordran blir fullgången

För det fall då avtal har ingåtts före konkursutbrottet, och det är konkursboet som råder över om fordran blir fullgången, ger inte rättskäl-lorna något entydigt svar i frågan om huruvida en huvudfordran, som har sin grund i avtalet, uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten. Som redogjordes för ovan finns det ingen kvittningsförväntan i dessa fall, eftersom konkursborgenären inte kan räkna med att få kvitta vid den kritiska tidpunkten om huvudfordran inte kan bli fullgången utan konkursboets åtgärder. Då det är konkursförvaltarens åtgärder, som leder till att fordran blir fullgången, strider det också mot likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen om kvittningsrätt medges. Det beror på att då får en konkursborgenär en bättre rätt i konkursen till följd av boets åtgärder än vad borgenären hade rätt till vid konkursutbrottet.

Dessa argument har emellertid inte vunnit gehör i Högsta domstolens praxis. I NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 har domstolen nämligen funnit att fordran har uppkommit genom avtalet, såvitt avser dessa fall.⁹¹⁰ I NJA 1916 s 154 konstaterade domstolen att kvittning fick ske, trots att det var konkursboet som fullgjorde den leverans vilken medförde att huvudfordran blev fullgången. I NJA 1996 s 368 fann domstolen också att kvittning fick ske, trots att boet hade inträtt i avtalet och fullgjort den leverans som fick huvudfordran att bli fullgången. I både NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368 (samt NJA 1969 C 1477) uppkom alltså huvud-

⁹⁰⁸ Se Welamson, L, Konkursrätt s 444, not 4 och s 479, not 13; Möller, Konkurs och kontrakt s 411 f och s 425 ff; Håstad, Sakrätt s 387 f, not 252. Jfr Lindskog, Kvittning s 218, som menar att det var oklart om boet kunde få avtalet att upphöra.

⁹⁰⁹ Se ovan under avsnitt 14.4.3.

⁹¹⁰ Se även SOU 2001:80 s 92; Håstad, Almén och sakrätten s 220 f; Lennander, Konkurslagen 5 kap 15 § (Karnov, 2020-07-01); Mellqvist, Konkurslagen 5 kap 15 § (Lexino, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Jfr dock hur rättsfallen beskrivs av HD i NJA 2009 s 291, HD:s domskäl st 19 och 20. Se vidare ovan under avsnitt 14.4.2.3.

fordran genom avtalet, fastän det var boet som gjorde huvudfordran fullgången. Det kan förstås som att domstolen har klassificerat frågan om huvudfordrans uppkomst som en obligationsrättslig frågeställning, i vilken frågan avgörs med hjälp av villkorsläran.⁹¹¹

Konkursboets åtgärder kan alltså göra en huvudfordran fullgången och fordran har ändå uppkommit genom avtalet. Det finns ingen anledning att tro att en annan ordning skulle gälla för de situationer i vilka boet kan hindra huvudfordran från att bli fullgången efter konkursutbrottet. Om boets handling kan göra huvudfordran fullgången efter konkursutbrottet bör boets underlåtenhet också kunna göra det.⁹¹² Det är även en ordning

⁹¹¹ Se ovan under avsnitt 14.4.2.

⁹¹² Stöd för en sådan slutsats kan även finnas i NJA 1989 s 602 (fallet återges inte i brödtexen, eftersom parternas talan medför att det är svårt att dra alltför långtgående slutsatser om fallets betydelse), åtminstone har fallet (med reservationer) tolkats så i doktrinen, se Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt s 885 ff, särskilt s 888. I fallet hade ett bolag ingått en överenskommelse med en lastbilcentral i syfte att tillförsäkra lastbilcentralen betalning för sina transporter av bolagets varor. Överenskommelsen innebar att bolaget vid faktureringen skulle uppmana de kunder till vilka lastbilcentralen hade utfört transporter att betala till lastbilcentralen för varorna och inte till bolaget. Lastbilcentralen skulle behålla en del av betalningen, som motsvarade ersättningen för transporterna, och redovisa det kvarvarande till bolaget. Bolaget gick sedermera i konkurs, men kunderna fortsatte att betala till lastbilcentralen även efter konkursen. I fallet yrkade konkursboet att lastbilcentralen skulle förpliktas att utge ett belopp som svarade mot vad lastbilcentralen hade erhållit i betalningar från bolagets kunder efter konkursutbrottet. I fallet konstaterade HD att boet hade hänvisat till kvittningsreglerna i konkurslagen och som *enda* grund åberopat att betalningarna hade influtit efter konkursutbrottet. Domstolen uttalade också att betalningarna avsåg transporter, som hade utförts och fakturerats efter det att överenskommelsen hade ingåtts men före konkursutbrottet. Enligt domstolen innebar dessa omständigheter att lastbilcentralen ansågs ”berättigad, utan hinder av att betalningarna gjorts först efter konkursbeslutet, att ur de erhållna beloppen tillgodogöra sig ersättning för transporterna.”, NJA 1989 s 602, HD:s domskäl st 2. Som redan inledningsvis antydde har rättsfallet tolkats på olika sätt i litteraturen. Parterna behandlade målet som en kvittningsfråga. Rättsfallets rubrik lød: ”Kvittning i konkurs? 121 § KL [...]” HD:s val av terminologi gör det långt ifrån säkert att fallet avgjordes som en kvittningsfråga. Se Gregow, Svensk rättspraxis – exekutionsrätt s 217 f, som menar att frågan inte hade med kvittning att göra. Fallet har emellertid också tolkats som att HD avgjorde frågan som en fråga om kvittning, se Håstad, Sakrätt s 388 f; Zackariasson, L, a s 885 ff; Lindskog, Kvittning s 221. Om fallet ska ses som en fråga om kvittning i konkurs är rättsfallet relevant här, eftersom det var bolagets fordran mot lastbilcentralen (huvudfordran) som var den omtvistade. HD konstaterade i denna fråga att det var tillräckligt att överenskommelsen, transporterna och faktureringen hade skett före konkursutbrottet, för att lastbilcentralen skulle kunna tillgodogöra sig ersättningen. I sådana fall blev huvudfordran alltså fullgången, genom kundernas åtgärder efter konkursutbrottet (betalningen). (Boet skulle visserligen ha kunnat hindra kunderna från att betala till lastbilcentralen, eftersom lastbilcentralen inte verkar ha haft något sakrättsligt skydd avseende betalningarna, men boet gjorde inte gällande att lastbilcentralen saknade sakrättsligt skydd.) Det är också problematiskt att dra några slutsatser av rättsfallet i och med att HD uttryckte att boet

som står i samklang med villkorsläran och principen om den väsentliga grundens riktlinje. Även i dessa fall har en huvudfordran (i regel) uppkommit genom avtalet.⁹¹³

14.5.2.5 Frågan om huruvida en huvudfordran kan uppkomma redan innan ett avtal har ingåtts

Ovan har utgångspunkten varit att avtal har ingåtts före konkursutbrottet. Frågan bör också ställas om huvudfordran kan uppkomma på ett

endast hade återopat att betalningarna hade influtit efter konkursutbrottet, vilket indikerar att HD ansåg att boet med framgång kunde ha anfört någon annan invändning. L Zackariasson, a st, menar att boet skulle kunna ha återopat att borgenären satt sig i skuld till gäldenären under sådana omständigheter att det är att jämställa med en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel, vilket enligt nuvarande 5 kap 16 § konkurslagen skulle medföra att kvittning inte skulle ha fått ske. Anförs en sådan tolkning har huvudfordran uppkommit redan genom överenskommelsen, intjänandet och faktureringen. Det skulle vara förenligt med NJA 1996 s 368, se Zackariasson, L, a a s 888. Håstad menar i stället att boet borde ha återopat att fordringarna inte var komputabla vid konkursutbrottet, eftersom det endast förelåg en redovisningsskyldighet vid konkursutbrottet och inte en redovisningsfordran i pengar, se Håstad, a a s 388 f. Lindskog menar bl a att det låg i boets makt att hindra att huvudfordran uppkom (eftersom något sakrättsligt skydd inte fanns till betalningarna), se Lindskog, a st. Men det argumentet fick ingen betydelse i NJA 1916 s 154 eller NJA 1996 s 368, varför det inte heller borde ha fått någon betydelse i detta fall.

⁹¹³ Se även U 1996 676 H. I fallet hade ett bolag gått i konkurs. Under konkursen valde boet att träda ur en association i vilket bolaget var andelshavare. Bolaget fick därigenom en fordran på att få tillbaka viss del av sin andel från associationens andelskapital (huvudfordran), en fordran som boet krävde in. Frågan var om associationen kunde kvitta denna huvudfordran mot en motfordran. Huvudfordran hade sin grund i att bolaget hade gått med i associationen, men det var alltså först efter konkursutbrottet som denna fordran hade omvandlats från ett andelsinnehav till en fordran, och det skedde som sagt genom att boet valde att utträda ur associationen. Højesteret betonade att associationen, enligt sina egna stadgar, hade att betala tillbaka viss del av associationens kapital vid utträde. Domstolen uttalade också att associationen när som helst kunde beräkna denna penningfordran. Med grund i dessa skäl kom Højesteret fram till att huvudfordran hade uppkommit före den kritiska tidpunkten och att kvittning fick ske. Lindskog har menat att vid konkursutbrottet fanns inte kommutabilitet mellan fordringarna, se Lindskog, Kvittning s 156 f. Højesteret uttryckte dock att associationen när som helst kunde beräkna sin *penning*fordran. I den danska doktrinen hänförs också fallet till en fråga om fordrans uppkomsttidpunkt, se Moltke Jensen, Konneksitet s 197, not 10; Ørgaard, A, Konkursret s 217; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 454; Iversen, Obligationsret 3. del s 306; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorförföljning s 239; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 254 f. Jfr dock Paulsen, Insolvensret – konkurs s 419 f, som hänför fallet till en fråga om konnexitet. Se dock ovan under avsnitt 14.4.2.2, avseende de fall då boet inträder i ett avtal och på det viset gör en fordran fullgånget, såvitt avser dansk rätt; i dessa fall tillåts inte kvittning.

än tidigare stadium i dessa fall. Redan i kapitlets inledande avsnitt konstaterades att (konkurs)borgenären måste ha förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en huvudfordran ska kunna ha uppkommit vid den tidpunkten.⁹¹⁴ Det kan emellertid vara fallet utan att något avtal är slutet, såsom ifall borgenären har avgivit ett anbud före konkursutbrottet. Efter konkursutbrottet har dock inte konkursgäldenären någon behörighet att acceptera anbudet, eftersom gäldenären inte får råda över egendom som hör till konkursboet eller åta sig några förbindelser som kan göras gällande i konkursen. Det följer av 3 kap 1 § konkurslagen.⁹¹⁵

I stället blir frågan om konkursförvaltaren kan acceptera anbudet relevant att undersöka. Det konstaterades ovan under avsnitt 12.4.3 att konkursförvaltaren har behörighet att ta emot en accept efter konkursutbrottet, som kan ge upphov till konkursfordringar. Det framkom också att om det rör sig om behörighetsfrågor som gäller såväl tillgångar som skulder i konkursen har Högsta domstolen vid en rad tillfällen funnit att behörigheten tillkommer konkursförvaltaren. Det bör därför vara konkursförvaltaren som har behörighet att välja om anbudet ska accepteras eller inte, då ett anbud innehåller såväl förpliktelser som fordringar. Eftersom anbudet är riktat till konkursgäldenären vid konkursutbrottet måste konkursboet härleda sin rätt från konkursgäldenären och därigenom bör en eventuell accept av boet räknas som ett inträde. Resonemangets förutsätter att konkursboet har en rätt att inträda, men det är en fråga som faller utanför denna avhandlings avgränsningar.⁹¹⁶ I linje med bland annat NJA 1996 s 368 innebär inte konkursboets val att träda in i ett avtal att kvittningsrätten går förlorad. En huvudfordran, som avser en penningfordran, bör därför anses kunna uppkomma redan genom att (konkurs)borgenären har avlämnat ett anbud.⁹¹⁷

⁹¹⁴ Se ovan under avsnitt 14.1.

⁹¹⁵ Jfr ovan under avsnitt 12.4.3.

⁹¹⁶ Se not 1039 nedan.

⁹¹⁷ Konkursförvaltaren kan dock sluta ett nytt avtal med konkursborgenären i dessa fall, för att undvika att konkursborgenären fullgör sin prestation genom att kvitta med en konkursfordran. Möjligheten att sluta ett sådant avtal är också något som HD påpekade i NJA 1996 s 368. Skulle avtalet innebära en reglering av en sådan fordran som är fullgånngen redan före konkursutbrottet måste avtalet skapa ett nytt fordringsförhållande. Om konkursförvaltaren vill undvika att konkursborgenären ska ha sin kvittningsrätt i behåll får avtalet inte innebära att det endast preciserar hur den befintliga skulden ska betalas. Det har HD fäst avseende vid i NJA 2012 s 441, där domstolen fann att kvittningsrätten kvarstod trots att konkursborgenären och konkursförvaltaren hade ingått ett nytt avtal. Rättsfallet gällde dock en huvudfordran, där prestationen hade utförts före konkursutbrottet. Domstolen konstaterade att inget i avtalet tydde på att parterna hade avsett att skapa ett nytt fordringsförhållande, samt att även frysningsprincipen talade för

Sammantaget har det alltså ingen betydelse om det är konkursborgenären eller konkursförvaltaren som gör att en penningfordran blir fullgången.⁹¹⁸ Huvudfordran uppkommer redan genom (konkurs)borgenärens anbud. Samma ordning måste gälla även om det är någon utomstående part som gör fordran fullgången.⁹¹⁹

14.5.3 Bristande komputabilitet vid konkursutbrottet avseende fordringar med grund i avtal

För att kvittning (i konkurs) ska kunna ske måste fordringarna vara komputabla, vilket är fallet om exempelvis båda fordringarna avser pengar. Emellanåt föreligger bristande komputabilitet vid konkursutbrottet. Bristen kan dock komma att avhjälpas under konkursen, genom att till exempel en naturafordran omvandlas till en penningfordran. Frågan har då ställts om en sådan penningfordran har uppkommit redan genom det avtal som var slutet före konkursutbrottet eller om den uppkom först efter konkursutbrottet. Frågan prövades i NJA 2009 s 291. Här behöver inte rättsfallet refereras igen. Det är tillräckligt att konstatera att Högsta domstolen fann att huvudfordran inte hade uppkommit genom avtalet, då det var konkursboet som gjorde fordran fullgången genom att omvandla naturafordran till en penningfordran. Domstolen fäste avgörande vikt vid att konkursborgenären saknade kvittningsförväntan vid kon-

att kvittningsrätten skulle kvarstå. I annat fall hade konkursförvaltarens åtgärder lett till en omfördelning mellan konkursborgenärerna.

⁹¹⁸ Se dock ovan under avsnitt 14.4.2.2, om att boets inträde i ett avtal i såväl dansk som norsk rätt inte gör en huvudfordran fullgången. På detta tema jfr även U 1991 514 SH, där huvudfordran för inlösen av en aktie, som konkursgäldenären ägde, inte ansågs ha uppkommit förrän konkursborgenären påkallade optionen efter konkursutbrottet.

⁹¹⁹ Häremot Linskog s 182 ff, som menar att det endast är om konkursförvaltaren råder över villkoret som kvittning inte ska medges. Jfr dock NJA 1984 s 185. I fallet var en huvudfordran belastad med en panträtt vid konkursutbrottet. Huvudfordran kunde därför inte användas till kvittning vid den kritiska tidpunkten. Panthavaren kom dock att avstå panten efter konkursutbrottet. Fråga var om huvudfordran kunde användas till kvittning, trots att avståendet hade skett efter den kritiska tidpunkten. HD fann att huvudfordran hade uppkommit redan före konkursutbrottet (penningfordran hade sin grund i ett skuldebrev som var utfärdat före konkursutbrottet). Det var endast om panthavaren var skyldig att beakta andra borgenärs rätt när panthavaren ianspråktog säkerheterna, som kvittning inte skulle medges enligt domstolen. Mot bakgrund av bl a praktiska skäl kom domstolen fram till att någon sådan skyldighet inte fanns. HD tillerkände konkursborgenären kvittningsrätt med huvudfordran (som var belastad med panträtt vid den kritiska tidpunkten). Rättsfallet är omdiskuterat, se exempelvis Walin, Materiell konkursrätt s 87 f, som bl a menar att fallet inte är förenligt med frysningsprincipen. Jfr även Gregow, Svensk rättspraxis – exekutionsrätt s 218 ff; Håstad, Sakrätt s 139 ff; Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt s 891 ff; Linskog, Kvittning s 551 f.

kursutbrottet, samt att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen om kvittning tilläts.

Skulle det i stället vara konkursborgenären som kan tillse att huvudfordran blir komputabel med motfordran efter konkursutbrottet, har konkursborgenären kvittningsförväntan vid den kritiska tidpunkten. Kvittning bör därför tillåtas enligt vad som utvecklades ovan under avsnitt 14.4.3.2. En fordran uppkommer då genom avtalet. Det är en slutsats som även har stöd i villkorsläran och i den väsentliga grundens riktlinje.⁹²⁰

Ordningen kan jämföras med den i norsk och dansk rätt. I norsk rätt finns en särskild regel i 8 kap 1 § dekningsloven, i vilken det föreskrivs att om en motfordran inte var en penningfordran vid konkursutbrottet omvandlas den till en penningfordran (om konkursboet inte inträder i avtalet). Någon sådan regel finns inte avseende huvudfordran, och i förarbetena sägs uttryckligen att huvudfordran måste vara komputabel med motfordran (om inte motfordran omvandlas till en penningfordran som avhjälper komputabilitetsbristen).⁹²¹ Även i dansk rätt är huvudregeln att det inte får råda någon komputabilitetsbrist vid konkursutbrottet.⁹²² Vad som har behandlats som en uppkomstfråga av Högsta domstolen hantearas alltså som en komputabilitetsfråga i dansk och norsk rätt.

14.5.4 Om naturafordran inte är fullgången vid konkursutbrottet men komputabilitet föreligger

Hittills har uppkomstfrågan behandlats avseende penningfordringar och om bristande komputabilitet föreligger vid konkursutbrottet, båda vad gäller avtalsgrundade fordringar. I detta avsnitt ska vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma undersökas beträffande sådana naturafordringar, som har sin grund i avtal och är komputabla med motfordran vid konkursutbrottet. En naturafordran är komputabel med en annan naturafordran om båda anspråken exempelvis avser samma sorts fungibla egendom.⁹²³ Det kan vara fallet om såväl motfordran som huvudfordran

⁹²⁰ Se ovan under kapitlen 6 och 7.

⁹²¹ Se NOU 1972:20 s 330. Se även Sæbø, Motregning s 462 f och s 466 ff; Andenæs, Konkurs s 234; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 254; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 373.

⁹²² Se ovan i not 856.

⁹²³ Med fungibel egendom avses sådan egendom som i sig saknar rättsligt relevant prägel – det vill säga sådan egendom som i rättsliga sammanhang vanligen bestäms i viss mängd och art, se exempelvis Hessler, Allmän sakrätt s 22; Undén, Svensk sakrätt I s 18. Andra har påpekat att fungibel egendom är sådan egendom som saknar individuell prägel, se Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 61 f; Håstad, Sakrätt s 25 f. Här-

avser olja av viss kvalitet. Har en sådan huvudfordran sin grund i ett avtal, som har ingåtts före konkursutbrottet och konkursborgenären kan styra över om den blir fullgången, talar de argument som följer av en funktionalistisk bedömning samt villkorsläran och principen om den väsentliga grunden, för att huvudfordran uppkommer redan genom avtalet. I linje med vad som framkom ovan under avsnitt 14.5.2.5 kan en sådan fordran till och med uppkomma genom (konkurs)borgenärens anbud.

Den problematiska frågan är i stället om fordran har uppkommit genom avtalet även ifall konkursboet styr över om fordran blir fullgången. Konkursborgenären har då inte någon kvittningsförväntan vid den kritiska tidpunkten. Det strider också mot frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen om konkursförvaltarens åtgärder medför kvittningsrätt.⁹²⁴ Mot dessa argument står att Högsta domstolen medgav kvittning i NJA 1916 s 154, då avtal hade ingåtts före konkursutbrottet och konkursboet gjort fordran fullgången. Även NJA 1996 s 368 talar för att kvittningsrätt ska föreligga i de här diskuterade fallen. I 1996 års avgörande tillät Högsta domstolen kvittning, fastän penningfordran blev fullgången genom konkursförvaltarens försorg. Som bekant hade boet inträtt i avtalet och fullgjort en leverans. Att huvudfordran på så vis uppkommer redan genom avtalet (eller anbudet) står även i samklang med villkorsläran.

I frågan bör emellertid Högsta domstolens egen systematisering av rättskälleläget beaktas. I NJA 2009 s 291 förklarade nämligen domstolen skillnaden mellan utgången i det fallet och NJA 1996 s 368 med att det i det senare fallet förelåg en penningfordran vid konkursutbrottet, varför fordran rent rättstekniskt kunde uppfyllas vid konkursutbrottet. Även om förklaringen kan kritiseras,⁹²⁵ fäste domstolen i NJA 1996 s 368 avgörande vikt vid att borgenären hade kunnat kvitta i förtid. Högsta domstolen uttalade nämligen att kvittningsrätt förelåg i och med avtalets ingående och fram till konkursen. I det typfall som här undersöks bör även tillmätas betydelse att en naturafordran inte kan fullgöras i förtid, såsom en penningfordran kan.

Här bör också beaktas att den funktionalistiska bedömningen, och de argument som den för med sig, har fått en större betydelse i bedöm-

emot Ingvarsson, T; Ogiltighet och rättsföljd s 89, som riktar kritik mot Håstad och pekar på att fungibilitet följer av en juridisk bedömning och inte en naturvetenskaplig bedömning av tinget. Håstads uttalande måste dock förstås som att det avser rättsligt relevant individuell prägel mot bakgrund av att exempelvis pengar (som kan ha serienummer och på så vis har individuell prägel) används som exempel.

⁹²⁴ Se vidare ovan under avsnitt 14.4.3. Jfr även Lindskog, Kvittning s 191 ff.

⁹²⁵ Se ovan under avsnitt 14.4.2.3.

ningen av fordrans uppkomsttidpunkt på senare år.⁹²⁶ Mot den bakgrunden bör dessa argument få genomslag även i detta fall. Det medför att en huvudfordran inte uppkommer genom avtalet, ifall det är konkursboet som styr över om fordran blir fullgån. Det gäller om huvudfordran avser en naturafordran.

14.5.5 Regress

Som framkom ovan under avsnitt 13.5 finns såvitt avser motfordrans uppkomst en särskild regel gällande regressfordringar. I 5 kap 17 § konkurslagen föreskrivs nämligen att sådana fordringar uppkommer genom att till exempel en borgensman förpliktar sig. Bestämmelsen gäller emellertid inte i frågan om huvudfordrans uppkomst.⁹²⁷ I stället får vi falla tillbaka på 5 kap 15 § konkurslagen i dessa fall.

Fråga om huvudfordrans uppkomst vad gäller regressfordringar kan exempelvis aktualiseras om (konkurs)gäldenären har gått i borgen för (konkurs)borgenärens skuld till tredje man. Ifall (konkurs)gäldenären har fullgjort sitt borgensåtagande redan före konkursutbrottet är (konkurs)borgenärens huvudfordran fullgån före konkursutbrottet. Den har då förstås också uppkommit före konkursutbrottet. Problemet är snarare vad som ska gälla i uppkomsthänseende då skulden inte har blivit betald före konkursutbrottet. Gör tredje man gällande borgensåtagandet i konkursen, och utdelning ges på detsamma, kan frågan ställas om regressfordran har uppkommit redan genom att borgensåtagandet ingicks (såsom gäller vid motfordrans uppkomst) eller om fordran har uppkommit efter konkursutbrottet.

Här är U 1995 28/2 H relevant att beakta. I fallet hade en bank ställt borgen för vissa bolags förpliktelser till en kreditförening. Banken och bolagen gick sedermera i konkurs. Vid konkursutbrotten hade inte borgensåtagandet infriats. I stället gavs utdelning enligt borgensåtagandet i bankens konkurs till huvudförbindelsens borgenär (kreditföreningen). Därigenom fanns en regressrätt mot bolagen. Då konkursboet med grund i regressrätten krävde bolagen (i konkurs) invände dessa och begärde att få kvitta med konkursfordringar. Frågan var om huvudfordringarna (regressfordringarna) hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet.

Højesteret kom fram till att konkursboets fordringar hade uppkommit först genom utbetalningen av utdelningen, varför regressfordringarna tillkom *konkursboet*. Det följde därför motsatsvis av 42 § danska

⁹²⁶ Se exempelvis NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader"). Se även ovan under kapitel 8.

⁹²⁷ Se SOU 1970:75 s 192; Lindskog, Kvittning s 228.

konkursloven (motsvarigheten till 5 kap 15 § konkurslagen) att bolagen i konkurs inte fick använda deras fordringar i bankens konkurs (konkursfordringar) till att kvitta mot boets regressfordringar.

Ytterligare skäl för en sådan ordning står att finna i doktrinen.⁹²⁸ Det har framförts att konkursborgenären (tillika gäldenären till huvudförbindelsen) inte har kunnat räkna med kvittningsrätt i detta läge, eftersom skulden primärt åvilade borgenären och borgenären hade heller inte kunnat räkna med att skulden först gjordes gällande mot konkursboet.⁹²⁹ I dessa fall skulle en kvittningsrätt därför ha vilat på tillfälligheter. En kvittningsrätt här skulle också kunna öppna upp för uppgörelser mellan konkursborgenären (tillika gäldenär till huvudförbindelsen) och borgenären till huvudförbindelsen, om att den senare skulle kräva konkursgäldenären först.⁹³⁰

Emot denna ordning står ett äldre pleniavgörande från Högsta domstolen.⁹³¹ Omständigheterna i NJA 1883 s 510 var att A hade utställt två växlar på H, som hade accepterat dessa. A indosserade därefter växlarna till Stockholms handelsbank. A ställde även pant för sitt eventuella ansvar enligt växlarna till banken. Därefter gick A i konkurs. Genom att Stockholms handelsbank tog emot köpeskilling för panten löste A:s konkursbo in växlarna. Konkursboet begärde att H skulle betala enligt växeln (regresskravet). Frågan var om H fick använda denna fordran (huvudfordran) till att kvitta mot en motfordran. Högsta domstolen medgav kvittning till regressfordrans fulla belopp.

Här bör särskilt påpekas att Stockholms handelsbank hade panträtt, varför deras fordran med grund i växeln blev infriad fullt ut. Lindskog har betonat panträttens betydelse i fallet. Han menar att panträtten (pantrealisationen) innebar att A:s konkursbo inte hade kunnat hindra att huvudfordran uppkom och att H därför hade kvittningsförväntan.⁹³² Det är ett resonemang som också vinner stöd i de argument som Högsta domstolen tillmätte betydelse i NJA 2009 s 291. Lindskog anser även att kvittningsrätt föreligger i den situation som var för handen i U 1995 28/2 H.

⁹²⁸ Se Illum, Modregning i konkurs s 126 f.

⁹²⁹ Se Illum, Modregning i konkurs s 126 f.

⁹³⁰ Se Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt s 12 f; Illum, Modregning i konkurs s 126 f. Se även Lassen, Haandbog i Obligationsretten s 764 f, not 81. Se även Sæbø, Motregning s 450 f.

⁹³¹ 1883 års avgörande innebar en förändring av rättsläget, jfr NJA 1880 s 187.

⁹³² Se Lindskog, Kvittning s 228. I sitt resonemang gör Lindskog en skillnad på om panthavaren pantrealiserar eller om konkursboet löser panten, men han finner till slut att kvittning kan ske i båda fallen, se a st. Han tycks tolka 1883 års rättsfall som att det var Stockholms handelsbank som realiserade panten. Enligt referatet i NJA 1883 s 510 var det dock A:s syssломän som realiserade panten.

Konkursboet måste ge utdelning enligt borgensåtagandet i konkursen, varför det inte kunnat hindra att huvudfordran uppkommit. Av dessa skäl har konkursborgenären därför kvittningsförväntan, enligt Lindskog.⁹³³

Huruvida kvittningsförväntan föreligger eller inte i dessa fall finns det alltså skilda meningar om. Skillnaden verkar bero på om kvittningsförväntan definieras som att konkursboet inte ska kunna hindra att kvittningsläge uppkommer,⁹³⁴ eller om det måste vara konkursborgenären som styr över om fordran blir fullgången för att kvittningsförväntan ska föreligga.⁹³⁵ Som sagt pekar andra rättskällor också mot olika lösningar. Rättskällorna kan dock kontextualiseras.

I U 1995 28/2 H betonade Højesteret att utdelningen hade skett efter konkursutbrottet och att regressfordringarna därför tillkom konkursboet. I dansk doktrin har rättsfallet också kategoriserats som ett rättsfall där ömsesidighet inte förelåg mellan huvud- och motfordran.⁹³⁶ Det kan jämföras med frågan om huruvida en penningfordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet i det fall att boet har inträtt i ett avtal och levererat en vara. I dansk rätt anses det vara boet som har levererat varan, varför kvittning inte kan ske mot den penningfordran som boet får genom att leverera varan.⁹³⁷ I svensk rätt har det i dessa fall inte ansetts föreligga något hinder för kvittning, såvitt avser ömsesidighetskravet. NJA 1996 s 368 utgör ett exempel på detta. Højesterets domslut i U 1995 28/2 H baseras alltså på ett argument, som inte har tillerkänts vikt i andra sammanhang i svensk rätt.

Skulle kvittning medges i dessa situationer blir kvittningsrätten beroende av om borgenären till huvudförbindelsen väljer att kräva borgensmannen (konkursgäldenären) eller gäldenären först. Kvittningsrätten blir på så vis beroende av tillfälligheter och det finns ingen kvittningsförväntan, vilket talar mot att tillåta kvittning. I andra sammanhang har Högsta domstolen dock inte låtit detta argument ha en avgörande betydelse.

I NJA 1984 s 185 avstod en konkursborgenär från sin panträtt efter konkursutbrottet, vilket ledde till att ett kvittningsläge uppkom för en

⁹³³ Se Lindskog, Kvittning s 228 f.

⁹³⁴ Se Lindskog, Kvittning s 182.

⁹³⁵ Jfr ovan i not 930.

⁹³⁶ Se Ørgaard, A, Konkursret s 214 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 257. Jfr Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 239, som kategoriserar fallet som en fråga om fordrans uppkomst. Jfr dock Ørgaard, N, En højesteretsdom om et ufriseret konkursproblem s 236 f, som menar att det hade varit enklare om fallet hade avgjorts med tillämpning av reglerna om fordringar med solidariskt betalningsansvar. I svensk rätt återfinns de reglerna i 5 kap 4–9 §§ konkurslagen. N Ørgaard har dock blivit motsagd av Jakobsen i denna fråga, se Jakobsen, Genmæle fra en frisørsvend s 330 ff.

⁹³⁷ Se vidare ovan under avsnitt 14.4.2.2.

annan konkursborgenär. Trots att kvittningsläget på så vis var beroende av en annan borgenärs val tillerkände Högsta domstolen konkursborgenären kvittningsrätt.⁹³⁸ De till synes starka argumenten mot kvittningsrätt i dessa lägen har alltså inte värderats särskilt högt i andra situationer av Högsta domstolen.

Däremot står argumenten *för* kvittningsrätt stadigt. Såväl villkorsläran som den riktlinje som principen om den väsentliga grunden tillhandahåller innebär att en fordran (i regel) uppkommer genom avtalet, vilket måste anses motsvara borgensförbindelsen i dessa fall. Det kan dessutom hävdas att en variant av kvittningsförväntan föreligger i dessa fall. Stöd finns även i NJA 1883 s 510 för att ge kvittningsrätt här. Det synes därför som att en huvudfordran uppkommer redan genom borgensförbindelsen (eller motsvarande) i dessa fall. Det gäller i den utsträckning som fordran blir täckt genom utdelning i konkursen, även om en sådan ordning avviker från vad som anses gälla i såväl dansk som norsk rätt.⁹³⁹

14.5.6 Delikt

En fråga som vanligen diskuteras tämligen kortfattat i rättskällorna är vad som krävs för att en (huvud)fordran ska uppkomma, om den har sin grund i ett utomobligatoriskt skadestånd. Det är inte särskilt märkligt, eftersom kvittning kräver att det föreligger två fordringar samt att parterna ömsom är gäldenär och ömsom är borgenär. Oavsett detta råder enighet om att en fordran på utomobligatoriskt skadestånd uppkommer genom den skadegörande handlingen.⁹⁴⁰ Det är också en uppkomsttidpunkt som står i samklang med en funktionalistisk bedömning av frågan.⁹⁴¹ Det finns inget skäl att välja en annan uppkomsttidpunkt för de perdurerande delikten.⁹⁴²

Har den utomobligatoriska skadeståndsfordran grund i en underlåtenhet påvisades ovan under avsnitt 14.4.3.4 att konkursborgenären då i regel har kvittningsförväntan. Det beror på att borgenären kan styra över om fordran blir fullgången, genom att underlåta att vidta den relevanta handlingen.

I detta sammanhang bör dock NJA 1995 s 356 beaktas. I fallet var fråga om huruvida kvittning fick ske efter det att en fordran hade överlåtits. Ett

⁹³⁸ Se vidare om rättsfallet ovan i not 919.

⁹³⁹ Se strax ovan om dansk rätt. Se om norsk rätt Sæbø, Motregning s 450 f, som menar att Rt 1933 s 1280 ger ett visst stöd för huvudregeln om att konkursborgenären inte får kvitta i dessa lägen, det vill säga då boet har infriat gäldenärens skuld.

⁹⁴⁰ Se Walin, Materiell konkursrätt s 23; Lindskog, Kvittning s 222.

⁹⁴¹ Se ovan under avsnitt 14.4.3.

⁹⁴² Se vidare ovan under avsnitt 12.6.3.

fläktbolag hade åtagit sig att leverera vissa varor, som ett montageföretag hade förskottsbetalat. Fordran på att utfå varorna hade överlåtits. Fläktbolaget hade begått kontraktsbrott efter överlåtelsen av fordran, vilket hade omvandlat naturafordran till en penningfordran på att få tillbaka förskottet. Detta gav i sin tur upphov till frågan om huruvida kvittning fick ske. Fläktbolaget hade nämligen motfordringar gentemot montageföretaget. Köparen av fordran gick sedermera i konkurs. Högsta domstolen uttalade att ”för kvittning [bör det] i princip krävas att kvittningsborgenären inte skaffat sig möjligheten att kvitta under omständigheter som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet. Särskilt gäller detta i fråga om kvittning i konkurs där kvittningen gynnar kvittningsborgenären på borgenärskollektivets bekostnad [hänvisningar uteslagna].”⁹⁴³ Högsta domstolen fann mot den bakgrunden att kvittning inte kunde medges, varvid domstolen särskilt betonade att ett kontraktsbrott inte bör kunna leda till fördel i kvittningssammanhang för den som begår kontraktsbrottet.

Den i rättsfallet fastslagna ordningen bör innebära att om borgenären kan undvika att en skadeståndsfordran uppkommer, genom att vidta de åtgärder som krävs, bör kvittning inte medges i dessa fall – det vill säga i de fall då en utomobligatorisk skadeståndsfordran har sin grund i en underlåtenhet. I annat fall skulle kvittningsborgenären skaffa sig möjligheten att kvitta under omständigheter som hamnar i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet. Den slutsatsen leder dock till att utomobligatoriska skadeståndsfordringar får olika uppkomsttidpunkter beroende på om de grundas i en handling eller en underlåtenhet. Det leder i sin tur till gränsdragningsproblem, efter vad som utvecklades ovan under avsnitt 12.6.3. Här bör emellertid en nyans i Högsta domstolens domskäl i NJA 1995 s 356 uppmärksammas. Domstolen uttalade nämligen att saken i vissa fall kan komma i ett annat läge om kontraktsbrottet beror på hinder utom partens kontroll. Det bör i någon mån minska de fall där gränsdragningsproblem uppkommer.

14.5.7 Fordran till följd av återvinning och fordran på utbetalning av utdelningsmedel

I praxis har frågan om fordrans uppkomst prövats beträffande fordringar som har uppkommit till följd av återvinning och utdelning i konkurs. Återvinner konkursboet en betalning från en part (återvinningssvaranden), som också är konkursborgenär, medför det att konkursborgenären

⁹⁴³ NJA 1995 s 356, HD:s domskäl st 9.

får en skuld. Huruvida en sådan skuld har uppkommit redan före konkursutbrottet och kan användas till kvittning i konkurs avgjordes redan i NJA 1938 s 149. Högsta domstolen fann i det rättsfallet att en sådan återvinningsskuld inte kunde kvittas mot en konkursfordran (fullt ut). Återvinningsskulden uppkom alltså inte före konkursutbrottet. Skulden uppkom i stället genom konkursen. Att en fordran på återbäring till följd av återvinning har uppkommit genom konkursen befästes av Högsta domstolen i NJA 1994 s 705. Ordningen är densamma i både dansk och norsk rätt.⁹⁴⁴ Konkursborgenären kan i stället använda en fordran på utbetalning av utdelningsmedel (utdelningsfordran) till att kvitta mot en återvinningsfordran. Det framgår av NJA 1938 s 149. Här bör också beaktas att enligt 4 kap 21 § konkurslagen följer det att om utdelning har ägt rum är den återvinningsssvarande berättigad att vid återbäringen avräkna det belopp som borde ha tillkommit den svarande som utdelning enligt tidigare utdelningsförslag. Det gäller om fordran då hade varit känd.⁹⁴⁵

Om även återvinningsssvaranden har gått i konkurs aktualiseras andra frågor om huvudfordrans uppkomst. Konkursboets (återvinningskärandens) krav på återbäring kan då komma att ställas mot återvinningsssvarandens fordran på utdelning, vilket gör att frågan om när en utdelningsfordran i en konkurs har uppkommit blir relevant. I NJA 2001 s 805 prövade Högsta domstolen just en sådan fråga. I rättsfallet hade återvinningskäranden försatts i konkurs den 5 september. Före konkur-

⁹⁴⁴ Se om dansk rätt U 1927 651 H; U 1979 446 Ö. Se även bet 1971:606 s 111. Se även Illum, Modregning i konkurs s 106; Paulsen, Insolvensret – konkurs s 409; Ørgaard, A, Konkursret s 214; Lindenchrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 449; Iversen, Obligationsret 3. del s 299; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 243; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 256. Se om norsk rätt RG 1990 s 83 (Skien og Porsgrunn byrett). Se även Sæbø, Motregning s 438; Andenæs, Konkurs s 232; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 370. Jfr även Rt 2014 s 883, där Høyesterett konstaterade att återvinning sker till förmån för boet och att boet träder in i den rättighet som blir återvunnen. Det medför bl a att en andrahandspanthavare inte rycker upp. Se om detta Aasebø, m fl, a st.

⁹⁴⁵ Se SOU 1970:75 s 189; Walin, Materiell konkursrätt s 81; Håstad, Sakrätt s 390; Hægge, Återvinning i konkurs efter fusion av dotterbolag s 902; Lennander, Återvinning i konkurs s 351; Mellqvist, 5 kap 15 § konkurslagen (Lexino, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 291. Se även Lindskog, Kvittning s 326 f och s 773 ff, som dock tolkar NJA 1938 s 149 på ett annat sätt. Jfr även Ekdahl, Om fordran i konkurs s 96 ff; Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 113 och s 116; Bramsjö, Om avtals återgång s 353 ff; Welamson, L, Konkursrätt s 281 f och s 560, om äldre rätt. Ordningen skilde sig dock något åt före 1975 års reform av konkurslagen. Exempelvis behövde återvinningsssvaranden bevaka fordran på utdelning, för att få avräkna den på återbärings-skyldigheten, se prop 1975:6 s 31.

sen hade (konkurs)gäldenären betalat ett antal förfallna hyror till återvinningssvaranden. Det var ostridigt att dessa fordringar kunde återvinnas. Den 19 september försattes även återvinningssvaranden i konkurs. Frågan i målet var bland annat om återvinningskäranden kunde använda återvinningsfordran till att kvitta mot den fordran återvinningssvaranden hade på utdelning i återvinningskärandens konkurs. Återvinningsfordran var alltså motfordran i återvinningssvarandens konkurs, medan återvinningssvarandens fordran på utdelning i återvinningskärandens konkurs var huvudfordran.

Högsta domstolen konstaterade att återvinningsfordran hade uppkommit före återvinningssvarandens konkurs, vilket stämmer väl överens med att den hade uppkommit genom konkursen (i detta fall återvinningskärandens konkurs). Domstolen fann också att utdelningsfordran hade uppkommit före återvinningssvarandens konkurs, eftersom den grundade sig på ett hyresavtal, som hade slutits före återvinningssvarandens konkurs. Mot bakgrund av dessa skäl fann domstolen att kvittning kunde ske.⁹⁴⁶

Någon närmare precisering av när en fordran på utbetalning av utdelningsmedel hade uppkommit gav inte Högsta domstolen. Beträffande vad som krävs för att en sådan huvudfordran ska uppkomma är det också relevant att beakta att utdelningsfordran brukar skiljas från utdelningsrätten i konkursen. Det har sagts att ur utdelningsrätten uppkommer det så småningom en utdelningsfordran.⁹⁴⁷ I NJA 2007 s 280 konstaterade också Högsta domstolen att utdelningsrätten inte är ett fordringsanspråk mot konkursboet i frågan om huruvida ett sådant anspråk kan preskriberas. Domstolen fann att det är först när utdelningen har blivit fastställd, som ett fordringsanspråk föreligger (och preskriptionsfristen börjar löpa). Det är tydligt att Högsta domstolen i NJA 2001 s 805 inte förlade uppkomsttidpunkten för återvinningssvarandens utdelningsfordran till när utdelningen hade blivit fastställd i konkursen (återvinningssvarandens konkurs inträffade endast två veckor efter återvinningskärandens konkurs). Utdelningsfordran kunde knappast ha uppkommit innan återvinningskäranden hade gått i konkurs heller. Utdelningsfordran bör snarare ha uppkommit genom återvinningskärandens konkurs. Det är också en ordning som överensstämmer med Högsta domstolens uttalande i NJA 2001 s 805.

⁹⁴⁶ Här kan jämföras med U 2013 2390 H, där danska Højesteret fann att återvinningskravet inte kunde kvittas mot utdelningsfordran, eftersom utdelningsfordran ännu inte hade förfallit till betalning. Det handlade alltså om ordinarie kvittning i rättsfallet.

⁹⁴⁷ Se Lindskog, Betalning s 652.

Sammantaget kan det konstateras att en återvinningsfordran uppkommer genom konkursen samt att en utdelningsfordran också bör uppkomma genom konkursen.

14.5.8 Fordran på återbetalning (efter misstagsbetalning)

Då till frågan om vad som krävs för att en huvudfordran, som har sin grund i en betalning vilken senare visar sig kunna krävas åter, ska uppkomma. Frågan har behandlats i U 2008 1635 H. Fallet har refererats ovan under avsnitt 12.6.4. Rättsfallet gäller dock huvudfordrans uppkomst och refereras därför något mer ingående här. I fallet hade en skattefordran fullgjorts före konkursutbrottet (genom en utmätning av (konkurs)gäldenärens bankkonto). Efter konkursutbrottet beslutades emellertid att konkursgäldenären skulle betala en lägre summa i skatt än vad som hade gjorts för det aktuella året. Konkursgäldenären fick därigenom en fordran mot det danska skatteverket. Frågan var om skatteverket fick använda denna huvudfordran till att kvitta mot en annan fordran och alltså om fordran hade uppkommit redan genom utmätningen eller om den uppkom genom skatteverkets beslut.

Højesteret konstaterade att uppkomsttidpunkten för ett krav på återbetalning av ett belopp, som senare visar sig vara betalt med orätta, är betalningstidpunkten. Enligt domstolen gällde detta också då fordran hade blivit betald genom en utmätning, som senare hade blivit upphävd. Rättsfallet gällde visserligen en skattefordran, men det har i doktrinen tillmätts en generell betydelse.⁹⁴⁸ Att fallet har en generell betydelse i denna uppkomstfråga vinner också stöd i Højesterets allmänna formulering av domskälen.⁹⁴⁹

En (huvud)fordran på återbetalning efter en misstagsbetalning uppkommer alltså genom misstagsbetalningen. Ovan under avsnitt 12.6.4 har det framkommit att en sådan fordran som här diskuteras uppkommer genom misstagsbetalningen; fordran är i stället resolutivt villkorad av att inrättande i god tro sker (i de fall då läran om *condictio indebiti* är tillämplig).

⁹⁴⁸ Se Iversen, *Obligationsret* 3. del s 305 f; Ørgaard, A, *Konkursret* s 217; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 452 f.

⁹⁴⁹ Det bör dock tilläggas att det i doktrinen har sagts att boet borde ha gjort gällande att kvittning inte var tillåten, eftersom borgenären på ett orättmätigt sätt hade skaffat sig ett kvittningsläge, se Iversen, *Obligationsret* 3. del s 305 f; Ørgaard, A, *Konkursret* s 217; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 452 f.

14.6 Huvudfordrans uppkomst – syntes

Den vidsträckta kvittningsrätten i konkurs har gång på gång kritiserats de lege ferenda med utgångspunkt i att den ska klassificeras som en sak(- och konkurs)rättslig fråga.⁹⁵⁰ Kritiken har i sin tur influerat vad som krävs för att en huvudfordran ska uppkomma de lege lata. Det åskådliggörs i frågan om huruvida kvittning endast ska medges för de fall då konkursborgenären har kunnat räkna med kvittningsrätten. Det är i de fallen, som kvittningsrätten fyller en säkerhetsfunktion. Om kvittningsrättens säkerhetsfunktion ska få diktera bedömningen av om en huvudfordran har uppkommit kommer vem som kan göra fordran fullgången efter konkursutbrottet få betydelse. Det är om konkursborgenären kan styra över om fordran blir fullgången som kvittning bör få ske i sådana fall, eftersom borgenären då har kvittningsförväntan. Någon sådan kvittningsförväntan finns dock inte om konkursboet kan styra över om fordran blir fullgången.

När reglerna om kvittning i konkurs utreddes och senare reformerades av lagberedningen övervägdes också en begränsning av kvittningsrätten till de fall där den kunde fylla en säkerhetsfunktion.⁹⁵¹ Danskarna verkade för en sådan begränsning.⁹⁵² Från svenskt håll framhölls dock att det var svårt att ta fram sådana regler.⁹⁵³ Säkerhetsfunktionen fick därför inte diktera hur kvittningsrätten reglerades. Reformen av kvittningsreglerna begränsades i stället till en modernisering av bestämmelsens lydelse.⁹⁵⁴ Vid den tiden gällde att en huvudfordran uppkom redan genom avtalet.⁹⁵⁵ Den ståndpunkten hade stöd i rättsfallen NJA 1916 s 154, NJA 1927 s 455, NJA 1929 s 433 och NJA 1957 s 197. Frågan klassificerades som en obligationsrättslig fråga, i vilken kvittningsrätten sågs som en invändningsrätt.

⁹⁵⁰ Se exempelvis Karlgren, Kvittning och *condictio indebiti* s 334 f; Welamson, L, Konkursrätt s 481 ff; Sigeman, Lönefordran s 167 f; Håstad, Sakrätt s 393 f.

⁹⁵¹ Se SOU 1970:75 s 186 f.

⁹⁵² Se ovan under avsnitt 14.2.

⁹⁵³ Se SOU 1970:75 s 186 f.

⁹⁵⁴ Se prop 1975:6 s 34. Se även ovan i not 848.

⁹⁵⁵ Se Welamson, L, Konkursrätt s 478 ff och s 483 ff. Se även Ekdahl, Om fordran i konkurs s 163 f; Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 208; Olivecrona, Konkursrätt s 43 f. Se även Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 533, not 145a och s 544, not 219, som uttalade att vid köp uppkommer säljarens huvudfordran redan genom avtalet. Jfr dock Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 293 ff, som visserligen endast behandlar huvudfordrans uppkomst kort i anslutning till NJA 1957 s 197, men där finner det lämpligt att huvudfordran uppkommer genom avtalet. Adlercreutz ger likväl uttryck för en mer funktionalistisk syn på frågan om fordrans uppkomst, i vilken de materiellrättsliga bestämmelserna får stå i centrum snarare än det obligationsrättsliga språket som sådant, se Adlercreutz a st.

Rätten är emellertid inte statisk. Det måste beaktas i denna syntetisering av materialet. Den vidsträckta kvittningsrätten som bland annat följer av att huvudfordran uppkommit redan genom avtalet har fortsatt blivit kritiserad. Det kommer exempelvis till uttryck i kritiken mot att kvittningsrätt tillerkändes konkursborgenären i NJA 1916 s 154 (kritiken träffar också NJA 1996 s 368).⁹⁵⁶ I kritiken tas utgångspunkt i att frågan om kvittning i konkurs, och därigenom också frågan om huvudfordrans uppkomst, är en sak(- och konkurs)rättslig fråga. Kritiken går bland annat ut på att konkursborgenären inte hade kunnat räkna med att kvitta vid den kritiska tidpunkten i 1916 års avgörande, och att kvittningsrätten därför gav konkursborgenären en opåräknad fördel. Kritiken *mot* NJA 1916 s 154 (och NJA 1996 s 368) vändes till argument *för* hur kvittningsfrågan skulle avgöras i NJA 2009 s 291. I 2009 års avgörande betonade Högsta domstolen just att en kvittningsrätt hade givit konkursborgenären en opåräknad fördel, eftersom konkursborgenären inte hade kunnat räkna med att få kvitta vid konkursutbrottet, varför kvittningsrätt inte medgavs. Frågan om huvudfordrans uppkomst omklassificerades till en sak(- och konkurs)rättslig fråga i 2009 års avgörande.

Här blir frågan hur dessa till synes oförenliga rättsfall ska kunna inkluderas och förenas i en enhetlig, motsägelsefri och konsekvent rekonstruktion av gällande rätt. Även om frågan synes problematisk är den långtifrån ny för rättsdogmatiken; det är egentligen samma problem som rättsvetenskapare alltid brottas med, nämligen hur rättskällorna ska systematiseras och tolkas.⁹⁵⁷

Det är inte möjligt att tillhandahålla *en* allmän lösning, eller ens en enhetlig modell, i frågan om huvudfordrans uppkomst, såvitt avser avtalsgrundade fordringar. I stället måste det skiljas på ett antal olika typfall.

Huruvida konkursborgenären har kunnat räkna med kvittningsrätten får betydelse om huvudfordran inte är komputabel med motfordran vid konkursutbrottet. I dessa fall beror huvudfordrans uppkomst på vem som kan styra över om fordran blir fullgången. Det följer av NJA 2009 s 291. Högsta domstolen fann där att huvudfordran inte hade uppkommit före konkursutbrottet, eftersom fordran hade varit beroende av konkursboets åtgärder. Om det inte är konkursboet som styr över om fordran blir fullgången i dessa fall uppkommer fordran i stället redan genom avtalet.⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ I 1916 års rättsfall hade huvudfordran sin grund i ett avtal som hade ingåtts före konkursutbrottet. Skulden blev dock fullgången först genom att boet levererade varor enligt avtalet.

⁹⁵⁷ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

⁹⁵⁸ Se ovan under avsnitt 14.5.3.

Argumenten, som stammar från en sak(- och konkurs)rättslig klassificering av frågan och från en funktionalistisk bedömning, bör också få genomslag beträffande huvudfordrans uppkomst, såvitt avser de fall då huvudfordran utgör en naturaforan. Liksom om komputabilitet inte föreligger vid konkursutbrottet bör en naturaforan inte ha uppkommit vid konkursutbrottet, om det är konkursförvaltarens åtgärder som gör den fullgången.⁹⁵⁹

Står två penningfordringar mot varandra vid konkursutbrottet har det ingen betydelse vem som kan styra över om fordan blir fullgången efter konkursutbrottet. Även om konkursförvaltarens åtgärder gör huvudfordran fullgången har den ändå uppkommit genom avtalet. Det följer av NJA 1916 s 154, NJA 1969 C 1477 och NJA 1996 s 368, vilket kan förklaras med att frågan om huvudfordrans uppkomst i dessa fall kategoriserades som en obligationsrättslig frågeställning. Att fordan uppkommer genom avtalet i dessa fall är även förenligt med villkorsläran och principen om den väsentliga grunden. En huvudfordran bör till och med kunna uppkomma redan genom (konkurs)borgenärens anbud i dessa fall, efter vad som utvecklades ovan under avsnitt 14.5.2.5.⁹⁶⁰

Ovan har också andra typfall behandlats. Det har framkommit att en regressfordran på grund av att ett borgensåtagande infriats (genom utdelning i konkursen) uppkommer redan genom borgensåtagandet, att en fordan med grund i ett utomobligatoriskt skadestånd uppkommer genom den skadegörande handlingen eller när fristen att handla tar sin början (om inte borgenären kan undvika att en skadeståndsfordran uppkommer), att en återvinnings- och en utdelningsfordran uppkommer genom konkursen, samt att en fordan med grund i en misstagsbetalning uppkommer genom betalningen. Den hittills gjorda systematiseringen är inte heltäckande, såtillvida att det alltid går att komma på nya typfall eller variera förutsättningarna för typfallen något.⁹⁶¹ De huvudsakliga argumenten i frågan om huvudfordrans uppkomst har det likväl redogjorts för. Argumenten har även prövats i en rad typfall, vilket också bidrar till förståelse av huvudfordrans uppkomst. Det är fullt tillräckligt för att besvara denna avhandlings här relevanta forskningsfråga.⁹⁶²

⁹⁵⁹ Se ovan under avsnitt 14.5.4.

⁹⁶⁰ Se även Elwing, Konkursläran i huvuddrag s 153; Walin, Materiell konkursrätt s 80; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 223; Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 15 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), som alla uttalar att villkorliga fordringar med grund i en rättshandling regelmässigt anses ha uppkommit genom rättshandlingen.

⁹⁶¹ För en än bredare studie av vad en funktionalistisk bedömning innebär för huvudfordrans uppkomst kan hänvisas till Lindskogs monografi om kvittning, se Lindskog, Kvittning s 191 ff.

⁹⁶² Se ovan under avsnitt 2.4.

I de tidigare synteserna har även fokus skiftats från regel- och typfallsbeskrivningar till att fånga rättskällematerialet i principens form. Spänningen mellan att å ena sidan klassificera frågan som en obligationsrättslig invändningsrätt, i vilken villkorsläran får avgöra uppkomsttidpunkten, och att å andra sidan klassificera frågan som en sakrättslig säkerhetsrätt, i vilken resultatet av en funktionalistisk konsekvensbedömning får avgöra uppkomsttidpunkten, medför dock att rättskällematerialet är tämligen disparat beträffande huvudfordrans uppkomsttidpunkt. Det är därför svårt att fånga materialet i en allmän riktlinje. Någon systematisering och tolkning av rättskällematerialet i en princip låter sig därför inte göras i frågan om huvudfordrans uppkomst.

15 Massafordrans uppkomst

15.1 Inledande anmärkningar

Tidigare har frågan om vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs undersökts. Innan konkursboets medel kan delas ut till konkursborgenärerna ska dock både konkurskostnaderna och *andra skulder som boet ådragit sig* betalas, efter vad som föreskrivs i 11 kap 1 § konkurslagen. De andra skulderna boet ådrar sig benämns massaskulder eller *massafordringar*,⁹⁶³ varav den senare termen (i huvudsak) kommer användas här. I detta kapitel ska massafordringar studeras med avseende på vad som krävs för att sådana fordringar ska uppkomma.

Utgångspunkt kan tas i doktrinen. I den har massafordringar beskrivits på följande sätt:

”[...] *massafordringarna*, dvs. förpliktelser, som uppstår i samband med själva förvaltningen av konkursboet. Det kan vara fråga om fordringar, som grundar sig på avtal, som konkursförvaltningen ingått, men det kan även gälla skadeståndsfordringar. Massafordringarna riktar sig inte mot konkursgäldenären utan mot konkursboet som en särskild juridisk person.”, Hessler, Allmän sakrätt s 508.

”Massaskulden kan kort och gott definieras som *en helt vanlig förpliktelse (i fråga om uppkomstföretsättningar och rättsverkningar) som bärs av konkursboet såsom associationsliknande gemenskap*. [Noter uteslutna.]”, Söderlund, Konkursrätten s 499 f.

⁹⁶³ Konkurskostnader är bl a kostnader för arvode och kostnadsersättning till konkursförvaltaren. Det framgår av 14 kap 2 § konkurslagen. I avhandlingen skiljs alltså på konkurskostnader och massafordringar, såtillvida att de förra inte hänförs till de senare, se även Welamson, L, Konkursrätt s 651; Håstad, Sakrätt s 124; Möller, Finns det en särskild betalningsordning vid konkursboets insolvens? s 194 ff; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 249 f; Lindskog, Betalning s 651, som alla använder begreppet massafordran på det sättet. Häremot Welamson, L, Om massafordran i konkurs s 502; Söderlund, Konkursrätten s 509, som båda hänför konkurskostnader till massafordringar. Massafordringar har typiskt sett andra borgenärer än konkurskostnader och uppstår på andra sätt. Frågan om massafordrans uppkomst är den som undersöks här, varför det i denna avhandling är lämpligt att upprätthålla en distinktion mellan konkurskostnader och massafordringar.

”Det är däremot inte svårt att allmänt definiera vad som avses med massafordringar. Med massafordran avses, som nämnts, helt enkelt en fordran där konkursboet står som gäldenär. Det är alltså frågan om att fordringsrättsligt bestämma att konkursboet i ett visst rättsförhållande är att betrakta som gäldenär.”, Mellqvist & Welamson, Konkurs s 272.

En massafordran är till synes en fordran mot konkursboet, och boet ådrar sig förpliktelser på samma sätt som vilken gäldenär som helst ådrar sig förpliktelser. Det är (i vart fall) en beskrivning som går igen i litteraturen.⁹⁶⁴ Mot den bakgrunden kan det sättas i fråga varför massafordringar behandlas tämligen utförligt i denna avhandling: Dels verkar det saknas kritisk tidpunkt i frågan om vad som krävs för att en massafordran ska föreligga, vilket gör att frågan faller utanför ramarna för denna avhandling. Dels verkar det råda stor enighet i frågan.

I rättspraxis har dock frågan om huruvida en massafordran föreligger vid ett flertal tillfällen behandlats som en uppkomstfråga av Högsta domstolen. Det gäller särskilt fall där vissa av de omständigheter som konstituerar fordrans uppkomst har inträffat före konkursutbrottet och konkursboet sedermera gjort fordran fullgången. Ett citat från NJA 2005 s 510 får illustrera detta sätt att behandla frågan:

”Tidpunkten för uppkomsten av en fordran har i doktrin och praxis ansetts relevant inte bara för bedömningen av om en fordran får göras gällande i en konkurs (5 kap. 1 § konkurslagen) utan också för bedömningen av om den är en konkursfordran eller en massafordran.”⁹⁶⁵

Av den citerade passagen framgår att Högsta domstolen fann att konkursutbrottet utgjorde en kritisk tidpunkt i frågan om massafordrans uppkomst. Domstolens hänvisning till 5 kap 1 § konkurslagen tydliggör nämligen att endast de fordringar som har uppkommit efter konkursutbrottet kan utgöra massafordringar. Högsta domstolen har även i andra fall – där vissa omständigheter inträffat före konkursutbrottet men fordran har blivit fullgången efter konkursutbrottet – utgått från att frågan om huruvida en massafordran föreligger är en fråga om fordrans uppkomsttidpunkt.⁹⁶⁶

I doktrinen har Högsta domstolen kritiserats för detta synsätt. Det har sagts att frågan om huruvida en massafordran föreligger inte har annat samband med tidpunkten för fordrans uppkomst än att konkursboet inte

⁹⁶⁴ Se exempelvis Möller, Konkurs och kontrakt s 31; Håstad, Sakrätt s 398; Persson, A H, Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs s 175, not 2; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 40; Lindskog, Betalning s 650; Heuman, Specialprocess s 247. Se även SOU 2001:80 s 77.

⁹⁶⁵ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 2.

⁹⁶⁶ Se exempelvis NJA 1966 s 241; NJA 1981 s 801; NJA 2007 s 519.

finns före konkursutbrottet, varför boet inte kan ådra sig någon skuld förrän efter konkursutbrottet. Det har rentav hävdats att Högsta domstolens beskrivning av frågan utgör ett missförstånd vad gäller problemställningen.⁹⁶⁷

Kritiken utgår från en viss syn på vad som krävs för att en massafordran ska föreligga (se vidare strax nedan). I avhandlingen är utgångspunkten mer pluralistisk.⁹⁶⁸ Eftersom frågan om huruvida en massafordran föreligger har behandlats som en uppkomstfråga i rättspraxis, kommer den också att behandlas i föreliggande arbete.

Det kan redan här noteras att det i studien av vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma kan göras en åtskillnad mellan tre olika sätt som en massafordran kan uppkomma: Dels kan konkursboet ådra sig *nya* förpliktelser (såsom omtalades i citaten ovan), det vill säga nya förpliktelser i så måtto att de inte emanerar från konkursgäldenärens avtal eller förehavanden på annat sätt. Dels kan konkursboet *inträda* i konkursgäldenärens avtal och på så sätt åta sig ansvar för förpliktelser. (I studien har det framkommit att om boet har inträtt i ett avtal i hög grad är en avtalsrättslig fråga i vilken den konkursrättsliga kontexten behöver beaktas.) Dels kan konkursboet bli ansvarigt enligt, vad som här benämns, särskilda *konkursrättsliga normer*, som aktualiseras om boet har tillgodojort sig eller på annat sätt förfogat över en prestation som emanerar från konkursgäldenärens avtal. Här kan också noteras att vad gäller räckvidden för dessa normer blir spänningen mellan villkorsläran och normer som har stöd i en funktionalistisk bedömning särskilt tydlig.

Undersökningen nedan börjar med en studie av vilka eventuella systemargument som kan anföras i bedömningen av om konkursboet har ådragit sig ansvar och vilka slutsatser de argumenten för med sig.⁹⁶⁹ Associationstanken undersöks också, innan en funktionalistisk bedömning av frågan tar vid.⁹⁷⁰ Därefter vidtas en studie av olika typfall, vilken

⁹⁶⁷ Se Söderlund, Konkursrätten s 550 ff; Lindskog, Betalning s 651, som båda framför denna kritik. Jfr även Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 447 ff.

⁹⁶⁸ Se ovan under avsnitt 1.3, om möjligheten att ställa frågan om fordrans uppkomst på flera olika sätt och kapitel 2, om att flera olika argumentationslinjer beaktas i avhandlingen.

⁹⁶⁹ Se ovan under kapitel 9, om systemargument.

⁹⁷⁰ Se Söderlund, Konkursrätten kap 14, om associationstanken och massafordringar. Här bör noteras att Söderlund framhåller att "[i] likhet med sakrättsanspråken faller massaanspråken i princip utanför ramen för denna avhandling. Syftet med detta kapitel 14 är mer att visa att massaansvarsproblematiken är ett konkursboextert problemområde än att fullständigt behandla massaansvarsrätten (och dess relation till sakrätten).", a s 519. Det nämnda kapitel 14 sträcker sig dock över 74 s, varför frågan behandlas tämligen ingående (trots reservationen i citatet) och förtjänar att lyftas fram här. Se även

även synliggör villkorslärans och principen om den väsentliga grundens relevans beträffande massafordrans uppkomst (dessa argumentationslinjer har redan beskrivits på ett allmänt plan ovan under kapitlet 6 och 7). I den avslutande syntesen tas sedan ett samlat grepp om frågan. I vanlig ordning ska dock först något sägas om dansk och norsk rätt.

15.2 Massafordrans uppkomst – dansk rätt

Utgångspunkten avseende vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma i dansk rätt är i stora drag densamma som den som följer av 11 kap 1 § konkurslagen. Av 93 § danska konkursloven framgår det att skuld som pådras konkursboet under dess behandling ska betalas innan utdelning sker. I den danska doktrinen omtalas boets skulder som massakrav.⁹⁷¹ I jämförelse med 11 kap 1 § konkurslagen finns en skillnad i bestämmelsens lydelse, såtillvida att i konkurslagen används lokutionen andra skulder som boet *ådragit* sig, medan i dansk rätt är massakrav förpliktelser som *påförts* boet. I konkurslagen är alltså boet den aktiva parten, medan i den danska konkursloven är det någon annan som påför boet förpliktelser. Denna skillnad har emellertid ingen rättslig betydelse. Det sägs i dansk doktrin att konkursboet är att uppfatta som en juridisk person.⁹⁷² För att en juridisk person ska bli förpliktad krävs det att någon annan (konkursförvaltaren) påför boet förpliktelser, vilket i sin tur medför att boet ådrar sig förpliktelser. Det framgår också av den danska doktrinen att massakrav uppkommer genom att konkursboet ådrar sig förpliktelser.⁹⁷³ I dansk rätt är det konkursförvaltaren (kuratorn) som främst har behörighet att ådra boet förpliktelser inom ramen för kuratorfullmakten.⁹⁷⁴

ovan under avsnitt 9.3 om associationstanken, och kapitel 8, om funktionalismen och den funktionalistiska bedömningen.

⁹⁷¹ I dansk rätt tillhör även konkurskostnader massakraven, se Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 682; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 700; Ørgaard, A, *Konkursret* s 180; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, *Kreditorforfølgning* s 350; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, *Konkurs* s 562.

⁹⁷² Ørgaard, A, *Konkursret* s 27; Rammeskov Bang-Pedersen, *Kreditorerne* s 82.

⁹⁷³ Se Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 682 ff; Ørgaard, A, *Konkursret* s 180; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, *Konkursloven* s 700 ff, samt s 788; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, *Kreditorforfølgning* s 350 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, *Konkurs* s 564 ff.

⁹⁷⁴ Se Paulsen, *Insolvensret – konkurs* s 682, samt s 790 ff; Ørgaard, A, *Konkursret* s 180; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, *Kreditorforfølgning* s 190 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, *Konkurs* s 119 ff. Kuratorfullmakten regleras i 110 § 1 st danska

En betydelsefull skillnad jämfört med svensk rätt är däremot att i den danska konkursloven finns det allmänna regler om konkursgäldenärens avtal. I lagens 53–63 §§ regleras bland annat under vilka förutsättningar konkursboet kan inträda i konkursgäldenärens avtal samt vad som ger upphov till massafordringar. Det är därför inte alltid möjligt att använda det danska materialet i studien nedan. Den principiella utgångspunkten, som den har beskrivits ovan, är dock densamma som i svensk rätt vad gäller massafordrans uppkomst.

15.3 Massafordrans uppkomst – norsk rätt

Beträffande vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma liknar även utgångspunkten i norsk rätt den i svensk rätt. Det framgår av 9 kap 2 § dekningsloven att massafordringar är sådana förpliktelse som har påförts gäldenärens konkursbo under bobehandlingen.⁹⁷⁵ På samma sätt som i dansk rätt föreligger här en skillnad i lydelsen jämfört med konkurslagen, men inte heller på denna punkt bör skillnaden överdrivas. Massaförpliktelser sägs i rättspraxis, förarbetena och doktrinen bestå av dels förpliktelser vilka har sin grund i sådana avtal som förvaltaren (bostyreren) eller fullmäktig för bostyreren har ingått, dels förpliktelser vilka har ålagts boet genom lag, dels utomobligatoriskt skadestånd som boet har ådragit sig. Avtalen kan vara såväl nya som sådana i vilka förvaltaren har valt att inträda.⁹⁷⁶

Liksom i dansk rätt finns i norsk rätt allmänna bestämmelser om gäldenärens avtal. Bestämmelserna återfinns i 7 kap dekningsloven. Precis som med danska rättskällor präglar detta förhållande hur norska rättskällor kan användas nedan. Den principiella utgångspunkten vad gäller massafordrans uppkomst, som den har utvecklats ovan, är dock densamma som i svensk rätt: Massafordringar är sådana fordringar som konkursboet har ådragit sig.

konkursloven, där framgår det bl a att kuratorn ska tillvarata boets intressen, genom att säkra boets tillgångar och representera boet i alla hänseenden.

⁹⁷⁵ Till massafordringarna hör även exempelvis konkurskostnader enligt 9 kap 2 § dekningsloven.

⁹⁷⁶ Se HR-2020-1129-A; NOU 1972:20 s 346 f; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 101 ff; Ro, Prøving av fordringer i konkursboer s 139 f; Andenæs, Konkurs s 386 f; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 45 och s 50 f; Børresen, Konkurs s 155; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 408 ff. Ordningen tycks ha varit densamma även enligt äldre rätt, se 89 § i 1863 års norske lov om concurs og concursboers behandling samt Brækhus, Materieell konkurs- og eksekusjonsrett s 124 ff.

15.4 Massafordrans uppkomst – systemargument

Nu ska undersökas vad som i termer av systemargument krävs, för att en massafordran ska uppkomma. Utgångspunkten för att ett systemargument ska kunna göras gällande är att lika fall ska behandlas lika.⁹⁷⁷ Här behöver det därför eftersökas om det finns andra frågor eller regler i exempelvis konkurslagen som liknar eller på något annat sätt hör samman med bedömningen av om en massafordran har uppkommit. I denna undersökning har det i huvudsak framkommit tre olika sorters argument: Det första utgår från konkursboets rättssubjektivitet. Det andra utgår från konkurs som system. Det tredje utgår från frågan om huruvida en fordran omfattas av ett offentligt ackord eller inte i en företagsrekonstruktion ska behandlas på samma sätt som frågan om massafordrans uppkomst.⁹⁷⁸ Dessa argument ska behandlas i den angivna ordningen.

Frågan om massafordrans uppkomst hör i mångt och mycket ihop med konkursboets rättsliga relation till konkursgäldenären, boets rättsliga relation till de rättigheter och skyldigheter gäldenären hade vid konkursutbrottet samt vilka legala rättigheter och skyldigheter ett konkursbo kan ha och har.⁹⁷⁹ Boets relation till gäldenären är emellertid speciellt. Den speciella relationen har kommit till uttryck i Högsta domstolens praxis. I NJA 1996 s 46 uttalade till exempel domstolen, angående huruvida boet kunde återta en förklaring om att inte överta gäldenärens talan i en rättegång, att av betydelse var:

”den *speciella relation* som föreligger mellan gäldenären och hans konkursbo. Det är inte i vanlig mening fråga om två parter med motstridiga intressen. [Min kursivering.]”⁹⁸⁰

Relation mellan konkursboet och gäldenären har även aktualiserats i andra avgöranden från Högsta domstolen, såsom i NJA 2004 s 777. Rättsfallet gällde om en konkursförvaltare hade rätt att avstå (abandonera) egendom till förmån för konkursgäldenären och om konkursförvaltaren i så fall kunde återta beslutet. Domstolen uttalade:

”Under en konkurs råder emellertid gäldenären inte över sin egendom, och konkursboet och konkursgäldenären kan redan av detta skäl inte betraktas

⁹⁷⁷ Se ovan under kapitel 9, om systemargument.

⁹⁷⁸ Se nedan under kapitel 16, om ackordsfordrans uppkomst.

⁹⁷⁹ Se exempelvis Keller, Konkurs och process s 290 f, med vidare hänvisningar om hur äganderättens placering av konkursboegendomen kan påverka vilka förpliktelser som påförs boet.

⁹⁸⁰ NJA 1996 s 46, HD:s domskäl st 6.

som två skilda parter med möjlighet att utan lagstöd träffa bindande förmögenhetsrättsliga avtal sinsemellan.”⁹⁸¹

Frågan om massafordrans uppkomst påverkas av den speciella relationen som råder mellan konkursboet och konkursgäldenären, boets relation till de rättigheter och skyldigheter gäldenären hade vid konkursutbrottet samt vilka legala rättigheter och skyldigheter ett konkursbo kan ha och har. Exempelvis har det i studien framkommit att boet har rätt att vidta vissa åtgärder som annars hade utgjort upphovsrättsintrång, genom att nyttja den rätt gäldenären haft enligt ett förlagsavtal.⁹⁸² Den speciella relationen påverkar även frågan om huruvida boet har inträtt i gäldenärens avtal och på vilket sätt boet ådrar sig ansvar enligt särskilda konkursrättsliga normer (som aktualiseras om boet har tillgodogjort sig eller på annat sätt förfogat över en prestation som emanerar från konkursgäldenärens avtal). I typfallsstudien nedan kommer det att ges prov på detta.

I de nämnda frågorna är det emellertid svårt att, med grund i den speciella relationen som råder mellan gäldenären och konkursboet, göra gällande några systemargument, som kan användas för att nå mer generella slutsatser (i vart fall innan typfallsstudien har redogjorts för). Det beror på att relationen mellan konkursgäldenären och konkursboet inte bara är speciell utan också omstridd.⁹⁸³ Det tar sig även uttryck i spörsmålet om vad som krävs för att boet ska bli ansvarigt, vilket bland annat illustreras i frågan om massafordrans uppkomst ska vara just en uppkomstfråga

⁹⁸¹ NJA 2004 s 777, HD:s domskäl st 2. Se även NJA 1979 s 427, HD:s domskäl st 1: ”Även om ett konkursbo inte i alla avseenden framträder som ett i förhållande till konkursgäldenären fristående rättssubjekt måste – med hänsyn till vad som gäller om skattskyldighet enligt författningarna rörande inkomstskatt och om taxeringsförfarandet – en klar skillnad upprätthållas mellan boet och gäldenären i fråga om ansvaret för efter konkursbeslutet uppkomna fordringar avseende inkomstskatt.”

⁹⁸² Se nedan under avsnitt 15.7.5.

⁹⁸³ Det gäller exempelvis frågan om på vilket sätt konkursboegendomen tillhör konkursboet. Av 3 kap 3 § konkurslagen framgår att till ett konkursbo *räknas* all egendom som tillhörde gäldenären vid konkursutbrottet (med vissa begränsningar) och av 1 kap 1 § följer att under konkurs *omhändertas* tillgångarna för borgenärernas räkning av konkursboet. Frågan om huruvida konkursboet därigenom övertar *äganderätten* till konkursboegendomen är omstridd i doktrinen. Jfr exempelvis Söderlund, Konkursrätten s 316 ff; Lindskog, Betalning s 673 ff; Keller, Konkurs och process s 276 ff, samtliga med vidare hänvisningar. I NJA 2010 s 617 lämnades frågan öppen av HD. Domstolen uttalade där: ”Konkursboet har i princip [hänvisningar uteslutna] samma men inte bättre rätt än konkursgäldenären till prestationer från medkontrahenten (vare sig gäldenärens tillgångar anses vara omhändertagna av konkursboet, se 1 kap. 1 § konkurslagen, eller anses ha övergått till konkursboet som juridisk person genom universalsuccession).”, NJA 2010 s 617, HD:s domskäl st 8.

eller bara en fråga om huruvida boet har förpliktat sig (som vilket annat rättssubjekt som helst).⁹⁸⁴

Även om förhållandet mellan konkursboet och konkursgäldenären är speciellt och omstritt, finns det bestämmelser, bland annat i konkurslagen, som kan belysa hur konkursboet ådrar sig *nya* förpliktelser – det vill säga sådana förpliktelser som inte härrör från konkursgäldenärens avtal eller förehavanden på annat sätt. I den frågan kan utgångspunkt tas i rättssubjektivitetsbegreppet, för att avgöra vilka förpliktelser konkursboet kan ådra sig.

En förutsättning för att någon eller något ska kunna ådra sig skulder är nämligen att det är ett rättssubjekt (har rättssubjektivitet). Ett rättssubjekt brukar beskrivas som ett subjekt som juridiskt sett kan ha tillgångar och skulder (eller rättigheter och skyldigheter).⁹⁸⁵ Emellanåt görs ytterligare en distinktion. Då påpekas att rättssubjekt har rättskapacitet (vilket innebär att subjektet kan ha tillgångar och skulder) samt partsbehörighet (det vill säga att subjektet kan vara part i rättegång).⁹⁸⁶ Det är också denna legala karakteristik som tillskrivs handelsbolag till skillnad från enkla bolag i 1 kap 4 § lagen om handelsbolag och enkla bolag. Av den bestämmelsen framgår det att ett handelsbolag kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt föra talan inför domstolar och andra myndigheter. Det är egenskaper som det enkla bolaget inte har. Ett handelsbolag är till skillnad från ett enkelt bolag en juridisk person.⁹⁸⁷

Mot denna bakgrund kan frågan här ställas om konkursboet har *rätts-subjektivitet*, vad gäller just förmågan att ådra sig nya förpliktelser. (I ovan anförd mening.)

Det står klart att konkursboet i och för sig kan ådra sig nya skulder. Det framgår redan av 11 kap 1 § konkurslagen.⁹⁸⁸ Konkursboet har också

⁹⁸⁴ Se ovan i och vid noterna 965, 966 och 967, samt nedan under exempelvis avsnitt 15.5.

⁹⁸⁵ Söderlund, Konkursrätten s 233; Fridström Montoya, Homo juridicus s 37; Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 50. Beskrivningen finns även i Kelsens klassiker Den rena rättsläran, se a a s 197.

⁹⁸⁶ Se Grauers, P H, Person och avtal s 16 ff; Singer, Barns rätt s 171; Håstad, m fl, Civilrättens grunder s 46; Ramberg, C, Malmströms civilrätt s 54. Jfr även Saldeen, Barn- och föräldrarätt s 299: "Rättsförmåga eller rättskapacitet, som innebär förmåga att vara subjekt för rättigheter och skyldigheter, har alla människor, sålunda även ett litet barn. Ett sådant barn kan alltså på grund av t.ex. en gåva vara ägare till en fastighet eller en post aktier. Barnet har också *partshabilitet*, dvs. kan vara part i en rättegång, när det gäller denna egendom."

⁹⁸⁷ Se Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag 1 kap 4 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

⁹⁸⁸ Här kan invändas att endast skuldsidan är intressant att beakta, eftersom det är fråga om hur sådana skulder (massafordringar) uppkommer. En skuld kan likväl uppkomma genom ett ömsesidigt förpliktande avtal, vilket naturligtvis kommer att innefatta såväl

rätt att kära och svara i domstol.⁹⁸⁹

I frågan om huruvida konkursboet kan åta sig rättigheter finns bestämmelser i konkurslagen, vilka indirekt ger vägledning i frågan. I 8 kap 2 § konkurslagen stadgas nämligen (bland annat):

”Har gäldenären drivit en rörelse, får förvaltaren, om det lagligen kan ske, fortsätta rörelsen *för konkursboets räkning* i den mån det är ändamålsenligt. [Min kursivering.]”

Att fortsätta driften av en rörelse förutsätter (i allmänhet) att avtal kan ingås. I och med att det är konkursförvaltaren som får fortsätta rörelsen måste förvaltaren kunna ingå avtal. Det får till följd att förvaltaren kommer att påföra *konkursboet* rättigheter, eftersom det är för konkursboets *räkning* den fortsatta driften sker.

I detta sammanhang bör också beaktas att konkursboet kan gå i konkurs. Det följer av 1 kap 4 § konkurslagen, vilket är ytterligare ett argument för att konkursboet är ett rättssubjekt.⁹⁹⁰

Mot bakgrund av att konkursboet kan åta sig nya rättigheter, nya skyldigheter, väcka talan i nya rättegångar och dessutom gå i konkurs, måste boet anses vara ett rättssubjekt åtminstone i den bemärkelsen att det kan ådra sig nya förpliktelser. Det finns även förarbetsuttalanden som är förenliga med denna slutsats:

”Begreppet konkursbo kan ha delvis olika betydelser beroende på i vilket sammanhang det används. Det kan sålunda betyda den förmögenhetsmassa som skall användas för betalning till borgenärerna (se t.ex. 3 kap. 3 §) men också det speciella rättssubjekt som konkursboet utgör och som kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter (t.ex. 3 kap. 9 §).”⁹⁹¹

I doktrinen påpekas också att konkursboet är att betrakta som ett rättssubjekt,⁹⁹² även om det emellanåt läggs till att det är ett speciellt

rättigheter som skyldigheter. Det är därför av vikt att belysa fler aspekter än hur skulder uppkommer.

⁹⁸⁹ Se Keller, Konkurs och process s 233 ff, särskilt s 245 ff, om tillgångsprocesser, samt a a s 561 ff, särskilt s 567, om skuldprocesser, med vidare hänvisningar. Se även Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 99; Heuman, Specialprocess s 212 ff och s 216.

⁹⁹⁰ Se vidare prop 1978/79:105 s 708 ff; Isaksson, D, Konkurslagen 1 kap 4 § (Lexino, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 1 kap 4 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), samtliga om vad detta får för följder.

⁹⁹¹ Prop 1986/87:90 s 183.

⁹⁹² Se Keller, Konkurs och process s 53; Isaksson, D, Konkurslagen 1 kap 4 § (Lexino, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 1 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Se även nedan under avsnitt 15.5, i fråga om boets rättssubjektivitet enligt associations-tanken. Se även Mellqvist, Konkursboet s 489: ”Vad gäller rättssubjektet ’konkursbo’ finns det goda skäl att se det som ett självständigt rättssubjekt med egen rättspersonlighet och som sådant som en juridisk person *sui generis* (’av eget slag’).” Om dansk rätt, se

rättssubjekt,⁹⁹³ eller att boet är ett rättssubjekt men att från den definitionen kan inte några slutsatser dras.⁹⁹⁴

Här ska dock inte några allmänna slutsatser dras av konstaterandet att konkursboet är ett rättssubjekt. Här gäller det endast frågan om på vilket sätt de massafordringar uppkommer som inte hör samman med boets relation med konkursgäldenären. Beträffande sådana förpliktelser bör boet anses vara ett rättssubjekt. Att det kan ådra sig sådana förpliktelser har också stöd i det citerade förarbetsuttalandet. Utifrån den punkten kan frågan om vad som krävs för att sådana massafordringar ska uppkomma undersökas vidare med grund i systemargument.

Här bör först noteras att det är konkursförvaltaren som är behörig att utöva konkursboets rättskapacitet. Det är alltså förvaltaren som har behörighet att ådra boet förpliktelser (och rättigheter). Denna behörighet framgår av bland annat 1 kap 3 § och 7 kap 8 § konkurslagen.⁹⁹⁵ På vilket sätt boet ådrar sig nya skulder – hur sådana massafordringar uppkommer – kan ses utifrån boets rättssubjektivitet (i här avsedd bemärkelse) och förvaltarens behörighet. Med ett sådant synsätt bör de nämnda skulderna vara de som konkursförvaltaren har ådragit boet. (Alternativt de skulder som den som handlar för boets räkning eller som boet på annat sätt svarar för ådrar boet.) Boet blir då förpliktat, som vilket annat rättssubjekt

Ørgaard, A, Konkursret s 27, som uttalar att boet är en juridisk person, eftersom det kan vara självständigt förpliktat och berättigat i ett rättsförhållande. Jfr Paulsen, Insolvensret – konkurs s 682, som talar om boet som en särskild juridisk enhet. Om norsk rätt, se Nazarian & Nylund, Konkursrett s 46, som uttalar att boet är ett rättssubjekt.

⁹⁹³ Se SOU 2001:80 s 215; Zamani, Konkursförvaltaruppdragets normer s 50. Tidigare sades ofta att boet var en särskild juridisk person eller att konkursbo-konstruktionen haltade något i jämförelse med andra, vanliga rättssubjekt, se exempelvis Olivecrona, Konkursrätt s 17 f, som menade att boet var en juridisk person. Det kunde dock endast bära förpliktelser och inte rättigheter, eftersom dessa, enligt Olivecrona, tillkom konkursgäldenären, se a st. Se även Welamson, L, Konkursrätt s 192 ff; Hessler, Allmän sakrätt s 508. Det kan noteras att i 1921 års konkurslag (före 1980) var fortsatt drift av gäldenärens rörelse endast tillåten om det behövdes för utredningen av boet, se lag (1979:340) om ändring i konkurslagen (1921:225) och prop 1978/79:105 s 288 f och s 637. Se även Keller, Konkurs och process s 155 ff och s 170 ff, för en historisk tillbakablick på frågan om synen på boets rättssubjektivitet.

⁹⁹⁴ Se lagrådets uttalande i prop 1986/87:90, bilaga 8 s 179; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 99 f; Lindskog, Betalning s 648 f, not 2367; Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 305, not 5; Keller, Konkurs och process s 53, not 97. Se även Möller, Konkurs och miljöansvar s 100. Se även Sandvik, Lærebog i materiell konkursrett s 101, som uttalar att boet är ett rättssubjekt, en egen juridisk person, men att därifrån får inga rättsliga lösningar härledas.

⁹⁹⁵ Se Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 90 ff; Heuman, Specialprocess s 225; Mellqvist, Konkurslagen 1 kap 1 § (Lexino, 2020-07-01). Emellanåt måste dock borgenärerna samt tillsynsmyndigheten höras enligt 7 kap 10 § konkurslagen.

som helst, genom att exempelvis ingå avtal eller ådra sig utomobligatorisk skadeståndsskyldighet.

Att konkursboet i den meningen är ett rättssubjekt och att boet därigenom ådrar sig *nya* förpliktelser på samma sätt som andra rättssubjekt, kan förklara den enighet som råder i doktrinen beträffande sådana förpliktelsernas uppkomst, en enighet som framkom redan i inledningen av detta kapitel.

Det var den första sortens systemargument, men som påpekades i detta avsnitts inledning har det i undersökningen framkommit tre olika sorters systemargument. Den andra sortens systemargument utgår från det *konkursrättsliga systemet*. Utgångspunkt kan då tas i distinktionen mellan konkursfordran och massafordran. Konkursfordringar är sådana fordringar som har uppkommit före konkursutbrottet och som får göras gällande i konkursen. Utdelning på dessa konkursfordringar sker i viss ordning, men utdelning sker först efter det att massafordringarna har fullgjorts. Att denna distinktion upprätthålls är en förutsättning för att det konkursrättsliga systemet ska kunna fungera.

Anledningen till att gäldenären försätts i konkurs är att gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder före konkursutbrottet. Skulle gäldenärens alla skulder upphöjas till massaskulder räcker konkursboets tillgångar inte till för att betala skulderna. Boet går då sannolikt i konkurs. Upprätthålls inte distinktionen leder det på så vis till en oändlig kedja av konkurser. Det konkursrättsliga systemet förutsätter alltså att de fordringar som har uppkommit före konkursutbrottet ska göras gällande *i konkursen*, såsom konkursfordringar. De ska inte ersättas i samma ordning som massafordringar, vilka kan göras gällande mot *konkursboet*. Fordringar som utgör konkursfordringar ska därför som utgångspunkt inte upphöjas till massafordringar.⁹⁹⁶

Det sak- och konkursrättsliga systemet påverkar dock inte bara vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma, såtillvida att konkursfordringar som utgångspunkt inte bör upphöjas till massafordringar. Om utgångspunkten är att lika fall ska behandlas lika bör det sak- och konkursrättsliga systemet också beaktas från konkursborgenärens och tredje mans perspektiv. Har till exempel tredje man separationsrätt till ett föremål i konkursen får konkursboet inte tillgodogöra sig eller på annat sätt förfoga över föremålet utan att bli ersättningsansvarigt. En annan ordning skulle innebära att det sak- och konkursrättsliga systemet inte upprätthölls beträffande tredje mans rätt. Det kan motivera, vad som här benämns, ett särskilt konkursrättsligt ansvar för boet, för det fall det tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över sådana prestationer som var

⁹⁹⁶ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 53.

sakrättsligt skyddade vid den kritiska tidpunkten. Ett sådant sakrättsligt skydd skulle också kunna bestå i att konkursborgenären har en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten.

Den tredje sortens systemargument är av ett annat slag än de föregående argumenten. Argumentet utgår från att vissa frågor i en konkurs bör behandlas på samma sätt som i en företagsrekonstruktion. Det har nämligen gjorts gällande att frågan om huruvida en fordran är en konkursfordran eller en massafordran bör bedömas på samma sätt som frågan om en fordran är en ackordsfordran eller en ackordsfri fordran i en företagsrekonstruktion. Vad som då betonas är främst borgenärernas utfall i de olika förfarandena. Det påtalas att en borgenär inte ska få ett bättre utfall i det ena eller andra förfarandet. Borgenärerna ska i stället behandlas på samma sätt i ett offentligt ackord som i en konkurs. Det har exempelvis Högsta domstolen uttalat i NJA 2016 s 73.⁹⁹⁷ Materiellt likartade regler sägs nämligen förhindra att borgenärer strävar efter något av förfarandena (för egen vinnings skull).⁹⁹⁸ Det har till och med sagts att det "utgör en grundbult i det insolvensrättsliga systemet att bedömningen av om och i vad mån en fordran omfattas av rättsverkningarna av konkurs och offentligt ackord följer enhetliga principer."⁹⁹⁹

Om systemargumenten ska få genomslag bör alltså fordringar behandlas på ett likartat sätt i företagsrekonstruktion och konkurs. Det gör att rättsfall i vilka ackordsfrågor har avgjorts kan få betydelse för frågor om huruvida konkursboet är ansvarigt och vice versa. När det gäller frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser ackord uttalas i NJA 2014 s 537 att om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent har en *innehållanderätt* vid den kritiska tidpunkten och gäldenären efter den kritiska tidpunkten förfogat över prestationen blir denna fordran ackordsfri. Om fordrans uppkomst ska behandlas lika i ackord och konkurs bör därför motsvarande ordning gälla i konkurs. Det innebär att, om borgenären har en innehållanderätt vid konkursutbrottet och konkursboet (efter den kritiska tidpunkten) förfogar över prestationen, så blir det ansvarigt för denna prestation.

⁹⁹⁷ Se NJA 2016 s 73, HD:s domskäl st 17. Frågan i målet gällde om en fordran med säkerhet i en tredjemanspant skulle ingå i en skuldsanering, men uttalandet skedde i en bredare kontext i vilken både konkurs och företagsrekonstruktion behandlades.

⁹⁹⁸ Se SOU 2016:72, del 1 s 150: "En ökad samordning har den stora fördelen att incitamenten för en gäldenär eller borgenär att välja ett förfarande som enbart gynnar det egna intresset minskar. Mer samordnade regler blir enklare och mer förutsägbara för samtliga aktörer, som då slipper att överväga olika alternativa handlingsvägar." Se även SOU 1999:1 s 238 och s 240; SOU 2010:2, del 1 s 72 ff; SOU 2016:72, del 1 s 150. Se Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 86 f och s 96 ff; Gustafsson, L E & Renman, Ackord s 61 f.

⁹⁹⁹ Möller, Avtalsviten i insolvensrätten s 185, noter uteslutna ur citatet.

Sammantaget kan alltså tre olika sorters systemargument göras gällande beträffande vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma. Det första utgick från att konkursboet utgör ett rättssubjekt, i den bemärkelsen att det kan ådra sig nya förpliktelser som vilket annat rättssubjekt som helst. Avseende det andra argumentet betonades konkursförfarandet, såsom system. Det påpekades att konkursfordringar som utgångspunkt inte borde upphöjas till massafordringar, och att boet bör bli ansvarigt om det inte respekterar tredje mans och konkursborgenärens sakrättsliga och konkursrättsliga rättigheter. Beträffande det tredje argumentet lyftes det materiella sambandet mellan frågan om hur boet blir ansvarigt och frågan om huruvida en fordran ingår i ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion.

15.5 Massaskuldens uppkomst – associationstanken

Associationstanken har implikationer för hur konkursboet blir förpliktat. Som nämndes ovan i kapitel 9 innebär associationstanken att konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar och konkursförvaltaren som tvångslikvidator.¹⁰⁰⁰ I associationstanken befinner sig konkursboet på så vis i centrum: Konkursboet anses utgöra ett annat rättssubjekt än konkursgäldenären. Boet anses äga konkursmassan. Konkursborgenärernas anspråk på utdelning blir andelsrätter i konkursboet, inte fordringar i boet. Konkursens ändamål blir boets verksamhetsändamål.

Med associationstanken som grund blir massaskulden en förpliktelse för konkursboet.¹⁰⁰¹ Det sätt på vilket sådana förpliktelser uppkommer påverkas inte av den konkursrättsliga kontexten:

”Associationstanken klargör att massaskulderna är vanliga förpliktelser som har konkursboet som ansvarssubjekt och har uppkommit under allmänna (inte konkurs(associations)rättsliga) regler, dvs under regler som utgår från och förutsätter en rättslig värdering av gäldenärens, här konkursboets, förhåvanden eller förhållanden efter konkursutbrottet.”¹⁰⁰²

Av det följer att det endast är om konkursboet har förpliktat sig som en massaskuld föreligger. Konkursboet ärver inte ansvarsgrundelement från

¹⁰⁰⁰ Se till det följande Söderlund, Konkursrätten s 153 ff. Se även a a s 369 ff, om att det är konkursborgenärerna som är medlemmar i den associationsliknande gemenskapen och inte massaborgenärerna eller konkursgäldenären.

¹⁰⁰¹ Söderlund, Konkursrätten s 499 f.

¹⁰⁰² Söderlund, Konkursrätten s 519, noter uteslutna ur citatet. Se vidare ovan under avsnitt 9.3, om associationstanken.

konkursgäldenärens rättshandlingar i associationstanken, utan samtliga av de rättsfakta som grundar förpliktelsen måste härröra från konkursboet.¹⁰⁰³

I associationstanken är det också tydligt att en massaskulds förekomst inte ska diskuteras med utgångspunkt i fordringsbegreppet i bemärkelsen om borgenären *har* en massafordran. Då finns nämligen en risk för att diskussionen kommer att kretsa kring om borgenären *har* en *rätt* till en massafordran, snarare än om konkursboet är *förpliktat*. Det kan i sin tur leda till att vad som egentligen är en konkursfordran (som endast får göras gällande i konkursen), enligt associationstanken, blir en massafordran (som ska ersättas innan utdelning sker i konkursen). Risken är särskilt påtaglig om det antas finnas en gräns mellan konkursfordringarna och massafordringarna (vilket är det sätt på vilket frågan emellanåt har formulerats av Högsta domstolen).¹⁰⁰⁴ Då kan nämligen konkursboet så att säga ärva ansvarsgrunder från konkursgäldenären. Enligt associations-tanken bör frågan om huruvida det finns en massaskuld alltså inriktas på om konkursboet har ådragit sig en förpliktelse och inte om borgenären har fått en massafordran. Och svaret på om boet har ådragit sig en förpliktelse ges då av till exempel avtalsrätten eller skadeståndsrätten.¹⁰⁰⁵

15.6 Massafordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen

Vid det här laget är det säkert välbekant för dig som läsare att det i den funktionalistiska bedömningen (i här avsedd bemärkelse) tas utgångspunkt i spørgsmålet om huruvida rättsföljden i den relevanta regeln ska inträda.¹⁰⁰⁶ Frågan uppstår då om konkursboet har ådragit sig en skuld eller om borgenären har fått en massafordran. Bedömningen av denna fråga tar sedan sin början i ett eller flera riktmärken, såsom ett eller flera ändamål. Här kan påminnas om det som sades i kapitlets inledning, nämligen att det har framkommit att boet kan bli förpliktat på tre olika sätt: dels genom att ådra sig nya förpliktelser, dels genom att träda in i gäldenärens avtal, dels enligt särskilda konkursrättsliga normer.

För att eftersöka lämpliga riktmärken kan uppmärksamheten vändas mot konkurslagens portalparagraf. Det framgår där att genom konkurs tar en gäldenärs samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis i an-

¹⁰⁰³ Söderlund, Konkursrätten s 543 ff.

¹⁰⁰⁴ Se exempelvis ovan under avsnitt 15.1.

¹⁰⁰⁵ Se Söderlund, Konkursrätten s 499 ff och 553 ff.

¹⁰⁰⁶ Se till det följande ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

språk gäldenärens samlade tillgångar för betalning av sina fordringar.¹⁰⁰⁷ Konkurs är såtillvida ett generalexekutivt förfarande.¹⁰⁰⁸ Portalparagrafen kan läsas mot konkursförvaltarens åligganden enligt konkurslagen. Dessa framkommer bland annat av 7 kap 8 §. Där stadgas det att förvaltaren ska tillvarata borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av konkursboet. I kravet på att konkursens avveckling ska vara förmånlig ligger att borgenärerna bör få en så bra utdelning som möjligt. Sammantaget är alltså konkursens övergripande syfte att i ett sammanhang tvångsvis ta i anspråk gäldenärens tillgångar för betalning av sina fordringar på ett för borgenärerna så förmånligt och snabbt sätt som möjligt.¹⁰⁰⁹ Syftet kan vara vägledande när det kommer till att avgöra vad som krävs för att en massafordran ska uppkomma.

Innan utdelning kan ske i en konkurs måste de tillgångar som ingår i densamma omvandlas till pengar. Detta kommer bland annat till uttryck i 8 kap 1 § och 11 kap konkurslagen. Konkursförvaltningen inbegriper även fler moment än realisering. Tillgångarna kan ofta säljas för ett högre värde om verksamheten drivs vidare och sedan säljs som en enhet. I det här sammanhanget tydliggörs vikten av att konkursboet kan ingå avtal, vars förpliktelser ska betalas eller på annat sätt fullgöras innan någon utdelning kan ske i konkursen. Ifall *konkursboets* borgenärer hade fått nöja sig med sådana krav som kunde göras gällande i konkursen, hade knappast någon ingått avtal med ett konkursbo, om inte boet betalade

¹⁰⁰⁷ Se ovan i not 673, om portalparagrafen.

¹⁰⁰⁸ Se Håstad, Sakrätt s 97; Palmér & Savin, Konkurslagen 1 kap 1 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Se även ovan under avsnitt 11.2, om att konkurs är ett generalexekutivt förfarande och inte ett specialexekutivt sådant.

¹⁰⁰⁹ Se Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 25. Se även Mellqvist, Konkursboet s 473, som adderar att borgenärerna ska få maximalt betalt: "Man brukar också säga att förfarandet [konkursen] går ut på att ge borgenärerna *maximalt* betalt. Bättre vore nog att säga att förfarandet syftar till att minimera borgenärernas förluster. Men oavsett hur man väljer att formulera just detta är ändamålet med en konkurs här klart angivet." Se vidare Keller, Konkurs och kontrakt s 76 ff. Jfr prop 1986/87:90 s 111: "Jag [departementschefen] har för min del uppfattningen att konkursförvaltningen även i fortsättningen måste drivas med utgångspunkt i borgenärernas intresse av en snabb avveckling av boet med ett så bra ekonomiskt resultat som möjligt." Jfr SOU 2010:2, del 1 s 39: "En konkurs syftar i huvudsak till att avveckla gäldenärens verksamhet, realisera hans tillgångar och fördela överskottet bland borgenärerna." Jfr Håstad, Sakrätt s 97, som framhåller att konkursens ändamål är att åstadkomma en samlad uppgörelse. Jfr även Möller, Konkurs och kontrakt s 41 f, som också framhåller dessa faktorer. Jfr även Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s 27: "Syftet med konkurslagen [...] är att borgenärerna skall få betalt genom att gäldenärens samtliga tillgångar tvångsvis skall tas om hand av en förvaltare för att försäljas, om verksamheten avvecklas. [Noter uteslutna.]"

i förskott eller kontant.¹⁰¹⁰ Den ordningen förutsätter en likviditet som boet sällan har.¹⁰¹¹

Konkursförvaltningen (däri inbegripet realiseringen av konkursboet) möjliggörs av att förvaltaren kan ingå avtal på kredit.¹⁰¹² Massafordringars existens och status i konkursen förverkligar på så vis konkursens övergripande syfte. Det är mot den bakgrunden vi bland annat bör förstå vad som krävs för att massafordringar ska uppkomma. Massafordringar är de förpliktelser som konkursförvaltaren åtar (eller rentav ådrar) boet.

Denna slutsats ger enbart ledning i frågan om på vilket sätt konkursboet ådrar sig vissa *nya* förpliktelser. Slutsatsen ger inte vägledning beträffande på vilket sätt boet blir ansvarigt vid ett eventuellt inträde i gäldenärens avtal eller i frågan om huruvida boet ska vara ansvarigt enligt konkursrättsliga normer. De frågorna blir särskilt relevanta om en konkursfordran har uppkommit före konkursutbrottet och förvaltaren sedermera har gjort fordran fullgången. Det blir fallet om boet har tillgodosgjort sig eller på annat sätt förfogat över en prestation som emanerar från konkursgäldenärens avtal. Skulle enbart konkursens övergripande syfte tas i beaktande skulle den mest förmånliga avvecklingen av konkursboet vara att boet inte blev ansvarigt för sitt förfogande över en sådan prestation. Det skulle dock inte utgöra en lämplig intresseavvägning mellan konkursboet och konkursgäldenärens medkontrahent. Det behövs ytterligare riktmärken och konsekvensbedömningar till ledning i dessa frågor.

Som belystes ovan är likabehandlingsprincipen betydelsefull i frågor om borgenärernas inbördes rätt.¹⁰¹³ Principen kan även användas för att avgöra vad som krävs för att en massafordran ska föreligga. Vid ett strikt upprätthållande av likabehandlingsprincipen borde inte en (villkorad) konkursfordran kunna upphöjas till en massafordran, eftersom det innebär att en konkursborgenär till skillnad mot de andra konkursborgenärerna sannolikt får fullt betalt. Det blir inte någon likabehandling av borgenärerna då helt enkelt. Inte heller bör konkursgäldenärens medkontrahent tvingas att prestera efter konkursutbrottet mot erhållandet av en konkursfordran, då även det skulle strida mot likabehandlingsprincipen.¹⁰¹⁴

Från den huvudregel likabehandlingsprincipen innebär har det dock gjorts en mängd undantag. Det kan också beskrivas som att principen har fått en mer preciserad betydelse. Exempelvis måste olika förmånsrätter

¹⁰¹⁰ Håstad, Sakrätt s 124. Se även Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorförföljning s 350 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 564.

¹⁰¹¹ Håstad, Sakrätt s 398.

¹⁰¹² SOU 2001:80 s 77. Andra lösningar hade också varit möjliga, såsom att förmånsrätt hade erhållits i konkursen.

¹⁰¹³ Se vidare ovan under avsnitt 11.2, om likabehandlingsprincipen.

¹⁰¹⁴ Jfr Möller, Konkurs och kontrakt s 54 ff.

enligt förmånsrättslagen beaktas vid utdelning i konkurs. Konkursboet måste också respektera separationsrätter. Det senare följer redan av vilka tillgångar som omfattas av konkursen. Den frågan regleras av 3 kap 3 § konkurslagen, där det framkommer att det endast är egendom som *tillhörde* gäldenären vid konkursutbrottet som ingår i konkursen. Termen *tillhörde* ska här förstås som en hänvisning till de sakrättsliga reglerna, vilket bland annat innebär att om tredje man har bättre rätt till ett föremål ingår inte föremålet i konkursen.¹⁰¹⁵ Förvisso skulle det främja en förmånlig avveckling av konkursboet om boet kunde välja att även tillgodogöra sig sådan egendom som någon annan har bättre rätt till. Det skulle dock inverka begränsande på kreditgivningen, eftersom kreditgivaren skulle få svårare att få (en fullgod) säkerhet för sitt krav. Boet ådrar sig också massaansvar (i vart fall som huvudregel) om det inte respekterar vad som följer av 3 kap 3 § konkurslagen och de sakrättsliga reglerna. Att boet på ett sådant sätt kan ådra sig förpliktelser kan kategoriseras som normer vilka är speciella för den konkursrättsliga kontexten.¹⁰¹⁶

Den berörda triaden, de sakrättsliga reglerna, konkursens övergripande syfte och likabehandlingsprincipen, bör i stället innebära att konkursboet *inte* ådrar sig förpliktelser i vissa fall. Konkursen syftar bland annat till att avveckla gäldenärens tillgångar (oavsett om det innebär en försäljning av enskilda tillgångar, delar av verksamheten eller hela verksamheten). En försäljning av de tillgångar som inte är belastade med sakrättsligt skyddade anspråk bör boet därför kunna vidta utan att ådra sig massaansvar. En annan ordning skulle innebära att likabehandlingsprincipen inte upprätthölls, eftersom vissa borgenärer (eller tredje män) skulle gynnas. Det skulle också motverka konkursens övergripande syfte. Den konkursrättsliga kontexten behöver på så vis beaktas.

Likabehandlingsprincipen kan inte heller vara ensamt avgörande för om konkursfordringar ska upphöjas till massafordringar eller inte. Det gäller särskilt för de konkursborgenärer som har ingått avtal med gäldenären före konkursutbrottet och frågan om huruvida konkursboet ska

¹⁰¹⁵ Håstad, Sakrätt s 115; Mellqvist, Konkurslagen 3 kap 3 § (Lexino, 2020-07-01). Se även Rodhe, Handbok i sakrätt s 354 f, om äldre rätt.

¹⁰¹⁶ Se Håstad, Sakrätt s 398 f. Jfr exempelvis NJA 1972 s 633. I fallet hade förvaltaren sålt intecknad egendomen under hand. HD uttalade: "Lagrådet yttrade, att försäljning av intecknad fastighet, utan samtycke av bevakande inteckningshavare, på sådana villkor att inteckningsrätten komme att kvarstå torde medföra förpliktelse för konkursboet att till inteckningshavaren utgiva det intecknade beloppet (NJA II 1912 s. 272). Med yttrandet torde ha avsetts, att borgenären i den avsedda situationen får en mot konkursboet som sådan riktad fordran, s. k. massafordran. Yttrandet föranledde ej gensaga vid den fortsatta behandlingen av lagstiftningsärendet, och det får anses alltjämt vara vägledande.", NJA 1972 s 633, HD:s domskäl st 1. I rättsfallet tillämpades de regler som gällde innan förmånsrättslagen trädde i kraft.

bli ansvarigt till följd av att boet har trätt in i gäldenärens avtal. I den frågan bör till en början beaktas att avvecklingen av boet inte bara ska vara snabb utan också *förmånlig*. Det framgår av 7 kap 8 § konkurslagen. För att uppnå en förmånlig avveckling av boet kan det ofta vara lämpligt att konkursförvaltaren fortsätter driften av verksamheten i syfte att kunna sälja hela eller delar av den vidare. Av 8 kap 2 § konkurslagen följer att en sådan vidaredrift tillåts om den är ändamålsenlig. Med ändamålsenlig avses här att den fortsatta driften är förmånlig, vilket i och för sig ska vägas mot en snabb avveckling av boet.¹⁰¹⁷

Om verksamheten ska kunna avvecklas på ett förmånligt sätt behöver konkursboet emellanåt kunna inträda i vissa av gäldenärens avtal och därigenom åta sig massaansvar för de förpliktelser som fanns redan vid konkursutbrottet.¹⁰¹⁸ Det kan innebära att en annars oprioriterad borgenär får sin fordran betalt fullt ut. Ett exempel får illustrera hur ett sådant *inträde* kan vara förmånligt för avvecklingen av boet: Anta att en frisörsalong har gått i konkurs, och att konkursförvaltaren väljer att fortsätta driften av salongen under i vart fall en månad efter konkursutbrottet. Det utgör antagligen en förmånlig avveckling av boet, eftersom boet inte svarar för lönekostnaderna under den första månaden i konkursen, enligt 5 kap 18 § konkurslagen och bestämmelserna om lönegaranti.¹⁰¹⁹ Boet kan alltså driva salongen vidare under den första månaden efter konkursen för att generera intäkter. Samtidigt behöver det inte betala för lönerna, vilka troligen skulle ha tillhört de större utgiftsposterna i exemplet om lönegarantin inte fanns.

För att driften av vår salong ska kunna fortsättas krävs inte bara personal utan även hårprodukter. I det fallet att det lokala lagret av hårprodukter inte räcker måste konkursförvaltaren ordna fram ytterligare sådana. Förvaltaren kan säkerligen köpa in varorna utan att träda in i något av gäldenärens avtal. Men anta att gäldenären har haft ett särskilt

¹⁰¹⁷ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 41. Se även Ödén, Konkurslagen 8 kap 2 § (Lexino, 2020-07-01).

¹⁰¹⁸ Det är oklart om boet kan inträda partiellt i gäldenärens avtal, och frågan ska inte utvecklas närmare här. Se i stället Möller, Konkurs och kontrakt passim. Se även bl a SOU 2001:80 s 85 ff; Hellner, Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden s 235 ff, särskilt s 242 ff; Håstad, Sakrätt s 407 ff; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal bl a s 65 f och s 105 ff; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 279 ff; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 186 f; Mellqvist, Konkurslagen Inledning (Lexino, 2020-07-01).

¹⁰¹⁹ Se även Danhard, Konkursarbetsrätt s 35. Konkursboet kan också undvika att ådra sig ansvar för eventuella hyresfordringar, genom att inte inträda i hyresavtalet och i stället ställa hyreslokalen till hyresvärdens förfogande inom en månad efter det att boet fått en uppmaning av hyresvärden om detta. Boet blir då nämligen inte ansvarigt för hyran, allt enligt 12 kap 31 § JB. Se även vidare nedan under avsnitt 15.7.3, om hur boet blir ansvarigt för sådana fordringar.

förmånligt avtal med en viss leverantör, enligt vilket en leverans av de nu eftersökta hårprodukterna egentligen skulle ske vid en viss tidpunkt efter konkursutbrottet. I och med konkursen har leverantören en rätt att innehålla sina varor enligt 61 § köplagen. Skulle leverans ske till konkursboet är boet dessutom skyldigt att lämna tillbaka varorna eller betala för dem enligt 63 § 4 st köplagen.¹⁰²⁰ Konkursgäldenärens medkontrahent har på så vis en skyddad position (avseende denna leverans) i konkursen och vill förstås inte leverera utan att få betalt för sina varor. Boet får dock inträda i avtalet enligt 63 § köplagen och åta sig massaansvar. I exemplet kan alltså boet köpa hårprodukterna till det förmånliga priset om det träder in i avtalet. Medkontrahenten är då tryggad genom att boet åtar sig massaansvar. Inträdet främjar även en förmånlig avveckling av boet och i förlängningen borgenärskollektivet.¹⁰²¹

Inträdet är likväl inte förenligt med likabehandlingsprincipen, eftersom leverantören av hårprodukterna gynnas, jämfört med andra borgenärer, av konkursboets inträde. Det blir tydligt genom en jämförelse med vad som hade hänt om något inträde inte hade kommit till stånd. I det fallet hade leverantören i och för sig kunnat utnyttja sin stoppningsrätt enligt 61 § köplagen och hade säkerligen också kunnat göra gällande en skadeståndsfordran i konkursen. Om leverantören inte hade någon säkerhet för denna fordran hade den dock varit oprioriterad, vilket vanligen innebär att den skulle ha fått liten eller ingen utdelning i konkursen. Genom inträdet kommer leverantören i stället med stor sannolikhet att få betalt fullt ut enligt avtalet. I jämförelse med andra oprioriterade borgenärer gynnas alltså en viss borgenär av inträdet. Det innebär visserligen en avvikelse från likabehandlingsprincipen, men det leder samtidigt till en mer förmånlig avveckling av boet.¹⁰²² Förvaltaren bör alltså kunna frångå likabehandlingsprincipen, genom att inträda i gäldenärens avtal och åta boet massafordringar, om det innebär en förmånlig avveckling av boet.¹⁰²³ I och med att inträdet sker i ett av gäldenärens avtal bör som utgångspunkt vanliga avtalsrättsliga regler styra på vilket sätt boet inträder (men i bedömningen måste den konkursrättsliga kontexten likväl beaktas).

¹⁰²⁰ Se även vidare nedan under avsnitt 15.7.2.

¹⁰²¹ Se vidare nedan under avsnitt 15.7.2, om 63 § köplagen.

¹⁰²² Se Möller, Konkurs och kontrakt s 39 ff, s 66 och s 75 f, om hur boets inträde innebär ett gynnande av en enskild borgenär men samtidigt främjar en förmånlig avveckling av boet.

¹⁰²³ Omfattningen av massaansvaret är dock omdiskuterat, se vidare nedan under avsnitt 15.7.2.

Likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen¹⁰²⁴ bör i stället få genomslag i vissa andra fall. Så bör ske om en del av de rättsfakta som konstituerar den fullgångna fordran förelåg vid konkursutbrottet och det är konkursboets agerande som gör fordran fullgånngen. Det tidigare exemplet med frisörsalongen får illustrera det sagda. Låt säga att konkursgäldenärens medkontrahent inte hade levererat hårprodukterna vid konkursutbrottet. Efter vad som framgår av 61 § köplagen hade då medkontrahenten en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten. Om leverans trots detta sker efter konkursutbrottet och konkursboet använder produkterna, så bör frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen få genomslag, på så vis att medkontrahentens rätt bör bedömas enligt vad som gällde vid konkursutbrottet,¹⁰²⁵ då medkontrahentens position var skyddad. Eftersom varorna inte kan lämnas tillbaka, på grund av att boet tillgodosgjort sig dessa, bör konkursgäldenärens medkontrahent kompenseras. Konkursboets tillgodosgörande av varorna bör därför leda till att boet också blir ansvarigt i enlighet med konkursgäldenärens avtal. Slutsatsen blir att om *boet tillgodosgör sig eller på annat sätt förfogar över en prestation* från konkursgäldenärens medkontrahent (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad) och konkursgäldenärens medkontrahent hade rätt att innehålla sin prestation vid konkursutbrottet eller en sakrättsligt skyddad återtaganderätt från konkursgäldenären eller boet (men inte nyttjat denna möjlighet) bör boets förfogande över prestationen medföra ett massaansvar.

Däremot bör konkursgäldenärens medkontrahent inte behandlas på annat sätt än någon annan oprioriterad borgenär, om medkontrahenten har fullgjort sin prestation redan före konkursutbrottet. Det gäller om inte konkursboet väljer att inträda i avtalet enligt vad som har framkommit ovan.

Som ska utvecklas vidare nedan finns visst stöd för att konkursboet blir ansvarigt i de nämnda fallen i köplagens 63 § 5 st. Där framgår att om en säljare av en vara överlämnar den till konkursgäldenären eller konkursboet efter konkursutbrottet och boet säljer eller på annat sätt förfogar över varan så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad anses boet ha inträtt i avtalet. Inom doktrinen har det sagts att det kan göras analogier till den norm som kommer till uttryck

¹⁰²⁴ Se ovan under avsnitt 11.2, om frysningsprincipen.

¹⁰²⁵ Jfr även Rt 1994 s 291, där Høyesterett fann att ett inträde i ett kontrakt inte var nödvändigt för att boet skulle nyttja de redan före konkursutbrottet förvärvade rättigheterna.

i bestämmelsen och Högsta domstolen har också tillämpat motsvarande norm i 1905 års köplag analogt.¹⁰²⁶

Det har även framhållits att denna norm bör gälla generellt, eftersom andra rättssubjekt (än konkursboet) också kan bli ansvariga (i vissa fall) om de tillägnar sig varor som de inte har beställt.¹⁰²⁷

Möller¹⁰²⁸ och Lindskog¹⁰²⁹ förespråkar att konkursboet ska bli ansvarigt om boet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över en prestation (så att den inte kan återlämnas väsentligen oförändrad och oförminskad), som konkursgäldenärens medkontrahent hade rätt att innehålla vid konkursutbrottet eller en sakrättsligt skyddad rätt att återta från konkursgäldenären eller boet (men inte nyttjat denna möjlighet). Även Håstad förordar att en sådan norm ska gälla, men han konstaterar att den inte har fått genomslag i Högsta domstolens rättspraxis.¹⁰³⁰ Normen har blivit

¹⁰²⁶ Se vidare nedan under avsnitt 15.7.2. I 1905 års köplag fanns en till innebörden motsvarande bestämmelse i 41 § 2 st. Regeln motiverades främst med billighetsskäl. Det sades att det skulle vara obilligt mot säljaren om den omständigheten att boet fick varan i besittning skulle medföra att säljaren enbart fick en oprioriterad konkursfordran, se 1903 års förslag till lag om köp och byte av lös egendom s 101 f; Hasselrot, Köplagens bestämmelser i fråga om köparens obestånd s 297; Hillgård, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt s 181; Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 554 f; Hessler, Allmän sakrätt s 194; Lennander, Säljarens rätt att återkräva obetalda varor från en insolvent köpare s 333 f.

¹⁰²⁷ Se Håstad, Sakrätt s 398. Se även vidare nedan under avsnitt 15.8.

¹⁰²⁸ Se Möller, Konkurs och kontrakt bl a s 54 ff, s 74 ff och s 824 f, särskilt s 825: "Sammanfattningsvis måste sägas att frågan när boet typiskt sett bör anses ha inträtt i gäldenärens avtal är mycket svår att generellt besvara enligt gällande rätt. Särskilt köplagens och JB:s motsatta lösningar angående boets förfogande över motpartens prestation gör att tveksamheten i de oreglerade fallen blir stor. Mycket vore vunnet om två förhållandevis enkla huvudregler tillämpades, nämligen (1) att boets icke endast obetydliga tillgodogörande av motpartens prestation in dubio bör medföra inträde och (2) att boet bör anses ha inträtt då det fullgör sådana prestationer som boet inte var sakrättsligt skyldigt att fullgöra. Ren passivitet bör inte betyda att boet inträtt." Se även vidare nedan under avsnitt 15.8.

¹⁰²⁹ Se Lindskog, Kvittning s 177 ff, s 191 ff och s 213 ff. Lindskog motiverar sin ståndpunkt till viss del med samma skäl som han anför för riskprincipen, se ovan under avsnitt 12.5.2, om riskprincipen. Vad gäller de situationer i vilka boet gör fordran fullgången genom att förfoga över prestationen uttalar Lindskog att boet blir ansvarigt, om borgenären kunde separera, stoppa eller annars innehålla eller återta sin egen prestation, d v s om borgenären hade ett sakrättsligt skydd till prestationen. I annat fall var borgenären utsatt för risken för insolvens hos (konkurs)gäldenären, varför riskprincipen bör få genomslag och borgenären får då endast en konkursfordran enligt Lindskog, se a s 177 f. Se även vidare nedan under avsnitt 15.8.

¹⁰³⁰ Se Håstad, Sakrätt s 418 ff, särskilt s 419: "Antagligen ger det bättre ledning om man utgår från att boet binds enligt *allmänna förmögenhetsrättsliga regler* men samtidigt beaktar att *boet ej bör vara massaansvarigt för utnyttjanden av medkontrahentens prestation om medkontrahenten saknade sakrättsligt skydd vid konkursutbrottet*. Enligt praxis

omnämnd som *förfogandeprincipen*,¹⁰³¹ vilket förefaller vara en lämplig benämning.

Förfogandeprincipen har föreslagits gälla generellt av flera olika utredningar, bland annat Förmånsrättskommittén.¹⁰³² Kommittén ansåg bland annat att ett konkursbo inte utan massaansvar borde kunna tillgodogöra sig prestationer, och därigenom fortsätta bedriva verksamheten på mer förmånliga villkor än andra näringsidkare.¹⁰³³ Förfogandeprincipens vara eller icke vara i frågan om huruvida boet har ådragit sig en förpliktelse har utgjort bränsle för många diskussioner i doktrinen. Frågan har prövats av högsta instans vid ett antal tillfällen och är en av de mest centrala (del)frågorna gällande på vilket sätt boet ådrar sig en förpliktelse. Den kommer att behandlas ingående nedan.

Här bör också framhållas att förfogandeprincipen är förenlig med vad som anfördes ovan som ett systemargument, då sak- och konkursrätten som system beaktades. Det påpekades då att det sak- och konkursrättsliga systemet bör beaktas från konkursborgenärens och tredje mans perspektiv. Det leder till att, om någon exempelvis har en separationsrätt eller en innehållanderätt, så bör denna respekteras av konkursboet. Utgångspunkt togs då i att lika fall ska behandlas lika, medan utgångspunkt här togs i likabehandlingsprincipen. Kanske är det då inte särskilt märkligt att slutsatser som överensstämmer med varandra nås, eftersom likabehandling är det som betonas.

I förevarande avsnitt har framför allt fordringar som har sin grund i avtal behandlats. Även hur konkursboet blir ansvarigt för andra typer av fordringar måste dock undersökas. Om det bara ses till att konkursen ska innebära en förmånlig avveckling skulle boet inte alls bli ansvarigt för utomobligatoriska skadeståndsfordringar eller för andra fordringar, som inte har sin grund i ett avtal. Det allmänna borgenärskollektivet gynnas förstås av att så lite som möjligt ersätts ur massan. En sådan ordning tar dock inte hänsyn till den presumtiva motpartens intressen. Kan boet fortsätta driften av verksamheten, genom att bland annat sluta nya avtal,

(se åtminstone HD:s domskäl nedan) gäller knappast det omvända, nämligen att boet är massaansvarigt när medkontrahenten hade sakrättsligt skydd för återtagande av den utnyttjade prestationen (se dock NJA 1986 s 136), men förmodligen borde så vara fallet.”, noter uteslutna ur citatet. Se även Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 305 ff. Se även vidare nedan under avsnitt 15.8.

¹⁰³¹ Möller, Konkurs och kontrakt s 825.

¹⁰³² Se SOU 1999:1 s 298 och s 363, om boets ansvar för hyresfordringar. Se även SOU 2001:80 s 151 ff, för en generell sådan regel. Se även SOU 2010:2, del 1 s 426 ff, för Insolvensutredningens förslag som liknade Förmånsrättskommitténs. Se även SOU 2016:72, del 2 s 203 ff, för liknande förslag såvitt avser företagsrekonstruktion.

¹⁰³³ SOU 1999:1 s 363.

måste det också exempelvis svara för eventuellt vårdslöst orsakande av skada. Det är en intresseavvägning som har stöd i doktrinen.¹⁰³⁴ Däremot bör, som nämnts, inte konkursboet arva eventuella förpliktelser från konkursgäldenären.¹⁰³⁵ Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Det är då dags att summera den funktionalistiska bedömningen. Utgångspunkt togs i frågan om på vilket sätt konkursboet ådrar sig en skuld och i konkursens övergripande syfte, vilket konstaterades vara att i ett sammanhang tvångsvis ta i anspråk gäldenärens tillgångar för betalning av sina fordringar på ett för borgenärerna så förmånligt och snabbt sätt som möjligt. För att möjliggöra att detta syfte uppnås bör boet ha möjlighet att åta sig nya förpliktelser. Boet bör även ha möjlighet att inträda i konkursgäldenärens avtal, om det innebär en förmånlig avveckling av boet. Det gäller även om det strider mot likabehandlingsprincipen. Men den konkursrättsliga kontexten, att boet ska avvecklas, måste också tas i beaktande då frågan om huruvida boet har inträtt i konkursgäldenärens avtal bedöms. Även konkursgäldenärens medkontrahents eventuella innehållanderätt eller återtaganderätt vid den kritiska tidpunkten måste fästas avseende vid. Har medkontrahenten en sådan rätt och om boet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen, så bör boets agerande medföra ett massaansvar enligt förfogandepincipen. Vad gäller andra typer av fordringar bör boet bli ansvarigt som vilket annat rättssubjekt som helst.

15.7 Massafordrans uppkomst – några olika typfall

15.7.1 Inledande anmärkningar

I kapitlet har frågan om massafordrans uppkomst behandlats med hjälp av systemargument, associationstanken och argument som härrör från en funktionalistisk bedömning. Frågan har delats in i tre delfrågor, nämligen vad som krävs för att nya förpliktelser ska uppkomma, vad som krävs för att konkursboet ska ha inträtt i gäldenärens avtal och vad som krävs för att boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer. I förevarande avsnitt ska massafordrans uppkomst studeras utifrån ett antal olika typfall.

Inte alla de nämnda delfrågorna är lika intressanta här. Vad gäller frågan om nya förpliktelser uppkomsttidpunkt konstaterades i avsnittet om systemargumenten att konkursboet ådrar sig sådana förpliktelser som

¹⁰³⁴ Se ovan under avsnitt 15.1.

¹⁰³⁵ Jfr Möller, Konkurs och kontrakt s 53.

vilket annat rättssubjekt som helst. Det är också en slutsats som är förenlig med associationstanken. Även i den funktionalistiska bedömningen nåddes en sådan slutsats (i vart fall avseende avtalsgrundade fordringar). Bland annat påpekades att en förmånlig avveckling av konkursen främjas, om förvaltaren kan ingå avtal i vilka medkontrahentens fordran får massastatus. Att boet ådrar sig sådana förpliktelser som vilket annat rättssubjekt som helst har även stöd i doktrinen.¹⁰³⁶ Svaret på vad som krävs för att en sådan förpliktelse ska uppkomma återfinns alltså i till exempel avtalsrätten eller skadeståndsrätten.

Här kommer därför uppmärksamheten framför allt riktas mot vad som krävs för att konkursboet ska ha inträtt i ett avtal, och därigenom åtagit sig förpliktelser, och vad som krävs för att boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga regler. Det finns bestämmelser som till viss del reglerar dessa frågor, såvitt avser köp av lös egendom, anställningsavtal och vissa nyttjanderättsavtal. Det finns därtill vägledande avgöranden från Högsta domstolen vad gäller förlagsavtal och boets ansvar för nyttjande av lokal när nyttjanderättsavtal saknas.

15.7.2 Fordran med grund i avtal om köp av lös egendom

I köplagen finns regler om gäldenärens avtal vid konkurs. Dessa reglerar på vilket sätt konkursboet kan ådra sig förpliktelser, dels genom inträde, dels genom (vad som här benämns) särskilda konkursrättsliga normer. Som nämndes ovan under avsnittet om den funktionalistiska bedömningen kommer förfogandeprincipen till uttryck i reglerna.¹⁰³⁷ Högsta domstolen har även prövat förfogandeprincipens betydelse i en närliggande fråga, och rättsfallet ska behandlas i detta avsnitt.

Utgångspunkt kan tas i 63 § 1 st köplagen. Där föreskrivs att om en part har försatts i konkurs, så får konkursboet inträda i köpeavtalet.¹⁰³⁸

¹⁰³⁶ Hessler, Allmän sakrätt s 508; Håstad, Sakrätt s 398; Söderlund, Konkursrätten s 499 f och s 537; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 272; Lindskog, Betalning s 650 f; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 40. Se även ovan under avsnitten 15.2 och 15.3, om dansk och norsk rätt.

¹⁰³⁷ Se exempelvis Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 306.

¹⁰³⁸ Boets ansvar för eventuella fel i varan har diskuterats i doktrinen bl a avseende situationen att boet inträder i avtalet. Det finns även uttalanden i rättspraxis och i förarbetena till köplagen i frågan. I NJA 1996 s 368 uttalade HD att om konkursboet träder in i ett köpavtal övertar boet de villkor som gällde för konkursgäldenären (i rättsfallet var fråga om kvittning i konkurs, se vidare nedan under avsnitt 14.4.2, om rättsfallet). Se även prop 1988/89:76 s 184, där det uttalas att om konkursboet träder in i avtalet, så inträder boet i gäldenärens rättigheter och skyldigheter *fullt ut* i enlighet med avtalet. Se även SOU 2001:80 s 95 ff; Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag s 417; Munukka, Köplagen 63 § (Karnov, 2020-07-01); Ramberg, J & Herre, Köplagen 63 § (Norstedts Juridik,

Regeln gäller oavsett om konkursgäldenären var säljare eller köpare. Av samma stycke följer även att gäldenärens medkontrahent får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda.¹⁰³⁹ Enligt förarbetena behöver beskedet inte lämnas genom en uttrycklig förklaring eller genom ett särskilt meddelande från boet. Det sägs i förarbetena att en sådan åtgärd som klart ger uttryck för boets avsikt kan tillmätas samma betydelse som ett uttryckligt meddelande.¹⁰⁴⁰ Ett exempel som ges på en sådan åtgärd är att boet betalar för en vara som har mottagits efter konkursutbrottet. I förarbetena uttalas dock att om boet inte självant meddelar någon avsikt att inträda kan inte en sådan passivitet anses innebära att boet har inträtt i avtalet. Det sägs gälla oavsett om motparten har frågat om boet vill inträda eller inte. Eftersom det är boets avsikt som efterfrågas synes det lämpligt och rimligt att använda de sedvanliga avtalsrättsliga verktygen, för att avgöra om boet (klart) har givit uttryck för en avsikt att träda in i avtalet. I vanlig ordning får då samtliga relevanta omständigheter som

2020-07-01); Svensson, O, Köplagen 63 § (Lexino, 2020-07-01). Se även Lindskog, Kvittning s 177 ff, om bevarandeprincipen som sägs innebära att om boet önskar inträda i gäldenärens avtal får boet acceptera att ta över den position som gäldenären hade. Se även Möller, Konkurs och kontrakt s 232 ff, som diskuterar frågan utifrån 1905 års köplag (men diskussionen bör fortsatt ha giltighet). Han finner att om boet inträder i avtalet ansvarar det också för fel. Möller problematiserar dock vad som konstituerar ett inträde från boets sida, se a st. Jfr dock Håstad, Köprätt s 190 ff, som problematiserar omfattningen av boets ansvar.

¹⁰³⁹ Frågan om regeln är tvingande eller kan avtalas bort faller utanför denna avhandlings avgränsningar. Här kan nämnas att frågan är omdiskuterad och lämnades obesvarad av förarbetena till köplagen, se prop 1988/89:76 s 232 f. Se även bl a SOU 2001:80 s 87 f; SOU 2010:2, del 1 s 386; Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 136 ff; Håstad, Sakrätt s 402 ff; densamme, Köprätt s 186 f; Söderlund, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet s 295 ff; Lindskog, Kvittning s 186 f; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 71 ff; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 185 f; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 92 f; Keller, Konkurs och process s 243; Munukka, Köplagen 63 § (Karnov, 2020-07-01); Ramberg, J & Herre, Köplagen 63 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Svensson, O, Köplagen 63 § (Lexino, 2020-07-01). Frågan om motsvarande bestämmelser i 1905 års köplag var tvingande var också omdiskuterad, se bl a Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 532, not 143; Hellner, Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden s 246 ff; Möller, Konkurs och kontrakt s 58 ff, s 92 ff och s 199 ff.

¹⁰⁴⁰ Se till det följande prop 1988/89:76 s 183 f. Se även det danska rättsfallet U 1955 1009/2 H, där boet fortsatte produktionen i viss utsträckning, uppfyllde en förpliktelse och sände en faktura. Varvid dessa omständigheter ansågs göra boet ansvarigt för ett fel i en vara. Domen har tolkats som att uppfyllelse av förpliktelser som utgångspunkt innebär inträde i dansk rätt, se Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 290. Se även bet 1971:606 s 122: ”Boets indtræden kan ske ved en udtrykkelig erklæring derom, afgivet enten på eget initiativ eller som svar på en opfordring fra medkontrahenten, jfr. stk. 2, men kan også være stiltiende, f. eks. ved at boet råder over medkontrahentens ydelse, skønt boet ved, at denne kunne kræves tilbage i kraft af ejendomsforbehold.”

aktualiseras i det enskilda fallet beaktas, i bedömningen av om boet har givit uttryck för en sådan avsikt som krävs.¹⁰⁴¹

I tolkningen av om en åtgärd klart har givit uttryck för konkursboets avsikt lär vanligen den konkursrättsliga kontexten aktualiseras, såsom om gäldenärens medkontrahent har separationsrätt. Har köparen separationsrätt är boet skyldigt att hålla varan tillgänglig för avhämtning, annars kan det bli massaansvarigt.¹⁰⁴² Då boet tillhandahåller varan i dessa fall kommer det inte (ensamt) kunna tolkas som ett uttryck för boets avsikt att träda in i avtalet.¹⁰⁴³ Om köparen har förskottsbetalat, utan att ha någon säkerhet för betalningen, bör boet för övrigt noga överväga om det ska leverera varan till köparen, eftersom en leverans kan ge köparen kvittningsmöjlighet. Boets krav på betalning av varan (huvudfordran) anses nämligen ha uppkommit redan genom avtalet, varför köparen kan använda en konkursfordran till att kvitta mot boets krav på betalning.¹⁰⁴⁴

Det finns även regler om när konkursboet ska ha ansetts inträtt i avtalet. I 63 § 4 och 5 st köplagen stadgas nämligen:

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

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

Femte stycket ska läsas mot fjärde stycket. Femte stycket reglerar följaktligen situationen att varan har överlämnats till konkursboet *efter* konkursutbrottet samtidigt som boet har sålt varan eller på annat sätt förfogat över den så att den inte kan lämnas åter väsentligen oförändrad och

¹⁰⁴¹ Jfr Samuelsson, J, Tolkningenslärasnans gåta s 195, som påtalar att varje avtalstolkningsfråga är konkret, varje tolkning måste kunna stå på egna ben. Jfr även a a s 190, not 561, där likheten mellan tolkning och avtalsbegreppet lyfts fram. Se även densamme, Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom varigenom skiljeförfarandet avslutats utan prövning i sak s 490, vid och i not 77, där han påpekar att bedömningen av om rättssubjekten förpliktat sig (till ett stödbrev) är individuell och avhängig om avsikten kommit tillräckligt tydligt till uttryck.

¹⁰⁴² Se ovan vid och i not 1016.

¹⁰⁴³ Se vidare Möller, Konkurs och kontrakt s 232 ff, som även behandlar frågor om varan inte är identifierbar och leveransklar.

¹⁰⁴⁴ Se vidare ovan under avsnitt 14.5.2.

oförminskad.¹⁰⁴⁵ Konkursboet ska då enligt denna regel anses ha inträtt i avtalet och boet ådras sig därigenom förpliktelser.¹⁰⁴⁶ Såsom påpekades ovan kommer förfogandeprincipen till uttryck i denna regel, såvitt avser de situationer i vilka konkursgäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad innehållanderätt.¹⁰⁴⁷ I jämförelse med 1 st i 63 § köplagen, i vilket det är fråga om huruvida boet har givit uttryck för en *avsikt* att inträda, är i femte stycket fråga om ett visst agerande som innebär att boet *anses* ha inträtt i avtalet. I femte stycket är det alltså inte fråga om huruvida boet har haft någon avsikt att inträda, det vill säga om boet haft viljan att inträda, utan fråga är om en särskild konkursrättslig norm som innebär att boet har inträtt i avtalet.

Här bör också nämnas att motsvarigheten till 63 § 5 st köplagen i 1905 års köplag, nämligen 41 § 2 st, har tillämpats analogt av Högsta domstolen i NJA 1986 s 136. I fallet var omständigheterna att O hade lämnat i uppdrag till (konkurs)gäldenären att för hans räkning avverka viss skog. (Konkurs)gäldenären överlät avverkningsrätten vidare till K-I. K-I betalade köpeskillingen till (konkurs)gäldenären. Därefter utbröt konkursen. O förbjöd då K-I att avverka skogen, men K-I avverkade den ändå. O stämde därför konkursboet och krävde att köpeskillingen ersattes som massafordran. I fallet var 1905 års köplag inte direkt tillämplig. Eftersom enligt 7 kap 3 § JB ska nämligen en skogsavverkningsrätt, som var fråga om i fallet, ses som en nyttjanderätt.

Inledningsvis konstaterade hovrätten, vars dom Högsta domstolen fastställde, att det inte fanns någon direkt tillämplig bestämmelse, varför allmänna kontraktsrättsliga principer skulle tillämpas. Domstolen likställde avverkningsrätten med ett köpeavtal, eftersom rättigheten avsåg en rotpost som skulle tas ut under kort tid. Domstolen fann därför att de grundsatser som hade lagfästs i köplagen var tillämpliga i fallet. Det uttalades också av domstolen att K-I mot O:s bestridande hade tillgodogjort sig skogen efter konkursutbrottet. Då K-I hade handlat som innehavare av konkursgäldenärens rätt hade O kunna göra gällande sin stoppningsrätt mot konkursboet. Och i och med att skogen inte kunde återställas fann domstolen att boet hade ådragit sig massaansvar för köpeskillingen.

¹⁰⁴⁵ Se prop 1988/89:76 s 185 f; SOU 2001:80 s 100; Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 132; Håstad, Köprätt s 187 ff; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 70; Ramberg, J & Herre, Köplagen 63 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Svensson, O, Köplagen 63 § (Lexino, 2020-07-01).

¹⁰⁴⁶ Se prop 1988/89:76 s 186.

¹⁰⁴⁷ Se ovan under avsnitt 15.6.

Rättsfallet har visserligen kritiserats (dock av andra skäl, främst för att det inte var konkursboet som tillgodogjorde sig godset),¹⁰⁴⁸ men av fallet framkommer ändå att köplagens bestämmelse (som ger uttryck för förfogandeprincipen) i princip kan användas analogt. Skillnaden mellan om boet har inträtt, genom att ge uttryck för sin avsikt att inträda, och att boet har ansetts inträda i avtalet blir också tydlig, genom vilka omständigheter som fästes avseende vid i fallet. Domstolen eftersökte inte konkursboets eventuella avsikt, utan det var bland annat om stoppningsrätt kunde göras gällande mot boet som hade betydelse.

Inom doktrinen har det också förordats att såväl 41 § 2 st 1905 års köplag som 63 § 4 st och 5 st kan tillämpas analogt. Det har bland annat påpekats att reglerna kan tillämpas på säljarens konkurs med följden att om köparen erlägger betalning efter konkursutbrottet kan köparen rikta ett återbäringskrav mot konkursboet.¹⁰⁴⁹ Här bör även nämnas att Möller uttalar att regeln är tillämplig på betalningar i andra momentana avtalsförhållanden, såsom vid entreprenadbeställarens konkurs och fastighetsköp, samt då boet mottar en betalning.¹⁰⁵⁰

Förfogar konkursboet över en vara som i stället har levererats *före* konkursutbrottet, då säljaren inte har rätt att separera den, kan boet tillgodogöra sig varan utan att ådra sig ansvar. Säljarens fordran på betalning förblir en konkursfordran i dessa fall. Egendomen tillhörde gäldenären vid konkursutbrottet, och egendomen räknas då till konkursboet enligt 3 kap 3 § konkurslagen.

Sammantaget finns alltså stöd i köplagen för att konkursboet kan ådra sig förpliktelser genom att inträda i ett avtal, och om boet har inträtt i

¹⁰⁴⁸ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 398 f, not 146; Håstad, Sakrätt s 424 f; Lindskog, Kvittning s 180. Se även SOU 2001:80 s 100, not 24.

¹⁰⁴⁹ Se SOU 2001:80 s 101; Håstad, Sakrätt s 203; Zackariasson, L, Borgenärsskydd och specialitet s 529. Se även Ekeberg & Benckert, Obligationsrättens speciella del I s 103 f; Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 507; Hellner, Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden s 252; Möller, Konkurs och kontrakt s 229, samtliga om att 1905 års köplag även var tillämplig vid säljarens konkurs. Häremot Winroth, Köp av lös egendom s 223 ff, som inte ansåg att reglerna i 39–41 §§ 1905 års köplag kunde tillämpas på säljarens konkurs. Enligt Winroth var det i stället en sakrättslig fråga. Han menade likväl att om boet förfogade över en betalning som hade erlagts efter konkursutbrottet blev boet ansvarigt men enligt sakrättsliga regler, se a s 226 f.

¹⁰⁵⁰ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 287 ff, s 731 ff och s 824 f. Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 299 ff. Möller har uttryckt att det är osäkert om finansiell leasing ska hänföras till reglerna om köp eller till reglerna om nyttjanderätt (se nedan under avsnitt 15.7.3, om dessa regler), se Möller, Civilrätten vid finansiell leasing s 132 ff. Se även Millqvist, Finansiell leasing s 291 ff, som finner att köplagens regler blir tillämpliga på finansiell leasing. Jfr dock Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 108 ff, som menar att boet är skyldigt att erlagga avgifter till leasingbolaget för den tid det faktiskt nyttjar leasingobjektet. Se även nedan under avsnitt 15.8, om leasing och boets ansvar.

avtalet eller inte bör, lämpligen och rimligen, hanteras genom en avtalsrättslig bedömning. I köplagen finns också uttryckligt stöd för förfogandeprincipen, såvitt avser situationen att konkursgäldenärens medkontrahent har en innehållanderätt vid konkursutbrottet.

15.7.3 Fordran med grund i avtal om nyttjanderätt till fastighet

I jordabalken har frågan om vad som krävs för att konkursboet ska ådra sig massaansvar för förpliktelser som emanerar från konkursgäldenärens nyttjanderättsavtal delvis reglerats. Det gäller både i frågan om huruvida boet har inträtt i avtalet och den om boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer. Regler finns för hyra av lokal och för jordbruksarrande, och de gäller i de fall då boet fortsätter att använda nyttjanderätten efter konkursutbrottet. Inom doktrinen har det dessutom framförts att boet bör bli ansvarigt om det använder en lokal utan att inträda i avtalet i vissa fall som inte omfattas av jordabalkens regler. Den förordade ordningen och argumenten för densamma bygger på, och ger därmed implicit uttryck för förfogandeprincipen.¹⁰⁵¹ I regel har också hyresvärderna en sakrättsligt skyddad återtaganderätt till fastigheten vid hyrestagarens konkurs, vilket aktualiserar nämnda princip. Principens tillämplighet har prövats av Högsta domstolen. Rättskällematerialet är på så vis av principiellt intresse för om boet ska bli ansvarigt då det förfogar över prestationer som emanerar från konkursgäldenärens avtal. I avsnittet tas avstamp i jordbruksarrande. Det ger nämligen även möjlighet att teckna en historisk bakgrund till reglerna om hyra av lokal, vilket är värdefullt för förståelsen av desamma.

I 9 kap 30 § JB regleras vad som gäller såvitt avser arrendeavtalet vid jordarrendatorns konkurs. I bestämmelsen skiljs på om tillträde har skett före konkursutbrottet eller inte. Har tillträde skett före konkursutbrottet får jordägaren säga upp avtalet. Det gäller dock inte om jordägaren har säkerhet för avtalet i viss utsträckning eller sådan säkerhet ställs inom en månad efter anfordran. För att undvika en sådan uppsägning kan konkursboet också, inom en månad efter anfordran, förklara sig villigt att svara för arrendatorns skyldigheter under arrendetiden. Allt detta framgår av 9 kap 30 § JB. Boet har alltså givits en uttrycklig rätt att inträda i dessa avtal och därigenom ådra sig ett massaansvar.¹⁰⁵² Liksom påpekades i det föregående avsnittet synes det lämpligt och rimligt att använda de sedvanliga avtalsrättsliga verktygen, för att avgöra om boet har förklarat

¹⁰⁵¹ Se ovan under avsnitt 15.6, om förfogandeprincipen.

¹⁰⁵² Se SOU 1969:5 s 190; Möller, Konkurs och kontrakt s 365; Karlsson-Tuula, Gäldenärens avtal s 95.

sig villigt att inträda i avtalet. Samtliga relevanta omständigheter som aktualiseras i det enskilda fallet får därmed beaktas, för att avgöra om boet har givit uttryck för en sådan avsikt som krävs.

Frågan vad som gäller om konkursboet inte inträder i avtalet, men ändå fortsätter nyttja marken, har inte reglerats uttryckligen i jordabalken. I den frågan är i stället NJA 1999 s 617 relevant att beakta. Rättsfallet gällde visserligen hyra av lokal och tillämpningen av 12 kap 31 § JB, men den bestämmelsen hade då en lydelse som motsvarar nuvarande 9 kap 30 § JB (i de frågor som här är av intresse).¹⁰⁵³ I fallet hade gäldenären försatts i konkurs den 6 september. Konkursgäldenärens verksamhet drevs vidare av boet i konkursgäldenärens hyreslokal. Hyresvärden frågade konkursboet den 24 oktober samma år om det avsåg att ställa säkerhet eller inträda i avtalet. Boet meddelade dock den 13 november att det inte avsåg att inträda i avtalet. Det var därför svårt att nå slutsatsen att boet hade förklarat sig villigt att svara för avtalet (det vill säga träda in i detsamma). Boet fortsatte i stället att nyttja lokalen fram till årsskiftet, då det avflyttade. Konkursboet nyttjade alltså lokalen i knappt fyra månader. Tilläggas bör att hyresvärden inte sa upp avtalet.

I Högsta domstolen prövades om konkursboet skulle bli massaansvarigt på grund av nyttjandet av lokalen (enligt vad som här beskrivs som särskilda konkursrättsliga normer). Domstolen uttalade att 12 kap 31 § JB hade ersatt en tidigare bestämmelse, enligt vilken boet var tvunget att säga upp hyresavtal för att undgå ansvar. Efter vad som framgick av lagmotiven till den då gällande 12 kap 31 § JB var avsikten att konkursboet inte skulle bli bundet av hyresavtalet genom passivitet.¹⁰⁵⁴ Mot den bakgrunden konstaterade Högsta domstolen att det av bestämmelsen följde att ett konkursbo inte var ansvarigt för förpliktelserna enligt konkursgäldenärens lokalhyresavtal, om boet inte hade åtagit sig ansvar för detsamma.

Högsta domstolen stannade dock inte vid detta konstaterande. Domstolen noterade nämligen att bland annat Möller och Håstad hade gjort gällande att ordningen innebar att konkursboet i viss utsträckning kunde driva verksamheten vidare i förhyrda lokaler, utan att behöva erlagga hyra.¹⁰⁵⁵ De skäl som Möller och Håstad hade anfört sammanföll till viss del med de som ovan redovisades som stöd för förfogandeprincipen. Håstad hade bland annat påtalat att tillhandahållandet av en hyreslokal

¹⁰⁵³ Se prop 1970:142 s 155, där framhåller departementschefen att reglerna korresponderar med varandra. Se även Möller, Konkurs och kontrakt s 365; Larsson, N & Synnergren, Arrende- och andra nyttjanderättsavtal i praktiken s 351 f.

¹⁰⁵⁴ HD hänvisade här till prop 1970:142 s 147 f och s 155.

¹⁰⁵⁵ Se Möller, Konkurs och kontrakt s 375 ff; Håstad, Sakrätt s 420 f.

kunde likställas med ett äganderättsförbehåll (snarare än med en leverans av lösöre), varför hyresvärderna hade en sakrättslig skyddad rätt att häva avtalet, om konkursboet inte erlade hyra. Boet borde därför bli ansvarigt under den tiden det nyttjat lokalen enligt Håstad.¹⁰⁵⁶

Möller och Håstad hade också påpekat att konkursbon på ett chikanöst sätt kunde begagna hyresvärdars okunskap om reglerna och nyttja lokalerna under en längre tid, med den enda följden att hyresvärdarna fick ytterligare konkursfordringar.¹⁰⁵⁷ Högsta domstolen noterade också att Konkursförvaltarekollegiernas förening rekommenderade förvaltarna att betala för konkursbons nyttjande av lokaler. Förmånsrättskommittén hade dessutom föreslagit att nyttjande i dessa fall skulle leda till massaansvar.¹⁰⁵⁸

Förmånsrättskommitténs förslag kom också att påverka Högsta domstolens avgörande, men inte i förslagets riktning. Domstolen uttalade nämligen att den inte önskade att föregripa lagstiftaren, särskilt när den förordade ordningen endast med svårighet lät sig förenas med gällande lag och förarbeten. Därtill påpekade domstolen att det inte var givet hur en sådan bestämmelse skulle utformas, vilket visade sig genom de tidigare instansernas domslut. Tingsrätten och hovrätten hade visserligen kommit fram till att konkursboet var ansvarigt, men i olika stor omfattning. Sammantaget fann Högsta domstolen att boet inte var ansvarigt till någon del avseende hyresfordringarna. I detta fall avfärdade alltså domstolen förfogandeprincipen.

I och med att reglerna om jordbruksarrende fortsatt har samma lydelse, som motsvarande regler om hyra då hade, bör de konkursbon som nyttjar ett arrende i dessa fall inte bli massaansvariga. Det gäller även om fordringarna blir fullgångna först efter konkursutbrottet.¹⁰⁵⁹ Massafordringar uppkommer i stället om boet förklarar sig vilja svara för arrendatorns skyldigheter enligt arrendavtalet. Det följer av 9 kap 30 § JB. Jordägaren kan också säga upp avtalet i vissa fall efter vad som föreskrivs i samma bestämmelse. Skulle konkursboet då fortsätta att nyttja arrende-

¹⁰⁵⁶ Håstad, Sakrätt s 420 f.

¹⁰⁵⁷ Se ovan under avsnitt 15.6. Se även Möller, Konkurs och kontrakt s 375 ff; Håstad, Sakrätt s 420 f. Dessa skäl framfördes senare i lagmotiven då 12 kap 31 § JB förändrades, se prop 2002/03:49 s 103. Här kan inskjutas att ett sådant nyttjande möjligen skulle kunna grunda ansvar enligt den avtalsrättsliga dolusregeln. I NJA 1999 s 617 var det dock svårt att komma fram till att dolusregeln var tillämplig, eftersom boet uttryckligen hade meddelat att det inte önskade inträda i avtalet.

¹⁰⁵⁸ Se SOU 1999:1 s 78 och s 363 f.

¹⁰⁵⁹ Se SOU 2001:80 s 102; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 98. Se även prop 1970:142 s 152 ff; Möller, Konkurs och kontrakt s 339 ff, särskilt s 347 f och s 365, samtliga om att reglerna beträffande jordbruksarrende och lokal tidigare hade samma lydelse.

stället kan konkursboet bli ansvarigt för ett sådant nyttjande. Stöd för ett sådant ansvar finns i NJA 2007 s 519, som ska studeras närmare nedan under avsnitt 15.7.6.

Med det sagt är det dags att byta nyttjanderättsform i frågan om vad som krävs för att konkursboet ska bli ansvarigt. Hur boet kan bli ansvarigt för konkursgäldenärens lokalhyresavtal regleras i 12 kap 31 § JB. Som framgick strax ovan korresponderade dessa regler tidigare med vad som gäller för jordbruksarrende. Reglerna om lokalhyresavtal har numera modifierats. Liksom tidigare skiljs på om (konkurs)gäldenären har tillträtt lokalen vid konkursutbrottet eller inte. Har (konkurs)gäldenären tillträtt lokalen har hyresvärden möjlighet att säga upp den, om hyresvärden inte har sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att hyresvärden skäligen kan nöja sig. Konkursboet kan bland annat säkra hyresrätten genom att inom en månad från uppsägningen förklara sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden. Det framgår av 12 kap 31 § 3 st JB. En sådan förklaring innebär att konkursboet inträder i konkursgäldenärens avtal.¹⁰⁶⁰ Återigen bör frågan om huruvida boet har givit en sådan förklaring hanteras med en avtalsrättslig bedömning.¹⁰⁶¹

Reglerna om hur konkursboet kan bli ansvarigt för ett nyttjande av en lokal förändrades 2004. Förmånsrättskommittén hade föreslagit att även om boet inte hade inträtt i hyresavtalet skulle det efter en övergångstid på sju dagar (räknat från konkursutbrottet) svara för hyra fram tills att boet ställde lokalen till hyresvärdens förfogande.¹⁰⁶² Det skulle alltså finnas en särskild regel enligt vilken boet skulle bli ansvarigt genom passivitet på visst sätt.¹⁰⁶³ Syftet sades vara att boet skulle stå för kostnaderna avseende den fortsatta driften och därigenom tvingas konkurrera på lika villkor med andra verksamheter.¹⁰⁶⁴ Konkursgäldenärens medkontrahents

¹⁰⁶⁰ Se prop 1970:142 s 151 och s 155; Karlsson-Tuula, IT-bolagen och de immateriella tillgångarna s 158 f; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 314 f; Björkdahl, Hyra av bostad och lokal s 379. Här kan inskjutas att NJA 1989 s 206 anses innebära att konkursboet inte endast måste åta sig ansvar för framtida hyra utan även för tidigare hyra, se Lennander, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal s 115; SOU 2001:80 s 95 f; Holmqvist & Thomsson, R, Hyreslagen s 283. I rättsfallet fann HD att i en hyresgästs konkurs kunde en hyresrätt till en lokal förklaras förverkad p g a att hyra inte hade betalats före konkursen, oavsett om konkursboet förklarat sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden eller inte.

¹⁰⁶¹ Se vidare ovan under avsnitt 15.7.2.

¹⁰⁶² Se SOU 1999:1 s 363 f.

¹⁰⁶³ Det var i vart fall den ordningen som framgick av den föreslagna lagtexten. I den föreslagna författningskommentaren indikeras att även ett nyttjande av lokalen skulle krävas, se SOU 1999:1 s 363 f.

¹⁰⁶⁴ Se SOU 1999:1 s 298 f och s 363 f.

sakrättsliga skydd lyftes också fram i kommittébetänkandet.¹⁰⁶⁵ På så vis sammanföll, som nämnts, till stor del den föreslagna regeln och stödet för densamma med förfogandeprincipen.¹⁰⁶⁶

Förmånsrättskommitténs förslag kom dock inte att genomföras fullt ut. För de fall då konkursboet inte har inträtt i avtalet blir boet numera massaansvarigt om hyresvärden uppmanar boet att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande och konkursboet inte gör detta inom en månad. Då svarar boet för *hyran* från konkursbeslutet fram tills att lokalen ställs till hyresvärdens förfogande.¹⁰⁶⁷ Det följer av 12 kap 31 § 5 st JB. Hyresvärden måste alltså vara aktiv, om boet ska bli ansvarigt för att det inte ställer lokalen till hyresvärdens förfogande. Det räcker inte att båda parter förhåller sig passiva, som Förmånsrättskommittén hade föreslagit.

I propositionen (till den nu gällande 12 kap 31 § JB) konstaterade regeringen att det kan vara svårt för en konkursförvaltare att inom en begränsad tid få tillgång till den information som behövs, för att ta ställning till om lokalen ska behållas för verksamheten. Regeringen uttalade också att enligt Förmånsrättskommitténs förslag skulle konkursboet kunna bli ansvarigt för hyra utan att förvaltaren hade haft tillräckliga och rimliga möjligheter att påverka situationen. Det påpekades att det skulle kunna vara till men för borgenärskollektivet.¹⁰⁶⁸

Kritiken mot den äldre regeln har alltså i viss mån efterkommits. Konkursboet ådrar sig massaansvar genom att förklara att det inträder eller genom att inte ställa lokalen till hyresvärdens förfogande efter en uppmaning på föreskrivet sätt. Det är vad som följer av 12 kap 31 § JB. Boet kan alltså inte förfoga över en lokal i samma utsträckning som tidigare. Förfogandeprincipen har dock inte genomförts rakt av, eftersom hyresvärden måste uppmana boet att ställa lokalen till förfogande. Att hyresvärden på så vis måste vara aktiv har kritiserats med liknande argument som de vilka har anförts till stöd för förfogandeprincipen.¹⁰⁶⁹

Vad gäller 12 kap 31 § JB har dess betydelse preciserats av Högsta domstolen i NJA 2009 s 41, såvitt avser vad det innebär att ställa lokalerna

¹⁰⁶⁵ Se SOU 1999:1 s 240 f. Se även SOU 2001:80 s 62, där det föreslogs att en generell regel skulle införas i konkurslagen i vilken boet skulle ansetts ha inträtt i avtalet om det förfogat över en mottagen prestation så att prestationen inte kunde återlämnas väsentligen oförändrad eller oförminskad.

¹⁰⁶⁶ Jfr ovan under avsnitt 15.6, om förfogandeprincipen.

¹⁰⁶⁷ Boet svarar alltså inte för andra förpliktelser, se Larsson, N & Synnergren, Kommerciella hyres- och arrendeavtal i praktiken s 140.

¹⁰⁶⁸ Se prop 2002/03:49 s 103 f.

¹⁰⁶⁹ Se NJA 2009 s 41, Håstads tillägg för egen del, för kritik av den nuvarande ordningen. Har hyresrätten blivit uppsagd kan boet dock bli ansvarigt för sitt nyttjande av lokalen. Det följer av NJA 2007 s 519. Rättsfallet kommer att belysas nedan under avsnitt 15.7.6.

till hyresvärdens förfogande. Rättsfallet ger också uttryck för på vilket sätt argument som anförts till stöd för förfogandeprincipen fått genomslag i rättspraxis. Omständigheterna i rättsfallet var som följer: Hyresvärdens hade uppmanat konkursboet att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande, i enlighet med 12 kap 31 § 5 st JB. Boet hade då meddelat att det var berett att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande inom den relevanta tidsfristen, om hyresvärdens insisterade på det. Högsta domstolen fann att meddelandet var tillräckligt klart för att boet inte skulle ha gjort anspråk på lokalen.

När fristen löpte ut fanns dock egendom kvar som tillhörde konkursgäldenären. Lokalen var också delvis uthyrd till en andrahandshyresgäst, som fortsatt nyttjade lokalen. Det fanns dessutom miljöfarligt avfall kvar i lokalen (som konkursboet i och för sig tog bort inom fristen). Frågan var om boet ändå hade ställt lokalen till hyresvärdens förfogande.

Vad gällde de föremål som fanns kvar i lokalen uttalade Högsta domstolen:

”Det finns inget i förarbetena till 12 kap. 31 § JB som antyder att hyresvärdens krav på att återfå lokalen i avtalat skick skulle ha sakrättsligt skydd. Att det i lokalen fanns egendom som tillhörde gäldenären men som konkursboet inte gjorde anspråk på utgör alltså inget hinder mot att konkursboet får anses ha ställt lokalen till [hyresvärdens] förfogande.”¹⁰⁷⁰

Intressant nog fäste Högsta domstolen här avseende vid hyresvärdens (konkursborgenärens) *sakrättsliga skydd* i bedömningen av om konkursboet var ansvarigt, vilket står i linje med de argument som anförts till stöd för förfogandeprincipen.

Vad gällde den omständigheten att det fanns en andrahandshyresgäst i lokalen uttalade Högsta domstolen att konkursboet inte hade någon skyldighet att inträda i andrahandshyresavtalet, vilket var en förutsättning för att boet skulle kunna ingripa mot andrahandshyresgästen. Boet bedömdes ha ställt lokalen till hyresvärdens förfogande, trots att en andrahandshyresgäst fanns kvar i lokalen. Att det hade funnits miljöfarligt avfall kvar i lokalen förändrade inte den slutsatsen.

Förfogandeprincipens genomslag (eller snarare avsaknad av genomslag) illustrerar sammantaget diskussionen kring och förändringarna av reglerna om på vilket sätt konkursboet blir ansvarigt i dessa fall. Förfogandeprincipen avfärdades av Högsta domstolen i NJA 1999 s 617. Men reglerna förändrades. Förfogandeprincipen genomfördes dock inte. Om hyresvärdens är aktiv, på så vis att värden uppmanar boet att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande, begränsas emellertid tiden då boet kan an-

¹⁰⁷⁰ NJA 2009 s 41, HD:s domskäl st 9.

vända lokalen och undgå massaansvar till en månad.¹⁰⁷¹ Hyresvärden kan också vara aktiv genom att förverka hyresavtalet, om grund för förverkan finns. Boet blir då ansvarigt för fortsatt nyttjande.¹⁰⁷²

Om hyresvärden i stället är passiv kan boet dock undvika ansvar, även om det fortsätter att nyttja lokalen. I den bemärkelsen är fortsatt NJA 1999 s 617 relevant. Argument som tar hänsyn till motpartens sakrättsliga skydd har ändå fått visst utrymme, genom att Högsta domstolen har tillmätt sådana argument betydelse i tolkningen av vad som krävs för att boet ska anses ha ställt lokalen till hyresvärdens förfogande enligt 12 kap 31 § 5 st.

15.7.4 Fordran med grund i anställningsavtal

I 5 kap 18 § konkurslagen regleras vad som krävs för att konkursboet ska bli ansvarigt för fordringar med grund i anställningsavtal, såvitt avser konkursgäldenärens arbetstagares lönefordringar. Där föreskrivs:

”Om en arbetstagare fortsätter att fullgöra sina åtaganden enligt anställningsavtalet, ansvarar konkursboet för arbetstagarens fordran på lön eller annan ersättning för arbete som belöper på tid efter en månad från konkursbeslutet.”

Regeln infördes samtidigt som 12 kap 31 § 5 st JB, och liksom enligt hyresregeln består rättsföljden inte av att konkursboet träder in i anställningsavtalet. Boet svarar endast för viss fordran om arbetstagaren utför arbete.¹⁰⁷³ För att regeln ska vara tillämplig är det dock inte tillräckligt att arbetstagaren utför arbete på eget bevåg. Av förarbetena framgår nämligen att konkursförvaltaren måste ha godkänt att arbete utförs, för att boet ska svara med massan.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷¹ Håstad har uttryckt att uppmaningskravet i 12 kap 31 § 5 st JB bryter mot den allmänna princip som här benämns förfogandeprincipen vilken Förmånsrättskommittén förordade i SOU 1999:1 och SOU 2001:80, se Håstads tillägg i NJA 2009 s 41.

¹⁰⁷² Om hyresvärden förverkar lokalen upphör konkursgäldenärens hyresavtal och boet kan även då bli ansvarigt enligt vad som följer av NJA 2007 s 519. Rättsfallet behandlas vidare nedan under avsnitt 15.7.6. Här bör också nämnas att det av NJA 1989 s 206 framgår att i en hyresgästs konkurs kan hyresrätten till en lokal förklaras förverkad p g a att hyra inte betalats före konkursen, oavsett om konkursboet förklarat sig villigt att svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden eller inte.

¹⁰⁷³ Se prop 2002/03:49 s 156; Ruukel, Obeståndsrätt och lönefordringar s 111; Danhard, Konkursarbetsrätt s 148; Lennander, Konkurslagen 5 kap 18 § (Karnov, 2020-07-01); Mellqvist, Konkurslagen 5 kap 18 § (Lexino, 2020-07-01); Palmér & Savin, Konkurslagen 5 kap 18 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

¹⁰⁷⁴ Se prop 2002/03:49 s 156.

Syftet med att införa regeln i 5 kap 18 § konkurslagen var att undvika att konkursboet skulle kunna driva verksamheten vidare utan att behöva utge löner under den tid som arbetstagarnas uppsägningslön ersattes av lönegaranti. En sådan kostnadsfri arbetskraft för konkursboet menades snedvrida konkurrensen med solventa företag.¹⁰⁷⁵ I Förmånsrättskommitténs förslag var den period som boet inte ansvarade för arbetstagarnas lönefordringar kortare – endast sju dagar.¹⁰⁷⁶ Det var först i propositionen som perioden förlängdes till en månad.¹⁰⁷⁷ Bakom regeln står också tanken att boet ska betala för de prestationer som det förfogar över, om motpartens prestation var sakrättsligt skyddad. Arbetstagarna kan innehålla sina egna prestationer, vilket gör deras anspråk på lönefordringar skyddade på ett sådant sätt. Argumenten för regeln i 5 kap 18 § konkurslagen sammanfaller alltså till stor del med de skäl som anförs till stöd för förfogandeprincipen. Förutsättningarna för att tillämpa regeln respektive principen sammanfaller också till stor del.¹⁰⁷⁸

Konkursförvaltaren kan även träda in i de anställningsavtal som konkursgäldenären har med sina arbetstagare. Arbetstagaren måste dock godkänna inträdet.¹⁰⁷⁹ Vad som konstituerar ett inträde från boets sida kommer typiskt sett att påverkas av 5 kap 18 § konkurslagen.¹⁰⁸⁰ Det gäller särskilt i bedömningen av om boet konkludent har trätt in i anställningsavtalet avseende den första månaden efter konkursutbrottet. I förarbetena till 5 kap 18 § konkurslagen omnämns denna tid som ”[e]n övergångstid under vilken alla anställda behandlas lika [...]”. Under denna övergångstid bör alla anställda omfattas av lönegaranti och löneförmånsrätt oavsett om de utför arbete eller inte, under förutsättning att de står till konkursförvaltarens förfogande.”¹⁰⁸¹ Utför arbetstagaren arbete under den första månaden efter konkursutbrottet med förvaltarens goda minne kommer detta antagligen inte att ses som ett inträde av boet. Detta mot bakgrund av 5 kap 18 § konkurslagen och lönegarantireglerna.

¹⁰⁷⁵ Se SOU 1999:1 s 240 f.

¹⁰⁷⁶ Se SOU 1999:1 s 239 ff och s 332 ff. I kommittébetänkandet fanns ingen uttrycklig regel. 5 kap 18 § konkurslagen tillkom i stället genom propositionen, se prop 2002/03:49 s 83 ff och s 155 f. Förmånsrättskommittén menade att boets ansvar följde utan en uttrycklig reglering härom, se SOU 1999:1 s 239 ff och s 333. Det var något som regeringen inte tyckte var lika självklart, se a prop s 86.

¹⁰⁷⁷ Se prop 2002/03:49 s 155 f.

¹⁰⁷⁸ Se SOU 1999:1 s 240 f.

¹⁰⁷⁹ Se NJA 1979 s 253; SOU 1999:1 s 239; Möller, Konkurs och kontrakt s 707 ff; Adlercreutz & Mulder, Svensk arbetsrätt s 251; Källström & Malmberg, Anställningsförhållandet s 306.

¹⁰⁸⁰ Se även ovan under avsnitt 15.7.2, om hur den konkursrättsliga kontexten kan påverka vad som utgör ett inträde.

¹⁰⁸¹ Se prop 2002/03:49 s 85. Se även Danhard, Konkursarbetsrätt s 139.

I frågan om hur boet inträder konkludent i dessa anställningsavtal bör också NJA 1979 s 253 beaktas. I fallet prövade Högsta domstolen om konkursboet hade trätt in i ett anställningsavtal och om lönefordringarna med grund i avtalet därigenom skulle vara massafordringar i konkursen.¹⁰⁸² I rättsfallet hade en arbetstagare fortsatt att arbeta viss tid efter konkursutbrottet. Arbetstagaren hade blivit uppsagd 16 dagar efter det att konkursen övergått till en ordinär konkurs, och frågan var bland annat om detta konstituerade ett inträde. Högsta domstolen uttalade att ett inträde efter boets sida förutsätter en överenskommelse mellan boet och arbetstagaren, samt att denna överenskommelse kan ske konkludent. Domstolen konstaterade även att det konkludenta inträdet kan bestå i att boet, utan att säga upp anställningsavtalet, fortsätter att nyttja arbetstagaren för boets räkning. Bedömningen av om ett sådant konkludent inträde skett skulle utgå från den aktuella situationen enligt domstolen. Domstolen fastslog också att det skulle beaktas om arbetstagaren haft lönegaranti under perioden.

I rättsfallet hade det, som sagt, gått 16 dagar från det att konkursen övergått till en ordinär konkurs till det att förvaltaren hade sagt upp arbetstagaren. Först vid slutet av denna period hade förvaltaren fått vetskap om att arbetstagaren fortsatt var anställd hos konkursgäldenären. Domstolen konstaterade att dessförinnan hade förvaltaren haft befogad anledning att utgå från att arbetstagaren inte var anställd hos konkursgäldenären. Sammantaget fann domstolen att något inträde inte hade skett.

Förvaltaren kan alltså inträda i konkursgäldenärens avtal med arbetstagare, genom såväl uttrycklig överenskommelse som konkludent handlande. Sedvanlig avtalsrätt ska tillämpas i dessa bedömningar. I det refererade rättsfallet blir detta tydligt, genom att Högsta domstolen resonerade kring vad förvaltaren hade haft befogad anledning att utgå från, angående om avtal hade slutits.¹⁰⁸³ Vid bedömningen av om ett konkludent inträde har skett måste hänsyn tas till kontexten i det enskilda fallet, vilket

¹⁰⁸² I rubriken till rättsfallet uttrycks detta som om konkursbo skall anses ha trätt in i anställningsavtal. Distinktionen mellan att boet har inträtt (uttryckligen eller konkludent) och att boet anses ha inträtt, genom särskilda konkursrättsliga regler, gjordes alltså inte i rättsfallet, eftersom frågan om huruvida boet hade inträtt i avtalet beskrevs som om boet skulle ha ansetts inträda i avtalet. Jfr ovan under avsnitt 15.7.2, och den distinktion som görs i köplagen mellan om boet har inträtt och om boet ska ha ansetts inträtt i avtalet.

¹⁰⁸³ Jfr exempelvis NJA 2018 s 805, HD:s domskäl st 7: ”Vad som utgör ett preskriptionsavbrytande erkännande från gäldenärens sida enligt 5 § 1 [preskriptionslagen] avgörs enligt allmänna principer för tolkning av rättshandlingar. Det innebär att borgenärens befogade tillit får betydelse.” Jfr även t ex Adlercreutz, m fl, Avtalsrätt I s 26; Dotevall, Avtal s 60; Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 92.

Högsta domstolen också påpekade.¹⁰⁸⁴ Det gäller även den normkontext som reglerar situationen, såsom att 5 kap 18 § konkurslagen måste beaktas när det gäller frågan om huruvida konkursboet har inträtt.

Sammanfattningsvis kan alltså konkursboet bli ansvarigt genom att inträda i gäldenärens avtal. Boet kan även bli ansvarigt efter vad som föreskrivs i 5 kap 18 § konkurslagen.

15.7.5 Upphovsrättsliga fordringar

Hur konkursboet ådrar sig upphovsrättsliga förpliktelser, som härrör från konkursgäldenärens avtal, har prövats av Högsta domstolen i NJA 1966 s 241 och NJA 2005 s 510. Rättsfallen har varit omdiskuterade i doktrinen. Framför allt har frågan gällt om boet blir ansvarigt om det sålt sådana varor som har befunnits i konkursgäldenärens besittning, då varorna har varit belastade med upphovsrätter. I rättsfallen har (konkurs)gäldenären haft förlagsavtal med upphovsmän. I förlagsavtalen har upphovsmännen upplåtit bland annat spridningsrätten till (konkurs)gäldenären.¹⁰⁸⁵ (Konkurs)gäldenären har på så vis haft en rätt att sälja exemplar (utan att begå upphovsrättsintrång). Frågan har aktualiserats om boet kan sälja sådana exemplar av verket utan att bli ansvarigt för upphovsrättsliga förpliktelser gentemot upphovsmännen. Avgörandena från Högsta domstolen ger, särskilt i ljuset av doktrinens kritik av desamma, vägledning i frågan om och på vilket sätt boet ådrar sig ansvar för upphovsrättsliga förpliktelser i dessa fall. Det gäller dels beträffande om boet har inträtt i avtalet, dels om boet ska bli ansvarigt genom särskilda konkursrättsliga normer (här i form av förfogandeprincipen), dels slutligen under vilka förutsättningar boet kan bli ansvarigt på utomobligatorisk grund.

¹⁰⁸⁴ Se även AD 1982 nr 143; AD 1982 nr 150; AD 1997 nr 19. Se vidare Zethræus, Arbetsrätten vid arbetsgivares konkurs s 586 ff; Möller, Konkurs och kontrakt s 709 ff, som båda behandlar de förstnämnda rättsfallen ingående.

¹⁰⁸⁵ Förlagsavtal regleras i 31 § upphovsrättslagen. Där föreskrivs det att förlagsavtal innebär att upphovsmannen överlåter rätt att genom tryck eller liknande förfarande mångfaldiga och utgiva litterärt eller konstnärligt verk till förläggare. Enligt bestämmelsen överläts (termen upplåts är nog egentligen mer träffande) den ekonomiska rätten avseende såväl mångfaldiganderätten som rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten genom spridning, se om dessa rättigheter i 2 § upphovsrättslagen. Se även 19 § samma lag om konsumtionstidpunkten avseende spridningsrätten. Har spridningsrätten konsumerats (spridningsrätten konsumeras endast för varje enskilt exemplar, se nedan i not 1120) utgör exempelvis boets försäljning av exemplar inte något upphovsrättsintrång avseende spridningsrätten. Nämnas bör också att 31 § upphovsrättslagen är dispositiv, vilket framgår av 27 § 2 st upphovsrättslagen. Se vidare om förlagsavtal Rosén, Förlagsrätt passim; Bernitz, m fl, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens s 412 ff; Levin & Hellstadius, Lärobok i immaterialrätt s 537 ff.

Utgångspunkt kan tas i NJA 1966 s 241 och kritiken av detta avgörande. Rättsfallet har refererats ovan under avsnitt 6.3, varvid det uppmärksammades att fallet, såvitt avser slut och terminologi i domskälen ger uttryck för villkorsläran. Kanske är det därför inte särskilt överraskande att rättsfallet har kritiserats för att Högsta domstolen inte beaktade de skäl som brukar anföras som stöd för förfogandep principen. Därefter kommer det att undersökas hur domstolen värderade denna kritik och förfogandep principen i NJA 2005 s 510. Avslutningsvis studeras hur domstolen har sett på frågan om huruvida konkursboet hade inträtt i förlagsavtalet, genom att sälja varor vilka fanns i gäldenärens lager vid konkursutbrottet och som dessutom var belastade med upphovsrätter, samt om boet hade blivit ansvarigt på någon annan grund i dessa fall.

Även om NJA 1966 s 241 har refererats ovan kan en kort repetition vara befogad. En förläggare hade slutit förlagsavtal med två författare. I avtalet hade förläggaren givits rätt att framställa och sälja exemplar av författarnas verk mot viss royalty. Royaltyfordringarna var på så vis villkorade av att försäljning av exemplar kom till. Förläggaren gick sedermera i konkurs, varvid konkursförvaltaren sålde ett antal exemplar av verken. Frågan var om konkursboet därigenom hade ådragit sig förpliktelser mot författarna.

Högsta domstolen konstaterade att förläggaren hade förlagsrätt före konkursutbrottet, medan författarna hade en av försäljning villkorad fordran på royalty. Enligt domstolen ändrade inte konkursen på dessa avtalsförhållanden, eftersom det inte fanns några särskilda bestämmelser om författares rätt i konkurs. Domstolen uttalade att det inte heller följde av grunderna för upphovsrättslagen att upphovsrätten skulle bedömas på annat sätt än vad som i allmänhet gäller för fordringar grundade på avtal. Högsta domstolen fann därför att författarnas fordringar på royalty hade uppkommit genom avtalet och att något upphovsrättsintrång inte hade skett genom konkursboets försäljning. Det berodde på att försäljningen innefattades i den spridningsrätt som tillkom konkursgäldenären.

Som refererades ovan sammanfaller Högsta domstolens avgörande med villkorsläran sett till resultatet genom att fordran hade uppkommit redan genom avtalet. Enligt villkorsläran har en fordran uppkommit om parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. Noterbart är också att domstolen använde villkorslärans terminologi (villkor och uppkomst), för att avgöra om konkursboet hade blivit ansvarigt.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁶ Se vidare ovan under avsnitten 6.2 och 6.3, om villkorsläran och dess terminologi.

Rättsfallet innehåller även uttalanden om andra sätt som konkursboet skulle kunna ha ådragit sig förpliktelser. Högsta domstolen fann, som sagt, att boet kunde nyttja den rätt till spridning som konkursgäldenären hade haft, för att undvika att begå upphovsrättsintrång. Boet skulle alltså kunna ha blivit ansvarigt genom försäljningen av exemplaren, i det fall att boet inte hade haft denna rätt till spridning.¹⁰⁸⁷

I doktrinen har rättsfallet blivit problematiserat och kritiserat. Flera författare har pekat på de konsekvenser som rättsfallet för med sig. Bland annat har Adlercreutz uttalat att om konkursboet kan tillgodogöra sig sådana exemplar som är belastade med upphovsrätter så finns det risk för att boets försäljning av varor kan pågå under lång tid och därigenom påverka värdet av upphovsrätten under lång tid.¹⁰⁸⁸ Det är en kritik i vilken andra har instämt.¹⁰⁸⁹

Möller har analyserat rättsfallet och uttalat att Högsta domstolen "avgjort målet utifrån en tämligen intetsägende teori om att fordringar grundade på ömsesidigt förpliktande avtal ska anses ha uppkommit redan vid avtalsslutet."¹⁰⁹⁰ Här bör inskjutas att i villkorsläran beaktas inte den konkurs- och sakrättsliga kontexten. Villkorsläran leder i stället till en avtalsrättslig bedömning av fordrans uppkomsttidpunkt.¹⁰⁹¹ Möller menar dock att Högsta domstolen borde ha tagit hänsyn till den sakrättsliga och konkursrättsliga kontexten,¹⁰⁹² vilket skulle ha inneburit att om författarna hade kunnat häva avtalet i rättsfallet borde konkursboet ha svarat med massan. Det beror på att författarna i sådana fall hade sakrättsligt skydd vid den kritiska tidpunkten. En sådan ordning står i samklang med förfogandeprincipen, vilken har beskrivits ovan under avsnitt 15.4. I det avsnittet konstaterades det att konkursförvaltarens åtgärder inte bör leda till ett sämre utfall för konkursborgenären än vad borgenären hade rätt till vid konkursutbrottet.

Frågan om just förfogandeprincipens genomslag i dessa fall prövades även av Högsta domstolen i NJA 2005 s 510. Omständigheterna liknade dem i NJA 1966 s 241. I 2005 års fall hade en upphovsman upplåtit mångfaldigande- och spridningsrätt till ett bolag.¹⁰⁹³ Denna rätt avsåg

¹⁰⁸⁷ Se vidare Möller, Konkurs och kontrakt s 594 ff; Rosén, Förlagsrätt s 488 ff och s 516 ff, för en vidare analys av rättsfallet, båda med vidare hänvisningar.

¹⁰⁸⁸ Se Adlercreutz, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal s 306.

¹⁰⁸⁹ Se Hessler, Allmän sakrätt s 508; Ljungman, Svensk rättspraxis – upphovsrätt och fotografi rätt s 523; Walin, Materiell konkursrätt s 24, not 4; Möller, Konkurs och kontrakt s 635 f; Rosén, Förlagsrätt s 521.

¹⁰⁹⁰ Möller, Konkurs och kontrakt s 620.

¹⁰⁹¹ Se ovan under avsnitt 6.2, om villkorsläran.

¹⁰⁹² Möller, Konkurs och kontrakt s 623.

¹⁰⁹³ Se ovan i not 1085, om den upphovsrättsliga regelkontexten.

vissa motiv som bland annat skulle användas som dekoration på gratulationskort. Enligt avtalet skulle upphovsmannen erhålla royalty, som uppgick till en viss procent av produkternas försäljningspris. Royaltyfordringarna var på så vis villkorade av att försäljning av produkterna kom till stånd. Efter det att bolaget hade försatts i konkurs sålde konkursboet produkter från bolagets lager, produkter som var försedda med motiv som upphovsmannen hade upphovsrätt till. Upphovsmannen hävdade förlagsavtalet.

Fallet avgjordes i Högsta domstolen genom en så kallad hissprövning (varom stadgas i 42 kap 17 a § RB).¹⁰⁹⁴ I hissprövningen spjälkades den övergripande frågan om huruvida konkursboet hade ådragit sig ansvar gentemot upphovsmannen på grund av överlåtelsen av lagret i en rad olika delfrågor. Bland annat avgjorde domstolen om boet hade gjort sig skyldigt till upphovsrättsintrång, om boet hade inträtt i avtalet konkludent samt om massafordran hade uppkommit på grund av boets förfogande över den upplåtna spridningsrätten. Den sista frågan aktualiserar Högsta domstolens avgörande i NJA 1966 s 241 och förfogandepriincipens relevans i denna kontext, varför den behandlas först. Frågan synliggör också hur fordrans uppkomst har fått betydelse, för att avgöra om ett konkursbo har ådragit sig en förpliktelse.

I 2005 års avgörande var alltså frågan om en massafordran hade uppkommit på grund av konkursboets förfogande över den upplåtna spridningsrätten. Högsta domstolen tog avstamp i en allmän beskrivning av hur frågan om boets ansvar skulle formuleras:

”Tidpunkten för uppkomsten av en fordran har i doktrin och praxis ansetts relevant inte bara för bedömningen av om en fordran får göras gällande i en konkurs (5 kap. 1 § konkurslagen) utan också för bedömningen av om den är en konkursfordran eller en massafordran. Härvid har brukat anföras att det är uppkomsten av den väsentliga grunden för fordran som bestämmer denna tidpunkt (se t.ex. Welamson, Konkursrätt, s. 441 f.). Principen är i vissa fall svår att tillämpa på ömsesidigt förpliktande avtal (se t.ex. nedan). Vad gäller gränsdragningen mellan konkursfordran och massafordran kan principen även leda till resultat som kan vara materiellt otillfredsställande.”¹⁰⁹⁵

Från citatet bör särskilt uppmärksammas att Högsta domstolen formulerade frågan om huruvida konkursboet hade ådragit sig förpliktelser som en *tidpunktsfråga*. Det kommer också till uttryck i att domstolen uttalade att det finns en *gräns* mellan konkurs- och massafordringar. Frågan ställdes alltså inte om boet hade ådragit sig en förpliktelse eller om upphovs-

¹⁰⁹⁴ Se även ovan i och vid not 453, om hissprövningar.

¹⁰⁹⁵ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 2. Se även ovan under avsnitt 15.1.

männen hade haft en sakrättsligt skyddad position, utan om en fordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet.

I doktrinen har domen kritiserats på denna punkt. Lindskog har menat att Högsta domstolen ”missförstått problemställningen”.¹⁰⁹⁶ Han påpekar att fordringar är ett utflöde av rättsfakta, varför domstolen i stället skulle ha fokuserat på rättsfaktumbilden.¹⁰⁹⁷ Söderlund är inne på samma spår. Hon menar att domskälen i 2005 års avgörande inte bidrar till någon större klarhet, eftersom Högsta domstolen inte anknöt till obligationsrättsliga regler, ”utan diskuterade massafordringens uppkomst fritt, närmast i ett rättsligt vakuum – som en fråga om *tidpunkten* för fordringens uppkomst.”¹⁰⁹⁸ Enligt Söderlund borde frågan i stället ha formulerats som en fråga om huruvida konkursboet hade ådragit sig en förpliktelse.¹⁰⁹⁹ Diskuteras konkursboets ansvar på sådant vis måste skillnad göras mellan olika typer av förpliktelser, och då framkommer det också att det är svårt att hänföra Högsta domstolens avgörande i denna fråga till någon obligationsrättslig förpliktelse. Söderlund kategoriserar förpliktelserna som ”en kvasikontraktuell återgångsförpliktelse”.¹¹⁰⁰

Här kan påminnas om att en massa*förpliktelse* endast kan ha sin grund i konkursboets agerande enligt Söderlund. Associationstanken innebär nämligen att boet är en egen juridisk person, som inte ärver förpliktelser eller rättsfaktum från konkursgäldenären.¹¹⁰¹ Hon menar att ifall frågan om huruvida boet är ansvarigt formuleras som en uppkomstfråga är risken stor för att konkursboet blir ansvarigt på strängare grunder än vad som gäller för andra rättssubjekt, eftersom boet då kan komma att ärva förpliktelser från konkursgäldenären.¹¹⁰²

Oavsett kritiken kan det här konstateras att Högsta domstolen *faktiskt* behandlade frågan om huruvida konkursboet hade ådragit sig förpliktelser som en uppkomstfråga.

Framhållas bör också att Högsta domstolen noterade att materiellt otillfredsställande resultat kunde uppstå om principen om den väsentliga grunden tillämpades. Domstolen uttalade nämligen:

¹⁰⁹⁶ Lindskog, Betalning s 651, not 2378. Se även Lindskog, Kvittning s 177, not 518, där han uttalar följande om att domstolen formulerade massaansvarsfrågan som en tidsfråga: ”Det är en anmärkningsvärd missuppfattning [...]”. Se även Lindskog, Kvittning s 217, not 657.

¹⁰⁹⁷ Lindskog, Kvittning s 177, not 518.

¹⁰⁹⁸ Söderlund, Konkursrätten s 549.

¹⁰⁹⁹ Söderlund, Konkursrätten s 549.

¹¹⁰⁰ Söderlund, Konkursrätten s 549.

¹¹⁰¹ Se vidare ovan under avsnitt 15.5, om associationstanken och vad den innebär i frågan om hur boet blir förpliktat.

¹¹⁰² Se Söderlund, Konkursrätten s 553 ff.

”I doktrinen har därför förordats att den som till ett konkursbo levererat en prestation, som han hade rätt att stoppa eller har rätt att återta och som konkursboet tillgodogjort sig, får en mot boet gällande massafordran avseende vederlaget för prestationens utnyttjande (se bl.a. Möller, Konkurs och kontrakt, s. 635 f., Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. s. 419 och Lindskog, Kvittning, s. 163 ff.). Visst stöd för sistnämnda synsätt finns i rättsfallet NJA 1986 s. 136, jämför dock rättsfallet NJA 1999 s. 617.”¹¹⁰³

Som synes konstaterade Högsta domstolen att, om vad som här benämns förfogandeprincipen skulle ha tillämpats i fallet, så hade det fått till följd att konkursboet varit ansvarigt, under förutsättning att upphovsmannen haft separationsrätt. Boets eventuella ansvar hade då inte heller påverkats av om upphovsmannen faktiskt hävt eller inte.¹¹⁰⁴

Högsta domstolen noterade också att Förmånsrättskommittén i SOU 2001:80 hade föreslagit en bestämmelse, som liknande den som hade föreslagits i doktrinen. Domstolen uttalade emellertid att regeln ansågs innebära en förändring av gällande rätt enligt kommittén, och att förslaget inte hade föranlett någon lagändring.¹¹⁰⁵ Högsta domstolen fann därför att det var mindre lämpligt att genom rättspraxis ”införa förändringar av rättsläget i vad avser upphovsrättsupplåtelser som även skulle kunna få konsekvenser inom andra oreglerade områden för ömsesidigt förpliktande nyttjanderättsavtal utan att dessa konsekvenser närmare analyserats.”¹¹⁰⁶ Av dessa skäl valde domstolen att inte tillämpa förfogandeprincipen.¹¹⁰⁷ I stället återgick domstolen till tidpunktsfrågan:

¹¹⁰³ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 2.

¹¹⁰⁴ Se NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 3.

¹¹⁰⁵ I detta sammanhang har det invänts att Förmånsrättskommitténs beskrivning av rättsläget inte längre gällde vid HD:s avgörande, eftersom regeln i 12 kap 31 § JB hade ändrats till att motsvara den princip som Förmånsrättskommittén hade föreslagit, se Persson, A H, Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs s 181 f. Se även Andreasson, J, Intellekтуella resurser som kreditsäkerhet s 314 ff, som bl a citerar Persson, A H, a st. Beskrivningen är inte helt träffande. Rättsläget hade visserligen förändrats genom att 12 kap 31 § 5 st JB hade införts, men den regel som Förmånsrättskommittén hade föreslagit förändrades i propositionen. Regeln som gällde, och fortsatt gäller i 12 kap 31 § 5 st JB, innebär att hyresvärden måste vara aktiv för att boet ska bli ansvarigt. Hyresvärden måste *uppmåna* boet att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande. Först om konkursboet inte ställer lokalen till hyresvärdens förfogande inom viss tidsfrist blir boet ansvarigt för hyran från konkursbeslutet fram till dess att lokalen ställs till hyresvärdens förfogande. Den av Förmånsrättskommittén föreslagna regeln innebar i stället att konkursboet skulle svara för hyra fram tills att boet ställde lokalen till hyresvärdens förfogande efter en övergångstid på sju dagar (efter konkursutbrottet), om boet inte hade inträtt i hyresavtalet, se ovan under avsnitt 15.7.3 med hänvisningar till SOU 1999:1 s 363 f.

¹¹⁰⁶ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 4.

¹¹⁰⁷ Här kan jämföras med hur HD beskrev rättsläget i NJA 2014 s 537. Förfogandeprincipen ges dock en annan betydelse där. Den inskränks till att gälla om konkursbor-

”[Upphovsmannen] har anført att det förfogande över [upphovsmannens] spridningsrätt som skett efter konkursutbrottet innebär att en massafordran avseende på försäljningen belöpande royalt har uppstått av det skälet att royaltfordran skall anses ha uppkommit först genom försäljningsåtgärden. I doktrinen finns stöd för detta synsätt (se bl.a. Lindskog, a.a., s. 159 och s. 165). Det kan konstateras att det är konkursboet som ensamt har haft rådigheten över det förhållande – exemplarförsäljningen – som utlöst den nu aktuella royaltfordran. Emellertid har HD i rättsfallet NJA 1966 s. 241 uttalat att en fordran på royalt får anses ha uppkommit genom förlagsavtalet och således före konkursutbrottet. Det föreligger inte sådana omständigheter i det nu aktuella fallet att det finns skäl att frångå detta uttalande.”¹¹⁰⁸

Som synes undersökte Högsta domstolen här vid vilken tidpunkt som fordran på royalt hade uppkommit. Domstolen stannade vid att fordran hade uppkommit genom avtalet, eftersom det fanns tidigare rättspraxis i form av NJA 1966 s 241 som stöd för denna ordning, rättspraxis som domstolen inte fann skäl att frångå. Föga förvånande har kritik även riktats mot 2005 års avgörande, för att avgörandet inte står i samklang med en funktionalistisk bedömning. Bland annat genom att de argument som brukar anföras till stöd för förfogandeprincipen inte fick genomslag i Högsta domstolens avgörande.¹¹⁰⁹

genären haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet, och inte som i NJA 2005 s 510, en sakrättsligt skyddad återtaganderätt. Se vidare nedan under avsnitten 15.8 och 16.6, med vidare hänvisningar.

¹¹⁰⁸ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 5.

¹¹⁰⁹ Se exempelvis Andreasson, J, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation s 439: ”HD har i sin motivering till synes bortsett från den funktionella aspekten av den sakrättsliga traditionen och i stället tillämpat vad som skulle kunna kallas en rättighetsformalistisk metod baserad på substantiella föreställningar. Avgörandet kan nämligen beskrivas som att HD har stannat vid en alltför subsumtionslogisk motivering och att justitieråden med denna metod har valt en lösning som inte kan ses som särskilt självklar, ens utifrån denna lösnings egna utgångspunkter.” Se även a a s 447: ”Men upphovsrätten då? Varför ger den innehavaren prioritet? [Prioritet i form av massastatus, om upphovsmannen häver och boet sedan säljer innevarande lager.] Jo, enligt HD:s skäl för att den *är* en upphovsrätt. En *rättighet*. En sådan motivering håller av här anförda skäl inte. Det går inte att bygga en effektiv, väl fungerande, till kunskapsekonomin anpassad kreditmarknad om prioritet ges till vissa subjekt baserat enbart på föreställningar om a priori rättheter. Prioriteringarna är val, och val för med sig konsekvenser. Prioriteringarna är även uttryck för värderingar. Värderingar som med den metod HD använt sig av döljs bakom en slöja av föregiven logisk följdriktighet. [Noter uteslutna.]” J Andreasson påpekar också att ordningen riskerar att leda till en kapplöpning mellan licensgivare och konkursförvaltare, i vilken licensgivaren vill häva och förvaltaren vill göra sig av med lagret. Det riskerar i sin tur att leda till värdeförstöring, se Andreasson, J, Intellectuella resurser som kredit-säkerhet s 317 ff. Se även Persson, A H, Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs s 181 f; Martinson, C, Sakrätt avseende annat än egendom s 556 ff.

Återigen har Högsta domstolen alltså kommit fram till ett resultat som sammanfaller med villkorsläran. Frågan om huruvida konkursboet ådragit sig en förpliktelse har också formulerats med villkorslärans terminologi, det vill säga som en fråga om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter konkursutbrottet. Vad som är nytt i NJA 2005 s 510, i jämförelse med NJA 1966 s 241, är att domstolen uttryckligen beaktade förfogandeprincipen och de skäl som hade anförts för den i doktrinen. Domstolen avfärdade emellertid förfogandeprincipen.

Rättsfallen, i kontrast med kritiken av desamma, illustrerar hur det finns en spänning i frågan om huruvida konkursboet ska vara ansvarigt för en viss förpliktelse. Det finns en spänning mellan villkorsläran, en funktionalistisk bedömning och associationstanken. Spänningen tar sig inte bara uttryck i hur frågan formuleras och vilka argument som används. Spänningen tar sig även uttryck i vilka slutsatser som nås. I dessa frågor synes villkorsläran bäst kunna förklara den av Högsta domstolen fastslagna ordningen. Med det sagt är det tid att undersöka hur domstolen tog sig an de kvarstående frågorna.

I NJA 2005 s 510 prövades också om konkursboet skulle anses ha inträtt i avtalet konkludent och på så vis blivit ansvarigt.¹¹¹⁰ I den frågan konstaterade domstolen att "[e]n bedömning av om ett konkursbo skall anses ha inträtt i ett förlagsavtal av förevarande slag måste göras med beaktande av samtliga omständigheter och rättsförhållandets art."¹¹¹¹ Att omständigheterna i det enskilda fallet ska vara avgörande var också något Högsta domstolen lyfte i NJA 1979 s 253, som bestämmande för vad som utgjorde ett konkludent inträde.¹¹¹² I 2005 års rättsfall uttalade domstolen även att viss ledning kunde hämtas från köplagen i bedömningen av om boet skulle ansetts ha inträtt konkludent i avtalet:

"Viss ledning kan analogivis hämtas från 63 § femte stycket köplagen vari anges att konkursboet skall anses ha inträtt i (köpe-)avtalet, om boet har förfogat över varan så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad. Av särskild betydelse kan därför vara om ett konkursbo utöver försäljning av inläggande exemplar har producerat nya exemplar under utövande av mångfaldiganderätten [...].

Vid försäljning av exemplar av verken till [köparen] har som ovan konstaterats konkursboet förfogat över en upplåten rättighet som [upphovsmanen] inte hade kunnat hindra konkursgäldenären att utöva så länge avtalet var gällande. Försäljningen avser ett inläggande lager för vilka mångfal-

¹¹¹⁰ Jfr ovan i not 1082, om distinktionen mellan att boet har inträtt och att boet ska anses ha inträtt i avtalet. Som framgår i brödtexen ovan använde inte HD distinktionen på samma sätt som i köplagen i NJA 2005 s 510 heller.

¹¹¹¹ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 8.

¹¹¹² Se ovan under avsnitt 15.7.4.

diganderätten tagits i anspråk före konkursutbrottet och för vilka produktionskostnaderna burits av konkursbolaget. Försäljningen kan i detta fall jämföras med en normal avveckling av ett konkursbos varulager. Konkursboet kan därför inte anses konkludent ha inträtt i upplåtelseavtalet enbart genom exemplarförsäljningen.”¹¹¹³

Som framkommer av citatet valde Högsta domstolen att göra en skillnad på exemplarförsäljning, vilket avser den upphovsrättsliga spridningsrätten, och exemplarframställning, vilket avser den upphovsrättsliga mångfaldiganderätten. Konkursboets ianspråktagande av spridningsrätten kunde jämföras med en normal avveckling av ett konkursbos varulager enligt domstolen, vilket inte konstituerade ett inträde i avtalet (eller massaansvar genom boets förfogande efter vad domstolen tidigare hade funnit), medan en exemplarframställning, och därigenom ett utövande av mångfaldiganderätten, kunde utgöra ett inträde.

Om denna ordning betraktas genom de upphovsrättsliga glasögonen framstår dess konsekvenser som besynnerliga, eftersom konkursboets nyttjande av mångfaldiganderätten behandlas på ett annat sätt än spridningsrätten. I upphovsrättslagen behandlas de på samma sätt, såtillvida att ett nyttjande av dessa upphovsrätter i strid med lagen leder till samma sorts rättsföljd. Det följer bland annat av 54 § upphovsrättslagen. Från konkurs- och sakrättsligt håll framstår också ordningen som anmärkningsvärd. Efter vad som framgår av 3 kap 3 § konkurslagen ingår den egendom i konkursboet som *tillhörde* gäldenären vid konkursutbrottet eller som tillfaller gäldenären efter samma tidpunkt. Tillhörde ska här förstås som en hänvisning till de sakrättsliga reglerna, och just det sakrättsliga skyddet uppkommer på samma sätt till spridningsrätten och mångfaldiganderätten.¹¹¹⁴ Någon skillnad på dessa rättigheter, som kan berättiga den valda ordningen i NJA 2005 s 510, görs alltså inte sakrättsligt.

Frågan gällde dock om konkursboet skulle ha ansetts inträtt i avtalet konkludent och därigenom bör frågan vara just en avtalsrättslig fråga.¹¹¹⁵ Det är även den ordning Högsta domstolen tillämpade i NJA

¹¹¹³ NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 8.

¹¹¹⁴ Som framkommer av rättsfallet får en hävning från upplåtaren sakrättslig effekt, genom att boet inte längre kan nyttja spridningsrätten. Upplåtarens hävning har även ansetts ha sakrättsliga verkningar för upphovsrätten på ett allmänt plan, se Andreasson, J, Intellexuella resurser som kreditsäkerhet s 304 f. Avtalet bör vara den tidpunkt som det sakrättsliga skyddet uppkommer genom oavsett om det avser en överlåtelse eller upplåtelse, se Möller, Immaterialrätt och konkurs s 28 f; Henriksson, P, Översikt över det sakrättsliga skyddet för upphovsrätt s 141 ff; Andreasson, J, a s 273 ff och s 297 ff.

¹¹¹⁵ Stöd för denna ståndpunkt finns även i associationstanken, se Söderlund, Konkursrätten s 549.

1979 s 253.¹¹¹⁶ I enlighet med detta bör mottagarens befogade uppfattning vara tolkningstema för om boet ska ha inträtt i avtalet, men hänsyn måste tas till den upphovsrättsliga och insolvensrättsliga kontexten. Från mottagarens horisont (här upphovsmannens horisont) är som sagt mångfaldiganderätten och spridningsrätten skyddade på samma sätt såväl upphovsrättsligt som konkurs- och sakrättsligt. Boet borde därför kunna använda upphovsmannens samtycke på samma sätt, oavsett om boet kan använda samtycket eller inte. Det finner också stöd i 63 § 5 st köplagen, som Högsta domstolen dessutom hänvisade till i frågan om huruvida boet kunde nyttja mångfaldiganderätten. Av bestämmelsen framgår att om konkursboet förfogar över varan, så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad, ska boet anses ha inträtt i avtalet. Ett förfogande över varan borde därför avse både ett nyttjande av spridningsrätten och exemplarframställningsrätten.

Kanske är det dock inte denna problemformulering, detta perspektiv, som Högsta domstolen valde att bedöma frågan utifrån. Kanske ansåg domstolen att om konkursboet fortsatte tillverkningen av varorna, fortsatte boet också driften av verksamheten liksom att boet därigenom också fortsatte avtalsförhållandet (vilket skulle ha konstituerat ett inträde). Kanske utgjorde det mottagarens befogade uppfattning enligt domstolen, medan en *normal* avveckling av konkursboet innebär försäljning av varulagret, vilket inte konstituerade något inträde i avtalet.¹¹¹⁷

¹¹¹⁶ Se ovan under avsnitt 15.7.4.

¹¹¹⁷ Frågan om en skillnad ska göras mellan att boet framställer nya exemplar och att det säljer varor från befintligt lager diskuterades på Insolvensrättsligt forum 1997, se Möller, Immaterialrätter och konkurs s 35 f, som menar att det inte ska göras någon skillnad på spridningsrätten och mångfaldiganderätten. Se även Håstad, Immaterialrätt och konkurs s 48, som är av samma ståndpunkt. Håstad motiverar sin ståndpunkt med att båda rättigheterna följer av förlagsavtalet, se a st. Jfr dock Lindskog, Immaterialrätt och konkurs s 52 f, som menar att om boet trycker nya böcker så inträder det i avtalet, medan om boet säljer böcker som finns i lagret konstituerar det inte något inträde. Lindskog noterar visserligen att konsumtionstidpunkten har förändrats (se nedan i not 1120, vilket innebar att spridningsrätten inte har konsumerats när böckerna enbart befinner sig i lagret hos konkursboet), men han menar ändå att det faktum att vissa regler har förändrats i det obligatoriska förhållandet innebär inte att också den sakrättsliga situationen ska förändras. (Här kan dock konstateras att något sakrättsligt moment inte krävs i dessa fall, se strax ovan.) Lindskog uppmärksammar också att det från praktisk synpunkt vore olämpligt om försäljningen av lagret innebar inträde, eftersom det skulle innebära en kapitalförstöring att låta de böcker som finns tryckta vid konkursutbrottet bli makulatur, om en överenskomelse inte kan nås med författarna, se a st. Jfr även Hägglund, Vidareöverlåtelseförbudet och begränsningar i spridningsrätten för upphovsrätt i konkurs s 43 f och s 52, som menar att boet inte bör anses inträda genom försäljning av varor. Hägglund påtar att förändringen av konsumtionstidpunkten inte behöver förändra den konkursrättsliga situationen, eftersom konkursrätten inte alls behandlades eller beaktades i reformen av

Som påpekades i flera tidigare typfallsavsnitt måste alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet beaktas vid bedömningen av om konkursboet har inträtt i ett avtal. Men i regel kommer Högsta domstolens avgörande i NJA 2005 s 510 innebära att om boet säljer varor från konkursgäldenärens lager, och avtalet inte är hävt, inträder boet inte i avtalet. I vart fall måste detta gälla om inga särskilda förhållanden som talar mot denna ordning föreligger i det enskilda fallet. Det finns däremot starka skäl att tro att om boet framställer nya exemplar kommer det vanligen innebära att boet träder in i avtalet.

Slutligen ska något sägas om konkursboet gjorde sig skyldig till upphovsrättsintrång. Högsta domstolen konstaterade att i upphovsrättslig mening innebar boets överlåtelse av lagret en spridning av exemplar av upphovsmannens verk till allmänheten. Spridningsrätten är primärt reglerad i 2 § upphovsrättslagen. Där framgår det att spridning av exemplar till allmänheten är en exklusiv rätt som tillkommer upphovsmannen. I bedömningen av om boet gjorde sig skyldigt till upphovsrättsintrång fäste Högsta domstolen avseende vid att om motsvarande försäljning hade skett före konkursutbrottet av (konkurs)gäldenären hade försäljningen inte kunnat förhindras av upphovsmannen. Av denna anledning kom domstolen fram till att så länge förlagsavtalet var gällande innebar inte boets överlåtelse av exemplaren något upphovsrättsintrång. Däremot fann domstolen att om förlagsavtalet hade hävts före överlåtelsen av exemplaren saknade boet spridningsrätt till dessa. Boets försäljning skulle i sådana fall ha inneburit ett upphovsrättsintrång, vilket skulle ha medfört en ersättningsskyldighet enligt 2 och 54 §§ upphovsrättslagen, som i vart fall skulle uppgå till skäligt vederlag för utnyttjandena av verken.¹¹¹⁸

upphovsrätten. Han konstaterar dock att om konsumtionspunkten har förändrats även för konkursfallet har inte förvaltaren någon försäljningsrätt, se a st. I sammanhanget kan också jämföras med norsk rätt. Av 7 kap 12 § dekningsloven framgår att om (konkurs-)gäldenären har förpliktat sig att erlägga royalty kan sådan fordran endast göras gällande som konkursfordran, under förutsättning att produktionen är påbörjad före den kritiska tidpunkten och det har företagits betydande investeringar (i produktionen), även om det är konkursboet som fullföljer produktionen och säljer exemplar. Se vidare Endestad, Opphavsrett og konkursbeslag s 258 ff och s 268 ff, med vidare hänvisningar. Det tycks dock föreligga skillnader mellan svensk och norsk rätt bl a med avseende på hur spridningsrätten konsumeras, se a a s 274 ff, om norsk rätt, samt nedan i not 1120, om svensk rätt.

¹¹¹⁸ Se vidare Persson, A H, Upphovsrätt s 315 ff, som har analyserat underinstansernas domar som följde på HD:s hissprövning i NJA 2005 s 510, såvitt avser frågan om huruvida förlagsavtalet i det enskilda fallet hade hävts före det att boet överlätit exemplaren vidare och vad gäller om boet därför var ersättningsskyldigt eller inte. Hovrätten fann att överlåtelse hade skett efter hävningen, vilket gjorde boet ansvarigt, se Göta hovrätts dom i mål nr T 1589-06 den 11 juni 2007. I doktrinen har påpekats att färdigproducerade böcker tillkommer boet, se Bernitz, m fl, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens

Högsta domstolen uttalade alltså att avtalet var *gällande*. Domstolen fäste därigenom avseende vid konkursgäldenärens avtalsrättsliga möjlighet att sprida verket vidare i bedömningen av om konkursboet hade begått något upphovsrättsintrång.¹¹¹⁹ Konkursboet fick den rätt som konkursgäldenären haft i denna fråga.¹¹²⁰ Med associationstanken kan vi få

s 412 ff; Levin & Hellstadius, Lärobok i immaterialrätt s 122 f. Enligt NJA 2005 s 510 gäller detta dock endast så länge som avtalet inte är hävt, om spridningsrätten inte är konsumerad, se även Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål s 316. Här kan tilläggas att ordningen är en annan i dansk rätt. I rättsfallet U 1983 545 H kom Højesteret fram till att trots att ett upphovsrättsavtal var hävt före konkursen hade boet inte gjort sig skyldigt till upphovsrättsintrång genom att sälja exemplar, se Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 497 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 295, vid not 69. Se även Möller, Konkurs och kontrakt s 582 ff, om rättsfallet. Vad gäller frågan om hur ersättningen ska bestämmas i dessa fall kan hänvisas till Johansson, D, Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång passim.

¹¹¹⁹ Jfr Möller, Konkurs och kontrakt s 607, som diskuterar frågan i anslutning till rättsfallet NJA 1966 s 241: "Författarna påstod i målet att boet vidtagit förfoganden som upphovsrättsligt ursprungligen tillkommit dem och att boet därmed 'fortsatt utgivander' av deras verk. Samtidigt framhölls att förlagsavtalet inte sagts upp av boet. Genom det sistnämnda påståendet kunde författarnas talan knappast få framgång på grundval av de rent upphovsrättsliga reglerna. Så länge avtalet består finns ju ett generellt samtycke för förläggaren/boet att sälja böcker."

¹¹²⁰ Det har påståtts att domstolen kom fram till att spridningsrätten var konsumerad i detta fall, se Persson, A H, Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs s 177 f. Här emot Bernitz, m fl, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens s 89, som uttalar att boets försäljning innebar att verken hade spritts. Spridningsrätten kan bara konsumeras avseende varje exemplar för sig enligt 19 § upphovsrättslagen. Se C-419/13 Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright, EU:C:2015:27, EU domstolens dom p 29. Se även Rosén, Upphovsrättsens avtal s 130; Bernitz, m fl, a a s 88; Levin & Hellstadius, Lärobok i immaterialrätt s 142; Olin, Upphovsrättslagen 19 § (Lexino, 2020-07-01). Se Möller, Immaterialrätter och konkurs s 36 f, som mot bakgrund av 19 § upphovsrättslagen konstaterar att om en immaterialrätt belastar en nyproducerad vara som finns hos konkursgäldenären (en vara som alltså ännu inte har överlåtits) har spridningsrätten inte konsumerats för denna vara enligt bestämmelsen, oavsett om andra sådana varor redan har sålts. Se även Rosén, a a s 131, som konstaterar att spridningsrätten innebär att ett verk utbjuds till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars tillhandahålls allmänheten i form av en fysisk vara; Levin & Hellstadius, a a s 142, som konstaterar att som huvudregel konsumeras spridningsrätten genom den första överlåtelsen av exemplaret i form av köp, byte eller gåva; Bernitz, m fl, a a s 88, som konstaterar att spridning av exemplar av verk äger rum genom varje form av utbud till försäljning, uthyrning, utlåning, pantsättning, gåva, m m. Angående om spridningsrätten hade konsumerats i rättsfallet finns inte något i HD:s formuleringar som tyder på att spridningsrätten skulle ha konsumerats genom konkursutbrottet. Anledningen till att konkursboet inte gjorde sig skyldigt till upphovsrättsintrång var i stället att boet kunde nyttja det samtycke som fanns genom förlagsavtalet med konkursgäldenären. Efter boets överlåtelse till köparen är spridningsrätten konsumerad avseende just det överlåtna exemplaret enligt 19 § upphovsrättslagen men inte avseende andra exemplar. Jfr dock Möller, Konkurs och kontrakt s 601 ff; Rosén, Förlagsrätt s 516 ff, om rättsläget före 1995.

hjälp att sortera frågan om boets ansvar här. Frågan om boet hade begått upphovsrättsintrång gällde en utomobligatorisk förpliktelse.¹¹²¹ Boets ansvar bedöms emellertid inte enbart utifrån dess handlande, eftersom boet kunde använda upphovsmannens avtal med konkursgäldenären för att undgå ansvar. Boets eventuella utomobligatoriska ansvar bör antagligen ses utifrån den konkursrättsliga kontexten. I 3 kap 3 § konkurslagen föreskrivs att all egendom som tillhörde gäldenären vid konkursutbrottet tillhör konkursboet. Av rättsfallet följer att boet varken får sämre eller bättre rätt till egendomen än vad konkursgäldenären hade. Före konkursutbrottet kunde (konkurs)gäldenären sprida exemplar av verket, utan att begå upphovsrättsintrång tack vare avtalet med upphovsmannen. Den rätten får även konkursboet enligt rättsfallet, vilket står i samklang med bestämmelsen i 3 kap 3 § konkurslagen. Rätten upphör om avtalet hävs, vilket också är vad som gällde för (konkurs)gäldenären. Efter vad jag har förstått finns nu vanligen konkursklausuler (eller med ett annat namn ipso facto klausuler) i förlagsavtalen, i vilka det föreskrivs att avtalet ska upphöra att gälla (eller dylikt) i och med konkursen. Det aktualiserar den intressanta frågan om dessa klausuler är giltiga i en konkurs.¹¹²² Den frågan ligger dock utanför denna avhandlings ramar.

Sammanfattningsvis kan sägas att konkursboet får nyttja de upphovsrätter som (konkurs)gäldenären kunde nyttja så länge upphovsmannen inte har hävt avtalet. Det är en lösning som visserligen kan kritiseras utifrån ändamålsskäl, men ambitionen i denna avhandling är inte att enbart undersöka vad som är den bästa funktionalistiska lösningen utan att undersöka vad som krävs för att en fordran ska uppkomma.¹¹²³ I dessa fall uppkommer fordran redan genom förlagsavtalet. Det har stöd i och kan förklaras med villkorsläran. Förfogandeprincipen fick alltså inte genomslag i dessa fall, det vill säga då konkursgäldenärens medkontrahent hade en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid konkursutbrottet. Skulle boet i stället producera nya exemplar med grund i förlagsavtalet innebär det i regel att boet inträder i avtalet enligt Högsta domstolen, vilket medför massaansvar för boet.

¹¹²¹ Söderlund, Konkursrätten s 549.

¹¹²² Se därom i stället Andreasson, J, Intellectuella resurser som kreditsäkerhet s 306 f, Domeij, Patentavtalsrätt s 353 f, Söderlund, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet s 295 ff, alla med vidare hänvisningar. Se om prekonkursklausuler NJA 2010 s 617, där bedömdes de som giltiga, se om detta Domeij, Hävning av immaterialrättsöverlåtelse när köparen är insolvent s 135 ff.

¹¹²³ Se ovan under avsnitt 1.3 och kapitel 2.

15.7.6 Obehörig vinst (eller ren förmögenhetsskada)

Som nämndes ovan under avsnitt 15.6 har Håstad inte bara anfört konkursrättsliga skäl till stöd för förfogandeprincipen. Han har också menat att konkursboet bör bli bundet som vilket annat rättssubjekt som helst, då boet tillägnar sig varor som det inte har beställt. I sammanhanget hänvisar han bland annat till NJA 1993 s 13. I det fallet hade en underhyresgäst fortsatt att nyttja en lokal, trots att avtalet hade upphört. Högsta domstolen fann att underhyresgästens faktiska nyttjande utgjorde grund för att hyresgästen skulle bli förpliktad att utge ersättning till fastighetsägaren, en ersättning som motsvarade skälig hyra för lokalerna.

I NJA 2007 s 519 prövades om ett konkursbo skulle bli förpliktat i en situation som liknade den i 1993 års fall. I 2007 års fall hade ett hyresavtal upphört strax efter konkursutbrottet i vilket konkursgäldenären hade varit hyrestagare. Högsta domstolen konstaterade att upphörandet av avtalet innebar en skyldighet för konkursboet att omedelbart flytta från lokalen. Boet kom dock att nyttja lokalen under två månader efter konkursutbrottet. Högsta domstolen jämförde denna situation med den som förelåg i just NJA 1993 s 13.¹¹²⁴ Domstolen framhöll också följande:

¹¹²⁴ I NJA 2007 s 519 kategoriserade HD NJA 1993 s 13 som ett fall av obehörig vinst, trots att obehörig vinst inte nämndes i 1993 års avgörande. I det avgörandet hade dock HD hänvisat till två verk i doktrinen (Agell, Skadestånd vid obehöriga förfoganden över annans egendom s 23 ff; Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl s 316) i vilka det talades om obehörig vinst. Att systematisera rättsfall är i hög grad en rättsdogmatisk uppgift. Såväl NJA 1993 s 13 som NJA 2007 s 519 har också kategoriserats som fall av obehörig vinst av bl a Flodin, Konkursbo massansvarigt för obehörigt nyttjande av lokal efter att hyresavtalet upphört s 112; Persson, A H, Obehörig vinst som grund för betalningskrav s 432; Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? s 29; Hellner & Raderzki, Skadeståndsrätt s 407 f. Det har t o m hävdats att rättsfallen visar att obehörig vinst är en autonom rättsprincip i svensk rätt, se Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten s 953. Jfr även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 705, med vidare hänvisningar, om obehörig vinst argument i en närliggande kontext. Jfr NJA 2019 s 23, i vilket HD konstaterade att det inte fanns grund för en regel om ersättning för obehörig vinst avseende de fall då en sambo har tillfört ett värde till den andra sambons egendom och samborna därefter separerar. Vid en jämförelse mellan 2007 års och 1993 års rättsfall framkommer dock att HD betonade ytterligare några argument i 2007 års fall. I NJA 1993 s 13 uttalade HD att det var nyttjandet utan stöd i avtal som gav upphov till en ersättningsskyldighet. I NJA 2007 s 519 uttalade HD att nyttjandet av lokalen hade *undandragit* hyresvärdens möjlighet att själv använda lokalen, något som HD fann gav upphov till en ersättningsskyldighet oberoende av avtalsförpliktelse eller om skadan hade vållats genom brott. H Andersson har belyst hur HD delvis betonade skilda aspekter i de olika rättsfallen. I 1993 års fall fästes avseende vid den ersättningsskyldiges sida genom nyttjandet och den obehöriga vinsten, medan i 2007 års fall adderades även den ersättningsberättigades sida, genom att undandragandet av möjligheten att nyttja lokalen lyftes fram. H Andersson påvisar hur den sidan av motiveringen kan sägas ge uttryck för ett funktionellt skadebegrepp – i vilket skada inte alltid behöver betyda fysisk skada, utan det kan också betyda undandragande

”Genom att nyttja lokalen efter det att hyresrätten upphört har konkursboet undandragit Oceanterminalen möjligheten att själv använda lokalen. Ersättningsskyldighet i ett sådant fall uppkommer oberoende av avtalsförpliktelse och förutsätter inte heller att skadan har vållats genom brott. Eftersom grunden för hyresvärdens fordran på ersättning för användningen av lokalen har uppkommit efter konkursutbrottet utgör Oceanterminalens fordran en massafordran.”¹¹²⁵

Av det citerade uttalandet framkommer att grunden för anspråket mot konkursboet var densamma som för vilket annat rättssubjekt som helst. Det var nyttjandet av lokalen utan avtalsstöd och undandragandet av hyresvärdens egen möjlighet att använda lokalen som utgjorde grunden för att boet blev massaansvarigt. I så måtto bekräftar rättsfallet Håstads uttalande om att konkursboet bör bli bundet som vilket annat rättssubjekt som helst – i vart fall beträffande denna fråga.

Här bör också noteras att Högsta domstolen fann att det var konkursboet (och inte konkursgäldenären) som var ansvarigt, genom att grunden för fordran hade *uppkommit efter* konkursutbrottet. Det kanske inte är särskilt märkligt i detta sammanhang, eftersom det var ett nyttjande som utgjorde grunden för anspråket. Nyttjandet kunde dock ha knutits till *vem* som nyttjade lokalen (konkursgäldenären eller konkursboet) snarare än till om nyttjandet hade skett *före* eller *efter* konkursutbrottet. En sådan problemformulering hade varit mer förenlig med Håstads sätt att se på frågan. Den hade också varit mer förenlig med associationstankens frågeformulering (och lösning). Högsta domstolens avgörande ligger i stället närmare villkorsläran, eftersom det utgick från *när* förpliktelsen hade

av användande, se Andersson, H, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s 171 ff. På så vis bör avgörandet i NJA 2007 s 519 enligt H Andersson inte enbart tolkas som en dom där domslutet har grundats i obehörig vinst. Rättsfallet kan även sägas ge uttryck för att hyresvärdens åsamkades en skada, se a a s 178 f. Det senare stärks av att HD i NJA 2007 s 519 uttalade att skadan inte hade vållats genom brott. Den formuleringen anknyter till möjligheten att få ersättning för ren förmögenhetsskada (på utomobligatorisk grund); huvudregeln är att skadestånd utgår om någon vållar ren förmögenhetsskada genom brott. Det framgår av 2 kap 2 § skadeståndslagen. Enligt förarbetena är dock bestämmelsen inte avsedd att tolkas motsatsvis, se prop 1972:5 s 568. Ett kvalificerat otillbörligt agerande kan i vissa fall vara ersättningsgillt, såsom HD har funnit i NJA 2005 s 608 och NJA 2015 s 899, se särskilt HD:s beskrivning i NJA 2015 s 899, HD:s domskäl st 34–39 och st 43. Se vidare Kleinman, Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen s 168 ff; Andersson, H, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 273 ff; Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s 72 ff; Bengtsson, B & Strömbäck, Skadeståndslagen 2 kap 2 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

¹¹²⁵ NJA 2007 s 519, HD:s domskäl st 6.

uppkommit (när nyttjandet hade skett) och knöt ansvarets (fordrans) uppkomst till det.¹¹²⁶

Sammantaget står det klart att konkursboet kan, liksom andra rättssubjekt, bli ansvarigt i dessa situationer om konkursgäldenärens avtal har hävts eller på annan grund har upphört. Exempelvis kan avtalet ha blivit förverkat.¹¹²⁷ Boet kan då inte använda de rättigheter som konkursgäldenären hade. Det bör jämföras med vad som har framkommit av de tidigare typfallsstudierna. I det närmast föregående avsnittet (om upphovsrättsliga fordringar) framkom att boet kan använda den rätt gäldenären hade enligt ett förlagsavtal ifall det inte var hävt. Även i fråga om på vilket sätt boet kan använda gäldenärens lokalhyresavtal framkom att boet som utgångspunkt får nyttja en lokal som konkursgäldenären haft. Det är först om hyresvärden uppmanar boet att ställa lokalen till hyresvärdens förfogande och boet inte inom en månad gör detta, som boet blir ansvarigt för hyran, enligt 12 kap 31 § JB. Om förverkandegrund föreligger kan hyresvärden i stället välja att just förverka hyresavtalet. Boet blir även ansvarigt för fortsatt nyttjande då. Den av Håstad förordade ordningen har alltså inte alltid fått genomslag. Gäller konkursgäldenärens avtal kommer det att påverka hur boet blir ansvarigt.

15.8 Massafordrans uppkomst – syntes

Hittills har argumentationslinjer, argument och typfall främst studerats. Detta material ska här sammanställas; ett omdöme ska ges om hur rättskällorna ska tolkas och systematiseras.¹¹²⁸ I kapitlet togs utgångspunkt i 11 kap 1 § konkurslagen. Där framgår att skulder som konkursboet har ådragit sig ska betalas innan utdelning kan ske i konkursen. Hur boet ådrar sig dessa skulder, vad som krävs för att dessa massafordringar ska uppkomma, har undersökts i kapitlet. I studien har det framkommit att massafordringar kan uppkomma på tre olika sätt: Dels kan boet ådra sig nya förpliktelser. Dels kan boet träda in i konkursgäldenärens avtal och på så sätt åta sig ansvar för förpliktelser med grund i avtalet. Dels kan boet bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer, vilka aktualiseras om boet har förfogat över eller på annat sätt har tillgodogjort sig en prestation som emanerar från konkursgäldenärens avtal. I frågan om huruvida boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga nor-

¹¹²⁶ Se Söderlund, Konkursrätten s 538 f, för kritik av fallet på just denna punkt. Se även Lindskog, Kvittning s 217, not 659, för liknande kritik av fallet.

¹¹²⁷ Se ovan vid not 1069.

¹¹²⁸ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

mer, däribland förfogandeprincipen, har det framkommit att det finns en spänning mellan olika argument och argumentationslinjer. Det tar sig inte bara uttryck i hur frågan formuleras och i vilka argument som används utan också i vilka slutsatser som nås i frågan. Frågan om huruvida boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer kommer att behandlas sist i detta avsnitt. Först ska något sägas om hur boet ådrar sig nya förpliktelser.

Då systemargumenten undersöktes framkom att konkursboet kan betraktas som ett rättssubjekt, såtillvida att det ådrar sig *nya* förpliktelser som vilket annat rättssubjekt som helst. Med nya förpliktelser avses sådana förpliktelser som inte härrör från konkursgäldenärens avtal eller förehavanden på annat sätt. Att boet på så sätt är ett rättssubjekt kan möjligen förklara att det råder stor enighet om att boet förpliktas som vilket annat rättssubjekt som helst när det gäller nya förpliktelser.¹¹²⁹ Konkursboet kan till exempel ingå avtal och därigenom åta sig förpliktelser eller bli skadeståndsskyldigt på utomobligatorisk grund. Det kan också bli ansvarigt för upphovsrättsintrång.¹¹³⁰ Att boet kan bli ansvarigt på dessa sätt har även stöd i associationstanken och i en funktionalistisk bedömning.¹¹³¹ NJA 2007 s 519, som behandlades strax ovan,¹¹³² utgör också ett exempel på att boet kan bli ansvarigt som andra rättssubjekt avseende nya förpliktelser. Att boet på så sätt kan bli ansvarigt har även stöd i villkorsläran, i och med att enligt den uppkommer en fordran om någon har förpliktat sig (låt vara att frågan då ställs om en fordran har uppkommit).¹¹³³ Även principen om den väsentliga grunden leder till samma ordning.¹¹³⁴ Att fastslå på vilket sätt boet ådrar sig nya massaskulder är alltså en fråga för exempelvis avtalsrätten, skadeståndsrätten och fordringsrätten.¹¹³⁵

Vad gäller frågan om hur konkursboet inträder i gäldenärens avtal, och därigenom ådrar sig förpliktelser, finns det avseende vissa fordringstyper bestämmelser, i vilka det föreskrivs att boet kan inträda. Här kan hänvisas till 63 § köplagen och 12 kap 31 § JB.¹¹³⁶ Av de rättsfall där Högsta dom-

¹¹²⁹ Se ovan under avsnitt 15.4. Se även exempelvis NJA 1963 s 471, som illustrerar att förvaltaren kan uppta en checkräkningskredit.

¹¹³⁰ Se ovan under avsnitt 15.7.5.

¹¹³¹ Se ovan under avsnitten 15.4, 15.5 och 15.6.

¹¹³² Se ovan under avsnitt 15.7.6.

¹¹³³ Se ovan under kapitel 6, om villkorsläran.

¹¹³⁴ Se ovan under avsnitt 7.4, om principen om den väsentliga grundens betydelse.

¹¹³⁵ Se exempelvis ovan under avsnitt 12.6.4, om fordrans uppkomst vad gäller misslagsbetalningar.

¹¹³⁶ Se ovan under avsnitten 15.7.2 och 15.7.3, för en undersökning av hur boet träder in i gäldenärens avtal i dessa fall.

stolen har prövat om konkursboet inträtt i gäldenärens avtal framkommer det att domstolen har använts sig av en avtalsrättslig bedömning för att avgöra frågan. I till exempel NJA 1979 s 253 fäste Högsta domstolen avseende vid konkursförvaltarens befogade intryck.¹¹³⁷ Att det är en avtalsrättslig bedömning som ska avgöra om boet har inträtt i avtalet följer redan av att fråga är om boet har inträtt i ett *avtal*. Det är också en slutsats som är förenlig med de uttryck som används i de nämnda bestämmelserna och förarbetena till desamma.¹¹³⁸ I norsk rätt anges uttryckligen att frågan om huruvida boet har inträtt i ett avtal ska bedömas med hjälp av avtalsrätten,¹¹³⁹ och även i dansk rätt verkar det vara fråga om en avtalsrättslig bedömning i dessa fall.¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ Se ovan under avsnitt 15.7.4.

¹¹³⁸ Se ovan under avsnitten 15.7.2 och 15.7.3.

¹¹³⁹ I norsk rätt lyfts uttryckligen att frågan om huruvida boet har inträtt ska avgöras med hjälp av en avtalsrättslig bedömning (se 7 kap 3 § dekningsloven, om boets rätt att inträda). Boet kan inträda genom uttrycklig förklaring därom samt genom konkludent handling enligt allmänna avtalsrättsliga principer, se NOU 1972:20 s 313: "[...] boets vedkommende må normalt avgi en uttrykkelig erklæring om at boet ønsker å tre inn. Etter alminnelige avtalerettslige prinsipper må imidlertid konkludent adferd fra boets side i visse tilfelle kunne få samme virkning som en uttrykkelig erklæring; boet tilegner seg f.eks. en ydelse fra medkontrahenten som er kommet boet i hende etter boåpningen, og som medkontrahenten etter § 7–9 derfor hadde rett til å kreve utlevert, jfr. Brækhus II s. 172." Se även Andenæs, Konkurs s 218 f; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 117; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 311 f; Endestad, Opphavsrett og konkursbeslag s 239 ff. Se även Rt 1934 s 499, där boet hade trätt in i ett avtal genom att infria konkursgäldenärens förpliktelser. Jfr även Rt 1915 s 850, där boet hade trätt in i ett partsrederi genom att delta i en rad rederimöten på vilka det fattades beslut som bara kunde tas av partsredarna. Förvaltaren hade inte deltagit i mötena med någon reservation och Høyesterett fann att boet hade inträtt. Se närmare om fallet och förutsättningarna för detsamma i Nazarian & Nylund, Konkursrett s 117.

¹¹⁴⁰ I dansk rätt kan inträde ske såväl genom uttryckligt besked från förvaltaren som genom konkludent handlande (inträdesrätten regleras bl a i 55 § danska konkursloven), se även bet 1971:606 s 122. Se även Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 497: "Indtræden kan ske udtrykkeligt eller stiltiende. Herved følger reglerne om indtrædelse de almindelige regler om indgåelse af kontraktforhold." Se även Paulsen, Indsolvensret – konkurs s 447 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 204 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 286 f, vilka i och för sig inte uttryckligen talar om att det är de avtalsrättsliga principer som avgör om boet har trätt in i avtalet, men bedömningarna ligger nära de avtalsrättsliga och de använder avtalsrättsliga termer för att beskriva hur boet träder in i avtalet. Se även U 1955 1009/2 H, där en fabrikant skulle upparbeta tomater till puré för en grossists räkning. Boet ansågs ha inträtt i avtalet af följande skäl: "Ved at overtage den videre og væsentligste del af forarbejdningen af dette parti til puré, samt ved den 7. november 1949 at modtage og til puré forarbejde yderligere 2040 kg tomater, findes boet, der den 30. december 1949 sendte appellanterne faktura på puré fremstillet af disse partier, at være indtrådt i kontrakten for så vidt angår de nævnte partier.", U 1955 1009/2 H, Højesterets domskäl st 1. Inträde

Stöd för att bedömningen av om konkursboet har inträtt i gäldenärens avtal är en avtalsrättslig fråga kan även hämtas från associationstanken. Huruvida boet har ådragit sig en förpliktelse ska enligt associationstanken bedömas på samma sätt som för vilket annat rättssubjekt som helst. Eftersom frågan här gäller om boet har inträtt i ett *avtal* bör frågan också avgöras med avtalsrättsliga regler.¹¹⁴¹

I den funktionalistiska bedömningen av inträdesfrågan framkom att förvaltaren bör få avgöra i vilka avtal konkursboet ska kunna inträda. I och med att parternas avsikter och intryck i regel har avgörande betydelse i avtalsrätten förefaller den vara ett utmärkt verktyg för att avgöra om boet har inträtt eller inte.¹¹⁴² Det framstår som systematiskt tilltalande att betrakta inträdet som en rättshandling, en *inträdeshandling*. Sammantaget bör alltså frågan om huruvida boet har inträtt i ett avtal eller inte hanteras som en avtalsrättslig fråga.¹¹⁴³

Konkursboet kan träda in i gäldenärens avtal på samma sätt som ett avtal sluts, exempelvis genom att ge uttryck för det (vilket också kan ske konkludent) eller genom relevant passivitet.¹¹⁴⁴ I bedömningen av om boet har trätt in i avtalet måste omständigheterna i det enskilda fallet beaktas.¹¹⁴⁵ Det kommer exempelvis till uttryck i NJA 2005 s 510, där Högsta domstolen betonade vad som var en normal avveckling av konkursboet i bedömningen av om boet hade inträtt konkludent eller inte. Typiskt sett kommer den konkursrättsliga kontexten påverka hur boets agerande tolkas. Har till exempel motparten separationsrätt till en vara kommer inte boets utgivande av densamma utan vidare att konstituera ett inträde.¹¹⁴⁶

Då till frågan om huruvida konkursboet kan bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer. Frågan aktualiseras om boet har förfogat över eller på annat sätt tillgodogjort sig en prestation som emanerar från konkursgäldenärens avtal (så att prestationen inte kan återlämnas). Till en början kan noteras att frågan om huruvida boet ska bli ansvarigt i dessa fall har formulerats på lite olika sätt beroende på vilken argumentationslinje som har följts. De olika argumenten och argumentationslinjerna leder heller inte i alla fall till samma slutsatser.

kunde alltså konstitueras genom att boet uppfyllde gäldenärens förpliktelser, så har i vart fall domen tolkats av Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 290 f.

¹¹⁴¹ Se vidare ovan under avsnitt 15.5.

¹¹⁴² Se vidare ovan under avsnitt 15.6.

¹¹⁴³ Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 307.

¹¹⁴⁴ Jfr exempelvis NJA 2006 s 638, se även Håstads tillägg i rättsfallet, i frågan om hur ett rättssubjekt kan bli förpliktat genom passivitet.

¹¹⁴⁵ Se ovan under avsnitt 15.7.2.

¹¹⁴⁶ Se vidare ovan under avsnitt 15.7.2.

Enligt associationstanken bör boet bli ansvarigt som vilket annat rättssubjekt som helst. Det innebär att frågan om huruvida boet har ådragit sig en skuld bör formuleras på samma sätt som för vilket annat rättssubjekt som helst;¹¹⁴⁷ det vill säga frågan blir om *konkursboet* har ådragit sig en förpliktelse, varvid grunden för boets eventuella ansvar återfinns i exempelvis avtalsrätten eller skadeståndsrätten. I en funktionalistisk bedömning blir frågan i stället om rättsföljden i 11 kap 1 § konkurslagen ska inträda. Denna fråga avgörs sedan främst med grund i konkursrättsligt och sakrättsligt influerade konsekvensbedömningar. Enligt vad som framkom av dessa bedömningar bör boet bli ansvarigt om det har förfogat över eller på annat sätt tillgodogjort sig en prestation från en medkontrahent till konkursgäldenären, som medkontrahenten hade kunnat innehålla eller återta (en sakrättsligt skyddad rätt) vid konkursutbrottet. Systemargument kan också anföras för denna norm.¹¹⁴⁸ Den har här benämnts förfogandeprincipen.¹¹⁴⁹

Efter vad som framkom ovan har Högsta domstolen inte alltid använt dessa frågeformuleringar. Emellanåt har frågan ställts om en fordran har uppkommit *före* eller *efter* konkursutbrottet. Det framgår av NJA 1966 s 241,¹¹⁵⁰ NJA 1981 s 801,¹¹⁵¹ NJA 2005 s 510¹¹⁵² och NJA 2007 s 519,¹¹⁵³ vilka har behandlats ovan. Vid flera tillfällen har utgångspunkt inte heller tagits i 11 kap 1 § konkurslagen utan i lagens 5 kap 1 §, som reglerar vilka fordringar som får göras gällande i konkurs. Villkorsläran och principen om den väsentliga grunden kan i dessa fall bättre förklara flera av avgörandena, såväl vad gäller hur domstolen har motiverat sina avgöranden som vilka slutsatser domstolen har nått.¹¹⁵⁴

Om förfogandeprincipen, systemargumenten och associationstanken sätts i ljuset av lagbestämmelser och rättspraxis är det svårt att finna stöd för *en* linje. Det är svårt att finna stöd för *en generell* tolkning och systematisering av rättskällematerialet,¹¹⁵⁵ såvitt gäller på vilket sätt boet kan bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer. Det kan illustreras med NJA 1981 s 801. I rättsfallet hade (konkurs)gäldenären slutit ett mäklaravtal i syfte att få till stånd en försäljning av en fastighet. Enligt avtalet skulle viss provision utgå om mäklaren ordnade så att fastigheten såldes.

¹¹⁴⁷ Se ovan under avsnitten 15.4 och 15.5.

¹¹⁴⁸ Se ovan under avsnitt 15.4.

¹¹⁴⁹ Se ovan under avsnitt 15.6.

¹¹⁵⁰ Se ovan under avsnitt 15.7.5.

¹¹⁵¹ Se ovan under avsnitt 15.1.

¹¹⁵² Se ovan under avsnitt 15.7.5.

¹¹⁵³ Se ovan under avsnitt 15.7.6.

¹¹⁵⁴ Se ovan under avsnitt 15.7.5. Se även strax nedan.

¹¹⁵⁵ Se även Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 97 f.

Före konkursutbrottet anvisade mäklaren en köpare. Konkursboet sålde sedan fastigheten till just denna köpare (efter konkursutbrottet). Frågan var bland annat om boet var ansvarigt för provisionsfordran. Högsta domstolen konstaterade att ovissheten om mäklarbolaget skulle bli berättigat att uppbära provision hade undanröjts först efter konkursutbrottet. Domstolen uttalade därefter:

”Men provisionsfordringen är i sådan väsentlig mån grundad på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktär av massafordran.”¹¹⁵⁶

Här bör uppmärksammas att Högsta domstolen formulerade frågan utifrån om fordran hade uppkommit före eller efter konkursutbrottet, och om konkursboet därigenom hade ådragit sig ett massaansvar. Det blev på så sätt en tidsfråga, snarare än en fråga om huruvida boet hade ådragit sig en förpliktelse.¹¹⁵⁷ Rättsfallet är därmed inte förenligt med associations-tanken.¹¹⁵⁸ De konkurs- och sakrättsliga skälen, såsom om mäklarbolaget hade kunnat innehålla sin prestation, vägdes inte heller in. I stället använde Högsta domstolen principen om den väsentliga grunden, för att avgöra om boet var ansvarigt. Likväl är utgången förenlig med förfogandeprincipen, eftersom mäklarbolaget inte kunde innehålla sin egen prestation vid konkursutbrottet. Bolaget hade nämligen redan fullgjort sin prestation.

Systematiseringen av rättskällematerialet har också formulerats på lite olika sätt i doktrinen beträffande på vilket sätt konkursboet kan bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer. Här kan Lindskogs, Möllers och Håstads tolkningar och systematiseringar av rättskällematerialet tas som exempel, då de länge har förordat att förfogandeprincipen ska gälla generellt. Lindskogs skiljaktiga mening i NJA 2009 s 41 får utgöra det första exemplet på en sådan systematisering. (Systematiseringen förekommer också i Kvittning och Betalning, i vilka han hänvisar till sin skiljaktiga mening.)¹¹⁵⁹ Lindskog menar att, om konkursboet har tagit i anspråk en prestation enligt gäldenärens avtalsskyldighet och gäldenärens medkontrahent enligt sakrättsliga regler hade en rätt att hålla inne sin prestation (eller separera eller annars återta sin prestation), så ska boet

¹¹⁵⁶ NJA 1981 s 801, HD:s domskäl st 3.

¹¹⁵⁷ Se Söderlund, Konkursrätten s 554.

¹¹⁵⁸ Se ovan under avsnitten 15.4 och 15.5.

¹¹⁵⁹ Redogörelsen för hur förfogandeprincipen förhåller sig till de mest centrala lagbestämmelserna och rättsfallen är mer koncis i den skiljaktiga meningen i NJA 2009 s 41, varför den väljs här. Lindskogs ståndpunkt är dock densamma i Betalning och Kvittning, se Lindskog, Kvittning s 175 ff; Lindskog, Betalning s 653 f, not 2388.

vara ansvarigt för det vederlag som gäldenärens medkontrahent hade kunnat kräva av gäldenären. Denna norm har här benämnts förfogandeprincipen. Om hur normen förhåller sig till rättskällematerialet uttalar Lindskog följande:

”Beträffande vissa av de principer som redovisats i det föregående finns på regelnivå positivrättsliga preciseringar och även undantag. Således finns särskilda regler för bl.a. köp (63 § köplagen, 1990:931), hyresförhållanden (12 kap. 31 § JB; rättsfallet NJA 1999 s. 617 är att förstå i ljuset av den särskilda hyresrättsliga reglering som gällde tidigare, se vidare det följande) och anställningsförhållanden (5:18 konkurslagen; jfr NJA 1979 s. 253 beträffande rättsläget före den bestämmelsens införande). Vidare finns i rättspraxis exempel på avvikelser (särskilt märks rättsfallet NJA 2005 s. 510, som angående frågan om boets vederlagsansvar får anses ha en till immaterialrättsliga förhållanden begränsad räckvidd).

Förekomsten av regler som avviker från principerna hindrar dock inte att principerna är vägledande när tillämpliga regler inte finns. I linje med det bör regler som avviker från principerna inte läggas till grund för analogislut. Bestämmelserna i 12 kap. 31 § JB är därför att förstå som en till hyresförhållanden begränsad lagstiftning, som bör tolkas med beaktande av såväl hyresförhållandets särart och de särskilda syften som bär upp lagstiftningen som allmänna konkursrättsliga principer men som inte bör tillmätas någon betydelse utanför hyresförhållanden.”¹¹⁶⁰

Som framkom ovan motiverar Lindskog principen med (vad som här kategoriseras som) argument som härrör från en funktionalistisk bedömning.¹¹⁶¹ Lagbestämmelserna ses som preciseringar eller undantag från principen (det senare om de inte sammanfaller med principen). Rättsfallen får också ses som undantag från principen.

Möller har också diskuterat förfogandeprincipen i förhållande till exempelvis NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510.¹¹⁶² Att förfogandeprincipen utgör just en princip påpekas uttryckligen av Möller, en princip som han menar har stöd i 63 § 4 och 5 st köplagen. Han betonar också att förfogandeprincipen har föreslagits, som en generell lagbestämmelse, av Förmånsrättskommittén, i såväl huvudbetänkandet som slutbetänkandet, Insolvensutredningen och Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law. Möller påpekar även att Högsta domstolen har övervägt att tillämpa normen i NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510, men avstått därifrån för att inte föregripa lagstiftningsarbete. I frågan om principens förhållande till andra lagbestämmelser uttalar han:

¹¹⁶⁰ Se NJA 2009 s 41, Lindskogs skiljaktiga mening.

¹¹⁶¹ Se ovan under avsnitt 15.6.

¹¹⁶² Se till det följande Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 83 f, s 87 ff, s 91 ff, s 99, s 286 f, s 314 ff och s 326 f.

”Principen har i lagstiftningen, utöver köplagen, dock fått konkursrättsligt sär genomslag i 12 kap. 31 § femte stycket JB (lokalhyra) och 5 kap. 18 § konkurslagen (anställning) samt i viss mån indirekt vid företagsrekonstruktion genom 7 § andra stycket och 7 a § första stycket lönegarantilagen (anställning). För övriga avtalstyper är rättsläget oklart, även om det som nämnts lutar åt att köplagens lösning gäller analogt på tjänsteavtal som entreprenad- och transportavtal, medan de ställningstaganden som praxis gjort för nyttjanderätter till fastigheter och immaterialrätter möjligen kan utsträckas till i vart fall leasing och annan hyra av lös egendom.”¹¹⁶³

Möller finner alltså att förfogandeprincipen utgör just en princip, som har stöd i köplagen, och att analogier kan göras till köplagen i vissa fall.

I sin tolkning och systematisering av rättskällematerialet har Håstad tagit utgångspunkt i att om ett annat rättssubjekt än ett konkursbo tillägnar sig en icke beställd prestation så blir det i princip skyldigt att erlagga ett förväntat vederlag eller värdeersättning (det gör han med hänvisning till NJA 1946 s 122 och NJA 1993 s 13). Han noterar att det även återspeglas i 63 § köplagen om konkursboet förfogar över varan. Håstad påpekar dock att (vad som här benämns) förfogandeprincipen inte har tillämpats vid annat än köp gällande konkursboets tillägnelse och att i rättspraxis har i stället principen om den väsentliga grunden varit avgörande, vilket inneburit att fordran har uppkommit genom avtalet. (Han hänvisar till NJA 1966 s 241, NJA 1979 s 253 och NJA 1981 s 801.) Håstad betonar också att Högsta domstolen har hållit fast vid att inte tillämpa förfogandeprincipen i NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510, även om principen har införts med några variationer gällande lokalhyresavtal och anställningsavtal.¹¹⁶⁴

Håstad konstaterar att ”det är svårt att säga att något är en allmän princip även inom insolvensrätten när principen (utom i NJA 1986 s. 136) alltid avvisats av Högsta domstolen [...]”.¹¹⁶⁵ Även om NJA 2014 s 537 kan ha förändrat rättsläget enligt Håstad. Han framhåller att avsikten med domen torde ha varit att principen nu ska tillämpas också inom insolvensrätten, om inte andra lagbestämmelser är tillämpliga.¹¹⁶⁶

Lindskogs, Möllers och Håstads tolkningar och systematiseringar av rättskällematerialet skiljer sig alltså åt. Lindskog anser att det finns en allmän princip, som har preciseringar och undantag. Möller menar också att det finns en allmän princip, men att analogi får sökas till köplagen för de avtalstyper som inte har reglerats på annat sätt. Håstad ser inte förfo-

¹¹⁶³ Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 83 f.

¹¹⁶⁴ Se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 305 ff.

¹¹⁶⁵ Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 306 ff, citatet på s 307.

¹¹⁶⁶ Se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 305 ff.

gandeprincipen som en allmän princip, men han noterar att NJA 2014 s 537 kan ha förändrat rättsläget. Skillnaderna speglar komplexiteten vad gäller om, och i sådana fall på vilket sätt, boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer i dessa fall.

För egen del menar jag att materialet kan destilleras genom frågeställningen – det vill säga vad krävs för att konkursboet ska bli ansvarigt (en frågeställning som är gemensam för både den funktionalistiska bedömningen och för associationstanken). Utgångspunkten blir då att söka efter grunder på vilka boet har blivit ansvarigt och kan bli det enligt de primära rättskällorna (här främst lagbestämmelser och rättspraxis), snarare än att bygga upp en princip på sak- och konkursrättsliga skäl.

Utgångspunkt tas lämpligen i köplagen, eftersom där finns uttryckligt stöd för att konkursboet kan bli ansvarigt, om det förfogar över en prestation som härrör från konkursgäldenärens avtal. I 63 § stadgas, som bekant, att boet ska anses ha inträtt i avtalet om det sålt eller på annat sätt förfogat över en vara (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad), under förutsättning att varan har överlämnats till köparen eller köparens konkursbo efter konkursutbrottet. Bestämmelsen har tillämpats analogivis i NJA 1986 s 136 av Högsta domstolen. Den har på så vis ett vidare tillämpningsområde än vad som direkt framgår av köplagen.¹¹⁶⁷

Här bör också det systematiska sambandet med frågan om ackordsfordrans uppkomst framhållas – det vill säga argumentet att borgenärer ska behandlas lika i offentligt ackords- och konkursfrågor.¹¹⁶⁸ Om borgenärerna behandlas lika motverkar det att de strävar efter något av förfarandena, och därigenom att enskilda intressen också styr valet mellan förfarande; en förfarandeneutralitet eftersträvas. Det gör att vad som gäller i ackordsfrågor även blir relevant att beakta i frågan om vad som krävs för att konkursboet ska bli ansvarigt. NJA 2014 s 537 blir därför relevant här.¹¹⁶⁹

I 2014 års avgörande uttalade Högsta domstolen att om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent har en *innehållanderätt* vid den kritiska tidpunkten och gäldenären efter den kritiska tidpunkten förfogat över prestationen blir denna fordran ackordsfri. Med grund i 2014 års rättsfall, som har bekräftats av HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22, och vad som gäller generellt i ackordsfrågor,¹¹⁷⁰ kan därför sägas att motsvarande ordning bör gälla i konkurs. Det vill säga om konkursgäldenärens

¹¹⁶⁷ Se även ovan under avsnitt 15.7.1.

¹¹⁶⁸ Se ovan under avsnitt 15.4, samt nedan under avsnitten 16.4 och 16.6.

¹¹⁶⁹ Se vidare nedan under avsnitten 16.5.2.2 och 16.6, om NJA 2014 s 537.

¹¹⁷⁰ Se nedan under avsnitten 16.5.2 och 16.6.

medkontrahent har en innehållanderätt vid konkursutbrottet och konkursboet (efter den kritiska tidpunkten) tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen (så att den inte kan återlämnas) blir boet ansvarigt för denna prestation. Denna förfogandeprincip har stöd i 63 § köplagen, även om en annan ordning gäller i 5 kap 18 § konkurslagen.

Förfogandeprincipen har dock sagts ha ett bredare tillämpningsområde än att enbart gälla då konkursgäldenärens medkontrahent har haft en *innehållanderätt* vid konkursutbrottet. Även medkontrahentens rätt att återta en sådan prestation som medkontrahenten har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt till vid konkursutbrottet har sagts omfattas av principen. Det träffar exempelvis en fastighetsägares rätt att återta sin lokal från en lokalhyresgäst. Förmånsrättskommittén föreslog också att förfogandeprincipen skulle gälla för konkursboets nyttjande av en hyreslokal och dess nyttjande av konkursgäldenärens anställdas arbetskraft. Boet skulle dock inte vara ansvarigt under en kortare övergångsperiod efter konkursutbrottet. I propositionen förändrades emellertid de föreslagna bestämmelserna. Vid hyra av lokal gäller i stället att hyresvärden måste vara aktiv, för att konkursboet ska bli ansvarigt för hyran.

Vad gäller anställningsavtal blir konkursboet visserligen ansvarigt om det nyttjar de anställdas arbetskraft, men boet anses inte ha inträtt i avtalet (som i 63 § köplagen). Enligt 5 kap 18 § konkurslagen kommer boet i stället svara för lön eller annan ersättning för arbete som belöper på tid efter en månad från konkursutbrottet, om en arbetstagare då fortsätter att fullgöra sina åtaganden enligt anställningsavtalet. Vidare innebär 12 kap 31 § JB att konkursboet svarar för hyran från konkursbeslutet till dess lokalen ställs till hyresvärdens förfogande. Dessa konkursrättsliga normer (de är i vart fall så de benämns här) kan alltså medföra att boet blir ansvarigt på ett annat sätt än genom förfogandeprincipen.

Att förfogandeprincipen har varit föreslagen men inte genomförts har Högsta domstolen fäst avseende vid då domstolen uttryckligen avfärdade förfogandeprincipen vid hyra av lokal i NJA 1999 s 617 och vid förfogande över en upplåten spridningsrätt i NJA 2005 s 510.¹¹⁷¹ I dessa fall har det inte handlat om att konkursgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten, utan i stället en sakrättsligt skyddad återtaganderätt. Rättsfallen har visserligen kritiserats, bland annat har påståtts att Högsta domstolen inte företagit någon självständig

¹¹⁷¹ Här kan HD:s reservation i 2005 års rättsfall noteras: "Det synes mindre lämpligt att genom praxis nu införa förändringar av rättsläget i vad avser upphovsrättsupplåtelser som även skulle kunna få konsekvenser inom andra oreglerade områden för ömsesidigt förpliktande nyttjanderättsavtal utan att dessa konsekvenser närmare analyserats.", NJA 2005 s 510, HD:s domskäl st 4.

materiell prövning,¹¹⁷² men som framkom ovan kan flera av de avgöranden som inte är förenliga med förfogandeprincipen (i den vidare betydelsen, då den innefattar såväl en innehållanderätt som en återtaganderätt) i stället förklaras med villkorsläran.¹¹⁷³ Vad gäller resultat och terminologi överensstämmer nämligen avgörandena med villkorsläran. På så vis är de inte icke-avgöranden, utan de ger snarare uttryck för en lära med mycket gamla anor, som leder till en avtalsrättslig bedömning av fordrans uppkomsttidpunkt. I stället för att kritisera avgörandena bör det här granskas under vilka förutsättningar konkursboet har blivit ansvarigt i dessa fall.

Konkursboet har blivit ansvarigt om konkursgäldenärens medkontrahent har hävt avtalet. Det gäller i de fall då boet har nyttjat en lokal (NJA 2007 s 519). Det gäller också upphovsrättsintrång (NJA 2005 s 510). Boet har då inget avtal att stödja någon rätt på. Här finns alltså en skillnad mellan å ena sidan en innehållanderätt (såsom vid köp enligt köplagen) och å andra sidan en sakrättsligt skyddad rätt att återta en prestation (såsom vid nyttjanderätter (vilka även upplåtelseavtal av immaterialrätter hänförs till av Högsta domstolen i NJA 2005 s 510)). Om konkursgäldenärens medkontrahent haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet är det tillräckligt att boet förfogar över varan för att det ska bli ansvarigt, medan om konkursgäldenärens medkontrahent endast haft en sakrättsligt skyddad återtaganderätt räcker inte det.

Ytterligare en skillnad föreligger mellan typfallen, som kanske kan förklara ordningen. Vid köp levereras en vara efter konkursutbrottet. Gäldenärens medkontrahent är på så vis aktiv (eller stoppar i vart fall inte varan om den fraktas vid konkursutbrottet).¹¹⁷⁴ Det rör sig också om ett ianspråktagande av en ny prestation i dessa fall (vilket också var fallet

¹¹⁷² Se ovan under avsnitt 15.7.5. Se även Möller, HD:s senaste rättsbildning på insolvensrättens område s 133 f, där tonen i det följande säger mycket: "Min uppfattning är att HD ofta förhåller sig alltför lojal mot lagstiftaren och borde stå betydligt friare. Det är inte bara en fråga som handlar om beredvillighet att följa lagförarbeten utan som har större räckvidd. Ett extremt exempel på överdriven lojalitet med lagstiftaren är det tidigare berörda Adelsten-målet (NJA 1999 s. 617) där HD, som skäl för att i realiteten inte företa någon självständig materiell prövning, uttalade att den (outtalat) rätta lösningen endast med svårighet gick att förena med ett motivuttalande från slutet av 1960-talet, att tvistefrågan var föremål för pågående utredningsarbete samt att flera alternativa lösningar var tänkbara och att det inte var givet vilken av dem som skulle väljas. Att den valda utgången sedan ledde till märkliga praktiska effekter och stod i strid med etablerade etiska principer för konkursförvaltare bekymrade HD föga. Närmast makabert framstår uttalandet om svårigheten att välja rätt lösning. Det ger intrycket att HD avstod från att göra en självständig prövning därför att utgången inte framstod som given. Jag som trodde att det var HD:s uppgift att avgöra de svåra fallen, inte att skicka dem till Justitiedepartementet!"

¹¹⁷³ Se ovan under avsnitt 15.7.5.

¹¹⁷⁴ Se nedan i och vid not 1391, om stoppningsrätt.

i NJA 1986 s 136). I nyttjanderättsfallen är inte gäldenärens medkontrahent aktiv efter konkursutbrottet. Det rör sig i stället om ett fortsatt nyttjande av konkursboet – ett nyttjande som redan har påbörjats av (konkurs)gäldenären. Det är också skillnaden mellan att boet producerar nya exemplar av verket, som innebär inträde enligt Högsta domstolen i NJA 2005 s 510, och försäljning av i konkursgäldenärens lager liggande exemplar. Är motparten emellertid aktiv, såsom genom att ge en uppmaning enligt 12 kap 31 § 5 st JB eller genom att häva eller förverka avtalet, blir boet massaansvarigt om det nyttjar prestationen (emellanåt efter viss tid), som motparten haft sakrättsligt skydd till vid konkursutbrottet.¹¹⁷⁵

I en sådan tolkning och systematisering av materialet är det sakrättsliga skyddet inte ensamt avgörande för om konkursboet ådrar sig ett massaansvar. Det ingår i stället som en del av bedömningen. Tolkningen och systematiseringen av materialet kan tillämpas på till exempel leasing. I sådana fall räcker inte boets fortsatta nyttjande av ett leasinggods, som leasegivaren har en sakrättsligt skyddad rätt att återta vid konkursutbrottet. Det förutsätter även att konkursgäldenärens medkontrahent häver avtalet.¹¹⁷⁶ Förfogandeprincipen har på så vis ett snävare tillämpningsområde än vad som har gjorts gällande. *Förfogandeprincipen gäller om konkursgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet och konkursboet (efter den kritiska tidpunkten) tillgodogör sig prestationen eller på annat sätt förfogar över den (så att den inte kan återlämnas väsentligen oförändrad och oförminskad), då blir konkursboet ansvarigt för denna prestation.* Innehållanderätten avser då såväl en rätt att innehålla sin prestation som en rätt att hindra att någon annan lämnar ut varan. Som nämndes strax ovan finns därutöver andra konkursrättsliga normer som boet kan bli ansvarigt i enlighet med i dessa fall. 12 kap 31 § 5 st JB och 5 kap 18 § konkurslagen är sådana normer, medan 63 § 5 st köplagen får sägas ge uttryck för förfogandeprincipen.¹¹⁷⁷

Här bör också uppmärksammas att benämningen *förfogandeprincipen* är avsiktligt vald. Såsom påpekades ovan i bland annat avsnitt 12.7 kan

¹¹⁷⁵ Jfr Millqvist, *Finansiell leasing* s 291 ff, som pekar på att vem som ska vara aktiv av boet eller konkursgäldenärens motpart har betydelse i frågan om huruvida boet blir ansvarigt i dessa fall.

¹¹⁷⁶ Jfr dock Millqvist & Karlsson-Tuula i not 1050 ovan.

¹¹⁷⁷ Förfogandeprincipen kan jämföras med den generella slutsats som Nordtveit når i frågan om fordrans uppkomst beträffande norsk rätt, se ovan i not 789. Hon finner att gäldenärens valfrihet och kontroll över om fordran slutligen uppkommer som utgångspunkt ska tillmätas betydelse (det krävs också att det finns en anknytning mellan gäldenär och borgenär beträffande den relevanta fordran), se Nordtveit, *När oppstår en fordring?* s 262 ff. Förfogandeprincipen utgör i stället en särskild konkursrättslig norm som kan göra boet ansvarigt. I sammanhanget bör också beaktas att i norsk rätt finns regler om konkursgäldenärens avtal i 7 kap dekningsloven.

det sägas att en princip lägger ut en riktlinje för bedömningen. Principen innehåller inte fasta rekvisit som alltid medför att en rättsföljd ska inträda om rekvisiten är för handen (om inte ett undantag görs från regeln). I detta kapitel har pekats på en rad hänsyn och faktorer som behöver beaktas i bedömningen av om konkursboet ska bli ansvarigt. Vad som utgör förfogandepincipens (exakta) betydelse får anstå dess tillämpning i de enskilda fallen. Förfogandepincipen kan också jämföras med principen om den väsentliga grunden. Det kan då pekas på att *förfogandepincipen* ger uttryck för en mer talande beskrivning av vad som krävs för att boet ska bli ansvarigt enligt särskilda konkursrättsliga normer än principen om den *väsentliga* grunden.

16 Fordrans uppkomst såvitt avser offentligt ackord

16.1 Inledande anmärkningar

Frågan om fordrans uppkomst är inte bara avgörande för borgenärens möjlighet att få ut något på sin fordran i konkurs. Frågan är också många gånger avgörande för om borgenärens fordran ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion eller inte. Som bekant kan en näringsidkare med betalningssvårigheter ansöka om att inleda en rekonstruktion av sin verksamhet (en företagsrekonstruktion).¹¹⁷⁸ I en företagsrekonstruktion ingår normalt ett offentligt ackord, som innebär att vissa fordringar skrivs ned.¹¹⁷⁹ Det brukar till och med framhållas att en företagsrekonstruktion inte inleds om inte ett ackord eftersöks.¹¹⁸⁰

I ackordsförhandlingen deltar endast de borgenärer vilkas fordringar har *uppkommit före* ansökan om företagsrekonstruktionen efter vad som föreskrivs i 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion.¹¹⁸¹ Enligt samma

¹¹⁷⁸ Ett krav för att en ansökan ska beviljas är bl a att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder (att det föreligger illikviditet) eller att sådan oförmåga inträder inom kort. Det följer av 2 kap 6 § lagen om företagsrekonstruktion. Se vidare prop 1995/96:5 s 180; lagutskottets bet 1995/96:LU11 under Den ekonomiska förutsättningen för företagsrekonstruktion; Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s 62 ff; Persson, A H & Karlsson-Tuula, Företagsrekonstruktion s 65 ff.

¹¹⁷⁹ Efter vad som följer av 3 kap 2 § lagen om företagsrekonstruktion måste ackordet ge alla likaberättigade borgenärer lika rätt och som huvudregel minst tjugofem procent av fordringarnas belopp. Enligt samma bestämmelse är det möjligt att bestämma en lägre ackordsprocent, om den godkänns av samtliga kända borgenärer som omfattas av ackordet eller om det finns särskilda skäl för en lägre procentsats. Vidare krävs det enligt 3 kap 4 § lagen om företagsrekonstruktion att en viss majoritet av borgenärerna godtar ackordsförslaget, för att det ska antas och bli bindande.

¹¹⁸⁰ Se exempelvis Tropp, Offentligt ackord s 38 f. Se även SOU 2001:80 s 89: "För att en företagsrekonstruktion skall lyckas, krävs det emellertid normalt att borgenärernas fordringar sätts ned." Se även AD 2019 nr 22, där detta påtalas.

¹¹⁸¹ I doktrinen finns olika uppfattningar om vilken tidpunkt som ska räknas som ansökan om företagsrekonstruktion. Några menar att det är *klockslaget* då ansökan om företagsrekonstruktionen inkom till tingsrätten som är avgörande, se Gustafsson, L E &

bestämmelse får en borgenär delta i förhandlingen även om fordran inte är förfallen eller är beroende av villkor. Av 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion framkommer också att de fordringar som kan täckas genom kvittning eller är förenade med förmånsrätt inte deltar i ackordsförhandlingen. Av den innehållsrika bestämmelsen i lagens 3 kap 3 § följer även att om en borgenärs fordran bara kan täckas till viss del genom kvittning eller om värdet av den egendom i vilken borgenären har förmånsrätt understiger fordran, deltar borgenären med återstående del av fordran i ackordsförhandlingen. Det offentliga ackordet är enbart bindande för de borgenärer som hade rätt att delta i ackordsförhandlingen enligt 3 kap 8 § lagen om företagsrekonstruktion.

Borgenärens fordran på rekonstruktionsgäldenären måste alltså ha uppkommit *före* ansökan om företagsrekonstruktionen, för att den ska ingå i och sättas ned genom det offentliga ackordet. Har fordran i stället uppkommit *efter* samma tidpunkt omfattas den inte av ackordet.

Beträffande vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före (eller efter) den kritiska tidpunkten för det offentliga ackordet kan

Renman, Ackord s 72 f. Andra menar däremot att det är *dagen* då ansökan om företagsrekonstruktion inkom till tingsrätten som är avgörande, se Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s 170; Persson, A H & Karlsson-Tuula, Företagsrekonstruktion s 152. I och med införandet av lagen om företagsrekonstruktion genomfördes en förändring beträffande vad som skulle utgöra den kritiska tidpunkten (i jämförelse med vad som gällde enligt 1970 års ackordslag). I 12 § 1970 års ackordslag föreskrevs att det var ackordsbeslutet, som utgjorde den kritiska tidpunkten för vilka fordringar som skulle omfattas av ackordet. I förarbetena till lagen om företagsrekonstruktion konstaterades dock att en annan praxis hade utvecklats i ackordssammanhang, varvid det uttalades: ”Det finns därför skäl att nu anpassa lagstiftningen till den praxis som faktiskt kommit att utbildas och låta dagen för ansökan om företagsrekonstruktion vara avgörande för vilka fordringar som omfattas av ett följande ackord.”, prop 1995/96:5 s 117. Dagen för ansökan om företagsrekonstruktion är således den kritiska tidpunkten enligt förarbetena. Ytterligare skäl kan anföras för att det är den relevanta tidpunkten. I 4 kap 1 § lagen om företagsrekonstruktion stipuleras att lagen om domstolsärenden gäller för rättens handläggning av företagsrekonstruktioner. I den lagens 44 § finns regler om inkommande handlingar. Där stadgas det bl a att en handling anses ha inkommit till domstolen den *dag* då handlingen eller en avi om betald postförsändelse, som innehåller handlingen, anlänt till domstolen eller kommit en behörig tjänsteman till handa. En tydlig utgångspunkt i denna regel (och i hela bestämmelsen) är att det är dagen då handlingen inkom som är avgörande. Jfr även 7 § förordning (1996:271) om mål och ärenden i allmän domstol, där det föreskrivs att när en handling i ett mål eller ärende kommer in till domstolen ska det på handlingen antecknas vilken dag detta skedde. En annan ordning framstår därtill som tämligen opraktisk. Jfr HFD 2011 ref 59, om de svårigheter som kan uppkomma när det gäller att avgöra när en skrift har inkommit till en myndighet, även om det är dagen (och inte klockslaget) som är avgörande. *Dagen* för ansökan om företagsrekonstruktion får av de nämnda skälen anses utgöra den kritiska tidpunkten och en fordran ska ha uppkommit före dagen för ansökan om den ska omfattas av ackordet.

det redan här framhållas, att flera av de spörsmål som aktualiserades i undersökningarna av konkursfordrans och massafordrans uppkomst också aktualiseras här. Det är inte särskilt märkligt, eftersom frågan om ackordsfordrans uppkomst har jämförts med såväl frågan om huruvida en konkurs- eller en gäldenärsfordran har uppkommit som frågan om huruvida en konkurs- eller en massafordran har uppkommit.¹¹⁸² När jämförelse har gjorts med konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst har villkorsläran aktualiserats,¹¹⁸³ medan förfogandepincipen har aktualiserats när jämförelse har gjorts med konkurs- och massafordrans uppkomst.¹¹⁸⁴

Här kan inskjutas att enligt villkorsläran uppkommer en fordran när parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. Vad gäller förfogandepincipen har det hävdats att den innebär att om konkursboet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över en sådan prestation som konkursgäldenärens medkontrahent hade en innehållanderätt eller en sakrättsligt skyddad återtaganderätt till vid konkursutbrottet bör boet bli ansvarigt.¹¹⁸⁵ I studien av förfogandepincipen ovan konstaterades det dock att principen endast gäller om konkursgäldenärens medkontrahent hade en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten.¹¹⁸⁶

Om villkorsläran ska kompletteras med förfogandepincipen, och i sådana fall vilken betydelse principen ska tillmätas, kommer att undersökas nedan. Den grundläggande dispositionen för kapitlen i avdelning III är säkerligen bekant vid det här laget. Först ska något sägas om dansk och norsk rätt innan det undersöks vilka argument som kan göras gällande i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Därefter behandlas ett antal relevanta typfall. I den avslutande syntesen tas sedan ett samlat grepp om frågan.

16.2 Ackordsfordrans uppkomst – tvångsackord i dansk rätt

I dansk rätt finns liksom i svensk rätt möjlighet för gäldenären att inleda ett rekonstruktionsförfarande, vilket inkluderar en möjlighet till ett så kallat tvångsackord. Det regleras i den danska konkursloven. Av den la-

¹¹⁸² Se nedan under avsnitt 16.4.

¹¹⁸³ Se vidare ovan under kapitel 6, om villkorsläran.

¹¹⁸⁴ Se ovan under avsnitten 15.6 och 15.8, om förfogandepincipen.

¹¹⁸⁵ Se ovan under avsnitt 15.6.

¹¹⁸⁶ Se ovan under avsnitt 15.8.

gens 11 § framgår att det inte är tillräckligt att gäldenären har betalnings-svårigheter (som i svensk rätt), för att ett rekonstruktionsförfarande ska inledas. Det krävs i stället att gäldenären är insolvent.¹¹⁸⁷

Det danska tvångsackordet liknar på många sätt det svenska offentliga ackordet.¹¹⁸⁸ Det är endast de fordringar som har *uppkommit* innan rätten har mottagit ett rekonstruktionsförslag vilka omfattas av ett ackord. Det följer av 10a § 2 st danska konkursloven. Av 10c § samma lag framgår att vissa fordringar är undantagna från ackordet, såsom fordringar säkrade med pant och förmånsrätt.¹¹⁸⁹

I den danska konkursloven finns särskilda bestämmelser i 12n–12u §§, som reglerar hur gäldenärens avtal ska hanteras i rekonstruktion. Bestäm-

¹¹⁸⁷ I den danska konkursloven ges insolvensbegreppet samma betydelse som i konkurslagen, jfr 17 § danska konkursloven och 1 kap 2 § konkurslagen.

¹¹⁸⁸ Skillnader finns också. I 10 § danska konkursloven föreskrivs att en rekonstruktion ska innehålla ett tvångsackord eller en verksamhetsövergång ("virksomhedsoverdragelse"). En verksamhetsövergång innebär att äganderätten till gäldenärens verksamhet, eller en del av gäldenärens verksamhet, övergår till någon annan enligt 10b § danska konkursloven. Se vidare bet 2009:1512 s 255 ff; Paulsen, Insolvensret – rekonstruktion s 192 ff; Lindenkrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 153 ff; Heiberg, m fl, Rekonstruktionsret s 85 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 398 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 535 ff. I dansk rätt finns ingen uttrycklig regel om minsta ackordsdividend. Tidigare fanns en regel om en minsta dividend på 10 %, men den togs bort i samband med att reglerna förändrades 2010. Före 2005 var minsta dividenden 25 %, se bet 2009:1512 s 249 ff och s 306 ff. Ackordet får likväl inte ge väsentligt mindre än vad borgenären hade fått i konkurs. Inför mötet om förslag till rekonstruktionsplan i skifteretten ska viss information tillhandahållas, bl a om vad utdelningen hade blivit om gäldenären i stället hade försatts i konkurs. Det framgår av 13b § 1 st 3g mom danska konkursloven. Vidare krävs att skifteretten fastställer ett rekonstruktionsförslag. Förslaget ska inte fastställas i det fall att villkoren i rekonstruktionsförslaget står i missförhållande till gäldenärens ekonomi, vilket följer av 13e § 5 st danska konkursloven. Att förslaget inte ska stå i missförhållande till gäldenärens ekonomi ska i sin tur förstås som att i rekonstruktionsförslaget får inte fordringshavarna behandlas väsentligen sämre än i konkurs, se bet 2009:152 s 389. Jfr även U 2018 3090 H; U 2019 1859 H, i vilka utfallet i rekonstruktionen jämfördes med utfallet i konkurs. Se även a bet s 382, om att informationen inför mötet till skifteretten ska användas för att göra bedömningen av om fordringshavarna behandlas sämre än i konkurs. Se även Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 487 ff. Skillnaden mot svensk rätt ska inte överdrivas med tanke på att undantag kan ges i svensk rätt från huvudregeln om att ackordet ska ge minst 25 % av fordringarnas belopp, om det finns särskilda skäl, se vidare i not 1179 ovan.

¹¹⁸⁹ Det framgår också av 10c § danska konkursloven att de fordringar som ingår i ackordet ska behandlas lika (liksom i svensk rätt). Se vidare Paulsen, Insolvensret – rekonstruktion s 167 ff; Lindenkrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 146 ff; Heiberg, m fl, Rekonstruktionsret s 128 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 391; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 502.

melserna påverkar vilka fordringar som omfattas av ackordet i dansk rätt. Gälldenären kan, med rekonstruktörens samtycke, nämligen ”videreføre” avtal, enligt 12o § danska konkursloven. Det innebär i sin tur att de fordringar som har sin grund i sådana avtal inte kommer att omfattas av ackordet, vilket följer av 10p, 10a 2 st och 94 §§ danska konkursloven.¹¹⁹⁰

Det är därför inte alltid möjligt att använda det danska materialet i studien nedan.

16.3 Ackordsfordrans uppkomst – tvångsackord i norsk rätt

Precis som i svensk och dansk rätt finns det i norsk rätt möjlighet för gälldenären att inleda en rekonstruktion och erhålla ett ackord, för att därigenom skriva ned sina skulder. För närvarande regleras rekonstruktionsförfarandet i en tillfällig lag, rekonstruktionsloven, som har stiftats med anledning av coronapandemin. Lagen gäller i stället för reglerna om gjeldsforhandling i konkursloven. Gjeldsforhandling var det förfarande som det tidigare gick att erhålla ett ackord genom.¹¹⁹¹ I och med att rekonstruktionsloven enbart gäller tillfälligt (i avvaktan på att rekonstruktionsdirektivet ska genomföras i norsk rätt)¹¹⁹² och eftersom konkursloven och rekonstruktionsloven reglerar den frågan som är av intresse här på samma sätt, kommer det nedan att hänvisas till båda lagarna.

Enligt rekonstruktionsloven är det möjligt att inleda en rekonstruktion om gälldenären har, eller inom en överskådlig framtid kommer att få, allvarliga ekonomiska problem, efter vad som föreskrivs i lagens 2 §.¹¹⁹³ För att inleda en gjeldsforhandling krävs det i stället, enligt 1a § norska konkursloven, att gälldenären är illikvid, för att ett förfarande ska (eller snarare skulle) inledas.¹¹⁹⁴ Inom ramen för de båda nämnda förfarandena

¹¹⁹⁰ Se Heiberg, m fl, Rekonstruktionsret s 102 f; Rammeskow Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 502 f.

¹¹⁹¹ Av 1 § norska konkursloven framgår att rekonstruktionsloven ska gälla i stället för 1–59 §§ norska konkursloven med undantag för tvångsackord under konkurs för de fall då konkurs hade öppnats innan rekonstruktionsloven trädde i kraft.

¹¹⁹² Se prop 75 L (2019–2020) s 5 och s 7.

¹¹⁹³ Det gäller om det är gälldenären som ansöker om rekonstruktion. Ifall det är en fordringshavare som ansöker om rekonstruktion måste gälldenären vara illikvid, enligt 2 § rekonstruktionsloven. Se vidare prop 75 L (2019–2020) s 17 ff.

¹¹⁹⁴ Se vidare Ot prop nr 50 (1980–1981) s 61 f; Ot prop nr 26 (1998–1999) s 28; Wiker & Ro, Konkursloven s 19 ff; Løvold, Brækhus’ Omsetning og kreditt 1 s 183. Jfr dock Børresen, Konkurs s 55, som benämner detta för insolvens.

finns möjlighet till tvångsackord, vilket liknar det offentliga ackordet som regleras i lagen om företagsrekonstruktion.¹¹⁹⁵

Tvångsackordet i såväl rekonstruktionsloven som norska konkursloven omfattar inte fordringar som är förenade med förmånsrätt, panträtt eller annan säkerhetsrätt i gäldenärens egendom (om fordran inte överstiger pantens värde). Det följer av 54 § rekonstruktionsloven och 55 § norska konkursloven. Av de nämnda bestämmelserna framgår också att tvångsackordet inte gäller för de fordringar som kan täckas genom kvittning.¹¹⁹⁶

Det är endast de fordringar som ”skriver seg fra tiden før åpningen” av förfarandet vilka ackordet är bindande för enligt 54 § rekonstruktionsloven och 55 § norska konkursloven. ”Skriver seg” kan översättas till härledas. I den bemärkelsen regleras alltså vilka fordringar som ingår i ackordet på samma sätt i rekonstruktionsloven och i konkursloven.¹¹⁹⁷ Av doktrinen framgår att det betyder att endast de fordringar som har *uppkommit* före den kritiska tidpunkten omfattas av ackordet, medan de fordringar som har uppkommit efter den kritiska tidpunkten inte omfattas av ackordet.¹¹⁹⁸ Här bör också framhållas att det i förarbetena till den norska konkursloven hänvisas till vad som sägs angående vilka fordringar som får göras gällande i konkurs såvitt avser vad som krävs för att en ackordsfordran ska ha uppkommit.¹¹⁹⁹ I konkurs får även villkorade och icke-förfallna fordringar göras gällande.¹²⁰⁰ Hänvisningen måste innebära att enligt dessa förarbeten ska bedömningen av om en fordran uppkommit ske på samma sätt i de båda förfarandena och att även villkorade och icke-förfallna fordringar omfattas av ett ackord i norsk rätt.¹²⁰¹

¹¹⁹⁵ I norsk rätt kan ett tvångsackord innebära ett flertal saker, såsom ett allmänt betalningsuppskov, ett allmänt tvångsackord av skulderna, ett likvidationsackord eller flera av dessa saker samtidigt. Det följer av 30 § norska konkursloven och 34 § rekonstruktionsloven. I den senare är det också möjligt att skulder görs om till eget kapital, enligt den nämnda bestämmelsen.

¹¹⁹⁶ Se även Wiker & Ro, Konkursloven s 202 f; Børresen, Konkurs s 63 f.

¹¹⁹⁷ Se även prop 75 L (2019–2020) s 74.

¹¹⁹⁸ Se Rt 1995 s 1667, som visserligen gällde frågan om uppkomsttidpunkten för arbetsgivaravgifter, men fallet illustrerar tydligt att Høyesterett behandlade frågan som en uppkomstfråga. Se även NOU 1972:20 s 114; Ot prop nr 50 (1980–1981) s 82 f; NOU 1993:16 s 40; Wiker & Ro, Konkursloven s 200 ff; Børresen, Konkurs s 63 f.

¹¹⁹⁹ Se NOU 1972:20 s 129.

¹²⁰⁰ Se ovan under avsnitt 12.3 och NOU 1972:20 s 329.

¹²⁰¹ Se Wiker & Ro, Konkursloven s 202.

16.4 Ackordsfordrans uppkomst – argument och argumentationslinjer

16.4.1 Inledande anmärkningar

Med dessa utgångspunkter för studien klarlagda ska här undersökas vilka argument som finns i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Som nämndes i detta kapitels inledningsavsnitt har frågan om ackordsfordrans uppkomst jämförts med olika uppkomstfrågor inom konkursrätten, vilket i sin tur har aktualiserat de argument och normer som är relevanta i dessa spörsmål. Vilket jämförelseobjekt som ska användas här är av betydelse för att förstå de centrala rättsfallen vad gäller ackordsfordrans uppkomst, nämligen NJA 2014 s 537, HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22, och i förlängningen för vad som krävs för att en ackordsfordran ska ha uppkommit. Dessa rättsfall kommer att behandlas under typfallsstudien nedan.

Till skillnad från vissa av de tidigare undersökningarna spjälkas inte studierna av systemargumenten och den funktionalistiska bedömningen i olika avsnitt här. Det beror på att i frågan om ackordsfordrans uppkomst sammanfaller till stor del systemargumenten med de argument som följer av en funktionalistisk bedömning. Dispositionen är i stället kronologiskt ordnad.

16.4.2 Ackordslagarna

Lagen om företagsrekonstruktion föregicks av 1970 års ackordslag. Som antyds av dess benämning bestod lagen av ett renodlat ackordsförfarande.¹²⁰² 1970 års ackordslag föregicks i sin tur av 1921 års ackordslag, vilken också bestod av ett renodlat ackordsförfarande. 1921 års lag tillhandahöll det första legala förfarandet i vilket ett ackord kunde drivas igenom, utan att gäldenären behövde försättas i konkurs. Det förefaller därför lämpligt att börja undersökningen med en studie av uppkomstfrågan såvitt gäller den lagen.¹²⁰³

I 1921 års ackordslag användes frågan om fordrans uppkomst på samma sätt som i 3 kap lagen om företagsrekonstruktion – det vill säga för att avgränsa vilka fordringar som ingick i ackordet. Om fordran hade uppkommit före den kritiska tidpunkten ingick den i ackordet och även

¹²⁰² Se prop 1995/96:5 s 53 ff. Se även Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s 15 f; Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s 336 ff.

¹²⁰³ Se NJA II 1921 s 612 ff. Se även Arnesdotter, Om betalningsinställelse och offentligt ackord s 39 ff, om diskussionen fram till antagandet av 1921 års ackordslag och om de ändringar som 1970 års ackordslag innebar.

villkorade och icke-förfallna fordringar innefattades i ackordet. Däremot ingick inte fordringar som hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten i ackordet. Denna ordning framgick av lagens 14 och 34 §§. I förarbetena till samma lag konstaterades att dessa bestämmelser borde jämföras med bland annat 100 § i 1921 års konkurslag.¹²⁰⁴ 100 § i 1921 års konkurslag reglerade vilka fordringar som fick göras gällande i en konkurs. Av den bestämmelsen följde att endast de fordringar som hade uppkommit före den kritiska tidpunkten fick göras gällande i en konkurs.

1921 års ackordslag infördes samtidigt som 1921 års konkurslag. Den i förarbetena förespråkade jämförelsen gör det relevant att beakta vad som uttalades i förarbetena till 1921 års konkurslag, såvitt avser vilka fordringar som fick göras gällande i konkurs. Som påpekades ovan i avsnitt 6.3 uttalades i dessa förarbeten: "Att avgöra, när en fordran skall anses uppkommen, är givetvis ej en konkurslags sak."¹²⁰⁵ Fordrans uppkomsttidpunkt skulle alltså inte avgöras med hjälp av konkursrätten. I stället får uttalandet förstås som att frågan skulle behandlas på ett allmänt plan. På den tiden fanns också en allmän lösning av frågan. *Villkorsläran* var nämligen det gängse sättet att avgöra frågan om fordrans uppkomst enligt. Och som framkom ovan under avsnitt 6.3 kan det inte finnas något tvivel om att det var villkorsläran som lagfästes i 1921 års konkurslag.

Jämförelsen med frågan om vilka fordringar som fick göras gällande i en konkurs, samt användandet av villkorsterminologin i 14 § 1921 års ackordslag, gör att det inte heller kan finnas något tvivel om att villkorsläran lagfästes i 1921 års ackordslag.¹²⁰⁶

I förarbetena till 1921 års ackordslag bör även ett annat uttalande noteras:

"Beträffande härefter sådana fordringar, som uppkommit efter det beslutet om inledande av ackordsförhandling meddelades, är det klart, att om gäldenären under pågående förhandling om ackord erhåller ny kredit, denna är avsedd att förhjälpa gäldenären till att kunna uppehålla sin affärsställning och fullgöra ackordet, om det kommer till stånd. Att göra dylik gäld beroende av ackordet vore föga rimligt och skulle göra det omöjligt för gäldenären att förskaffa sig kredit under pågående ackordsförhandling."¹²⁰⁷

¹²⁰⁴ Se NJA II 1921 s 664 f. Det sades också att jämförelse skulle göras med 168 § 1921 års ackordslag. I den bestämmelsen föreskrevs att ackord i konkurs var bindande för de som hade haft rätt att bevaka fordran i konkurs.

¹²⁰⁵ NJA II 1921 s 535. Se även Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 184, som i frågan om fordrans uppkomst uttalar att när en fordran ska anses vara uppkommen inte är en fråga för konkurslagen att avgöra, utan ska avgöras enligt "allmänna rättsregler."

¹²⁰⁶ Se ovan under kapitel 6, om villkorsläran.

¹²⁰⁷ NJA II 1921 s 665. Se även 1911 års förslag till konkurslag s 64. Se även Thorén, Konkurs och ackord s 290.

Av den citerade passagen framkommer att det var betydelsefullt att erhålla ny kredit under ackordsförhandlingarna, för att hjälpa gäldenären att uppehålla sin affärsställning.¹²⁰⁸ Syftet med ackordet betonades på så vis, men inte för att avgöra vilka fordringar som skulle omfattas av ackordet (som hade varit fallet om en funktionalistisk bedömning hade använts). Det handlar i stället om skälet till att just denna regel valdes.

Sambandet mellan bedömningarna av vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs och vilka fordringar som omfattas av ett ackord utom konkurs framstår som grunden för det huvudsakliga argumentet vad gäller ackordsfordrans uppkomst i 1921 års ackordslag. Det är också det argumentet som framfördes i doktrinen.¹²⁰⁹ Villkorsläran var den lära som användes, för att avgöra frågan om ackordsfordrans uppkomst i 1921 års ackordslag (beträffande fordringar som har sin grund i rätts-handlingar).

Även i 1970 års ackordslag avgränsades vilka fordringar som ingick i det offentliga ackordet genom tidpunkten för fordrans uppkomst. Fordringar som hade uppkommit före beslutet om förhandling om offentligt ackord kunde ingå i ackordet, och även villkorade och icke-förfallna fordringar kunde göras gällande i ackordsförhandlingarna. Det framgick av 12 och 19 §§ 1970 års ackordslag. I förarbetena till 1970 års lag konstaterades enbart att den nya lagen överensstämde med den gamla lagen i här relevant avseende.¹²¹⁰

I doktrinen har främst Ingrid Arnesdotter och den redan introducerade Håstad diskuterat frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser 1970 års ackordslag.¹²¹¹ Arnesdotter problematiserar jämförelsen mellan frågorna om ackords- och konkursfordrans uppkomst – det vill säga den jämförelse som påtalades i förarbetena i 1921 års ackordslag, och som ansågs innebära att bedömningen av om en ackordsfordran hade uppkommit skulle ske på samma sätt som bedömningen av om en konkursfordran hade uppkommit.¹²¹² I stället betonar Arnesdotter de skilda *funktioner* som frågan om fordrans uppkomst fyller i respektive lagar. Hon anser

¹²⁰⁸ Se NJA II 1921 s 642 ff, där det bl a påpekas att det med hjälp av ett ackord är lättare för gäldenären att nå en ekonomiskt tryggad ställning (på sikt) än om gäldenären försätts i konkurs.

¹²⁰⁹ Se Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s 355 f; Hassler, Konkursrätt s 91; Welamson, L, Konkursrätt s 766. Se även Olivecrona, Konkursrätt s 56, som dock inte behandlar just uppkomstfrågan.

¹²¹⁰ Se SOU 1968:41 s 98. I prop 1970:136 kommenteras inte uppkomstfrågan närmare, jfr exempelvis a prop s 96 f.

¹²¹¹ Här refereras dessa ståndpunkter i presens, eftersom de fortsatt är relevanta i frågan om ackordsfordrans uppkomst.

¹²¹² Jfr dock Walin & Gregow, Ackordslagen s 11 f, som pekar på sambandet mellan konkurs och offentligt ackord i denna fråga.

att innebörden av fordrans uppkomst enligt 100 § 1921 års konkurslag bör fastställas utifrån att regeln är ett komplement till konkursgäldenärens rådighetsförlust. Vad gäller innebörden av fordrans uppkomst i 12 och 19 §§ ackordslagen lyfter hon i stället fram en annan aspekt. Hon menar att anledningen till att det offentliga ackordet inte omfattar de fordringar som uppkommer efter den kritiska tidpunkten är att det möjliggör att ackordsgäldenären kan få ny kredit under ackordsförfarandet. Och som framkom av de förarbeten till 1921 års ackordslag som citerades ovan skulle det vara näst intill omöjligt för ackordsgäldenären att erhålla ny kredit under förfarandet, om krediten skulle omfattas av ackordet. Arnesdotter konkluderar att gränsdragningen mellan om en fordran ingår i ackordet och om den är ackordsfri fyller samma funktion som gränsdragningen mellan konkurs- och massafordran.¹²¹³

Jämförelsen är intressant. Som påpekades ovan i samband med behandlingen av massafordrans uppkomst kan möjligheten för konkursboet att ådra sig förpliktelser, som ersätts innan utdelning sker, motiveras med att förvaltaren behöver kunna ingå avtal, i vilka boet ges kredit. I annat fall hade det varit svårt att avveckla eller fortsätta driften av verksamheten.¹²¹⁴ Möjligheten att erhålla ny kredit lyfts alltså fram till stöd för såväl gränsdragningen mellan ackord- och ackordsfrifordran som gränsdragningen mellan konkurs- och massafordran. Betonas denna funktion bör bedömningen av frågan om ackordsfordrans uppkomst vara densamma som om konkursboet ska vara ansvarigt för en förpliktelse.

Att bedömningen av ackordsfordrans uppkomsttidpunkt ska ske på samma sätt som om en massafordran har uppkommit är också den ståndpunkt Håstad intar i första upplagen av Sakrätt (han intar samma ståndpunkt i den senaste upplagan). Där påpekar han att vad han anfört om gränsen mellan konkurs- och massafordran har sin motsvarighet i bedömningen av vilka fordringar som omfattas av ett offentligt ackord.¹²¹⁵ Och som framkom i avsnitt 15.6 ovan menar Håstad att bland annat förfogandepincipen bör gälla i frågan om massafordrans uppkomst.

Här kan särskilt uppmärksammas att de lege ferenda menar Håstad att förfogandepincipen bör betyda att en massafordran uppkommer om konkursboet förfogar över eller på annat sätt tillgodogör sig en prestation som konkursgäldenärens medkontrahent hade rätt att innehålla *eller återta* från konkursgäldenären eller boet (men inte nyttjat denna möjlighet). På motsvarande sätt skulle en ackordsfri fordran föreligga om ackordsgäldenären förfogade över eller på annat sätt tillgodogjorde sig en

¹²¹³ Se Arnesdotter, Om betalningsinställelse och offentligt ackord s 288 ff.

¹²¹⁴ Se ovan under avsnitt 15.4.

¹²¹⁵ Se Håstad, Sakrätt, 1 uppl s 266. Se även Håstad, Sakrätt s 426.

sådan prestation. I kapitlet om massafordrans uppkomst framkom dock att förfogandeprincipen, såvitt avser just massafordrans uppkomst, endast gäller om konkursgäldenärens medkontrahent haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet.¹²¹⁶

Beträffande vilken jämförelse som bör göras här kan även en aspekt som påpekas i dansk rätt lyftas fram. Där belyser flera författare skillnaden mellan konkurs och ackord utifrån borgenärens perspektiv. Borgenärens fordran kommer inte att omfattas av ett ackord om fordran uppkommer efter den kritiska tidpunkten, medan om den uppkommer före den kritiska tidpunkten nedsätts den med ackordet. I konkurs måste borgenärens fordran däremot uppkomma före konkursutbrottet, för att den över huvud taget ska kunna göras gällande i konkursen, medan om borgenärens fordran uppkommer efter konkursutbrottet kan den inte alls göras gällande i konkursen. Såvitt avser ett ackord är det alltså mer fördelaktigt för borgenären om fordran uppkommer efter den kritiska tidpunkten, medan såvitt avser om en fordran får göras gällande i konkurs råder motsatt förhållande (om inte konkursboet blir ansvarigt för fordran). Det påpekas att denna skillnad medför att jämförelsen mellan frågorna om konkursfordrans uppkomst och ackordsfordrans uppkomst inte alltid låter sig göras.¹²¹⁷

Utifrån borgenärens perspektiv liknar frågan om ackordsfordrans uppkomst i stället frågan om massafordrans uppkomst. Beträffande båda dessa frågor är det mer fördelaktigt för borgenären om fordran uppkommer efter den kritiska tidpunkten. Även denna aspekt gör jämförelsen med bedömningen av massafordrans uppkomsttidpunkt mer relevant som jämförelseobjekt än vad gäller bedömningen av konkursfordrans uppkomsttidpunkt.

16.4.3 Lagen om företagsrekonstruktion och förfogandeprincipen

Låt oss vända blicken från ackordslagarna och frågan om ackordsfordrans uppkomst där, för att i stället rikta den mot frågan vad gäller lagen om företagsrekonstruktion. I den lagens förarbeten sägs att 3 kap 3 och 8 §§ motsvarar 12 och 19 §§ i 1970 års ackordslag.¹²¹⁸ Någon förändring av den här diskuterade frågan var alltså inte avsedd. Det finns likväl andra uttalanden i propositionen som är relevanta, då de aktualiserar den redan

¹²¹⁶ Se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 305 ff, särskilt s 308.

¹²¹⁷ Se Heiberg, m fl, Rekonstruktionsret s 125; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 503.

¹²¹⁸ Se prop 1995/96:5 s 205 och s 208. Se även SOU 1992:113 s 441 f.

nämnda förfogandeprincipen. I samband med införandet av lagen om företagsrekonstruktion infördes även en regel i förmånsrättslagens 10 §. Regeln innebär att om gäldenären har ingått ett avtal under ett rekonstruktionsförfarande med rekonstruktörens samtycke får fordringar som grundas i avtalet allmän förmånsrätt.

I ett remissyttrande från Uppsala universitet föreslogs att ackordsgäldenärens medkontrahent i vissa fall skulle få förmånsrätt i en efterföljande konkurs, även om avtalet var slutet *före* en ansökan om företagsrekonstruktion. Förmånsrätt skulle ges till ackordsgäldenärens medkontrahent om medkontrahenten hade stoppningsrätt vid den kritiska tidpunkten och ackordsgäldenären sedan förfogade över prestationen. Medkontrahentens fordran, som omfattades av stoppningsrätten, skulle heller inte omfattats av det offentliga ackordet i sådana fall. (Det var alltså en sorts förfogandeprincip som föreslogs.) Förslaget fick dock inget gehör hos regeringen. Regeringen ansåg att det var tillräckligt att ackordsgäldenärens medkontrahent kunde nyttja sin stoppningsrätt och kräva att ackordsgäldenären ställde säkerhet för sin prestation. Rekonstruktören och ackordsgäldenären kunde då överväga om prestationen var av betydelse för den fortsatta driften och i sådana fall ställa säkerhet. I det fall att medkontrahenten kunde nöja sig med förmånsrätt skulle ett nytt avtal kunna ingås enligt regeringen (vilket alltså skulle ge allmän förmånsrätt).¹²¹⁹

I den fortsatta diskussionen om förfogandeprincipen ska gälla i ackordsfrågor är även SOU 2001:80 intressant att beakta. Där behandlades förfogandeprincipen beträffande det offentliga ackordet, varvid 63 § köplagen lyftes fram. I bestämmelsen finns stöd för förfogandeprincipen, såvitt gäller köp och då konkursboet förfogar över en vara. Det saknas dock regler för vad som gäller om en köpare, som befinner sig i en rekonstruktion, förfogar över varan på motsvarande sätt som ett konkursbo.¹²²⁰ I förarbetena till köplagen sägs det bero på rättstekniska skäl samt att det inte är möjligt att ge säljaren en ovillkorlig rätt till betalning, eftersom säljaren då också skulle ha en massafordran i konkurs.¹²²¹ Förmånsrättskommit-

¹²¹⁹ Se prop 1995/96:5 s 130 ff, särskilt s 133 f. Se även Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 308. Se även SOU 1992:113 s 337 ff, där det föreslogs att nytillkomna fordringar skulle ha förmånsrätt, för att öka möjligheten att finansiera verksamheten och därigenom att kunna rekonstruera densamma.

¹²²⁰ Se Håstad, Köprätt s 189, om 63 § köplagen och dess tillämplighet såvitt avser företagsrekonstruktion.

¹²²¹ Se SOU 1976:66 s 303. Det hela framstår som en smula besynnerligt; det bör vara möjligt att skapa sådana regler som medför att säljarens fordran blir ackordsfri, utan att säljaren för den sakens skull får en massafordran i en efterföljande konkurs. Jämförelsevis kan pekas på att det är möjligt att låta vissa fordringar, som grundar sig i avtal vilket har träffats med rekonstruktörens godkännande efter den kritiska tidpunkten, vara

tén menade dock att ett sådant förfogande av rekonstruktionsgäldenären borde innebära att fordran blir ackordsfri. Kommittén föreslog också att förfogandepincipen skulle gälla generellt i företagsrekonstruktion, men förslaget blev inte genomfört.¹²²²

Vad gäller diskussionen om betydelsen av fordrans uppkomst, såvitt gäller frågan om ackordsfordrans uppkomst, bör också beaktas att Ulrik Hägge har undersökt frågan avseende varaktiga avtal. I den undersökningen tog han utgångspunkt i det för läsaren numera välbekanta NJA 2009 s 291, och Högsta domstolens allmänna uttalanden om bedömningen av fordrans uppkomsttidpunkt. Domstolen påtalade att syftet och ändamålet med den regel som ska tillämpas ska ha stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst. Följdenligt har Hägge fäst avseende vid syftet med företagsrekonstruktion, som sägs vara att ge i grunden lönsamma företag råd för att lösa en tillfällig likviditetsbrist. Han betonar att fordrans uppkomst måste bestämmas i linje med övriga principer som gäller för rekonstruktion, såsom att borgenärerna ska behandlas lika och att de fordringar som är säkerställda ska stå utanför det offentliga ackordet. Av bland annat dessa skäl finner han att (vad som här benämns) förfogandepincipen även ska gälla i ackordsfrågor. Det skulle, enligt Hägge, innebära att om rekonstruktionsgäldenären konsumerar en prestation som gäldenären har erhållit efter den kritiska tidpunkten ska medkontrahents fordran inte omfattas av ackordet, under förutsättning att gäldenärens medkontrahent hade en rätt att innehålla sin prestation vid just den kritiska tidpunkten.¹²²³

Rättsutvecklingen har fortsatt inte minst genom NJA 2014 s 537, HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22. Dessa rättsfall ska behandlas under typfallsstudien nedan, men innan den studien tar vid bör här inskjutas något ytterligare om vilka argument som kan göras gällande i bedömningen av ackordsfordrans uppkomst. Såväl systemargument som argument som emanerar från en funktionalistisk bedömning kan nämli-

ackordsfria och samtidigt föreskriva att sådana fordringar ska ha förmånsrätt enligt 10 § förmånsrättslagen.

¹²²² Se SOU 2001:80 s 56 och s 100 ff. Se även SOU 2010:2, del 1 s 426 ff; SOU 2016:72, del 2 s 22 ff och s 203 f. Se även Möller, Ett par frågor rörande offentligt ackord s 36.

¹²²³ Se Hägge, Fordrans uppkomst vid offentligt ackord s 290 ff. Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 80 f, s 83 ff, s 86 ff, s 91 ff och s 96 ff, som diskuterar förfogandepincipens tillämplighet i ackordsfrågor. Jfr även Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 504, som påpekar att den allmänna obligationsrätten enbart tillhandahåller utgångspunkter för bedömningen av frågan om fordrans uppkomst, och att hänsyn ska tas till den regel som aktualiseras i det enskilda fallet (en sorts funktionalism i här avsedd bemärkelse alltså).

gen anföras till stöd för att förfogandepincipen bör gälla i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Som påpekades ovan under avsnitt 15.4 brukar det sägas att borgenärer ska behandlas lika i ackords- och konkursfrågor, såtillvida att en borgenär inte ska få ett bättre utfall i det ena eller det andra förfarandet. Det har Högsta domstolen uttalat i exempelvis NJA 2016 s 73.¹²²⁴ Materiellt likartade regler motverkar att borgenärer strävar efter något av förfarandena, och därigenom att enskilda intressen styr valet mellan förfarande. Som också påpekades ovan har detta lyfts fram i doktrinen och i ett flertal utredningar från senare år.¹²²⁵ Om detta argument ska få genomslag – om förfarandeneutralitet ska råda – bör alltså en borgenärs fordran behandlas på ett likartat sätt i företagsrekonstruktion och i konkurs. Det talar för att till exempel förfogandepincipen bör gälla och ha samma betydelse i båda förfarandena. Det talar också för att rättsfall i vilka frågan om konkursboets ansvar har prövats bör ha relevans i frågan om ackordsfordrans uppkomst.¹²²⁶

Att fordringar ska behandlas på ett liknande sätt i konkurs och i offentligt ackord kan kategoriseras som såväl ett systemargument som ett argument som härrör från en funktionalistisk bedömning. Det beror på vilken utgångspunkt som tas. Tas utgångspunkt i att frågan om fordrans uppkomst ska behandlas lika i ackord och konkurs kan argumentet kategoriseras som ett systemargument. Tas i stället utgångspunkt i att enskilda intressen inte får styra val av förfarande kan argumentet kategoriseras som ett funktionsargument.

¹²²⁴ Jfr även NJA 2009 s 291, där HD påtalar att en kvittningsrätt i konkurs, då en sådan rätt inte fanns under en föregående företagsrekonstruktion, innebär att borgenären typiskt sett får ett mindre intresse av att rekonstruktionen lyckas. HD noterar också att i Norge och Danmark finns ett förbud mot kvittning i konkurs i vissa fall då konkurs har föregåtts av en rekonstruktion.

¹²²⁵ Se ovan under avsnitt 15.4.

¹²²⁶ Mot detta argument kan invändas att det varken finns något rekonstruktionsbo eller någon motsvarighet till skillnaden mellan gäldenärsfordran och massafordran i företagsrekonstruktion, vilket gör att jämförelsen mellan rekonstruktion och konkurs haltar. Ovan under avsnitt 15.4 framkom dock att konkursboets betydelse för frågan om massafordrans uppkomst främst har relevans för på vilket sätt boet ådrar sig ansvar för nya förpliktelser. I brödtexten ovan handlar det i stället om fordringar som är svävande vid den kritiska tidpunkten och att se situationen utifrån *borgenärens* perspektiv. Likheten mellan frågan om ackordsfordrans uppkomst och frågan om en konkurs- eller en massafordran har uppkommit träffas inte av de påtalade skillnaderna mellan konkurs och rekonstruktion, såvitt avser de här diskuterade frågorna.

16.5 Ackordsfordrans uppkomst – några olika typfall

16.5.1 Inledande anmärkningar – endast avtalsgrundade fordringar tycks problematiska

I förarbetena till 1921 års ackordslag jämfördes alltså uttryckligen frågan om ackordsfordrans uppkomst med frågan om konkursfordrans uppkomst. Det var också tydligt att villkorsläran skulle användas, för att avgöra vilka fordringar som omfattades av det offentliga ackordet. I doktrinen har denna jämförelse problematiserats. Det har lyfts fram att frågan om ackordsfordrans uppkomst mer liknar frågan om massafordrans uppkomst (och tillhörande gränsdragning mot konkursfordrans uppkomst). Det är då inte särskilt märkligt att det har menats att förfogandeprincipen ska tillämpas i bedömningen av ackordsfordrans uppkomst. Återigen är alltså frågan om huruvida villkorsläran ensamt ska få avgöra vilken betydelse fordrans uppkomst ska få eller om läran också ska kompletteras med förfogandeprincipen. Utrustade med dessa argument ska några olika typfall studeras. Tyngdpunkten kommer att ligga på de inledningsvis nämnda rättsfallen – det vill säga NJA 2014 s 537, HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22, vilka alla aktualiserar förfogandeprincipen. Rättsfallen gäller framför allt varaktiga avtal, men ledning kan även hämtas beträffande andra sorters avtal. Andra typer av fordringers uppkomsttidpunkt kommer dock först att undersökas.

I flera av standardverken behandlas inte frågan om fordrans uppkomst avseende andra fordringar än sådana som har sin grund i avtal. Den tystnaden säger mycket; det är inte där samtalet befinner sig.¹²²⁷ De argument som framkom i studien strax ovan är i huvudsak inte relevanta för icke-avtalsgrundade fordringar. Huruvida rekonstruktionssgäldenärens medkontrahent har en innehållanderätt eller en sakrättsligt skyddad återtaganderätt blir sällan relevant beträffande dessa typer av fordringar. Villkorsläran är inte heller tillämplig, om inte fordran har sin grund i en rättshandling.

Sambandet mellan frågan om ackordsfordrans uppkomst och andra uppkomstfrågor inom insolvensrätten är dock relevant, såvitt avser de icke-avtalsgrundade fordringarna.¹²²⁸ Det beror på att i undersökningen

¹²²⁷ Se Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s 170 ff; Persson, A H & Karlsson-Tuula, Företagsrekonstruktion s 137 ff; Gustafsson, L E & Renman, Ackord s 72 ff.

¹²²⁸ Jfr även Möller, Ett par frågor rörande offentligt ackord s 28 f, som i frågan om ackordsfordrans uppkomst uttalar att det som utgångspunkt görs samma bedömning av den frågan som av frågan i 5 kap 1 § konkurslagen. Här bör också nämnas att i förarbetena till dekningsloven och den norska konkursloven hänvisas till vad som sägs angående vilka

(av frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten) har det framkommit att uppkomsttidpunkten för de fordringar som inte har sin grund i en rättshandling inte påverkas av vilken bestämmelse som tillämpas i den insolvensrättsliga kontexten.¹²²⁹ En förpliktelseprincip gäller beträffande frågan om dessa fordringars uppkomsttidpunkt – det vill säga icke-avtalsgrundade fordringar uppkommer när gäldenären har förpliktat sig. Det innebär att om gäldenären ådrar sig en förpliktelse före den kritiska tidpunkten såvitt avser det offentliga ackordet omfattas fordran av ackordet, medan om gäldenären ådrar sig en förpliktelse därefter omfattas fordran inte av ackordet.¹²³⁰

För en mer omfattande studie av vad detta innebär för olika typer av fordringar kan i övrigt hänvisas till vad som tidigare har sagts i kapitlet om konkursfordrans uppkomst.¹²³¹ Här kan som exempel nämnas att enligt förpliktelseprincipen uppkommer en utomobligatorisk skadeståndsfordran genom den skadegörande handlingen.¹²³²

16.5.2 Avtalsgrundade fordringar

16.5.2.1 Inledande anmärkningar

Med det sagt är det dags att vända uppmärksamheten till vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten för ett offentligt ackord, såvitt avser avtalsgrundade fordringar. Som sagt behöver här undersökas om villkorsläran enbart ska gälla i frågan (vilket är en ordning som får sägas ha stöd i ett av standardverken)¹²³³

fordringar som får göras gällande i konkurs i frågan om vad som krävs för att en ackordsfordran ska ha uppkommit, se NOU 1972:20 s 129. Hänvisningen måste innebära att utredningen ansåg att bedömningen av om en fordran har uppkommit är densamma i de båda förfarandena. Se även prop 75 L (2019–2020) s 74, om att frågan om fordrans uppkomst inte har förändrats genom införandet av rekonstruktionsloven.

¹²²⁹ Se exempelvis ovan under avsnitten 12.7, 13.6 och 14.6.

¹²³⁰ Jfr SOU 2001:80 s 89, där det uttalas att i frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser 3 kap lagen om företagsrekonstruktion, är förpliktelsens uppkomst avgörande. Det hänvisas till NJA 1966 s 241 och NJA 1989 s 185, som stöd för det uttalandet.

¹²³¹ Se särskilt ovan under avsnitten 12.6 och 12.7.

¹²³² Se även Paulsen, Insolvensret – rekonstruktion s 169 f; Heiberg, m fl, Rekonstruktionsret s 125 f; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Rekonstruktion s 505, som samtliga finner att en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen beträffande dansk rätt i denna uppkomstfråga. Se även Wiker & Ro, Konkursloven s 202, som när samma slutsats med avseende på norsk rätt.

¹²³³ I doktrinen uttalas emellanåt att frågan om fordrans uppkomst ska få en fordringsrättslig lösning. Se Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s 170, not 31: ”Det finns anledning att betona vad som där [i förarbetena] sägs om att termen ’uppkommit’ bör ges samma innebörd (inom fordringsrätten) oavsett i vilket sammanhang den

eller om läran ska kompletteras med förfogandeprincipen, och i sådana fall vilken betydelse förfogandeprincipen ska få. Förfogandeprincipen har aktualiserats i NJA 2014 s 537, HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22. Rättsfallen ska behandlas i den angivna ordningen.¹²³⁴

dyker upp.” Detta referat av förarbetena behöver kontextualiseras ytterligare. I lagrådsremissen hade det uttalats att termen uppkommit skulle ha samma innebörd här som i andra sammanhang. Det kommenterade lagrådet i sin tur: ”Påståendet i remissen att fordringar som grundas på avtal anses uppkomma när avtalet träffades synes i princip vara riktigt. Man torde dock inte utan vidare kunna utgå från att bestämmelser av det slag som nu har berörts genomgående har samma innebörd. Det kan därför i vissa fall uppkomma fråga när en fordran har uppkommit. Ett exempel är måhända fordran på lön.”, prop 1995/96:5 s 362. Diskussionen kretsade kring vad som skulle ges förmånsrätt i en eventuell efterföljande konkurs. Lagrådets kommentar fick departementschefen att ändra den föreslagna regeln, om vad som skulle ha förmånsrätt. I stället för att de *fordringar* som med rekonstruktörens godkännande hade uppkommit under förfarandet skulle ha förmånsrätt kom regeln att föreskriva att de fordringar som grundar sig på *avtal* vilka gäldenären med rekonstruktörens samtycke träffat under en företagsrekonstruktion ska ha förmånsrätt, se prop 1995/96:5 s 130 ff. Att fordrans uppkomst ska ha ett enhetligt innehåll har dock anförts av Mellqvist i andra sammanhang också, se ovan under kapitel 6, särskilt avsnitt 6.2. Jfr även, Morgell, Några frågor angående statens rätt till regress för utbetalad lönegaranti s 26 ff, som jämför frågan om motfordrans uppkomst med frågan om ackordsfordrans uppkomst, genom att han problematiserar att HD och HFD har förlagt statens regressfordrans uppkomsttidpunkt avseende utbetalad lönegarantiersättning till olika tidpunkter i NJA 2012 s 876 respektive HFD 2016 ref 62. Se även Wiker & Ro, Konkursloven s 202, som uttalar att om gäldenären är förpliktad vid den kritiska tidpunkten ingår fordran i ackordet. I förarbetena till dekningsloven och den norska konkursloven hänvisas till vad som sägs angående vilka fordringar som får göras gällande i konkurs beträffande vad som krävs för att en ackordsfordran ska ha uppkommit, se NOU 1972:20 s 129. Även villkorade och icke-förfallna fordringar får göras gällande i konkurs, se a a s 329 samt ovan under avsnitt 12.3. Hänvisningen måste innebära att utredningen ansåg att bedömningen av om en fordran har uppkommit är densamma vid både konkurs och ackord. Se Paulsen, Insolvensret – rekonstruktion s 169 f, om dansk rätt. Paulsen menar att skadeståndsfordringar med grund i avtal uppkommer genom avtalet enligt de allmänna obligationsrättsliga principerna, se a st. Se även Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 229 och s 395, som när frågan diskuteras i ackordsfallet hänvisar tillbaka till vad som gäller i frågan om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs. I det avsnittet sägs det att fordrans uppkomst beror på de allmänna obligationsrättsliga reglerna, se a a s 228. I en packad text på a st står dock att uppkomstfrågan skulle kunna bedömas olika i relation till olika regler, beroende på vilka hänsyn som gör sig gällande i den specifika regelkontexten.

¹²³⁴ Det har emellanåt sagts att NJA 1994 s 292 är relevant i frågan om huruvida en ackordsfordran har uppkommit. Rättsfallet gällde frågan om ett ömsesidigt förpliktande avtal omfattades av ett ackord enligt 1970 års ackordslag. I fallet hade två personer köpt diamanter av ett företag. Diamanterna hade levererats och betalats. Säljaren fick ett ackord om 25 % fastställt. Avtalet hävdes därefter p g a säljarens kontraktsbrott. Frågan var om fordringarna, som hade sin grund i ett ömsesidigt förpliktande avtal, omfattades av ackordet. Säljarna hade nämligen gjort gällande att återbäringskravet inte omfattades av ackordet. Det berodde på att ett ackord inte påverkade ömsesidigt förpliktande

16.5.2.2 NJA 2014 s 537

Bakgrunden till NJA 2014 s 537 var att Rörvik Timber (Rörvik) hade ingått ett avtal med CFL cargo (CFL), i vilket det föreskrevs att CFL skulle transportera visst gods tre gånger per vecka. Enligt avtalet blev Rörvik förpliktat att betala 13 500 kr per inställd transport till CFL. Rörvik ansökte om och beviljades företagsrekonstruktion. I företagsrekonstruktionen fastställdes ett offentligt ackord. Frågan i målet var om CFL:s fordringar hade uppkommit före den kritiska tidpunkten och om de därför skulle omfattas av ackordet. Fordringarna hade alltså tillkommit på grund av de inställda transporterna, vilka skulle ha utförts efter den kritiska tidpunkten

Högsta domstolen tog sin utgångspunkt i frågan om huruvida CFL:s fordringar skulle anses ha uppkommit i sådan tid att de omfattades av ackordet, eller om CFL hade rätt till full betalning av Rörvik. Rättsföljden betonades på så vis. Domstolen upprepade därefter det allmänna uttalandet om fordrans uppkomst som förekom i NJA 2009 s 291.¹²³⁵ Följdenligt konstaterades att det inte finns någon allmän princip för att avgöra en fordrans uppkomsttidpunkt, utan att det är syftet och ändamålet med den regel vilken ska tillämpas som ska ha stor betydelse för att avgöra om fordran har uppkommit. Efter vad domstolen uttalade gäller det sagda om fordran var svävande (inte fullgången) vid den kritiska tidpunkten.¹²³⁶

Sedan behandlade Högsta domstolen vilket riktmarke som skulle användas för konsekvensbedömningen (uttryckt med den i denna avhandling använda terminologin). Domstolen påtalade att en företagsrekonstruktion vanligen förutsätter ett ackord och att 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion bestämmer den krets av borgenärer som är

avtal enligt säljarna. HD konstaterade att köparna genom hävningen fick fordringar, som uppgick till köpeskillingen för diamanterna, men att dessa fordringar var villkorade av att diamanterna återlämnades. Domstolen fann med hänsyn till lydelsen av de aktuella bestämmelserna i ackordslagen och till deras syfte att även sådana villkorade fordringar omfattades av bestämmelserna. HD uttalade dock inget om vad som krävdes för att fordringarna skulle ha uppkommit – den frågan innefattades inte i prövningstillståndet – även om det framgår av parternas talan att de ansåg att fordran hade uppkommit före den kritiska tidpunkten. Även NJA 1910 s 564 kan nämnas. Rättsfallet gällde ackord i konkurs, och frågan om huruvida borgenären fick avräkna en förskottsbetalning, som borgenären inte hade sakrättsligt skydd för, i det fall att gäldenären, trots ackordet, valde att fullgöra en naturaprestation efter den kritiska tidpunkten. HD fann att borgenären fick avräkna förskottsbetalningen.

¹²³⁵ Se ovan under avsnitten 8.1 och 8.4.1.

¹²³⁶ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 4. Se även ovan under avsnitt 8.4.1, om NJA 2009 s 291.

skyldiga att bidra till företagets skuldreduktion.¹²³⁷ Högsta domstolen uttryckte också:

”Tanken är att fordringar vars infriande vid den kritiska tidpunkten är beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga omfattas av ackordet (jfr p. 8 beträffande betydelsen av möjligheten att hålla inne sin prestation). Detta går tillbaka på en grundläggande princip om likabehandling av borgenärerna; var och en drabbas av gäldenärsföretagets betalningsförmåga i förhållande till sin fordringsrisk. Samma övervägande ligger bakom bestämmelsen i 5 kap. 1 § konkurslagen, låt vara att syftet med en konkurs är ett annat än med en företagsrekonstruktion.”¹²³⁸

Borgenärernas beroende av gäldenärens betalningsförmåga framhölls alltså av Högsta domstolen, något som var förenligt med likabehandlingsprincipen. Det bör särskilt noteras att här fick likabehandlingsprincipen ett mer specifikt innehåll, än vad den annars ofta får.¹²³⁹ Borgenärerna ska visserligen behandlas lika enligt domstolen, men utifrån sin *fordringsrisk*.

Som synes uttalade Högsta domstolen också att samma övervägande ligger bakom 5 kap 1 § konkurslagen. Hänvisningen framstår som aningens besynnerlig. Visserligen kan likabehandlingsprincipen användas i bedömningen av vilka fordringar som kan göras gällande i en konkurs,¹²⁴⁰ men det har inte gjorts utifrån fordringsrisken.¹²⁴¹ Fordringsrisken har nämligen ingen relevans för vilka borgenärer som *över huvud taget* kan göra gällande sina fordringar i en konkurs. Fordringsrisken har i stället relevans för om fordringsanspråket ska ge utdelning i en konkurs, efter vad som föreskrivs i förmånsrättslagen.

Hänvisningen till 5 kap 1 § konkurslagen kan alltså inte förstås som en hänvisning till bedömningen av om en fordran är en konkursfordran eller en gäldenärsfordran. Som framkommer strax nedan får hänvisningen i stället förstås som en hänvisning till bedömningen av om en fordran är en konkurs- eller en massafordran.

Högsta domstolen uttalade därefter att det måste skiljas mellan två typfall. Typfallen gäller sådana avtal som har ingåtts före den kritiska

¹²³⁷ Se ovan under avsnitten 8.3 och 8.4, om riktmärken och konsekvensbedömningar i den funktionalistiska bedömningen.

¹²³⁸ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 6.

¹²³⁹ Se ovan under avsnitt 11.2, om likabehandlingsprincipen.

¹²⁴⁰ Se ovan under avsnitt 12.5.

¹²⁴¹ Jfr ovan under kapitel 12.

tidpunkten, men där den relevanta fordran har blivit fullgången först efter samma tidpunkt. I det ena typfallet har gäldenären tillgodogjort sig en prestation efter den kritiska tidpunkten och frågan är om huruvida vederlaget för denna prestation ska omfattas av det offentliga ackordet. I det andra typfallet har gäldenären inte fullgjort en avtalsprestation efter den kritiska tidpunkten, vilket i sin tur har givit upphov till ett anspråk på ackordsgäldenären, och frågan är om detta anspråk ska omfattas av ackordet.¹²⁴²

Om det andra typfallet uttalade Högsta domstolen att i dessa fall är borgenären (såvitt avser detta anspråk) direkt beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten (om anspråket inte har säkerställts). Det har då ingen betydelse om det är gäldenären, som, genom att inte utföra förpliktelsen efter den kritiska tidpunkten, har utlöst betalningsskyldigheten enligt domstolen.¹²⁴³ Fordran har ändå uppkommit före den kritiska tidpunkten. Högsta domstolen fann mot den bakgrunden att CFL:s fordringar hade uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktionen och att de alltså skulle ingå i ackordet, eftersom CFL hade varit beroende av Rörviks betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten.

Utgången var väntad.¹²⁴⁴ Den är nämligen förenlig med de argument och normer som redogjordes för ovan. Oavsett om villkorsläran, förpliktelseprincipen eller förfogandeprincipen tillämpas i sådana här fall uppkommer nämligen dessa fordringar före den kritiska tidpunkten.

Intressantare är vad Högsta domstolen uttalade om det andra typfallet. Det bestod i att parterna hade slutit ett avtal före den kritiska tidpunkten och att gäldenären efter den kritiska tidpunkten hade tillgodogjort sig medkontrahentens prestation, vilken medkontrahenten inte var skyldig att presterat annat än mot samtidig betalning. I denna fråga konstaterade Högsta domstolen:

”På grund av borgenärens rätt att hålla inne den egna prestationen är vederlagsfordringen inte beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga på

¹²⁴² NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 7.

¹²⁴³ HD hänvisade här till NJA 1990 s 110 och NJA 1989 s 185. 1990 års avgörande gällde frågan om konkursfordrans uppkomst, se ovan under avsnitt 12.6.2, om det rättsfallet. 1989 års avgörande gällde frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser 37 § 1921 års konkurslag, vilken numera motsvaras av 4 kap 12 § konkurslagen, se nedan under avsnitt 18.6.2, om det rättsfallet.

¹²⁴⁴ Se Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 90 ff, särskilt s 91. Häremot hovrättens dom i NJA 2014 s 537. Hovrätten kom fram till att dessa fordringar inte omfattades av ackordet.

det sätt som avses med bestämmelsen i 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion (jfr 61 § köplagen). Fordringen anses då uppkommen efter den kritiska tidpunkten, och situationen är i det hänseendet i princip att bedöma på samma sätt som om ett nytt avtal hade träffats efter denna.”¹²⁴⁵

Som synes fäste Högsta domstolen återigen avgörande vikt vid om borgenären hade varit beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten.

Vad Högsta domstolen avsåg med att hänvisa till 5 kap 1 § konkurslagen blir än tydligare här. Det var inte en hänvisning till bedömningen av konkursfordrans uppkomst. I stället var det en hänvisning bedömningen av massafordrans uppkomst. Den av Högsta domstolen uttalade regeln sammanfaller nämligen till stor del med den norm som kommer till uttryck i förfogandeprincipen.¹²⁴⁶ Som sagt innebär förfogandeprincipen (i sin vidare betydelse)¹²⁴⁷ att konkursboet ska bli massaansvarigt om det har förfogat över eller på annat sätt tillgodogjort sig en prestation (så att den inte kan återlämnas väsentligen oförändrad och oförminskad) som konkursgäldenärens medkontrahent (vid den kritiska tidpunkten) hade en rätt att innehålla eller en rätt att återta från konkursgäldenären eller boet (men inte nyttjat denna möjlighet).¹²⁴⁸ Ovan framkom att Förmånsrättskommittén föreslog att förfogandeprincipen skulle gälla även i frågan om huruvida en fordran ska omfattas av ett offentligt ackord. I doktrinen har det också påståtts att principen gäller i den här behandlade frågan.¹²⁴⁹

I jämförelse med förfogandeprincipen, i sin vidare betydelse, framkommer dock skillnader mot den av Högsta domstolen uttalade regeln. Domstolen talade endast om medkontrahentens eventuella innehållanderätt i NJA 2014 s 537 och inte om en (sakrättsligt skyddad) återtaganderätt. Skillnaden kanske inte är särskilt uppseendeväckande om lagtexten i lagen om företagsrekonstruktion beaktas. Av 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion framgår att borgenärer vars fordringar antingen är förenade med förmånsrätt eller säkrade genom förbehåll om återtaganderätt inte deltar i ackordsförhandlingen. Det innebär att de inte omfattas av ackordet heller, vilket följer av lagens 3 kap 8 §. Skillnaden mellan förfogandeprincipen i dess vidare betydelse och den av Högsta domstolen

¹²⁴⁵ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 8.

¹²⁴⁶ Se även Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 91 ff; Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 307 f.

¹²⁴⁷ Ovan under avsnitt 15.8 framkom dock att principen inte omfattar en sakrättsligt skyddad återtaganderätt i frågan om massafordrans uppkomst.

¹²⁴⁸ Se ovan under avsnitt 15.6.

¹²⁴⁹ Se ovan under avsnitt 16.4.

uttalade regeln är på så vis inte lika betydande som den framstår som vid en första anblick.

Förfogandeprincipen synes alltså ha bekräftats av Högsta domstolen i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Det finns dock ett par problem med detta bekräftande. Det har påpekats att domstolens uttalande utgör ett obiter dictum – att det låg vid sidan av de frågor som skulle prövas i målet. Det skulle därför utgöra ”oförbindande uttalanden vid sidan av det egentliga prejudikatet.”¹²⁵⁰ Det blir särskilt intressant mot bakgrund av att Högsta domstolen i andra rättsfall (NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510) beträffande frågan om massafordrans uppkomst har avfärdat förfogandeprincipen. Det är dessutom rättsfall som domstolen i NJA 2014 s 537 inte redogjorde för i sina domskäl.

Diskussionen om rättsfallstolkning och däribland om obiter dictum och ratio decidendi har gått varm de senaste åren.¹²⁵¹ Till viss del föranleds diskussionen av Högsta domstolens alltmer vidlyftiga skrivsätt,¹²⁵² vilket i sin tur hör samman med olika sätt att se på domstolens roll.¹²⁵³ Det brukar med någon variation sägas att ratio(nes) decidendi är sådana uttalanden i en dom som är nödvändiga för utgången och obiter dicta sådana uttalanden som har gjorts i det förbigående.¹²⁵⁴ Obiter dicta sägs då inte vara del av prejudikatet och därigenom ha ett lägre rättskällevärde

¹²⁵⁰ Se Möller, *Insolvensrättsliga utlåanden* s 90 ff och s 96 ff, citerat på s 94.

¹²⁵¹ Se exempelvis SvJT:s temanummer 2017 nr 10, där rättspraxis inklusive rättsfallstolkning behandlades. Se även noterna strax nedan.

¹²⁵² Se exempelvis Bengtsson, B, *Om Högsta domstolens nya skrivsätt* s 743 ff.

¹²⁵³ Se exempelvis NJM 2017 s 297 ff, för ett referat av en diskussion från det nordiska juristmötet 2017. Ämnet för diskussionen var de nordiska Högsta domstolarnas uppgifter med inlägg av professor Inge Lorange Backer, højesteretsdomaren Lars Hjortnæs, dåvarande ordförande för finska HD Timo Esko och dåvarande ordförande för svenska HD Stefan Lindskog. Se även exempelvis Wersäll, *En offensiv Högsta domstol* s 1 ff; Fura, *En offensiv Högsta domstol* s 101 ff; Kleineman, *Från prejudikatinstans till lagstiftare?* s 495 ff; Derlén & Lindholm, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?* s 143 ff.

¹²⁵⁴ Se exempelvis Hellner, *Rättsteori* s 104; Peczenik, *Vad är rätt?* s 233; Munck, *Rättskällor förr och nu* s 205 f; Gregow, *Obiter dictum* s 37 ff; Ramberg, C, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten* s 28 ff; Mellqvist, *Förmögenhetsrättsliga prejudikat* s 808 ff; Heuman, *Metoder för rättsstillämpning och lagtolkning* s 104 ff; Svensson, O, *Recension av Prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten* s 202; Håstad, *Om skenbara och verkliga rättsgrundsatser* s 147. Se även Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s 420 ff, för en beskrivning av Goodharts prejudikatlära om obiter och ratio, en lära som synes utgöra den teoretiska grunden till många ståndpunkter i den svenska diskussionen.

(med stora variationer i vilket rättskällevärde det ska tillmätas).¹²⁵⁵ Vad som är nödvändigt för utgången av målet är dock omtvistat.¹²⁵⁶

Frågan i NJA 2014 s 537 var om ersättningen för de inställda transporterna omfattades av ackordet. Dessa transporter ställdes in under företagsrekonstruktionen, och Högsta domstolen fann att CFL var beroende av Rörviks betalningsförmåga såvitt avsåg dessa fordringar. På så vis utgjorde det inte ett förfogande över en sådan prestation som gäldenären hade tillgodogjort sig efter den kritiska tidpunkten men som borgenären inte varit skyldig att prestera annat än mot samtidig avtalsenlig betalning. Det typfall som aktualiserade förfogandepincipen var alltså inte det som avgjorde utgången i målet. Därmed kan dock inte sägas att uttalandena

¹²⁵⁵ Jfr exempelvis Munck, Rättskällor förr och nu s 206: "Även om alltså ett obiter dictum inte anses prejudicerande är det ju klart att ett sådant uttalande måste ha betydelse som rättskälla, inte minst för domstolen själv. Eftersom prejudikat i Sverige inte anses vara i egentlig mening bindande kan skillnaden synas subtil."; Gregow, Obiter dictum s 40: "Ett obiter torde i praktiken få betydelse genom de skäl som anförs för ståndpunkten. Om skälen är övertygande (persuasive), är det sannolikt att domstolarna anpassar sin rättstillämpning till uttalandet. En viss jämförelse kan göras med ett motsvarande uttalande i ett auktoritativt arbete inom doktrinen."; Ramberg, C, Prejudikat som rättskälla s 780: "Obiter dicta är rättskällor på så sätt att de skapar förväntningar om vilken rättsregel domare kommer att stödja sig på i ett senare fall. När Högsta domstolen obiter dictum uttalat en rättsregel, har uttalandet i praktiken stor auktoritativ verkan [...].". C Ramberg påpekar också att obiter kan ha olika tyngd beroende på om de omständigheter som är relevanta för rättsregeln har blivit föremål för utförlig argumentation eller inte av parterna i målet, se a st; Mellqvist, Förmögenhetsrättsliga prejudikat s 811 f: "Obiter dicta – i vart fall vissa sådana – kan man dock inte helt bortse ifrån och i vissa fall kan obiter dicta vara verkligt 'starka'. Om man vill etikettera dem som och jämställa dem med 'doktrinuttalanden' kan man väl göra det, men varför inte behandla dem för vad de är och beteckna dem vid dess rätta namn, dvs. 'Högsta domstolens domskäl'. De har inte digniteten av ett prejudikat men tillämparen kan här hämta inspiration för sina egna rättsanalyser. Dessa domskäl (obiter dicta) kan då givetvis ha olika tyngd – och vilken tyngd de har i enskilda fall kan vara av största vikt för tillämparen att bedöma. Det är så deras rättskällevärde bestäms – inte genom generella uttalanden om obiter dicta som kategori." Se även Högberg, Domstolspraxis som rettskildfaktor s 278 f, som om norsk rätt framhåller att skepsisen mot obiter minskat på senare år. Han menar att obiter ger en fingervisning om vad som gäller rättsligt, se a st.

¹²⁵⁶ Se exempelvis Gregow, Obiter dictum s 41 ff, som listar ett antal påståenden i doktrinen i vilka det har hävdats att vissa uttalanden från HD är obiter dicta. Gregow anser dock att dessa uttalanden inte alls utgör obiter dicta, se a st. Jfr även avdelning II ovan, särskilt kapitel 10, som visar att det finns olika sätt att strukturera lösningar av frågan om fordrans uppkomst på. I de olika strukturerna blir olika argument och frågor relevanta att beakta. Jfr även Lindskog, Dag och jag och Högsta domstolen 419, där Lindskog pekar på att om systemargument anförs av HD motiverar det uttalanden i närliggande frågor (frågan om det i sådana fall utgör obiter och vilket värde det eventuellt har sågs inget om).

inte var helt nödvändiga för utgången. Det beror i stället på vilket perspektiv som anläggs på vad som utgör ratio respektive obiter.¹²⁵⁷

Anläggs ett något vidare perspektiv på vad som utgör ratio kan det påstås att frågan i NJA 2014 s 537 var om en fordran omfattades av ett offentligt ackord eller inte. Då utgör inte det här diskuterade uttalandet ett obiter. I stället kan uttalandet ses som ett som snävar in den regel som Högsta domstolen etablerade, såvitt avser den uppkomstfråga vilken fallet gällde. Här bör också noteras att Håstad har uttryckt att det nu diskuterade uttalandet inte utgjorde ett obiter dictum.¹²⁵⁸ Och även om det skulle fastställas att det var ett obiter är därmed knappast någon slutsats nådd i frågan om vilken betydelse uttalandet ska tillmätas. Här kan inte någon teori om vad som utgör obiter eller ratio ensamt vara avgörande.¹²⁵⁹ Det är heller inte något som är förenligt med denna avhandlings metod- och teorival.¹²⁶⁰ I stället finns skäl att granska vilken betydelse som uttalandet faktiskt har tillmätts.¹²⁶¹ Och i den frågan finns två avgörande från högsta instans att luta sig mot.

¹²⁵⁷ Se Gregow, Obiter dictum s 39, som uttalar att vad som utgör ett obiter har formulerats på lite olika sätt. Ett obiter kan antingen sägas vara ett icke nödvändigt led i domskälen eller ett fullständigt onödigt led i domskälen, se a st. Se även Sunnqvist, Mord, prejudikattolkning och lagtolkning s 546, som belyser att ratio decidendi kan vara fakta i målet tillsammans med följden i målet, men det kan också vara domstolens resonemang och följden i målet. Den distinktionen mellan olika definitioner av obiter dicta blir betydelsefull för vilken innebörd obiter dicta ska ges. I den första definitionen blir allt som inte är fakta och följd i målet obiter, medan i den andra definitionen blir sådana resonemang som handlar om hypotetiska fakta obiter, se a st, Jfr även i och vid not 1254 ovan.

¹²⁵⁸ Se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 308.

¹²⁵⁹ Jfr ovan i not 1255.

¹²⁶⁰ Se vidare ovan under avsnitt 2.2, där det framkommer att argumenten och argumentationslinjernas användning studeras.

¹²⁶¹ Jfr Strömholm, Behövs en prejudikatlära? s 649, som kommenterar den engelske rättsvetaren Goodharts prejudikatlära: "Av de två rollinnehavarna i Goodhart's kommunikationsspel – avsändare och mottagare, d.v.s. den eller de domare som skapat prejudikatet och den eller de domare som använder detta – är det knappast tvekan om att det är den senare som har den viktigare rollen. Prejudikat uppstår och fungerar – paradoxalt som det i förstone må låta – *trots*, eller åtminstone *vid sidan av*, de domare vilkas avgöranden dock till slut enligt den rättsideologi till vilken Goodhart tveklöst bekänner sig innefattar den hemlighetsfulla och svårångade *ratio decidendi*. Det är, kan man säga, genom efterföljarens, den prejudikattillämpande domarens, kompetenta nyttjande av precedent-reglerna – inte genom den prejudikatskapande domarens verksamhet – som man överhuvudtaget får ett användbart system. Detta kan te sig anmärkningsvärt: att det ställs större anspråk på, och fästes större vikt vid, uttolkaren av ett budskap än på, och vid, dettas ursprungliga avsändare är kanske i och för sig inte något anmärkningsvärt, men om man betänker att den senare domarens kompetenta och konventionstroga tolkning regelmässigt inte blott utgör ett – lär oss hoppas korrekt – avgörande av ett eller flera individuella mål utan därutöver också en auktoritativ formulering, ev. vidareutveckling

16.5.2.3 HFD 2016 ref 62

I det andra rättsfallet, HFD 2016 ref 62, som ingår i denna serie om tre aktualiserades just det typfall som Högsta domstolen uttalade sig om i NJA 2014 s 537 och som har påståtts vara ett obiter. I 2016 års fall hade ett företag genomgått en företagsrekonstruktion. Under företagsrekonstruktionen hade staten betalat ut lönegaranti för arbete som de anställda hade utfört såväl före som efter den kritiska tidpunkten. Ett offentligt ackord blev fastställt och frågan i målet var bland annat om statens regressfordran på lönegarantin för det arbete som hade utförts efter den kritiska tidpunkten skulle omfattas av ackordet.

Inledningsvis konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att i fråga om utbetalt lönegarantibelopp i en företagsrekonstruktion inträder staten i arbetstagarens rätt mot gäldenären (vilket följer av 28 § lönegarantilagen). Avgörande för frågan om huruvida statens regressfordran skulle omfattas av ackordet blev då, enligt domstolen, om arbetstagarnas lönefordringar skulle anses ha uppkommit före den kritiska tidpunkten.

Högsta förvaltningsdomstolen refererade det uttalande från NJA 2014 s 537, som diskuterades länge under föregående avsnitt och som har påståtts utgöra ett obiter dictum. Som bekant uttalade Högsta domstolen där att om det rör sig om en fordran för en prestation, som gäldenärsföretaget i enlighet med det före den kritiska tidpunkten träffade avtalet därefter har tillgodogjort sig, men som borgenären inte har varit skyldig att presteras annat än mot samtidig avtalsenlig betalning, så omfattas vederlagsfordran inte av ackordet. Mot bakgrund av detta konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att en arbetstagare inte är skyldig att presteras annat än mot avtalsenlig lön, varför fordran på sådan lön för sådant arbete som hade utförts efter den kritiska tidpunkten inte skulle omfattas av ackordet. Domstolen fann att statens regressfordran därigenom inte hade uppkommit före den kritiska tidpunkten och fordran skulle därför inte ackorderas ned.

Fastän Högsta domstolens uttalande i NJA 2014 s 537 har sagts utgöra ett obiter dictum tillmättes det här avgörande betydelse av Högsta förvaltningsdomstolen. Uttalandet ger uttryck för förfogandeprincipen. Principen tillämpades alltså av domstolen, och den fick samma betydelse som i NJA 2014 s 537 – det vill säga den omfattade inte en sakrättsligt skyddad återtaganderätt, vilket inte heller var en fråga i målet.

Den av Högsta förvaltningsdomstolen fastställda ordningen bör jämföras med vad som gäller för lönefordringar och statens regressfordran i

av rättsprincipen i det äldre avgörandet, blir rollfördelningen mer problematisk.” Se även i not 1254, om Goodharts prejudikatlära.

konkurs. I konkurs blir inte konkursboet massaansvarigt för de lönefordringar som avser lön för den första månaden efter konkursutbrottet.¹²⁶² I konkurs anses lönefordringar uppkomma genom anställningsavtalet och därigenom före konkursutbrottet (om anställningsavtalet har ingåtts före den tidpunkten).¹²⁶³ Staten ska också betala lönegaranti för den första månaden efter konkursutbrottet, enligt 7 § lönegarantilagen läst mot 12 § förmånsrättslagen. Med grund i den utbetalda lönegarantin får staten en regressfordran på konkursgäldenären, enligt 28 § lönegarantilagen. Efter vad som föreskrivs i samma bestämmelse har dock staten inte förmånsrätt avseende denna fordran. Statens förmånsrätt togs bort den 1 januari 2009.¹²⁶⁴

I företagsrekonstruktionen ska förvisso staten också betala lönegaranti avseende den första månaden, såsom det stadgas i 7 § lönegarantilagen läst mot 12 § förmånsrättslagen.¹²⁶⁵ En regressfordran blir emellertid ackordsfri enligt den av Högsta förvaltningsdomstolen fastslagna ordningen. Sammantaget är statens regressfordran varken en massafordran eller en förmånsberättigad fordran i konkurs, men däremot är den ackordsfri i ett offentligt ackord.

Denna inkonsekvens är inte förenlig med det argument som kategoriserades både som ett system- och funktionsargument ovan. Där påpekades att borgenärer bör behandlas lika i ackords- och konkursfrågor, såtillvida att en borgenär inte ska tjäna på att sträva efter det ena eller det andra förfarandet.¹²⁶⁶

Ett av skälen till att införa lönegaranti i företagsrekonstruktion var också detta systematiska samband. Det framgår av följande förarbetsuttalande:

”Genom en ökad neutralitet mellan konkurs och företagsrekonstruktion kan valet av förfarande ske snarare efter vad som är mest lämpligt i varje enskilt fall med hänsyn till det aktuella företags struktur, den bransch det är verksamt i och det enskilda företags art av svårigheter, än att valet påverkas av ovidkommande hänsyn som t.ex. förekomsten av lönegaranti.”¹²⁶⁷

¹²⁶² Se ovan under avsnitt 15.7.4.

¹²⁶³ Se ovan under avsnitt 15.7.4.

¹²⁶⁴ Se prop 2007/08:161 s 43 ff, om skälen till att statens förmånsrätt togs bort för dessa situationer.

¹²⁶⁵ Se även ovan under avsnitt 15.7.4.

¹²⁶⁶ Se ovan under avsnitt 16.4.

¹²⁶⁷ Prop 2004/05:57 s 21. Se även exempelvis SOU 1999:1 s 234, om utgångspunkterna för förslaget och a s 240, om att undvika att reglerna om lönegaranti blir konkursdrivande. Se även Ds 2003:17 s 38 f.

Införandet av lönegarantin motiverades alltså med att göra förfarandena mer jämställda. Att staten får full regress för lönegarantin i rekonstruktion men inte i konkurs kan få följden att aktörer lockas till att genomföra en rekonstruktion i konkurs snarare än genom en företagsrekonstruktion. Med grund i att reglerna bör vara förfarandeneutrala har Högsta förvaltningsdomstolens avgörande också kritiserats.¹²⁶⁸

Denna kritik till trots kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen tillmätte Högsta domstolens uttalande i NJA 2014 s 537, enligt vilket förfogandeprincipen är tillämplig i ackordsfrågor, avgörande betydelse. Som tidigare har påpekats kan även noteras att Högsta förvaltningsdomstolen inte gjorde någon egen konsekvensbedömning. I stället formaliserades Högsta domstolens konsekvensbedömning från NJA 2014 s 537. Avsaknaden av en ny och självständig bedömning kanske kan förklara varför Högsta förvaltningsdomstolen inte beaktade systemargumenten.¹²⁶⁹

16.5.2.4 AD 2019 nr 22

Det sista rättsfallet i denna serie utgörs av AD 2019 nr 22. Även här har förfogandeprincipen tillmätts betydelse i frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten för ett offentligt ackord. Rättsfallet är även av intresse i och med att Arbetsdomstolen anförde ytterligare skäl för principen. Domstolen preciserade

¹²⁶⁸ Se Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 308 ff, som pekar på att huvudsyftet med att införa lönegaranti i företagsrekonstruktion var att göra förfarandena mer likvärdiga, så att konkurs inte söks enbart för att erhålla lönegaranti. Han har även angivit andra skäl till att HFD 2016 ref 62 är feldömt: "Utför arbetstagaren arbete under företagsrekonstruktionen, är han således inte berättigad till lönegaranti. Högsta förvaltningsdomstolen bedömde alltså regressrätten för utgiven lönegaranti i ett fall där rätt till lönegaranti saknades och inte skulle ha utgetts.", Håstad, Prejudikat eller lagstiftning? s 309. Just den här kritiken, att arbetstagaren inte alls har rätt till lönegaranti om hen utför arbete under företagsrekonstruktionen, kan dock sättas i fråga. Enligt 7 § lönegarantilagen utgår lönegaranti för fordran på lön i en företagsrekonstruktion, om förmånsrätt enligt 12 § förmånsrättslagen hade följt med fordran ifall arbetsgivaren i stället hade försatts i konkurs. Och enligt 12 § förmånsrättslagen har arbetstagaren förmånsrätt på sådan lön som belöper på tiden före konkursbeslutet och en månad därefter. Fordringar på lön en månad efter konkursutbrottet har alltså förmånsrätt och därmed ska det också utgå lönegaranti under företagsrekonstruktionen såvitt gäller dessa fordringar. Se även Ruukel, Obeståndsrätt och lönefordringar s 146 ff; Danhard, Konkursarbetsrätt s 448 ff. I så måtto är det svårt att förstå kritiken av rättsfallet, under förutsättning att fordringarna avsåg lön för den första månaden. Av HFD 2016 ref 62 framgår det endast att de relevanta lönefordringarna avsåg perioden efter den kritiska tidpunkten.

¹²⁶⁹ Se ovan under avsnitt 10.4.3, om HFD:s formalisering av HD:s tidigare konsekvensbedömning.

också principens betydelse avseende vissa lönefordringars uppkomsttidpunkt.

2019 års avgörande gällde ett visst antal arbetstagares lönefordringar i tre olika rekonstruktioner. Före den kritiska tidpunkten hade arbetstagarna träffat överenskommelser med deras respektive arbetsgivare, som innebar att anställningsförhållandet skulle upphöra. Arbetstagarna skulle få lön per månad under ett visst antal månader och de var under den senare delen av denna period inte skyldiga att arbeta eller stå till förfogande för arbete. Tiden som arbetstagarna skulle få betalt sträckte sig över den kritiska tidpunkten. Efter den kritiska tidpunkten hade arbetstagarna vissa kvarstående förpliktelser, såsom att inte bedriva konkurrerande verksamhet. Arbetstagarna fick lönegaranti och ersättning i den mån de skulle ha haft förmånsrätt i konkurs. Frågan var om de fordringar på lön som översteg lönegarantin och som avsåg perioden efter den kritiska tidpunkten skulle omfattas av ackordet.

Högsta domstolens uttalande i NJA 2014 s 537, om förfogandepincipens tillämplighet, tillmättes betydelse av Arbetsdomstolen i dessa frågor. Domstolen fäste även avseende vid hur lönefordringar ersätts i konkurs och i företagsrekonstruktion. Det konstaterades att av 5 kap 18 § konkurslagen, 12 § förmånsrättslagen och 7a § lönegarantilagen framgår det att konkursboet svarar för lön avseende arbete som utförs mellan konkursbeslutet och en månad därefter. I frågan om hur lönefordringar ersätts i rekonstruktion uttalade domstolen att utgångspunkten är att de arbetstagare som utför arbete under rekonstruktionen ska ersättas av rekonstruktionsgäldenären på motsvarande sätt som konkursboet ska ersätta konkursgäldenärens arbetstagare för lön i konkursen. Det fann domstolen stöd för i lönegarantilagen, dess förarbeten¹²⁷⁰ och förmånsrättslagen. Det systematiska sambandet mellan konkurs och företagsrekonstruktion var alltså på så vis något som betonades av Arbetsdomstolen.

Det noterades också av Arbetsdomstolen att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2016 ref 62 hade funnit att arbetstagares lönefordran avseende arbete som hade utförts efter den kritiska tidpunkten, men i enlighet med avtal träffat före densamma inte omfattades av ett offentligt ackord.

I 2019 års avgörande hade dock arbetstagarna inte utfört arbete efter den kritiska tidpunkten. De hade som sagt endast att respektera vissa biförpliktelser efter den tidpunkten. Frågan var om detta innebar att deras fordringar inte skulle omfattas av ackordet. I den frågan lutade sig Arbetsdomstolen mot att Högsta domstolen i NJA 2014 s 537 hade uttalat att en fordran inte omfattas av ackordet om borgenären efter den kritiska

¹²⁷⁰ Se även ovan under avsnitt 16.5.2.3.

tidpunkten inte var skyldig att prestera annat än mot samtidig avtalsenlig betalning och gäldenären dessutom *tillgodogjort* sig prestationen (förfogandeprincipen). Med den utgångspunkten tog Arbetsdomstolen ställning till i vad ett sådant tillgodogörande kunde bestå, och om biförpliktelserna innebar ett sådant tillgodogörande.

I sin bedömning beaktade Arbetsdomstolen på vilket sätt konkursboet förpliktas i liknande situationer. Bland annat noterade domstolen att om ett konkursbo ska bli ansvarigt enligt 5 kap 18 § konkurslagen krävs det att arbetstagaren utför arbete, och att i den bedömningen tycks det sakna betydelse om arbetstagaren haft biförpliktelser enligt anställningsavtalet. Arbetsdomstolen konstaterade även att ett konkursbo kan bli ansvarigt enligt 63 § 5 st köplagen, om det har sålt varan eller på annat sätt förfogat över den, och att boet också kan bli förpliktat efter vad som föreskrivs i 12 kap 31 § 5 st JB, om boet inte ställer en hyreslokal till hyresvärdens förfogande. Vad som utgjorde ett tillgodogörande enligt dessa bestämmelser kommenterade domstolen på följande vis:

”Enligt de lagregler som nu redovisats krävs alltså att konkursboet, för att det ska ansvara för betalningen, antingen aktivt utnyttjat prestationen eller i vart fall getts möjlighet att ta ställning till om boet vill utnyttja prestationen. Med beaktande härav kan en arbetsgivare under företagsrekonstruktion, enligt Arbetsdomstolens bedömning, som utgångspunkt inte anses ha tillgodogjort sig en arbetstages skyldighet att t.ex. avhålla sig från att konkurrera, redan genom att arbetstagaren på grund av avtal har en sådan skyldighet. Situationen skulle kunna bedömas annorlunda om en arbetstagarare – som t.ex. anser det vara av stor vikt att inte behöva följa ett konkurrensförbud – meddelar rekonstruktionsgäldenären att han eller hon inte anser sig skyldig att följa konkurrensförbudet utan full betalning och rekonstruktionsgäldenären då kräver att arbetstagaren fortsatt ska iakttä förbudet (jfr 63 § första och andra stycket köplagen).”¹²⁷¹

Arbetsdomstolen konstaterade, som synes, att en skyldighet för arbetstagaren att avhålla sig från att konkurrera inte nödvändigtvis var sammankopplad med frågan om huruvida en fordran hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten. Vad gällde arbetstagarnas lönefordringar i det enskilda fallet uttalade domstolen att det faktum att arbetstagarna haft vissa kvarvarande förpliktelser inte påverkade om deras fordringar omfattades av ackordet. Sammantaget fann Arbetsdomstolen, som utgångspunkt, att fordringarna omfattades av ackordet.

Det gällde särskilda förhållanden för vissa av de anställdas lönefordringar. Om hur detta kom att påverka uppkomstfrågan kan följande noteras: En

¹²⁷¹ AD 2019 nr 22, under rubriken Betydelsen av att en arbetstagarare ska iakttä vissa kvarvarande förpliktelser.

av arbetstagarna hade utfört arbete under en vecka efter den kritiska tidpunkten, som han hade fått fullt betalt för. Enligt domstolen påverkade det inte frågan om huruvida resterande lönefordringar omfattades av ackordet. En annan av arbetstagarna hade träffat en överenskommelse med gäldenären efter den kritiska tidpunkten, om att han skulle få viss semester som ledighet (i stället för att få dessa semesterdagar utbetalda i pengar). Överenskommelsen innebar att parterna senarelade tidpunkten för när anställningen skulle upphöra och för när avgångsvederlaget skulle betalas ut (vilket skedde efter kontakt med rekonstruktören). Arbetsdomstolen fann att syftet med överenskommelsen inte var att rekonstruktionsgäldenären skulle åta sig någon ny förpliktelse, utan att avsikten i stället var att precisera hur de redan befintliga skulderna skulle fullgöras. Domstolen hänvisade här till NJA 2012 s 441.¹²⁷² Arbetstagarens lönefordringar bedömdes därför omfattas av ackordet i denna del. Inte heller att arbetstagaren haft semester efter den kritiska tidpunkten påverkade uppkomstfrågan enligt Arbetsdomstolen.

En tredje arbetstagare hade efter den kritiska tidpunkten deltagit i två styrelsesammanträden. Före den kritiska tidpunkten hade hon träffat en överenskommelse, som innebar att hennes anställning skulle upphöra. Anställningen hade inte upphört vare sig vid den kritiska tidpunkten eller när hon deltog i mötena. Hon var arbetsbefriad före den kritiska tidpunkten och erhöll ingen extra ersättning för att delta i styrelsemötena. Arbetstagaren gjorde gällande att hon även efter det sista styrelsemötet stod till rekonstruktionsgäldenärens förfogande och att hennes lönefordringar därför hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten. Arbetsdomstolen konstaterade att arbetet som arbetstagaren fortsatte att utföra efter den kritiska tidpunkten framstod som förhållandevis begränsat och att hennes rätt till vederlag inte förutsatte att hon var tillgänglig att utföra arbete. Domstolen fann därför att hennes fordran inte hade uppkommit efter den kritiska tidpunkten.

Sammanfattningsvis fann Arbetsdomstolen att arbetstagarnas här relevanta fordringar omfattades av ackordet, eftersom de grundades på avtal som hade ingåtts före den kritiska tidpunkten och genom att fordringarna inte utgjorde ersättning för tid då arbetstagarna arbetat eller hade varit skyldiga att stå till förfogande för arbete.

I såväl HFD 2016 ref 62 som AD 2019 nr 22 har Högsta domstolens uttalande från NJA 2014 s 537, som har påståtts utgöra obiter dictum, tillmätts betydelse. Uttalandet innebar att om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent hade en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten och rekonstruktionsgäldenären därefter har tillgodosgjort sig prestationen

¹²⁷² Se ovan under avsnitt 11.2, om NJA 2012 s 441.

omfattas vederlagsfordran inte av ackordet. I 2016 års avgörande fick det till följd att en annan lösning, än den som gäller i konkurs, valdes i frågan om uppkomsttidpunkten för statens regressfordran; konkursboet blir inte ansvarigt för regressfordran i konkurs, medan en sådan regressfordran blir ackordsfri i en företagsrekonstruktion. Den ordningen kan jämföras med Arbetsdomstolens avgörande, i vilket domstolen tydligt jämförde med vad som gäller i konkurs. I domen påpekades flera gånger att det var tal om likartade bestämmelser i lagen om företagsrekonstruktion och konkurslagen, samt att samma överväganden ligger bakom reglerna om fordrans uppkomst i de båda lagarna. Enhetligheten betonades på så vis. Arbetsdomstolens dom gav oss också ett antal preciseringar av förfogandeprincipens betydelse vad gäller lönefordringar.

16.6 Ackordsfordrans uppkomst – syntes

Med detta sagt ska nu resultatet från studierna av argument, argumentationslinjer och typfall rekonstrueras; ett omdöme ska ges om hur rättskällorna ska tolkas och systematiseras beträffande vad som krävs för att en ackordsfordran ska uppkomma.¹²⁷³ Utgångspunkten för denna fråga finns i 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion, där det bland annat stadgas att endast borgenärer vilkas fordringar har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion deltar i ackordsförhandlingen. Av samma bestämmelse framgår även att borgenärer vars fordringar är villkorade eller icke-förfallna vid den kritiska tidpunkten deltar i ackordsförhandlingarna. Det offentliga ackordet är endast bindande för de borgenärer som hade rätt att delta i förhandlingarna enligt 3 kap 8 § samma lag.

Inledningsvis i kapitlet lyftes några särskilt relevanta frågor, däribland om enbart villkorsläran ska användas för att avgöra om fordringar som har sin grund i avtal har uppkommit eller om läran ska kompletteras med förfogandeprincipen. Innan de frågorna behandlas ska dock något sägas om andra typer av fordringar.

Vad gäller sådana fordringar finns ingen spänning mellan till exempel villkorslära och förfogandeprincip. För borgenärer till sådana fordringar finns det typiskt sett ingen möjlighet att undvika att drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga. Exempelvis kan inte en skadelidande (det vill säga en borgenär som har en utomobligatorisk skadeståndsfordran) innehålla sin skada.

I förarbetena till 1921 års ackordslag jämfördes frågan om ackordsfordrans uppkomst med frågan om konkursfordrans uppkomst. Såvitt

¹²⁷³ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

avser 5 kap 1 § konkurslagen och just frågan om konkursfordrans uppkomst uppkommer en utomobligatorisk skadeståndsfordran genom den skadegörande handlingen eller när fristen att handla tar sin början. Samma ordning bör också gälla i den här diskuterade frågan. Det råder också enighet om att en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen i såväl dansk som norsk rätt i frågan om ackordsfordrans uppkomst.¹²⁷⁴

Sambandet med andra uppkomstfrågor i konkursrätten kan betonas ytterligare. I undersökningen (av frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten) har det nämligen framkommit att det inom insolvensrätten finns ett samband gällande uppkomstfrågan för sådana fordringar som inte har sin grund i en rättshandling. Uppkomstfrågan för dessa fordringar påverkas inte av vilken bestämmelse som tillämpas i den insolvensrättsliga kontexten.¹²⁷⁵ En förpliktelseprincip gäller – det vill säga en fordran uppkommer när gäldenären har förpliktat sig. För den närmare innebörden av denna princip kan hänvisas till vad som har sagts om principen i kapitlet om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst.

Då till de frågor som lyftes i kapitlets inledning (om enbart villkorsläran ska gälla eller om den ska kompletteras med förfogandeprincipen, och i sådana fall vilken betydelse principen ska ges). Dessa aktualiseras med avseende på fordringar som har sin grund i rättshandlingar. I studien av olika argument ovan framkom att det är av betydelse vilken konkursrättslig uppkomstfråga som frågan om ackordsfordrans uppkomst jämförs med. Jämförs frågan om ackordsfordrans uppkomst och frågan om vilka fordringar som får göras gällande i konkurs blir villkorsläran den lära som frågan om ackordsfordrans uppkomst ska avgöras med.¹²⁷⁶

Den jämförelsen har dock ifrågasatts av bland annat Arnesdotter.¹²⁷⁷ Hon pekar på funktionen med att avgränsa det offentliga ackordet till de fordringar som har uppkommit före den kritiska tidpunkten (vilket är att möjliggöra att gäldenären kan få tillgång till ny kredit). Den funktionen liknar den som gränsen mellan konkurs- och massafordran också fyller, enligt Arnesdotter. Håstad har också likställt frågan om huruvida en ackordsfordran har uppkommit med frågan om huruvida en konkurs- eller en massafordran har uppkommit. Han har intagit ståndpunkten att förfogandeprincipen även bör gälla i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Det sagda skulle få följden att, om rekonstruktionsgäldenären tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över en sådan prestation som gäldenärens

¹²⁷⁴ Se ovan under avsnitt 16.5.

¹²⁷⁵ Se exempelvis ovan under avsnitten 12.7, 13.6 och 14.6.

¹²⁷⁶ Se ovan under avsnitt 16.4.

¹²⁷⁷ Se till det följande ovan under avsnitt 16.4.

medkontrahent hade rätt att innehålla eller återta från rekonstruktionsgäldenären bör denna fordran vara ackordsfri. Goda ändamålsskäl kan anföras för förfogandepincipen, såsom framkom ovan.¹²⁷⁸ Bland annat är principen väl förenlig med likabehandlingsprincipen.

Likabehandlingsprincipen betonades också av Högsta domstolen i NJA 2014 s 537. I det fallet framhöll domstolen att tanken är att fordringar vars infriande vid den kritiska tidpunkten är beroende av gäldenärens betalningsförmåga ska omfattas av ackordet. Domstolen uttalade också att vad som här benämns förfogandepincipen gäller i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Det har dock påståtts att detta uttalande utgör ett obiter dictum, även om andra har hävdats motsatsen.¹²⁷⁹ Oavsett hur det står till i den frågan kan konstateras att såväl Högsta förvaltningsdomstolen som Arbetsdomstolen har tillmätt uttalandet avgörande betydelse i sin rättstillämpning, då förfogandepincipen tillämpades i både HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22. Uttalandet har också tillmätts betydelse i de standardverk som har utkommit om ackord och företagsrekonstruktion efter det att NJA 2014 s 537 avgjordes.¹²⁸⁰ Det finns heller inga andra rättsfall i ackordsfrågor som talar mot att förfogandepincipen ska gälla här. I de fall då principen inte är tillämplig bör villkorsläran kunna användas, för att avgöra frågan om fordrans uppkomst.

Det finns likväl argument som talar mot att förfogandepincipen ska gälla i frågan om ackordsfordrans uppkomst, såsom att i både NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510 avfärdades förfogandepincipen av Högsta domstolen. Fallen gällde visserligen frågan om huruvida ett konkursbo ska vara ansvarigt för en förpliktelse (och de har behandlats ovan i kapitlet om massafordrans uppkomst, varför de inte ska refereras här).¹²⁸¹ Det systematiska sambandet mellan frågorna om massafordrans och ackordsfordrans uppkomst har emellertid sagts vara starkt,¹²⁸² vilket talar för att rättsfallen har relevans här. I AD 2019 nr 22 kom detta systematiska samband tydligt till uttryck, genom hur Arbetsdomstolen behandlade frågan. Det kommer också till uttryck i att det finns flera rättsvetenskapare som

¹²⁷⁸ Se ovan under avsnitt 16.4. Se även ovan under avsnitt 15.6.

¹²⁷⁹ Se Håstad, *Prejudikat eller lagstiftning?* s 308.

¹²⁸⁰ Se Persson, A H & Karlsson-Tuula, *Företagsrekonstruktion* s 140; Gustafsson, L E & Renman, *Ackord* s 74 ff. L E Gustafsson & Renman kommenterar uttryckligen Möllers ifrågasättande av HD:s uttalande om förfogandepincipens prejudicerande verkan, genom att konstatera att "[d]en krassa sanningen är nog att alla beskrivningar av rättsläget som Högsta domstolen gör i sina domar påverkar med varierande styrka den allmänna uppfattningen om vad som utgör gällande rätt.", a s 75, not 23. Se även Danhard, *Konkursarbetsrätt* s 471 ff.

¹²⁸¹ Se ovan under avsnitten 15.7.3, 15.7.5 och 15.8.

¹²⁸² Se ovan under avsnitt 16.4.

likställer frågan om en ackordsfordrans uppkomst med frågan om en massafordran har uppkommit, genom sättet de behandlar frågorna.¹²⁸³

Till viss del kvarstår på så vis frågan om hur Högsta domstolens uttalande i NJA 2014 s 537, avseende vad som här benämns förfogandeprincipen, ska systematiseras och tolkas. Det är därför på sin plats att återvända till uttalandet och begrunda det närmare. I rättsfallet uttalade Högsta domstolen:

”Om det rör sig om en fordring för en prestation, som gäldenärsföretaget i enlighet med det före den kritiska tidpunkten träffade avtalet därefter har tillgodogjort sig, men som borgenären inte har varit skyldig att prestera annat än mot samtidig avtalsenlig betalning, omfattas vederlagsfordringen inte av ackordet. På grund av borgenärens rätt att hålla inne den egna prestationen är vederlagsfordringen inte beroende av gäldenärsföretagets betalningsförmåga på det sätt som avses med bestämmelsen i 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion (jfr 61 § köplagen). Fordringen anses då uppkommen efter den kritiska tidpunkten, och situationen är i det hänseendet i princip att bedöma på samma sätt som om ett nytt avtal hade träffats efter denna.”¹²⁸⁴

I den citerade passagen talar Högsta domstolen om prestationer som borgenären har haft en *innehållanderätt* till vid den kritiska tidpunkten. Det kan jämföras med förfogandeprincipen i den betydelse Lindskog, Håstad och Möller menat att den ska ha.¹²⁸⁵ Principen betyder då att om konkursboet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över en prestation som konkursgäldenärens medkontrahent hade rätt att *innehålla* vid konkursutbrottet eller *återta* från konkursgäldenären eller boet (men inte nyttjat denna möjlighet) är boet ansvarigt. Det föreligger alltså en skillnad mellan Högsta domstolens uttalande i NJA 2014 s 537 och förfogandeprincipen (i dess vidare betydelse), såtillvida att det enbart är innehållanderätten som nämns i 2014 års avgörande.

Den skillnaden är också relevant beträffande NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510, eftersom i de fallen avfärdades förfogandeprincipen då konkursgäldenärens medkontrahent hade en rätt att *återta* sin prestation; någon innehållanderätt förelåg inte i de fallen. Som påpekades ovan fann Högsta domstolen i 2005 års avgörande att konkursgäldenärens medkontrahent i stället hade behövt häva avtalet (och på så vis återta sin rät-

¹²⁸³ Se exempelvis Håstad, Sakrätt s 426, som uttrycker att gränsen mellan konkurs- och massafordringar har sin motsvarighet vid ackordsförhandlingar; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 90 ff; Lindskog, Betalning s 653 f, not 2388, som behandlar rättsfall vilka gäller frågan om boet är ansvarigt för en förpliktelse och rättsfall om ackordsfordrans uppkomst som om det vore samma fråga.

¹²⁸⁴ NJA 2014 s 537, HD:s domskäl st 8.

¹²⁸⁵ Se ovan under avsnitt 15.6.

tighet), för att konkursboet skulle bli ansvarigt.¹²⁸⁶ Som också påpekades ovan avsåg 1999 års avgörande hyra av lokal. Såvitt avser fordringar som har sin grund i sådana avtal gäller att om medkontrahenten (hyresvärden) häver avtalet blir boet ersättningsskyldigt (om det fortsätter att nyttja lokalen). Det följer av NJA 2007 s 519.¹²⁸⁷ Frågan om huruvida hyresvärden har en innehållanderätt i dessa fall kommenterades av Högsta domstolen i såväl NJA 2013 s 725 som NJA 2019 s 941. Rättsfallen gällde visserligen reglerna om styrelsens medansvar i 25 kap aktiebolagslagen, men uttalandena är likväl generella.¹²⁸⁸ I NJA 2013 s 725 konstaterade domstolen:

”Ett hyresavtal ger en hyresgäst rätt att nyttja hyresobjektet under hela hyrestiden, men skyldigheten att erlägga hyra är inte avhängig av nyttjandet. Hyresgästen kan inte frigöra sig från denna skyldighet genom att avflytta i förtid. Hyresvärden kan inte innehålla sin prestation, men han kan säga upp avtalet till upphörande i förtid på grund av obetald hyra.”¹²⁸⁹

Någon innehållanderätt avseende till exempel löpande hyresfordringar finns alltså (typiskt sett) inte.

Beträffande de situationer som prövades i såväl NJA 1999 s 617 som NJA 2005 s 510 blir konkursboet alltså ansvarigt om konkursgäldenärens medkontrahent häver avtalet. Det har dock inte varit möjligt för medkontrahenten att hålla inne sin prestation. Det finns inte heller några särskilda regler vid rekonstruktion som ger rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent innehållanderätt i dessa fall. Fram tills att hävning sker är på så vis gäldenärens medkontrahent beroende av gäldenärens betalningsförmåga i såväl konkurs som rekonstruktion, vad gäller de här diskuterade situationerna. Huruvida medkontrahenten var beroende av gäldenärens betalningsförmåga var också något som Högsta domstolen betonade i NJA 2014 s 537, som skäl till att fordran skulle omfattas av det offentliga ackordet. Det finns därför ingen motsättning mellan å ena sidan NJA 2014 s 537 och å andra sidan NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510, då 2014 års fall gällde innehållanderätt och 1999 och 2005 års avgöranden gällde återtaganderätt.

Här bör också beaktas att vad gäller just förfogandeprincipens betydelse, såvitt avser när konkursboet blir förpliktat, framkom det ovan under avsnitt 15.8 att principen endast gäller om konkursgäldenärens medkontrahent haft innehållanderätt vid konkursutbrottet. Det är en slutsats som har-

¹²⁸⁶ Se ovan under avsnitt 15.7.5.

¹²⁸⁷ Se ovan under avsnitt 15.7.6, om NJA 2007 s 519.

¹²⁸⁸ Se vidare ovan under avsnitt 8.4.2, om NJA 2013 s 725.

¹²⁸⁹ NJA 2013 s 725, HD:s domskäl st 11. Se även NJA 2019 s 941, st 20. Jfr även SOU 2001:80 s 140.

monierar med vad Högsta domstolen uttalade i NJA 2014 s 537 om (vad som här benämns) förfogandeprincipen i ackordsfrågor. Systemargument talar därför också för att förfogandeprincipen enbart ska gälla om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten, eftersom då påverkas inte borgenärernas inbördes ställning av vilket insolvensförfarande som väljs. Förfogandeprincipen innebär alltså att om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten och gäldenären därefter har tillgodogjort sig prestationen eller på annat sätt förfogat över den (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad) blir vederlagsfordran ackordsfri.

Förfogandeprincipens betydelse har till viss del förtydligats genom HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22. Av 2016 års avgörande följer att en arbetstagares fordran avseende lön eller annan ersättning för sådant arbete som har utförts efter den kritiska tidpunkten är ackordsfri, om arbetaren ska arbeta efter den kritiska tidpunkten. Det beror på att arbetstagen har en innehållanderätt, genom att hen kan innehålla sin egen prestation. Även statens regressfordran avseende lönegaranti blir ackordsfri i dessa fall just med tanke på arbetstagarens innehållanderätt. 2019 års avgörande förtydligar hur förfogandeprincipen ska förstås då arbetstagen inte har varit skyldig att arbeta efter den kritiska tidpunkten.

I det fallet att förfogandeprincipen inte är tillämplig får frågan om ackordsfordrans uppkomst avgöras med hjälp av villkorsläran.¹²⁹⁰

Här bör också uppmärksammas vad som sades om benämningen *förfogandeprincipen* ovan under avsnitt 15.8. Där påpekades att en princip kan sägas lägga ut en riktlinje för bedömningen. Principen innehåller inte fasta rekvisit som alltid leder till att en viss rättsföljd inträder i det fall att rekvisiten är för handen (om inte ett undantag görs från regeln). Här har pekats på en rad hänsyn och faktorer, såsom om borgenären är beroende av gäldenärens betalningsförmåga, vilka behöver beaktas i bedömningen av förfogandeprincipens tillämpning i frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit. Svaret på vad som utgör principens (exakta)

¹²⁹⁰ Här kan också uppmärksammas att när konkursfordrans uppkomst behandlades lades stort fokus på frågan om huruvida en fordran kan uppkomma redan före det att avtalet är slutet. I ackordsfallet är denna fråga inte lika intressant. Det av HD angivna tolkningstemat i NJA 2014 s 537 är om ackordsgäldenärens medkontrahent var beroende av ackordsgäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten. Föreligger enbart ett anbud från endera parten kommer vanligen inte ackordsgäldenärens medkontrahent ha fullgjort sin prestation vid den kritiska tidpunkten, varför medkontrahentens fordran inte ska omfattas av ackordet. Har rekonstruktionsgäldenären inte förpliktat sig före den kritiska tidpunkten har heller inte en fordran uppkommit vid den tidpunkten enligt villkorsläran.

betydelse får emellertid anstå dess tillämpning i de enskilda fallen. Liksom gjordes i avsnitt 15.8 kan förfogandepincipen jämföras med principen om den väsentliga grunden. Det kan då pekas på att *förfogandepincipen* är en mer rättvisande beskrivning av vad som krävs för att fordran ska bli ackordsfri än principen om den *väsentliga* grunden.

17 Fordrans uppkomst såvitt avser skuldsanering

17.1 Inledande anmärkningar

Fordrans uppkomst är inte bara avgörande för vilka fordringar som omfattas av ett offentligt ackord, fordrans uppkomst är också avgörande för vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering. Skuldsaneringens innebörd liknar det offentliga ackordet. Genom en skuldsanering befrias nämligen gäldenären helt eller delvis från ansvar för betalningen av de skulder som omfattas av saneringen. Detta gäller oavsett om det är fråga om en skuldsanering enligt skuldsaneringslagen eller en F-skuldsanering enligt lagen om F-skuldsanering.¹²⁹¹

Vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering respektive en F-skuldsanering regleras på ett likartat sätt, och vad gäller de frågor som ska undersökas här regleras de på samma sätt.¹²⁹² Huvudregeln i de båda lagarna är att skuldsanering omfattar alla fordringar på pengar mot gäldenären som har uppkommit före den dag då inledandebeslutet meddelades.¹²⁹³ Det framgår av 30 § skuldsaneringslagen och 32 § lagen om F-skuldsanering. Det sägs också i förarbetena att frågorna regleras på samma sätt,¹²⁹⁴ och även i doktrinen behandlas dessa frågor på samma sätt.¹²⁹⁵ Det finns heller ingen betydelsebärande skillnad i formulering-

¹²⁹¹ Av 1 § lagen om F-skuldsanering framgår att en skuldsanering enligt den lagen benämns F-skuldsanering. Nedan används emellanåt *skuldsaneringslagarna*, för att beteckna att något visst gäller beträffande båda lagarna.

¹²⁹² Jämförs ordalydelsen i de båda bestämmelserna framkommer att de nästan är identiska. Den enda skillnaden är att enligt 33 § lagen om F-skuldsanering ingår inte de fordringar som är säkrade med företagshypotek i en F-skuldsanering.

¹²⁹³ Det var den kritiska tidpunkten redan i den första skuldsaneringslagen från 1994, se 13 § 1994 års skuldsaneringslag. I förarbetena till den lagen poängteras vikten av att dokumentera dagen för beslutet, se prop 1993/94:123 s 216.

¹²⁹⁴ Se prop 2015/16:125 s 131 ff, s 220 ff och s 256 ff. Skillnaden som påtalades i noten strax ovan lyfts också, se a st.

¹²⁹⁵ Se Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 335 ff.

arna av de olika lagarnas syften.¹²⁹⁶ Här behandlas därför också frågorna om dessa *penningfordringars* uppkomster på ett bräde (som framgick av den refererade lagtexten ingår endast fordringar på pengar i förfarandena). Tilläggas kan att huvudregeln för vilka fordringar som omfattas av skuldsanering var densamma i såväl 1994 års som 2006 års skuldsaneringslag.¹²⁹⁷ Det medför att även äldre rättskällor kan användas här.¹²⁹⁸

Av 32 § skuldsaneringslagen och 34 § lagen om F-skuldsanering följer indirekt att villkorade och icke-förfallna fordringar inkluderas i en skuldsanering. I dessa bestämmelser anges att om en fordran är beroende av villkor, inte är till beloppet fastställd eller inte är förfallen till betalning, får det bestämmas att den inte ska omfattas av saneringen. Det sägs även i förarbetena att villkorade och icke-förfallna fordringar omfattas av förfarandet, om inte annat beslutas.¹²⁹⁹

Regleringen av vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering påminner på så vis om exempelvis 5 kap 1 § konkurslagen, där det föreskrivs att endast de fordringar som har uppkommit före konkursbeslutet meddelades får göras gällande i konkurs. I förarbetena till 1994 års skuldsaneringslag uttalas också att regeln, om vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering, stämmer överens med vad som i konkurssammanhang gäller enligt 5 kap 1 § konkurslagen.¹³⁰⁰ I förarbetena sägs även, angående frågan om fordrans uppkomst, att det i ett lagstiftningsärende inte kan komma ifråga att försöka sig på någon allmän reglering av sådana emellanåt mycket komplicerade frågor, utan: "[v]id vilken tidpunkt olika typer av fordringar skall anses uppkomma får bedömas med ledning av allmänna principer."¹³⁰¹

Likväl görs ett antal undantag från huvudregeln om vilka fordringar som omfattas av förfarandena. Ett för denna studie viktigt undantag är att den fordran som inte är förfallen till betalning och som är beroende av att borgenären tillhandahåller en motprestation inte omfattas av saneringen. Det framgår av 31 § skuldsaneringslagen och 33 § lagen om F-skuldsanering.¹³⁰² Denna regel påminner om förfogandeprincipen,

¹²⁹⁶ Se nedan under avsnitt 17.5.

¹²⁹⁷ Se 6 § 1994 års skuldsaneringslag och 7 § 2006 års skuldsaneringslag. Se även prop 2005/06:124 s 75; prop 2015/16:125 s 220 och s 256, om att huvudregeln har varit densamma i samtliga skuldsaneringslagar.

¹²⁹⁸ Det gäller exempelvis Hellners & Mellqvists lagkommentar, som avser 2006 års skuldsaneringslag.

¹²⁹⁹ Se prop 1993/94:123 s 115, s 136 och s 138 f; prop 2015/16:125 s 135.

¹³⁰⁰ Se prop 1993/94:123 s 115.

¹³⁰¹ Prop 1993/94:123 s 117.

¹³⁰² Här ska inte alla de övriga undantagen listas. Det är tillräckligt att påpeka att om fordran bl a är säkrad med panträtt, retentionsrätt eller företagshypotek (det sistnämnda gäller för F-skuldsanering) omfattas den inte av saneringen. Det framgår också av 31 § skuldsaneringslagen och 33 § lagen om F-skuldsanering.

som gäller i såväl frågan om massafordrans uppkomst som frågan om ackordsfordrans uppkomst.¹³⁰³ Det leder till spørsmålet om det är mest rättvisande att jämföra uppkomstfrågan i skuldsaneringsförfarandena med den i 5 kap 1 § konkurslagen, som gjordes i förarbetena, eller om det finns andra insolvensrättsliga uppkomstfrågor som är mer rättvisande att jämföra med. Vetskap om vad som på så vis utgör lika fall är bland annat en förutsättning för att systemargument ska kunna anföras.¹³⁰⁴

Vilken eller vilka andra uppkomstfrågor inom insolvensrätten som frågan om skuldsaneringsfordrans uppkomst bör jämföras med ska undersökas nedan, då systemargumenten behandlas. Efter den undersökningen kommer en funktionalistisk bedömning att utföras innan syntesen tar vid.¹³⁰⁵ Likheten med andra frågor, som redan har undersökts i avhandlingen, gör nämligen att det inte är nödvändigt att särskilt behandla ett antal typfall i detta kapitel. Det finns heller inte några bestämmelser eller rättsfall som särskilt behöver studeras här. Och som nämndes strax ovan är det endast penningfordringar som omfattas av skuldsanering. Allra först ska dock något sägas om dansk och norsk rätt.

17.2 Skuldsaneringsfordrans uppkomst – dansk rätt

Reglerna om skuldsanering och dess motsvarigheter är inte framtagna i något nordiskt eller ens i något skandinaviskt samarbete. Det danska gäldssaneringsinstitutet, som regleras i den danska konkursloven, liknar ändå skuldsanering i svensk rätt. Antagligen har den gemensamma rättskulturen haft betydelse här.¹³⁰⁶

I dansk rätt finns två olika möjligheter till gäldssanering, en i anslutning till konkurs (eller rekonstruktion) och en utan konkurs. Här ska endast den senare behandlas. Vad gäller den förra hänvisas nämligen tillbaka till vad som gäller för gäldssanering utan konkurs och till vilka

¹³⁰³ Vid konkurs innebär förfogandeprincipen att om konkursgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet och konkursboet (efter den kritiska tidpunkten) tillgodogör sig prestationen eller på annat sätt förfogar över den (så att den inte kan återlämnas väsentligen oförändrad och oförminskad), då blir konkursboet ansvarigt för denna prestation. Motsvarande princip gäller i frågan om ackordsfordrans uppkomst (i en företagsrekonstruktion). Se exempelvis ovan under avsnitten 15.6, 15.7.2, 15.8, 16.4 och 16.6, om förfogandeprincipen.

¹³⁰⁴ Se ovan under avsnitt 9.2.

¹³⁰⁵ Se ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

¹³⁰⁶ Se ovan under avsnitt 2.5. Vid den senaste större reformen av gäldssaneringsinstitutet jämfördes med just rättsläget i Sverige, Norge och Finland, se bet 2004:1449 s 38 ff.

fordringar som får göras gällande i konkurs, i fråga om vilka fordringar som omfattas av en gäldssanering i anslutning till konkurs. Det framgår av 233 § danska konkursloven. Gäldssanering i anslutning till konkurs behöver därför inte behandlas särskilt i detta kapitel.¹³⁰⁷

I en gäldssanering utan konkurs omfattas endast de fordringar som har stiftats före den kritiska tidpunkten, vilken är skifterettens avgörande om inledande av gäldssanering. Det följer av 199 och 206 §§ danska konkursloven.¹³⁰⁸ Med att fordran ska ha stiftats avses inget annat än att den ska ha uppkommit.¹³⁰⁹ Även villkorade fordringar omfattas av gäldssaneringen. Det framgår indirekt av lagens 208b §. Fordran behöver heller inte vara förfallen, för att den ska ingå i en gäldssanering.¹³¹⁰ Vissa fordringar undantas dock. Det gäller sådana som är säkrade med pant, i den mån panten täcker fordran, vilket framgår av 199 § 2 st samma lag. Fordringar som är säkrade med äganderättsförbehåll likställs här med sådana fordringar som är säkrade med panträtt, enligt förarbetena.¹³¹¹

Vad gäller uppkomstfrågan i gäldssanering bör också beaktas att i 201 § danska konkursloven föreskrivs att bestämmelserna i 6 kap samma lag ska gälla i tillämpliga delar på gäldssanering. 6 kap svarar närmast mot 5 kap konkurslagen, och i 6 kap danska konkursloven regleras bland annat vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs och frågan om regressfordringars uppkomsttidpunkt. På så vis finns en hänvisning till frågan om konkursfordrans uppkomst redan i den danska konkursloven, såvitt avser frågan om fordrans uppkomst i gäldssanering. Denna hänvisning lyfts också i förarbetena, där det påpekas att den tidsmässiga avgränsningen av vilka fordringar som omfattas av en gäldssanering företas i överensstämmelse med regeln om vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs.¹³¹²

¹³⁰⁷ Se bet 1982:957 s 166 f; Ørgaard, A & Lindencrone Petersen, Konkursloven s 1057 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 653. Den kritiska tidpunkten är dock en annan, men det påverkar inte bedömningen av uppkomstfrågan.

¹³⁰⁸ Skifteretten kan tidigarelägga den kritiska tidpunkten, om det föreligger särskilda skäl för det. Det regleras i 199 § danska konkursloven.

¹³⁰⁹ Jfr nedan under avsnitt 18.2.

¹³¹⁰ Se Hindborg, Gäldssanering i praxis och gäldssanering i konkurs s 237.

¹³¹¹ Se bet 1982:957 s 140. Se även Drews Jensen, Gäldssanering s 118 f; Paulsen, Insolvensret – gäldssanering s 235 f; Kuld Hansen & Lindencrone Petersen, Gäldssanering s 247.

¹³¹² Se bet 1982:957 s 143. Här kan noteras att i 7 kap danska konkursloven regleras frågor om gäldenärens avtal. I förarbetena sägs att det inte lämnades några förslag till regler om gäldenärens avtal vid gäldssanering. Det konstaterades dock att fordringar med grund i sådana varaktiga avtal som fortsätter att löpa efter gäldssaneringen inte omfattas av densamma, vad gäller betalning av framtida prestationer. Det påpekades i förarbetena att den ordningen följde av allmänna rättsgrundsatser. Däremot menades det att sådana

17.3 Skuldsaneringsfordrans uppkomst – norsk rätt

I norsk rätt finns möjlighet till gjeldsordning, som på många sätt svarar mot skuldsanering enligt svensk rätt. En skillnad görs dock i norsk rätt mellan frivillig gjeldsordning och tvingande gjeldsordning. Utgångspunkten är att en överenskommelse ska nås med borgenärerna om en frivillig gjeldsordning, varom föreskrivs i 4 kap gjeldsordningsloven.

Av 4 kap 8 § gjeldsordningsloven framgår att en frivillig gjeldsordning som huvudregel omfattar alla gäldenärens förpliktelser. Någon kritisk tidpunkt framgår inte av bestämmelsen. I norsk doktrin har det diskuterats om den kritiska tidpunkten är när förfarandet öppnas, när gäldenären sänder ut betalningsförslaget till borgenärerna eller när förslaget läggs fram för fastställelse.¹³¹³ Av Rt 2006 s 402 framgår dock att det inte finns någon absolut kritisk tidpunkt här. I rättsfallet fann domstolen att det är mest förenligt med lagens syfte och system om alla de kända fordringar som det är *praktiskt möjligt* att ta med då betalningsförslaget ska sändas ut eller ska fastställas inkluderas i gjeldsordningen.

Vidare saknas en diskussion i den skuldsaneringsrättsliga litteraturen om fordrans uppkomst.¹³¹⁴ Det hör antagligen samman med avsaknad av en skarp kritisk tidpunkt. Beträffande den tvingande gjeldsordningen hänvisas endast tillbaka till vad som gäller för den frivilliga gjeldsordningen. Det framgår till exempel av 5 kap 2 § gjeldsordningsloven.

Gjeldsordningsloven förändrades dock 2003. I 6 kap 1 § 3 st gjeldsordningsloven infördes en regel, som innebär att om gäldenären mottar ett krav med grund i en sådan fordran som fanns vid öppningen av förfarandet ska rätten, på begäran av gäldenären, fastställa en ändring av gjeldsordningen. Ändringen ska då gå ut på att fordran tas med i gjeldsordningen. Nordtveit har menat att detta innebär att det finns en kritisk tidpunkt i gjeldsordningsloven.¹³¹⁵ Trots att Høyesterett kom fram till en annan ordning i Rt 2006 s 402 anser hon att 6 kap 1 § ger stöd för

krav som var utestående vid den kritiska tidpunkten omfattades av gældssaneringen. Se a bet s 144 f. Se även de Neergard, Hvilke fordringer omfattes af en gældssanering? s 26; Ørgaard, A & Lindencrone Petersen, Konkursloven s 972.

¹³¹³ Se Huser, Gjeldsforfølgningsrett s 251; Graver, Gjeldsordningsloven s 124 f; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 82 ff.

¹³¹⁴ Här kan hänvisas till Graver, Gjeldsordningsloven s 124 f; Bunæs, m fl, Tvangsfullbyrelse og gjeldsordning s 360 f och s 370 ff; Rokhaug, Gjeldsordningsloven i teori og praksis s 354 ff; Moe, Gjeldsordningsloven s 230 ff, vilka inte diskuterar fordrans uppkomst i här relevant avseende när de behandlar 4 kap 8 § gjeldsordningsloven.

¹³¹⁵ Någon diskussion om fordrans uppkomst i de relevanta förarbetena förs dock inte, se Ot prop nr 99 (2001–2002).

att det finns en kritisk tidpunkt för huvudregeln beträffande vilka fordringar som omfattas av en gjeldsordning. Den kritiska tidpunkten skulle då vara öppningen av förbandet. Oavsett hur den frågan ska förstås kan Nordtveits resonemang användas i diskussionen om fordrans uppkomst, såvitt avser skuldsanering.¹³¹⁶ Nordtveit jämför frågan om fordrans uppkomst vad gäller skuldsanering med frågan i ackordssammanhang. Bland annat pekar hon på att i båda fallen är det fördelaktigt för borgenären om fordran uppkommer efter den kritiska tidpunkten, eftersom fordran i sådana fall inte sätts ned.¹³¹⁷

17.4 Skuldsaneringsfordrans uppkomst – systemargument

Som har påpekats flera gånger tidigare har systemargumenten sin grund i och utgår från att rätten utgör ett system, ett system i vilket lika fall ska behandlas lika.¹³¹⁸ Frågan är dock vad som utgör lika fall och vad systematiseringen ska utgå från. I frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten kan utgångspunkt inte tas i att avtalsgrundade fordringar utgör lika fall, eftersom sådana fordringar inte får en och samma uppkomsttidpunkt ens inom ramen för 5 kap konkurslagen.¹³¹⁹ I frågan om massafordrans uppkomst konstaterades att konkursboet är ett särskilt rättssubjekt, vilket i sin tur kunde tjäna som premiss för systemargument. I skuldsaneringsförfarandena finns dock inget bo eller liknande konstruktion, som kan användas på ett sådant sätt.¹³²⁰ I stället ska det här undersökas huruvida frågan om fordrans uppkomst såvitt avser skuldsaneringslagarna uppvisar någon materiell likhet med andra uppkomstfrågor inom insolvensrätten.

Materiell likhet mellan skuldsanering och andra insolvensförfaranden är något som Högsta domstolen har tillmätt betydelse i NJA 2016 s 73. Rättsfallet gällde en fråga om huruvida en fordran, som var säkerställd genom en tredjemanspant, skulle omfattas av en skuldsanering. Högsta domstolen jämförde hur tredjemanspant reglerades i konkurs och företagsrekonstruktion. Domstolen påtalade att "[b]orgenärernas inbördes ställning bör inte påverkas av vilket slags insolvensförfarande det rör sig om. Det talar med styrka för att säkerhet i tredjemanspant i prin-

¹³¹⁶ Det är reciprokt med att hon använder den svenska skuldsaneringsrätten när hon diskuterar frågan om fordrans uppkomst i gjeldsordningsloven.

¹³¹⁷ Se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 82 ff.

¹³¹⁸ Se ovan under kapitel 9.

¹³¹⁹ Jfr exempelvis avsnitten 12.6.2, 14.5.2 och 14.5.3.

¹³²⁰ Se ovan under avsnitt 15.4. Jfr ovan under avsnitt 12.4.

cip ska behandlas på samma sätt vid skuldsanering som vid konkurs och företagsrekonstruktion.”¹³²¹ Borgenärerna bör alltså behandlas på ett liknande sätt oavsett vilket insolvensförfarande det är fråga om.

Vad gäller skuldsanering och dess materiella likhet med andra uppkomstfrågor, påpekades det ovan, att i förarbetena till 1994 års skuldsaneringslag jämfördes uppkomstfrågan i skuldsanering med motsvarande fråga i 5 kap 1 § konkurslagen.¹³²² Det är inte särskilt märkligt med tanke på att det framgår av skuldsaneringslagarnas ordalydelse att en fordran omfattas av en skuldsanering även om den är villkorad vid den kritiska tidpunkten. I så måtto liknar regeln 5 kap 1 § konkurslagen. Här kan inskjutas att i studien av frågan om konkursfordrans uppkomst framkom att en förpliktelseprincip gäller – en konkursfordran har uppkommit före den kritiska tidpunkten om gäldenären har förpliktat sig.¹³²³

Ses skuldsaneringen från *borgenärernas* perspektiv, och om borgenärernas inbördes ställning betonas, finns dock andra uppkomstfrågor inom insolvensrätten, som liknar den i detta kapitel undersökta frågan i större utsträckning. I en konkurs önskar förstås borgenärerna att deras fordringar ska ingå i densamma – i vart fall om resultatet annars blir att fordran har uppkommit efter konkursutbrottet med konkursgäldenären som motpart. Fordran är i sådana fall en gäldenärsfordran, och en gäldenärsfordran blir vanligen inte ersatt om gäldenären är en juridisk person.¹³²⁴

Det kan jämföras med ett offentligt ackord (inom ramen för en företagsrekonstruktion). Beträffande ett sådant ackord önskar borgenärerna att deras fordringar har uppkommit efter den kritiska tidpunkten.¹³²⁵ Då omfattas inte deras fordringar av ackordet utan kvarstår oavkortade. Utifrån borgenärernas perspektiv gäller samma ordning i en skuldsanering,

¹³²¹ NJA 2016 s 73, HD:s domskäl st 17. Här kan också noteras att argumentet mer liknar ett riktmärke för en funktionalistisk bedömning, om tonvikten i stället läggs på att borgenärerna inte ska behandlas olika i de olika förfarandena, eftersom då kan val av förfarande styras av ovidkommande hänsyn. Jfr ovan under avsnitt 15.6, om hur vissa argument kan tjäna som både system- och funktionsargument beroende på vad som fästs avseende vid.

¹³²² Se ovan vid och i not 1300. Denna sorts jämförelse vidtas även i dansk rätt, se ovan under avsnitt 12.2.

¹³²³ Se ovan under avsnitt 12.7.

¹³²⁴ Se ovan under avsnitt 12.1.

¹³²⁵ Se till det följande under kapitel 16 ovan, om offentligt ackord och fordrans uppkomst. Se särskilt avsnitt 16.4, om hur bl a Arnesdotter och Håstad på motsvarande sätt jämförde frågan om ackordsfordrans uppkomst med frågan om huruvida en konkurs- eller en massafordran uppkommit, snarare än om en konkurs- eller gäldenärsfordran uppkommit, samt om hur borgenärens perspektiv har lyfts fram i dansk rätt i frågan om ackordsfordrans uppkomst.

som har påpekats av Nordtveit.¹³²⁶ Uppkommer fordran före den kritiska tidpunkten omfattas den av saneringen, medan om den uppkommer efter samma tidpunkt omfattas den inte. Ifall borgenärens perspektiv tas och en jämförelse görs med konkurs liknar frågan om huruvida en fordran omfattas av en skuldsanering mer frågan om huruvida en fordran är en konkurs- eller en massafordran. Om fordran uppkommer efter konkursutbrottet med konkursboet som motpart får borgenären också en bättre position. Konkursboet svarar då för fordran, som ska betalas innan utdelning sker i konkursen. Det följer av 11 kap 1 § konkurslagen.¹³²⁷

Här bör även 31 § 1 st 4 mom skuldsaneringslagen och 33 § 1 st 5 mom lagen om F-skuldsanering beaktas. Av dessa bestämmelser framgår att en fordran som inte är förfallen till betalning och som är beroende av att borgenären tillhandahåller en motprestation inte omfattas av skuldsaneringen. Regeln liknar den förfogandeprincip som gäller i frågan om ackordsfordrans och massafordrans uppkomst. Principen kommer bland annat till uttryck i 63 § köplagen och innebär där att om konkursboet säljer varan eller på annat sätt förfogar över den (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad) efter konkursutbrottet och gäldenärens medkontrahent hade en rätt att innehålla sin prestation vid den kritiska tidpunkten ska boet anses ha inträtt i avtalet. På motsvarande sätt blir en fordran ackordsfri om rekonstruktionsgäldenärens medkontrahent hade en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten och rekonstruktionsgäldenären tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen efter denna kritiska tidpunkt. Stöd för förfogandeprincipen, såvitt gäller ackord, finns i bland annat NJA 2014 s 537, HFD 2016 ref 62 och AD 2019 nr 22.¹³²⁸

Det finns dock nyansskillnader mellan de nämnda undantagsbestämmelserna i skuldsaneringslagarna och förfogandeprincipen. I förarbetena till skuldsaneringslagarna framgår uttryckligen att hyresfordringar av olika slag omfattas av undantagsbestämmelserna i skuldsaneringslagarna. Som exempel nämns hyra (leasing) av bilar och av andra lösa saker, samt hyra av bostad.¹³²⁹ Bestämmelserna har på så vis ett vidare tillämpningsområde än vad förfogandeprincipen har.¹³³⁰ Förfogandeprincipen gäller

¹³²⁶ Se ovan under avsnitt 17.3.

¹³²⁷ Se ovan under kapitel 15, om massafordrans uppkomst och (den eventuella) gränsen mot konkursfordrans uppkomst.

¹³²⁸ Se ovan under avsnitten 15.6, 15.7.2, 15.8, 16.5.2 och 16.6, om förfogandeprincipen.

¹³²⁹ Se prop 1993/94:123 s 134 f.

¹³³⁰ I och med att reglerna endast gäller för de fordringar som inte har förfallit till betalning vid den kritiska tidpunkten har reglerna också ett mindre vidsträckt tillämpningsområde. Av förarbetena framgår även att om en medkontrahent till skuldsaneringsgäldenären har

inte i de fall då gäldenärens medkontrahent hade en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid den kritiska tidpunkten och rekonstruktionsgäldenären eller konkursboet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över varan efter den kritiska tidpunkten.¹³³¹ Medkontrahenten måste i sådana fall häva avtalet, för att skydda sin position. Det räcker inte med att gäldenären eller boet förfogar över prestationen, vilket exempelvis framgår av NJA 2005 s 510.¹³³²

En annan skillnad finns också mellan den relevanta regeln i skuldsaneringslagarna och förfogandeprincipen. Enligt principen krävs att rekonstruktionsgäldenären eller konkursboet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen efter den kritiska tidpunkten. Rekonstruktionsgäldenären kan alltså avstå från att göra fordran ackordsfri och konkursboet kan undvika att bli ansvarigt, genom att inte förfoga över varan. Den ordningen gäller inte i skuldsaneringslagarna, eftersom det där är tillräckligt att fordran inte är förfallen och att gäldenärens medkontrahent tillhandahåller en prestation efter den kritiska tidpunkten.

Sammantaget kan dock konstateras att utifrån borgenärens perspektiv har följderna av att en fordran uppkommer före eller efter ett skuldsaneringsförfarande påtagliga likheter med vad som i motsvarande fall gäller vid offentligt ackord och vid bedömningen av konkursboets ansvar. Regeln i 31 § 1 st 4 mom skuldsaneringslagen och 33 § 1 st 5 mom lagen om F-skuldsanering påvisar också stora likheter med förfogandeprincipen. Mot bakgrund av Högsta domstolens uttalande i NJA 2016 s 73, om att borgenärernas inbördes ställning inte bör påverkas av vilket förfarande det rör sig om, bör också frågan om fordrans uppkomst behandlas på samma sätt i skuldsanering, rekonstruktion och konkurs, eftersom den frågan styr vilka borgenärer som omfattas av förfarandena.

Enligt Högsta domstolens praxis gäller förfogandeprincipen emellertid endast om medkontrahentens fordran var säkrad med en innehållanderätt. En sådan rätt aktualiseras bara i vissa ömsesidigt förpliktande avtal. Beträffande andra fordringstyper finns i stället gott systematiskt stöd för att förpliktelseprincipen gäller. Det är också det som gäller i till exempel

en sakrättsligt skyddad återtaganderätt, exempelvis i form av ett äganderättsförbehåll, och inte nyttjat denna, ska fordran enligt avtalet sättas ned i enlighet med skuldsaneringen, trots att en sakrättsligt skyddad återtaganderätt finns, se prop 1993/94:123 s 130 f. Det sägs dock att situationen är mer teoretisk än praktisk, eftersom denna situation endast kan uppkomma om borgenären inte har gjort gällande sin återtaganderätt senast vid skuldsaneringen, se a prop s 132.

¹³³¹ Se ovan under avsnitten 15.8 och 16.6, om förfogandeprincipen, för de fall då medkontrahenten har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt.

¹³³² Se ovan under avsnitten 15.8 och 16.6.

frågan om huruvida en fordran vid offentligt ackord har uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten.¹³³³

17.5 Skuldsaneringsfordrans uppkomst – den funktionalistiska bedömningen

I den funktionalistiska bedömningen omformuleras frågan om fordrans uppkomst till om rättsföljden i regeln ska inträda, vilket här blir om fordran ska omfattas av skuldsaneringen och sättas ned i enlighet med densamma. Av 47 § skuldsaneringslagen och 49 § lagen om F-skuldsanering framgår nämligen att genom en skuldsanering befrias gäldenären från ansvar för betalningen av de skulder som omfattas av skuldsaneringen i den utsträckning som dessa sätts ned.¹³³⁴

I vanlig ordning behövs riktmärken för konsekvensbedömningen. Utgångspunkt kan tas i förarbetena. Där påtalas att skuldsanering syftar till att rehabilitera gäldenärens ekonomi, så att gäldenären kan få en ny chans till ett drägligare och mer samhällsnyttigt liv.¹³³⁵ Det är även något som Högsta domstolen har påtalat i NJA 2005 s 303 och NJA 2014 s 621.¹³³⁶ På så vis skiljer sig skuldsanering från konkurs, i och med att det är

¹³³³ Se ovan under avsnitt 16.6.

¹³³⁴ Se ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

¹³³⁵ Se SOU 1990:74 s 202 f; prop 1993/94:123 s 73; SOU 2004:81 s 56; prop 2005/06:124 s 51 ff och s 58; SOU 2013:72 s 84; prop 2015/16:125 s 1, s 47 och s 48 ff. I förarbetena till lagen om F-skuldsanering kompletteras detta syfte med syftet att minska riskerna med företagande och ge fler företagare en möjlighet till en andra chans, se prop 2015/16:125 s 50 f. Skillnaden ligger som synes i vilket objekt som ska rehabiliteras och inte i vad förfarandet syftar till som sådant. Se även NJA 2016 s 73, där det rehabiliterande syftet också påtalades av HD.

¹³³⁶ Frågan i NJA 2005 s 303 var om betalningstiden skulle förlängas. Se även Mellqvist, Rättsfallsöversikt s 999 och s 1005; Mellqvist, Rubbad balans s 134 ff, särskilt s 139 ff, den senare om hur balansen mellan det rehabiliterande syftet och borgenärernas intresse av att få betalt rubbades genom rättsfallet, då HD valde att inte förlänga betalningstiden eller vidta en retroaktiv höjning. Numera framgår tydligare i skuldsaneringslagarna att betalningsperioden kan ändras, se 48 § skuldsaneringslagen och 50 § lagen om F-skuldsanering. Se även prop 2005/06:124 s 59 f. I NJA 2014 s 621 var fråga om huruvida en annan hushållsmedlems ekonomiska förhållanden skulle ha betydelse för om gäldenären skulle beviljas skuldsanering. HD fann att det endast hade betydelse om gäldenären därigenom fick en sådan levnadsstandard vilken skulle medföra att det skulle framstå som stötande att bevilja skuldsanering. Mellqvist har uttalat att HD normaliserade skuldsanering i fallet och förde skuldsaneringsinstitutet i en mer gäldenärsvänlig riktning, se Mellqvist, Högsta domstolen "normaliserar" skuldsanering s 35 ff, särskilt s 41 f.

gäldenärens intresse som främst betonas i stället för borgenärernas.¹³³⁷ Skuldsanering liknar i så måtto företagsrekonstruktion. I förarbetena till lagen om företagsrekonstruktion framhålls nämligen, att syftet med den lagen är att skapa rättsliga förutsättningar för att rekonstruera livsdugliga företag, utan att de ska behöva försättas i konkurs.¹³³⁸ I bedömningen av vilka fordringar som omfattas av ett offentligt ackord har Högsta domstolen likväl lagt tonvikten på likabehandlingsprincipen.¹³³⁹

Att borgenärerna ska behandlas lika gäller även i skuldsaneringslagarna. Av 37 § skuldsaneringslagen och 39 § lagen om F-skuldsanering framgår att alla fordringar som omfattas av en skuldsanering har lika rätt. Även i förarbetena lyfts likabehandlingsprincipen fram, då frågan om vilka fordringar som omfattas av förfarandena behandlas.¹³⁴⁰

I frågan om vilka riktmärken som är lämpliga bör även den mer preciserade betydelsen av likabehandlingsprincipen, som Högsta domstolen har använt, uppmärksammas. I NJA 2014 s 537 prövades om vissa fordringar skulle omfattas av ett ackord. Domstolen uttalade att likabehandlingsprincipen innebär att borgenärerna ska drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga utifrån sin fordringsrisk. Det är alltså inte någon strikt likabehandling av borgenärerna som ska ske. Denna sorts likabehandling kan också sägas ha stöd i skuldsaneringslagarna, eftersom fordringar som är förenad med vissa säkerhetsrätter undantas från förfarandena. Av 31 § skuldsaneringslagen och 33 § lagen om F-skuldsanering framgår bland annat att en fordran, för vilken borgenären har panträtt eller retentionsrätt, inte omfattas av förfarandet. Det gäller i den mån säkerheten räcker till för betalning av fordran.¹³⁴¹ Samtliga fordringar behandlas alltså inte lika i förfarandena. Den mer preciserade betydelsen av likabehandlingsprincipen och skuldsaneringens rehabiliterande syfte bör därför kunna användas som riktmärke i den funktionalistiska bedömningen.

Likabehandlingsprincipen preciseras ytterligare av frysningsprincipen, såtillvida att frysningsprincipen tillhandahåller en tidpunkt från vilken likabehandlingsbedömningen ska utgå. Enligt frysningsprincipen ska bedömningen utgå från den kritiska tidpunkten.¹³⁴²

Då till konsekvensbedömningen. Som utvecklades ovan, då frågan om vilka fordringar som får göras gällande i en konkurs behandlades, bör

¹³³⁷ Se ovan under avsnitt 11.2, om likabehandlingsprincipen och sambandet med att konkurs är en generalexécution.

¹³³⁸ Se prop 1995/96:5 s 53 ff.

¹³³⁹ Se ovan under avsnitt 16.5.2.2, om NJA 2014 s 537.

¹³⁴⁰ Se prop 1993/94:123 s 115 f.

¹³⁴¹ Av NJA 2016 s 73 framgår att panträtt inte inkluderar tredjemanspant i de refererade bestämmelserna. Se även prop 2015/16:125 s 134.

¹³⁴² Se ovan under avsnitt 11.2.

endast de borgenärer som har fordringar vid den kritiska tidpunkten omfattas av en konkurs.¹³⁴³ I annat fall kan inte någon likabehandling av *borgenärerna* ske. Motsvarande argument kan göras gällande här. Endast de som är borgenärer dagen innan inledandebeslutet till en skuldsanering meddelas bör omfattas av saneringen. Och som påpekades i frågan om konkursfordrans uppkomst måste borgenären ha en fordran för att vara just borgenär. En fordran svarar i sin tur mot en förpliktelse, vilket innebär att vid den kritiska tidpunkten måste gäldenären ha förpliktat sig gentemot borgenären, för att en fordran ska ha uppkommit. Det är dessa borgenärer som ska likabehandlas.

I studien av frågan om konkursfordrans uppkomst undersöktes om borgenären också skulle ha förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en fordran skulle ha uppkommit. Frågan aktualiseras i ömsesidigt förpliktande rättsförhållanden. Den blir särskilt intressant om avtalsslutet är tidsmässigt utdraget och en kritisk tidpunkt inträffar medan till exempel acceptfristen löper. Det är dock inte en särskilt stor fråga i skuldsanerings sammanhang. Skulle skuldsaneringsgäldenären till exempel ha avsänt ett anbud före den kritiska tidpunkten finns det antagligen inget intresse från borgenärens sida att acceptera anbudet. Principiellt sett borde ändå samma bedömning som i avsnittet om konkursfordrans uppkomst kunna göras även här. Där påvisades att borgenären inte likabehandlas med andra borgenärer om borgenären tvingas avstå från ett anbud. Konsekvensbedömningen i frågan om konkursfordrans uppkomst bör alltså i princip vara giltig i den fråga som undersöks här också. Bedömningen renderade i en förpliktelseprincip. Som framgår redan av principens benämning innebär förpliktelseprincipen att gäldenären måste ha förpliktat sig före den kritiska tidpunkten, för att en fordran ska ha uppkommit då.¹³⁴⁴

I skuldsaneringslagarna tillkommer syftet att förfarandena ska rehabilitera gäldenärens ekonomi. Ska det rehabiliterande syftet få genomslag bör så många fordringar som möjligt omfattas av skuldsaneringen. Det skulle inte vara förenligt med syftet om en mängd villkorade fordringar kvarstod efter förfarandet. Detta syfte talar också för en tidig uppkomst-tidpunkt, vilket blir följden med en förpliktelseprincip.¹³⁴⁵

Frågan kan då ställas om förpliktelseprincipen ensamt ska få avgöra frågan om skuldsaneringsfordrans uppkomst (enligt en funktionalistisk bedömning). I den frågan bör den preciserade betydelsen av likabehand-

¹³⁴³ Se till det följande ovan under avsnitt 12.5.

¹³⁴⁴ Se vidare ovan under avsnitt 12.7, om förpliktelseprincipen.

¹³⁴⁵ Jfr Hellners & Mellqvist, Skuldsaneringslagen s 130, som påtalar att likabehandlingsprincipen samt skuldsaneringslagens rehabiliterande syfte talar för att även villkorade fordringar (det vill säga inte bara fullgångna fordringar) omfattas av förfarandet.

lingsprincipen beaktas – det vill säga att var och en av borgenärerna ska drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga i förhållande till sin fordringsrisk. Det bör innebära att endast de borgenärer vars anspråk var beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten omfattas av en skuldsanering. Borgenärer som har innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten bör alltså inte omfattas av förfarandet.¹³⁴⁶ Det gäller i den utsträckning den nämnda rätten skyddar borgenärernas anspråk. Ordningen är förenlig med grunderna för den förfogandeprincip som har refererats till och undersökts ovan i frågan om hur ett konkursbo blir ansvarigt och i frågan om ackordsfordrans uppkomst.¹³⁴⁷

Vad gäller förfogandeprincipen och dess tillämplighet i frågan om skuldsaneringsfordrans uppkomst bör dock 31 § skuldsaneringslagen och 33 § lagen om F-skuldsanering beaktas. Enligt de bestämmelserna undantas nämligen, som redan har nämnts, fordringar som inte är förfallna till betalning och som är beroende av att borgenären tillhandahåller en motprestation. Ska förfogandeprincipen ges fullt genomslag bör emellertid några ytterligare fordringar undantas från skuldsaneringen.

Ett exempel får illustrera detta: Anta att skuldsaneringsgäldenären har ingått ett avtal om köp av en vara och att det i avtalet har föreskrivits att gäldenären ska betala i förskott. Anta också att säljarens fordran förfaller till betalning innan det beslutas om att en skuldsanering ska inledas beträffande gäldenären, samt att säljaren har en rätt att innehålla sin prestation. Tack vare sin innehållanderätt är säljaren inte beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten. Om borgenären utger varan efter den kritiska tidpunkten och gäldenären tillgodogör sig varan eller på annat sätt förfogar över den är inte de särskilda undantagen i skuldsaneringslagarna tillämpliga, eftersom fordran förföll till betalning före den kritiska tidpunkten. Men den mer preciserade betydelsen av likabehandlingsprincipen bör ändå medföra att borgenärens fordran inte omfattas av förfarandet, eftersom borgenären inte var beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid den kritiska tidpunkten. Förpliktelseprincipen bör därför kompletteras med förfogandeprincipen även i frågan om vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering.

¹³⁴⁶ Ovan under avsnitt 16.6 påtalades att en borgenär som har en sakrättsligt skyddad återtagerätt är beroende av gäldenärens betalningsförmåga fram tills att hävning sker.

¹³⁴⁷ Se ovan under avsnitten 15.6, 15.7.2, 15.8, 16.4, 16.5.2.2 och 16.6, om förfogandeprincipen.

17.6 Skuldsaneringsfordrans uppkomst – syntes

Vid det här laget är det väl bekant för läsaren att syntesen innebär att ett omdöme ska ges om hur rättskällorna ska tolkas och systematiseras i frågan om fordrans uppkomst.¹³⁴⁸ Omdömet avser här frågan om vad som krävs för att en fordran uppkommer såvitt avser skuldsanering. Utgångspunkten är att endast de fordringar som har uppkommit före den dag då inledandebeslutet meddelades omfattas av en skuldsanering. Det framgår av 30 § skuldsaneringslagen och 32 § lagen om F-skuldsanering. Indirekt framgår också av 32 § skuldsaneringslagen och 34 § lagen om F-skuldsanering att villkorade fordringar och icke-förfallna fordringar omfattas av förfarandena.¹³⁴⁹ I förarbetena konkretiseras detta gällande en rad fordringstyper. Konkretionerna i förarbetena upprepas också i doktrinen. Det påpekas att en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen.¹³⁵⁰ Det framhålls också att en borgensmans regressfordran uppkommer genom borgensåtagandet.¹³⁵¹

¹³⁴⁸ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

¹³⁴⁹ Se även ovan vid och i not 1300.

¹³⁵⁰ Se SOU 1990:74 s 286; prop 1993/94:123 s 138. Se även Hellners & Mellqvist, Skuldsaneringslagen s 119; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 336; Henrikson, A-S & Ingvarsson, T, Överskuld sättning och skuldrådgivning i socialtjänsten s 151; Benndorf & Morgell, Skuldsaneringslagen 30 § (Lexino, 2020-07-01). Det är även vad som gäller i uppkomstfrågan beträffande gäldssanering i dansk rätt, se de Neergard, Hvilke fordringer omfattes af en gældssanering? s 13 f; Ørgaard, A & Lindencrone Petersen, Konkursloven s 434 och s 967; Kuld Hansen & Lindencrone Petersen, Gældssanering s 243.

¹³⁵¹ Se prop 1993/94:123 s 133 f och s 137; prop 2015/16:125 s 141 f. Se även Hellners & Mellqvist, Skuldsaneringslagen s 234 ff. Av 47 § 3 st skuldsaneringslagen och 49 § 3 st lagen om F-skuldsanering följer att skuldsaneringen inte inverkar på den rätt en borgenär har mot en borgensman eller någon annan som förutom gäldenären svarar för skulden. Har någon gått i borgen för gäldenärens skuld före den kritiska tidpunkten påverkas alltså inte den borgensmannens ansvar av att gäldenärens förpliktelse mot borgenären omfattas av en skuldsanering. Borgensmannens ansvar minskas om borgenären erhåller ersättning enligt skuldsaneringen. Det följer av att borgensansvaret är accessoriskt till huvudförbindelsen, men i övrigt svarar borgensmannen fullt ut. Däremot kommer borgensmannens regressrätt att omfattas av saneringen. Det får till följd att om borgensmannen tvingas infria borgensåtagandet under saneringen inträder borgensmannen i borgenärens rätt till betalning enligt betalningsplanen. Har borgensmannen varit tvungen att infria borgensåtagandet före saneringen behandlas borgensmannens fordran som vilken fordran som helst i förfarandet, medan om borgensåtagandet infrias efter det att betalningsplanen har löpt ut kan borgensmannen inte göra gällande sitt regressanspråk till någon del. Huvudförbindelsen har i sådana fall ersatts till viss del enligt betalningsplanen (om ersättning ges enligt densamma, se Mellqvist, 20 år med skuldsanering s 54, som påtalar att s k nollbeslut är relativt vanligt), se prop 1993/94:123 s 137 f; Hellners & Mellqvist, Skuldsaneringslagen s 234 ff. Se även Walin & Ingvarsson, T, Borgen och tredjemanspant s 256, där det uttrycks att regressrätten mot huvudgäldenären reduceras på samma sätt som borgenärens fordran. Jfr dock Henrikson, A-S & Ingvarsson, T, Överskuld sättning och

Dessa uppkomsttidpunkter harmonierar med vad som följer av förpliktelseprincipen, vilken det ovan har gjorts gällande systemargument för beträffande icke-avtalsgrundade fordringar.¹³⁵² Ytterligare systemargument kan anföras för förpliktelseprincipen i dessa fall. Såsom har påtalats flera gånger tidigare finns ett samband gällande uppkomsttidpunkten för de fordringar som inte har sin grund i en rättshandling inom insolvensrätten; dessa fordringars uppkomsttidpunkt påverkas inte av vilken bestämmelse som tillämpas i den insolvensrättsliga kontexten.¹³⁵³ En funktionalistisk bedömning talar också för att förpliktelseprincipen gäller för dessa typer av fordringar.¹³⁵⁴ Förpliktelseprincipen innebär att en fordran har uppkommit om gäldenären har förpliktat sig före den kritiska tidpunkten. Den kan även tillämpas på andra fordringstyper än de som behandlades i förarbetena, såsom att fordran på ett återkrav avseende en misstagsbetalning uppkommer redan genom betalningen.¹³⁵⁵

Undantag måste dock göras från förpliktelseprincipen i vissa fall. Redan av förarbetena framgår det att sådana statliga studielån som ännu inte har förfallit till betalning vid den kritiska tidpunkten i regel inte omfattas av saneringen.¹³⁵⁶ Det är en ordning som Högsta domstolen har bekräftat i NJA 1997 s 717.¹³⁵⁷ Det finns även andra undantag. I 31 § skuldsaneringslagen och 33 § lagen om F-skuldsanering föreskrivs att en fordran som inte är förfallen till betalning och som är beroende av att borgenären tillhandahåller en motprestation inte omfattas av saneringen. Regeln innebär bland annat att sådana fordringar enligt hyresavtal avseende lösa saker och bostad vilka förfaller först efter den kritiska tidpunkten inte omfattas av skuldsaneringen.¹³⁵⁸

Regeln överlappar till stor del med den förfogandeprincip som gäller för offentligt ackord och massafordrans uppkomst.¹³⁵⁹ Principen innebär

skuldrådgivning i socialtjänsten s 154: "Både en borgensman och en tredjemanspantsättare får normalt en regressrätt mot gäldenären om säkerheten tas i anspråk. För att inte effekten av skuldsaneringen ska försvinna, har en borgensman som infriat sitt åtagande mot borgenären inte någon regressrätt mot en gäldenär som beviljats skuldsanering för den säkerställda skulden." Se även på samma tema Ingvarsson, T, Den som går i borgen går i sorgen s 1123 ff.

¹³⁵² Se ovan under avsnitt 17.4.

¹³⁵³ Se exempelvis ovan under avsnitten 12.7, 13.6, 14.6 och 16.6.

¹³⁵⁴ Se ovan under avsnitt 17.5.

¹³⁵⁵ Se vidare ovan under avsnitt 12.7, om förpliktelseprincipens betydelse i olika typfall.

¹³⁵⁶ Se prop 1993/94:123 s 119 ff.

¹³⁵⁷ Se även Mellqvist, Praxis i skuldsaneringsärenden s 145 ff.

¹³⁵⁸ Här kan även jämföras med vad som anses gälla beträffande varaktiga avtal enligt allmänna principer i dansk rätt, se ovan i not 1312.

¹³⁵⁹ Se till det följande ovan under avsnitt 17.5, om förfogandeprincipen med vidare hänvisningar.

bland annat att om en rekonstruktionsgäldenär tillgodosgör sig eller på annat sätt förfogar över en prestation (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad) efter den kritiska tidpunkten (en prestation som medkontrahenten hade en rätt att innehålla vid den kritiska tidpunkten) omfattas fordran inte av ackordet.¹³⁶⁰ Systemargument kan göras gällande för att förfogandepincipen gäller i frågan om vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering. Ses skuldsaneringen utifrån borgenärens perspektiv liknar den nämligen frågan om huruvida en fordran ska omfattas av ett ackord eller inte. Det beror på att även i det förfarandet sätts borgenärens fordran ned, om den har uppkommit före den kritiska tidpunkten. Har fordran i stället uppkommit efter den kritiska tidpunkten omfattas den inte av ett sådant förfarande. Som sagt har Högsta domstolen i NJA 2016 s 73 också betonat att borgenärernas inbördes ställning inte bör påverkas av vilket slags insolvensförfarande det rör sig om. Fordringarna bör därmed behandlas på samma sätt i de olika förfarandena. Därför bör frågan om vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering behandlas på samma sätt som frågan om vilka fordringar som ingår i ett offentligt ackord.

Även likabehandlingsprincipen talar för att förfogandepincipen ska gälla här. Enligt likabehandlingsprincipen ska borgenärerna drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga om de var beroende av den vid den kritiska tidpunkten. I NJA 2014 s 537 uttalade Högsta domstolen att den ordningen ska gälla i frågan om vilka fordringar som ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion. Det är också en ordning som Högsta förvaltningsdomstolen och Arbetsdomstolen har befäst i HFD 2016 ref 62 respektive AD 2019 nr 22. Har en borgenär innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten är borgenären inte beroende av gäldenärens betalningsförmåga och bör därför inte heller omfattas av skuldsaneringen. På så vis finns stöd för slutsatsen även i en funktionalistisk bedömning.

Mot att förfogandepincipen ska gälla här talar att i RH 2010:25 bedömdes en fordran uppkomma genom ett avtal. I fallet handlade det dock om ett förlikningsavtal, som hade ingåtts efter den kritiska tidpunkten. Hovrätten uttalade att domstolen anslöt sig till den i doktrinen hävdade ståndpunkten att en förlikning i normala fall konsumerar det före

¹³⁶⁰ Förfogandepincipen har även sagts gälla då gäldenärens medkontrahent hade en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid den kritiska tidpunkten, se ovan under avsnitt 15.6. För de fallen har dock principen inte fått något genomslag i HD:s rättspraxis. I stället har HD avfärdat förfogandepincipen i sådana fall, se NJA 1999 s 617 och NJA 2005 s 510, se även ovan under avsnitt 15.8. I förarbetena till 1994 års skuldsaneringslag framgår också att om ett anspråk skyddas av exempelvis ett återtagandeförbehåll kan anspråket likväl omfattas av saneringen, se prop 1993/94:123 s 130 ff. Inte heller vid skuldsanering kan förfogandepincipen sägas gälla för sakrättsligt skyddade återtaganderätter.

förlikningen aktuella rättsläget. I den saneringsrättsliga doktrinen har det också menats att en fordran i princip uppkommer genom avtalet,¹³⁶¹ eller uppkommer genom avtalet.¹³⁶² Om förpliktelseprincipen kombineras med förfogandeprincipen uppkommer en fordran i princip också genom avtalet.

Förpliktelseprincipen bör alltså kompletteras med förfogandeprincipen i frågan om vilka fordringar som omfattas av en skuldsanering.¹³⁶³ Det är de allmänna principer som frågan om fordrans uppkomst bör avgöras med.¹³⁶⁴ Det får till följd att en fordran uppkommer då gäldenären förpliktar sig till avtalet, men om gäldenärens medkontrahent har en innehållanderätt vid den kritiska tidpunkten omfattas inte fordran av saneringen om gäldenären tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen efter den kritiska tidpunkten. Avsteg kan dock behöva göras från dessa riktlinjer. Som tidigare påpekades lägger en princip ut en riktlinje för bedömningen.¹³⁶⁵ Det kan sägas att principen inte innehåller fasta rekvisit som alltid innebär att en rättsföljd ska inträda om rekvisiten är för handen. Här har en rad hänsyn och faktorer framförts som behöver beaktas i bedömningen av fordrans uppkomst såvitt avser skuldsanering. Vad som utgör principernas (exakta) betydelse får anstå deras tillämpning i de enskilda fallen.

¹³⁶¹ Henrikson, A-S & Ingvarsson, T, Överskuld sättning och skuldrådgivning i socialtjänsten s 154; Benndorf & Morgell, Skuldsaneringslagen 30 § (Lexino, 2020-07-01). Se även Drews Jensen, Gældssanering s 115; Ørgaard, A & Lindencrone Petersen, Konkursloven s 433 och s 967; Kuld Hansen & Lindencrone Petersen, Gældssanering s 243, om dansk rätt där fordringar med grund i avtal anses uppkomma genom avtalet. Se dock om varaktiga avtal ovan i not 1312.

¹³⁶² Hellners & Mellqvist, Skuldsaneringslagen s 119.

¹³⁶³ Se ovan under avsnitten 15.8 och 16.6 om varför förfogandeprincipen och förpliktelseprincipen används i stället för principen om den väsentliga grunden.

¹³⁶⁴ Jfr prop 1993/94:123 s 117.

¹³⁶⁵ Se ovan under avsnitt 12.7.

18 Skuldens tillkomst såvitt avser 4 kap 12 § KL m m

18.1 Inledande anmärkningar

Frågan om fordrans uppkomst är inte bara avgörande för om borgenären ska kunna få sin fordran ersatt i konkursen. Frågan är också avgörande för om konkursboet ska kunna återvinna vissa rättshandlingar som har vidtagits före konkursen. Närmare bestämt måste rättshandlingarna ha vidtagits före den kritiska tidpunkten, vilken här utgörs av fristdagen. Som huvudregel utgörs fristdagen av dagen då ansökan om gäldenärens försättande i konkurs kom in till tingsrätten. Det framgår av 4 kap 2 § konkurslagen.¹³⁶⁶

Frågan om vad som krävs för att en fordran ska uppkomma aktualiseras i tillämpningen av flera återvinningsregler. Däribland bestämmelserna om återvinning av säkerhet och betalning, vilka ska behandlas i den angivna ordningen (i detta och nästa kapitel). Frågan om fordrans uppkomst ingår också som en delfråga i bedömningen av om en sådan kvittning som har skett före konkursen kan återvinnas. I 4 kap 10 § 2 st konkurslagen föreskrivs nämligen att vad som sägs om återvinning av be-

¹³⁶⁶ Undantag från huvudregeln görs i 4 kap 2 § 2 st konkurslagen. Där föreskrivs bl a att fristdagen i stället ska vara dagen för ansökan om företagsrekonstruktion, ifall konkursansökan inkom under en företagsrekonstruktion eller inom tre veckor från det att rätten beslutade att en företagsrekonstruktion skulle upphöra. Syftet med denna regel har sagts vara att ett försök att rekonstruera företag inte ska inverka negativt på vilka rättshandlingar som kan återvinnas (om rekonstruktionen misslyckas), se Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 63 f. Emellanåt inkommer flera ansökningar om gäldenärens försättande i konkurs till tingsrätten. Om flera sådana ansökningar är anhängiga samtidigt, och rätten bifaller en senare ansökan än den första, ska ändå fristdagen räknas från den första ansökan enligt 2 kap 21 § konkurslagen, se vidare NJA 2019 s 826, om innebörden av att flera ansökningar är anhängiga samtidigt. I beräkningen av återvinningsfristen bör också uppmärksammas att fristen i praktiken kan komma att förlängas i vissa fall. I NJA 1974 s 173 konstaterade HD nämligen att lagen om beräkning av lagstadgad tid är tillämplig på beräkningen av återvinningsfristen, se vidare Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 66 ff. Se även Lennander, Återvinning i konkurs s 78.

talning också ska tillämpas när kvittning har skett. Det gäller om borgenären enligt 5 kap 15 och 16 §§ samma lag inte har varit berättigad att kvitta i konkursen. För att återvinning enligt 4 kap 10 § 2 st ska kunna ske måste alltså tillämpligheten av bestämmelserna om kvittning i konkurs avgöras.¹³⁶⁷ Uppkomstfrågorna avseende kvittning i konkurs har redan behandlats ovan, och här är det därför tillräckligt att hänvisa dit.¹³⁶⁸

Vad som krävs för att en fordran ska uppkomma har även betydelse för nackdelsbedömningen (i återvinning i konkurs). Strängt taget faller frågan om fordrans uppkomst såvitt avser nackdelsrekvisitet utanför den relevanta forskningsfrågan i avhandlingen. Några få rader ska ändå ägnas åt denna uppkomstfråga innan frågan om skuldens tillkomst beträffande 4 kap 12 § studeras närmare.

För att en rättshandling ska kunna återvinnas måste den medföra nackdel för åtminstone en borgenär.¹³⁶⁹ I 4 kap 5 § konkurslagen ges exempel på hur nackdel kan uppkomma, men kravet på nackdel gäller även för de andra återvinningsbestämmelserna.¹³⁷⁰ Vid en bedömning av nackdelsrekvisitet såvitt avser 4 kap 5 § är det tillräckligt att så kallad indirekt nackdel föreligger. Det betyder att rättshandlingen tillsammans med andra händelser ska innebära en nackdel – nackdelen måste på så vis inte ha uppstått omedelbart i samband med rättshandlingen.¹³⁷¹ Beträffande de objektiva återvinningsreglerna krävs i stället att så kallad direkt nackdel

¹³⁶⁷ Se även SOU 1970:75 s 152 f; prop 1975:6 s 225 f; Lennander, Återvinning i konkurs s 264 ff; Lindskog, Kvittning s 776 ff, särskilt s 790 ff; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 10 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 244 ff, som alla påpekar att en kvittning före konkursen inte är återvinningsbar om kvittningen hade kunnat utföras i konkursen.

¹³⁶⁸ Se ovan under kapitlen 13 och 14, om fordrans uppkomst såvitt avser kvittning i konkurs.

¹³⁶⁹ Se exempelvis SOU 1970:75 s 132 ff; prop 1975:6 s 100 och s 142; SOU 1983:60 s 35; prop 1986/87:90 s 123; Håstad, Sakrätt s 121 f; Lennander, Återvinning i konkurs s 92 ff; Renman, Något om det allmänna kravet på nackdel och om återvinningsrättens genomförande s 110 ff; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 107.

¹³⁷⁰ Se exempelvis Lennander, Återvinning i konkurs s 92 ff; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 75 ff. Jfr dock Möller, Om återvinning av hävning s 424 ff, som menar att det är möjligt att betrakta ”exemplen” i 4 kap 5 § konkurslagen som icke uttömmande exempel på rättshandlingar vilka typiskt sett medför nackdel eller, vilket Möller tycker är mer tilltalande med hänsyn till lagtextens utformning, tillämpa 4 kap 5 § analogt på fall som uppenbarligen uppfyller nackdelsrekvisitet men som inte överensstämmer med lagtextens lydelse.

¹³⁷¹ Se SOU 1970:75 s 132; prop 1975:6 s 99 och s 142; SOU 1983:60 s 81 f; prop 1986/87:90 s 123; Rodhe, Handbok i sakrätt s 271 f; Håstad, Sakrätt s 122 f; Lennander, Återvinning i konkurs s 95 och s 97 f; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 109; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 80 f.

föreligger, vilket innebär att rättshandlingen ska ha varit till nackdel för borgenärerna vid den tidpunkt som den företogs.¹³⁷² Om en rättshandling ska medföra nackdel för en *borgenär*, vid den tidpunkt då rättshandlingen företogs måste borgenären ha en fordran vid den tidpunkten. Det betyder att en fordran måste ha uppkommit för att någon ska vara borgenär.¹³⁷³ I kapitlet om konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst påvisades att (konkurs)gäldenären måste ha förpliktat sig, för att en konkursfordran ska ha uppkommit.¹³⁷⁴ Det är nämligen först då någon kan vara konkurs-borgenär. Bland annat har likabehandlingsprincipen angivits som stöd för denna ordning. På ett liknande sätt kan likabehandlingsprincipen användas som stöd för att en fordran såvitt avser nackdelsbedömningen ska anses ha uppkommit då (konkurs)gäldenären har förpliktat sig.¹³⁷⁵ I förarbetena till konkurslagen uttalas också:

”Huvudprincipen måste vara att den som vid tidpunkten för en rättshandling som är i fråga för återvinning har en fordran som får göras gällande

¹³⁷² Det är så nackdelsrekvisitet beskrivs i förarbetena, se SOU 1970:75 s 132 och s 134; prop 1975:6 s 100 och s 142; SOU 1983:60 s 35 och s 110; prop 1986/87:90 s 123. Se även Rodhe, Handbok i sakrätt s 267; Lennander, Återvinning i konkurs s 95; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 108. Inom doktrinen har det presenterats olika modeller för att avgöra om nackdel föreligger, jfr exempelvis Rodhe, Handbok i sakrätt s 267 ff; Walin, Materiell konkursrätt s 134 ff; Lennander, Återvinning i konkurs s 92 ff; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 76 ff, alla med vidare hänvisningar. En annan fråga är vilken rättshandling och vilket moment i en rättshandling som ska återvinnas, se exempelvis Walin, Materiell konkursrätt s 92 ff; Palmér & Savin, Konkurslagen nackdelsrekvisitet (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

¹³⁷³ Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s 125 f, som menar att villkorade fordringar får beaktas i nackdelsbedömningen. Här bör nämnas att det i SOU 1983:60 föreslogs en regel med innebörden att s k latent skulder skulle beaktas vid nackdelsbedömningen. Med sådana skulder avsågs skulder som inte hade uppkommit, trots att de förhållanden som fordran grundades på förelåg eller den verksamhet som grundade skulden hade ägt rum. Främst diskuterades skatteskulder i lagförslaget, men förslaget omfattade alla skulder, se a a s 80 ff och s 110. Förslaget föranledde inte någon lagändring. I förarbetena till den nu gällande konkurslagen påpekas att förslaget i SOU 1983:60 motsvarar vad som gäller för skulder i allmänhet, såvitt avser nackdelsbedömningen, se prop 1986/87:90 s 121 ff, särskilt s 123 f. Det kan också noteras att nackdelsbedömningen emellanåt verkar kunna omformuleras och inkludera andra borgenärer än de som fanns vid tidpunkten för rättshandlingen. I exempelvis NJA 1996 s 624 beaktade HD konkurskostnaderna i nackdelsbedömningen och i NJA 1987 s 320 uttalade HD att med kravet på nackdel utesluts endast fall vari rättshandlingen inte i något avseende har försämrat övriga borgenärs ställning, ens i den meningen att de utsätts för ökad risk för ekonomisk förlust. Det är dock en fråga som inte ska undersökas närmare här.

¹³⁷⁴ Se ovan under kapitel 12, särskilt avsnitt 12.7.

¹³⁷⁵ Jfr ovan under avsnitt 12.5.

i konkurs är att anse som borgenär redan vid den tidpunkten. En sådan fordran bör således komma i beaktande vid nackdelsprövningen.”¹³⁷⁶

Det finns sammantaget gott stöd för att frågan om vem som är borgenär vid bedömningen av om en nackdel föreligger svarar mot bedömningen av vem som kan göra gällande en fordran i en konkurs.¹³⁷⁷ Här kan därför hänvisas till vad som följer av undersökningen av den frågan ovan samt noteras att det i den undersökningen framkom att en förpliktelseprincip gäller i just frågan om konkursfordrans uppkomst.¹³⁷⁸

I förevarande kapitel ska alltså frågan om skuldens tillkomst, såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen, undersökas. Motsvarande fråga vid återvinning av betalning ska i stället studeras i nästkommande kapitel. Den omvända ordningen (jämfört med den i konkurslagen) motiveras med att det rättskällmaterial som uttryckligen är relevant i frågan om skuldens tillkomst beträffande 4 kap 12 § till betydande del har visats kunna användas i diskussionen av skuldens uppkomst avseende 4 kap 10 §.

Av 4 kap 12 § konkurslagen framgår bland annat att sådan säkerhet som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen och som inte var betingad vid *skuldens tillkomst* eller inte överlämnades utan dröjsmål efter *skuldens tillkomst* går åter, om inte säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt.¹³⁷⁹ I bestämmelsen används alltså skuldens tillkomst. I förarbetena nyttjas fordrans uppkomst synonymt med skuldens tillkomst.¹³⁸⁰ Någon skillnad mellan skuldens tillkomst och fordrans uppkomst kan därför inte ha varit avsedd, även om det naturligtvis föreligger en skillnad i perspektiv mellan skuld och fordran: Användandet av termen skuld innebär att gäldenärens perspektiv tas på fordringsförhållandet, medan termen fordran innebär att

¹³⁷⁶ Prop 1986/87:90 s 123.

¹³⁷⁷ Här bör nämnas att Lennander har satt i fråga om s k latent skulder, d v s sådana skulder som uppkommer först en tid efter det att (några av) de omständigheter som har givit upphov till dem har inträffat, kan beaktas vid nackdelsbedömningen enligt de objektiva återvinningsreglerna. Hon finner dock att det är tveksamt om sådana skulder kan beaktas i nackdelsbedömningen. Hon tar skattskyldighet som exempel på en sådan skuld. Skatteskulder kan uppkomma först vid beskattningsårets utgång, se Lennander, Återvinning i konkurs s 123 ff. Se även NJA 2003 s 37. I denna avhandling behandlas endast förmögenhetsrättsliga fordringar. För dessa uppstår inte denna problematik, enligt vad som visades ovan under kapitel 12. Lennander konstaterar också att hennes uttalande inte träffar sådana skulder som uppkommer redan innan de har blivit definitivt fastställda, såsom utomobligatoriska skadeståndsfördringar, se a a s 124 f. Här bör också noteras att Lennander är av ståndpunkten att villkorade fordringar får beaktas i frågan om huruvida en viss rättshandling har varit till nackdel, se a a s 125 f.

¹³⁷⁸ Se vidare ovan under kapitel 12.

¹³⁷⁹ Därutöver finns en förlängd återvinningsfrist för närstående i bestämmelsen.

¹³⁸⁰ Se prop 1975:6 s 232. Se även SOU 1970:75 s 155.

borgenärens perspektiv tas. I jämförelse med exempelvis konkursfordrans uppkomst är det naturligt att perspektivet skiftas bort från borgenärens i 4 kap 12 §, eftersom rättsföljden av återvinning är att egendom ska återbäras till konkursboet. Att det är fråga om denna rättsföljd framgår av konkurslagens 4 kap 14 §.

Precis som i kapitlen 12 och 15 kommer systemargument undersökas samt en funktionalistisk bedömning utföras innan resultatet från dessa studier jämförs med olika typfall. Avslutningsvis syntetiseras detta material. Allra först ska dock något sägas om dansk och norsk rätt i frågan. Principen om den väsentliga grunden och villkorsläran har också betydelse för frågan om skuldens tillkomst. Som har påpekats tidigare framkom det dock i kapitlet om villkorsläran ovan att läran har en allmän betydelse, såtillvida att den inte påverkas av den insolvensrättsliga kontexten. Villkorsläran öppnar i stället dörren till de avtalsrättsliga avvägningarna. Principen om den väsentliga grundens riktlinje påverkas inte heller av kontexten. Dessa argumentationslinjers betydelse för de här behandlade frågorna behöver ändå undersökas. Som i tidigare kapitel sker det till viss del i studien av olika typfall och framför allt under den avslutande syntesen.

18.2 Skuldens tillkomst – dansk rätt

Liksom stora delar av den materiella konkursrätten tillkom återvinningsreglerna i ett nordiskt samarbete (Island undantaget).¹³⁸¹ Det återspeglas i likheten mellan 4 kap 12 § konkurslagen och dess motsvarighet i dansk rätt 70 § danska konkursloven. I den sistnämnda bestämmelsen föreskrivs att pant- eller annan säkerhetsrätt som inte var ”tilsagt”¹³⁸² fordringshavaren vid *skuldens stiftelse*, eller som inte har uppnått sakrättsligt skydd utan onödigt uppehåll efter *skuldens stiftelse*, kan återvinnas, om säkerställandet skedde senare än tre månader före fristdagen. Det finns därutöver särskilda återvinningsregler såvitt avser fordringspant och verksamhetspant (som är en motsvarighet till företagshypotek). Dessa regler ska inte behandlas närmare här. I 70 § danska konkursloven används alltså skuldens stiftelse i stället för skuldens tillkomst eller fordrans uppkomst. Den skillnaden är dock inte betydelsebärande avseende uppkomstfrågan.¹³⁸³

¹³⁸¹ Se ovan under avsnitt 2.5.

¹³⁸² Se t ex Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 13 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 307 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 459 ff, alla om detta rekvisit.

¹³⁸³ Exempelvis kan nämnas att det i konkurslagskommentaren hänvisas till den all-

Om det tidsmässiga sambandet mellan skuldens stiftelse och säkerställandet uttalas i förarbetena till 70 § danska konkursloven att:

”Samtidigheidskravet må tages strengt: parterne kan ikke, efter at et lån er udbetalt uden betingelser, aftale, at der skal stilles pant for lånet; panteretten vil da blive omstødt, hvis konkurs begæres inden 3 måneder efter pantebrevets tinglysning.”¹³⁸⁴

Här framkommer att begreppet fordrans uppkomst ges en annan innebörd än vad som till exempel gäller beträffande begreppet såvitt avser 5 kap 1 § konkurslagen. En fordran tycks uppkomma genom att lånet utbetalas. Skäl som kan kategoriseras både som systemargument och som argument, vilka emanerar från en funktionalistisk bedömning i här avsedd bemärkelse, har angivits i den danska doktrinen som stöd för att en fordran uppkommer genom att exempelvis lånet utbetalas. Lasse Højlund Christensens avhandling kan särskilt lyftas fram. Dessa argument ska behandlas närmare nedan.¹³⁸⁵

18.3 Skuldens tillkomst – norsk rätt

Att återvinningsreglerna har tillkommit i ett nordiskt samarbete kommer även till uttryck i likheten mellan 4 kap 12 § konkurslagen och dess motsvarighet i norsk rätt, som återfinns i 5 kap 7 § dekningsloven. Av den sistnämnda bestämmelsen framgår bland annat att pant eller annan säkerhet som gäldenären har ställt senare än tre månader före fristdagen kan återvinnas om: 1, panten eller säkerheten är ställd för skuld som gäldenären har ”pådratt” innan säkerhetsrätten blev avtalad eller, 2, det sakrättsliga skyddet inte har ordnats utan onödigt uppehåll innan skulden har blivit ”pådratt”.

I dekningsloven används alltså ”pådratt” i stället för uppkomst i detta sammanhang. I föregångaren till 5 kap 7 § dekningsloven, det vill säga 45 § 1863 års norska lov om concurs og concursboers behandling, användes termen stiftad och i förarbetena till dekningsloven framgår att den här relevanta bestämmelsen i dekningsloven svarar mot den som gällde tidigare.¹³⁸⁶ I doktrinen behandlas också frågan om gäldenären har på-

mäna bedömningen av frågan om fordrans uppkomst, då uppkomstfrågan i 70 § danska konkursloven behandlas, se Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 610.

¹³⁸⁴ Bet 1971:606 s 155.

¹³⁸⁵ Se nedan under avsnitten 18.4 och 18.5.

¹³⁸⁶ Se NOU 1972:20 s 294. Att stiftad och uppkommen kan användas synonymt framkommer om inte annat vid en jämförelse mellan titlarna på den version av avhandlingen som Nordtveit försvarade vid disputationen, som har titeln En formuerettslig analyse av

dragit sig en skuld som en fråga om fordrans uppkomst.¹³⁸⁷ Det kan alltså inte finnas något tvivel om att det här är en uppkomstfråga även i norsk rätt.

”Pådratt” används, som framgått, två gånger i 5 kap 7 § dekningsloven. Nordtveit har diskuterat om ”pådratt” skulle kunna betyda olika saker inom ramen för 5 kap 7 § dekningsloven mot bakgrund av att i förarbetena anges att reglerna har olika syften: Den första regeln syftar till att motverka sådant säkerställande som inte är kreditkapande. Den andra regeln syftar till att hindra antedatering av säkerställande. I och med att denna rättstekniska lösning inte har valts i svensk rätt (och inte heller Nordtveit kommer fram till att de olika syftena ska leda till olika uppkomsttidpunkter) påverkar inte detta norsks rätts betydelse för nedanstående studie. Norsk rätt är i allra högsta grad värd att beakta.¹³⁸⁸

18.4 Skuldens tillkomst – systemargument

Som lyftes ovan då systemargumenten behandlades på ett allmänt plan kan dessa argument användas på lite olika sätt; ledstjärnan är vad som utgör lika fall. Vad som utgör lika fall beror på om exempelvis formell eller materiell likhet betonas.¹³⁸⁹ Ovan under avsnitt 12.4 påtalades att frågor om fordrans uppkomst inom insolvensrätten utgör inte lika fall, såvitt avser avtalsgrundade fordringars uppkomsttidpunkt.¹³⁹⁰ Efter vad som framkommit hittills i avdelning III ges avtalsgrundade fordringar olika uppkomsttidpunkter, bland annat beroende på just vilken bestämmelse som tillämpas i konkurslagen (och inom insolvensrätten).

Det finns dock andra regler som kan vara värda att beakta beträffande vad som krävs för att en avtalsgrundad skuld ska ha tillkommit. Det kan ett exempel få förevisa: Anta att (konkurs)gäldenären har ingått ett avtal. Anta också att gäldenären har kommit i betalningssvårigheter vid den tidpunkten då medkontrahenten ska prestera. I sådana fall har ofta medkontrahenten en möjlighet att innehålla sin prestation. Huvudregeln i till exempel köprätten är att parterna ska utlämna sina prestationer slag i slag. Stöd för denna ordning finns i bland annat 10 och 49 §§ köplagen, där

fordringens stiftelsestidpunkt, och den därefter publicerade versionen, som har titeln När oppstår en fordring?.

¹³⁸⁷ Se Nordtveit, När oppstår en fordring? s 103. Jfr även Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 44; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 379; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 197.

¹³⁸⁸ Se NOU 1972:20 s 294; Nordtveit, När oppstår en fordring? s 103 f och s 199 f.

¹³⁸⁹ Jfr ovan under kapitel 9.

¹³⁹⁰ Jfr Walin, Materiell konkursrätt s 25, not 8.

kommer nämligen denna samtidighetsprincip till uttryck. Även stoppningsrätten i 61 § 1 st köplagen bör uppmärksammas. I den nämnda bestämmelsen föreskrivs nämligen att om det efter köpet visar sig att en parts handlingssätt eller ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att parten inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser, får medkontrahenten för sin del inställa sin fullgörelse och hålla inne sin prestation. Första stycket kan här läsas mot fjärde stycket i samma bestämmelse. Av fjärde stycket följer att om motparten (här (konkurs)gäldenären) ställer godtagbar *säkerhet* för sin fullgörelse ska medkontrahenten fortsätta sin fullgörelse.¹³⁹¹

Anta nu att (konkurs)gäldenären i exemplet ställer säkerhet och att medkontrahenten därför fullgör sin prestation samt att gäldenären kort därefter går i konkurs. Det kan då bli aktuellt att undersöka om ett sådant säkerställande kan återvinnas. Efter vad som föreskrivs i 4 kap 12 § konkurslagen blir bland annat frågan när skulden ska anses ha tillkommit avgörande för om återvinning ska kunna ske. Tillkommer den vid avtalsslutet har säkerheten inte varit betingad vid skuldens tillkomst. Tillkommer den i stället då säkerheten ställs kan säkerställandet inte återvinnas. Det vore tämligen märkligt om köplagen gav en rättighet (i form av stoppningsrätten samt en rätt till säkerhet om prestationen ska fullgöras) till skydd mot gäldenärens betalningssvårigheter och konkurslagen upphävde den rättigheten. Sådana inkonsekvenser vill vi gärna undvika i rättssystemet.¹³⁹² Det finns därför goda skäl, såvitt avser den nämnda bestämmelsen, för att skulden tillkommer först genom att (konkurs)gäldenärens medkontrahent utger sin prestation.¹³⁹³

¹³⁹¹ Se vidare exempelvis Tiber, Stoppningsrätt s 548 f; Johansson, S O, Stoppningsrätt under godstransport t ex s 90 f och s 125; Ramberg, J & Herre, Köplagen 61 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01), samtliga om sambandet mellan samtidighetsprincipen och stoppningsrätten. Reglerna om stoppningsrätt i 61 § köplagen är analogiskt tillämpliga på andra avtalstyper, se vidare Lennander, Gäldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande s 322; Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen s 88. Jfr även Højlund Christensen, Framtidiga fordringer s 37; Hagstrøm, Obligationsrett s 611 f; Hov & Høgberg, Obligationsrett s 187 f. HD har i NJA 2014 s 978 uttalat att stoppningsrätten utgör en allmän princip: ”Emellertid har stoppningsrätten, som den kommit till uttryck i köplagen, tillagts betydelse inom hela kontraktsrätten då den anses ge uttryck för allmänna principer om befogenheter vid befarat avtalsbrott.”, NJA 2014 s 978, HD:s domskäl st 27. Se även Hultgren, Fel i tjänst s 267 ff; Ramberg, J & Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s 247 f, som alla menar att stoppningsrätten utgör en allmän princip.

¹³⁹² Se vidare ovan under kapitel 9, om systemargument på ett allmänt plan.

¹³⁹³ I svensk doktrin har Arnesdotter och Lennander framhållit att en i enlighet med reglerna om stoppningsrätt i köplagen ställd säkerhet inte kan återvinnas, se Arnesdotter, Om betalningsinställelse och offentligt ackord s 280 f; Lennander, Säljarens rätt att återkräva obetalda varor från en insolvent köpare s 322 f. Jämförelsen mellan stoppningsrätten och den i brödtexen nämnda situationen har även gjorts i dansk och norsk dok-

Dessa skäl gör sig vanligen inte gällande i frågan om uppkomsttidpunkten beträffande andra fordringar än sådana som grundar sig på rättshandlingar – någon möjlighet till innehållanderätt, som är kopplade till dessa fordringar, uppstår vanligen inte. I fråga om sådana fordringars uppkomsttidpunkter kan i stället systematiskt stöd hämtas från den betydelsen som tillskrivs begreppet fordrans uppkomst såvitt avser exempelvis 5 kap 1 och 15 §§ konkurslagen samt i frågan om ackordsfordrans uppkomst. Det har ovan framkommit att avseende dessa fordringstyper behandlas uppkomstfrågan på samma sätt där.¹³⁹⁴ Exempelvis uppkommer en utomobligatorisk skadeståndsfördran i samband med den skadegörande handlingen och en fördran på att återfå en misstagsbetalning uppkommer då betalningen utfördes.¹³⁹⁵

Som framkommer i nästa kapitel motsvarar den innebörd som nu har getts tillkomstrekvisitet i 4 kap 12 § konkurslagen innebörden i uppkomstrekvisitet i 4 kap 10 § samma lag. Det utgör också ett systemargument för den ovan anförda ordningen.

18.5 Skuldens tillkomst – den funktionalistiska bedömningen

Då till den funktionalistiska bedömningen av vad som krävs för att en skuld ska ha tillkommit vid tillämpningen av 4 kap 12 § konkurslagen. Om en funktionalistisk bedömning ska kunna utföras behövs riktmärken för dess konsekvensbedömning.¹³⁹⁶ Här är ett antal olika typer av riktmärken i spel: dels konkurslagens övergripande syfte och ändamål, dels

trin, se Brækhus, Konkursrett s 105; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 44, om norsk rätt. Jfr även Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 198, som talar om anteciperat kontraktsbrott beträffande dessa situationer. Jfr även Huser, Bind 3, Omstøtelse s 380 f, som jämför återvinning av säkerhet med innehållanderätten i 7 kap 2 § dekningsloven och talar om att det vore inkonsekvent att göra ett säkerställande återvinningsbart då medkontrahenten i regel kan nyttja en innehållanderätt. Se Berning, Omstødelse i konkurs og den sikrede kreditor s 46; Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 35 ff, om dansk rätt. Ett annat sätt att förhindra att den påtalade inkonsekvensen uppstår är att använda nackdelsrekvisitet här, genom att påpeka att en nackdel inte föreligger då ett säkerställande sker i dessa fall, se Håstad, Sakrätt s 318, som menar att fördran uppkommer genom avtalet i dessa fall men att återvinning ändå är utesluten p g a att nackdelsrekvisitet inte är uppfyllt.

¹³⁹⁴ Se ovan under kapitlen 12, 13 och 14, se särskilt avsnitten 12.7, 13.6 och 14.6.

¹³⁹⁵ Se ovan under avsnitten 12.6.3, 12.6.4, 13.5, 14.5.6, 14.6, 15.7.1, 15.7.6 och 16.5.1.

¹³⁹⁶ Se ovan under kapitel 8, om den funktionalistiska bedömningen.

återvinningsreglernas syfte och ändamål, dels den här relevanta bestämmelsens syfte och ändamål.

I avsnitt 11.2 ovan påpekades att konkurslagen bygger på tanken om att borgenärerna ska behandlas lika. I avsnittet om likabehandlingsprincipen påpekades också att konkurslagen innebär att kapplöpningen mellan borgenärerna om gäldenärens (otillräckliga) tillgångar motverkas. Återvinningsreglerna motverkar också en sådan kapplöpning, samt att illojala dispositioner mellan (konkurs)gäldenären och dennas medkontrahenter sker. Ty om en borgenär tillskansar sig en betalning eller en säkerhet före konkursutbrottet kan den komma att återvinnas. Återvinningsreglerna minskar av dessa skäl möjligheten att kringgå konkurslagen och likabehandlingsprincipen även om dispositioner vidtas strax före konkursutbrottet.¹³⁹⁷

I sammanhanget bör även beaktas att återvinningsreglerna ger uttryck för en avvägning mellan att borgenärsgynnande rättshandlingar återgår och vad som i förarbetena och av Högsta domstolen har sagts utgöra den allmänna omsättningens intresse. Med den allmänna omsättningens intresse menas (i detta specifika sammanhang) affärslivets intresse av att obligations- och sakrättsligt giltiga transaktioner består. Alla transaktioner som medför nackdel för borgenärskollektivet bör alltså inte återgå.¹³⁹⁸

¹³⁹⁷ Se exempelvis NJA 1989 s 3; NJA 2008 s 1208; NJA 2019 s 468; NJA II 1921 s 446 f; prop 1975:6 s 132; SOU 1983:60 s 7 f; prop 1986/87:90 s 117 f och s 119 f; Belfrage, De nya konkurslagarna s 34; Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs s 1 ff; Elwing, Konkursläran i huvuddrag s 80 f; Rodhe, Handbok i sakrätt s 260 f; Håstad, Sakrätt s 118 f; Lehrberg, Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet s 281; Lennander, Återvinning i konkurs s 21 ff; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 646; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 106; Heuman, Specialprocess s 217 f; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 146 ff. Lennander har skilt på två olika sorters återvinningsregler. De ena avser transaktioner som är borgenärsgynnande, såsom betalning och säkerställande i efterhand, i vilka syftet är att motverka att borgenärerna kapplöper om (konkurs)gäldenärens (otillräckliga) tillgångar. De andra återvinningsreglerna avser sådana transaktioner som innebär att gäldenären på ett illojalt sätt gör sina tillgångar oåtkomliga för borgenärerna, såsom då gäldenären ger bort sin egendom. Lennander påpekar att beträffande de senare reglerna står gäldenärens intressen mot borgenärskollektivets, och transaktionen är i regel återvinningsbar utan att mottagarens goda tro behöver beaktas. Hon betonar att vad gäller de borgenärsgynnande transaktionerna behöver i stället borgenärens intressen ställas mot borgenärskollektivets, eftersom omsättningsintresset medför att man i affärslivet måste kunna lita på normala transaktioner, se Lennander, Vad är en ordinär betalning? s 390 f. Se även Rodhe, Handbok i sakrätt s 260 f.

¹³⁹⁸ Se exempelvis NJA 2019 s 468; prop 1975:6 s 133; prop 1986/87:90 s 119. Se även Hessler, Allmän sakrätt s 108; Højlund Christensen, Nogle betragtninger vedrørende konkurslovens 70 § s 55.

Vad gäller den här undersökta bestämmelsens syfte finns skäl att rikta uppmärksamheten mot förarbetena till 1921 års konkurslag. Där sammanförs likabehandlingsprincipen med möjligheten att återvinna sådan pant som utlämnas efter det att skulden har uppkommit. Det sägs att likabehandlingsprincipen sätts i fara om den skulle realiseras först genom konkursutbrottet, varför en borgenär måste tåla att bland annat ett säkerställande kan återgå genom återvinning.¹³⁹⁹

Inspiration avseende bestämmelsens ändamål kan hämtas från dansk och norsk rätt. I förarbetena till den norska dekningsloven framhålls att regeln i 5 kap 7 § dekningsloven avser att träffa de situationer i vilka pant ställs för gammal gäld, eftersom sådan pantsättning förfördelar borgenärskollektivet och pantsättningen tillför inte heller något nytt kapital till gäldenären.¹⁴⁰⁰ Regeln syftar på så vis till att borgenärerna ska likabehandlas och att motverka att säkerhet ställs för gammal gäld. Sådant säkerställande som inte är kreditskapande motverkas alltså av regeln. Det här är sådana skäl som även har framförts i dansk och norsk doktrin och som bör kunna användas i svensk rätt.¹⁴⁰¹

Likabehandlingsprincipen är på så vis återigen aktuell som riktmärke för konsekvensbedömningen. Det kan till en början anföras att ett strikt upprätthållande av likabehandlingsprincipen innebär att säkerställande av någon borgenärs fordran över huvud taget inte borde ske, eftersom borgenärerna då inte behandlas lika. Det är emellertid inte på det sättet principen bör förstås.

Som har uppmärksamats tidigare gav Högsta domstolen likabehandlingsprincipen en mer precis innebörd i NJA 2014 s 537. (Fallet gällde fordrans uppkomst såvitt avser offentligt ackord.)¹⁴⁰² Domstolen uttalade att likabehandlingsprincipen innebär att borgenärerna ska behandlas lika utifrån sin fordringsrisk, varvid medkontrahentens möjlighet att innehålla sin prestation tillmättes betydelse. Vidare konstaterade domstolen att om medkontrahenten har en rätt att innehålla sin prestation är

¹³⁹⁹ Se NJA II 1921 s 446 f.

¹⁴⁰⁰ Se NOU 1972:20 s 294.

¹⁴⁰¹ Se Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 35 ff; Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 103 f; Ørgaard, A, Konkursret s 130 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 304 f och s 307. Jfr även Berning, Omstødelse i konkurs og den sikrede kreditor s 45 f. Jfr även Ramberg, J, Spedition och fraktavtal s 172. Här bör vissa mothänsyn som Andreassen har uppmärksammat noteras. Han uttalar att all säkerställelse för gammal skuld inte behöver vara av ondo för borgenärskollektivet. Exempelvis pekar han på (konkurs)gäldenärens behov av att refinansiera sin verksamhet och att omvandla gamla (dyra) krediter till nya, vilket kan innebära säkerställande för såväl den nya krediten som den gamla krediten, se Andreassen, Factoringpant s 420 f.

¹⁴⁰² Se ovan under avsnitten 16.5.2 och 16.6, om NJA 2014 s 537.

fordran på medkontrahenten inte beroende av gäldenärens betalningsförmåga, varför en sådan fordran inte ska omfattas av ackordet.

Likabehandlingsprincipens preciserade innebörd får betydelse för vilka säkerställanden som kan återvinnas enligt 4 kap 12 § konkurslagen. Sker ett säkerställande medan medkontrahenten har en innehållanderätt strider det inte mot likabehandlingsprincipen i den här preciserade betydelsen, eftersom borgenären då inte är utsatt för gäldenärens fordringsrisk. Det får till följd att skulden inte bör tillkomma medan innehållanderätt finns. Skulden bör i stället tillkomma då prestationen fullgörs. I och med fullgörandet blir nämligen (konkurs)gäldenärens medkontrahent beroende av gäldenärens betalningsförmåga och ett säkerställande som sker då strider mot likabehandlingsprincipen och bör kunna återvinnas. De andra omständigheterna som måste föreligga, för att 4 kap 12 § ska kunna tillämpas, säkrar omsättningsintresset.¹⁴⁰³

Uppkommer en skuld genom fullgörandet av prestationen här leder det inte heller till att någon kapplöpning om (konkurs)gäldenärens (otillräckliga) tillgångar uppmuntras, eftersom nya medel tillförs (konkurs-)gäldenären i samma utsträckning som säkerhet ställs. Det gäller under förutsättning att (konkurs)gäldenärens medkontrahent har en innehållanderätt. En sådan ordning medför heller inte att återvinningsreglerna motverkar att (konkurs)gäldenären kan erhålla ny kredit. Här kan i och för sig invändas att om medkontrahenten har förpliktat sig på ett tidigare stadium handlar det inte om någon *ny* kredit, som säkerhet ställs för. Det handlar i stället om säkerhet som ställs för *befintlig* kredit. Återigen gäller emellertid att om medkontrahenten har innehållanderätt kommer (konkurs)gäldenären antagligen inte att få tillgång till denna kredit, varför säkerställandet verkar kreditskapande i dessa fall.¹⁴⁰⁴

Så långt om skuldens tillkomst ifall (konkurs)gäldenärens medkontrahent har eller har haft en innehållanderätt. I kapitlet om massafordrans uppkomst behandlades även uppkomstfrågan för de fallen då (konkurs-)

¹⁴⁰³ Se Nazarian & Nylund, Konkursrett s 197. Jfr även Berning, Omstödelse i konkurs og den sikrede kreditor s 46. Häremot Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 103 f och s 197 f, som menar att fordran bör ha uppkommit redan då borgenären har förpliktat sig till att utge kredit i detta sammanhang. Det får till följd att ett senare säkerställande av en sådan lånefordran kan återvinnas oavsett om lånet då har utbetalats eller inte, eftersom det innebär ett gynnande av en enskild borgenär och därigenom en förfördelning av övriga borgenärer. Här bör dock uppmärksammas att Nordtveit menar att om (konkurs-)gäldenären haft en valrätt i frågan om huruvida lånet ska utbetalas eller inte, har en fordran inte uppkommit förrän lånet utbetalas eller eventuellt när gäldenären kräver att få lånet utbetalt, se a a s 198 f.

¹⁴⁰⁴ Se Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 35 ff. Jfr Lindsbog, Betalning s 93, not 244, som talar om att först vid utbetalningen exponeras kreditgivaren för den kreditrisk som säkerheten är avsedd att täcka. Jfr Ørgaard, A, Konkursret s 130 f.

gäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt. Den frågan kan aktualiseras här också: Anta att gäldenärens medkontrahent och gäldenären har ingått ett avtal, enligt vilket medkontrahenten har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt. Det kan till exempel gälla ett leasingavtal, i vilket gäldenären leasar visst leasinggods från medkontrahenten. Anta också att gäldenären ställer ytterligare säkerhet för sina förpliktelser enligt avtalet efter det att leasingavtalet har ingåtts. Frågan aktualiseras då om ett sådant säkerställande kan återvinnas enligt 4 kap 12 § konkurslagen.

I dessa fall blir förfogandepincipen relevant. Principen har diskuterats i frågan om huruvida konkursboet ska bli ansvarigt för ett förfogande över en prestation som konkursgäldenärens medkontrahent haft en sakrättsligt skyddad återtaganderätt till. Det har anförts argument, som härrör från en funktionalistisk bedömning, för att boet bör bli ansvarigt för ett sådant förfogande.¹⁴⁰⁵ Bland annat kan likabehandlingsprincipen motivera en sådan betydelse av förfogandepincipen. Ställs säkerhet för gäldenärens förpliktelser enligt leasingavtalet i dessa fall rör det sig likväl inte om något säkerställande som verkar creditskapande. Det utgör i stället ytterligare säkerhet som ställs för gammal kredit. I frågan om ackordsfordrans uppkomst framkom också att ackordsgäldenärens medkontrahent är beroende av gäldenärens betalningsförmåga avseende exempelvis fordringar för nyttjande under uppsägningstid i dessa fall.¹⁴⁰⁶ Ett ytterligare säkerställande som sker då konkursgäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt bör alltså kunna återvinnas. Det kan även jämföras med ordningen att lämnande av tilläggsäkerhet medför att nackdelsrekvisitet är uppfyllt enligt vad som framgår av NJA 1987 s 320.

Har inte konkursgäldenärens medkontrahent någon innehållanderätt är det inte creditskapande om gäldenären ställer säkerhet för en sådan skuld.¹⁴⁰⁷ Detta gäller då konkursgäldenären redan har förpliktat sig och gäldenärens medkontrahent inte har någon innehållanderätt, såsom om skulden avser en utomobligatorisk fordran. I dessa fall skulle ett säkerställande förfördela borgenärskollektivet och strida mot likabehandlingsprincipen.

¹⁴⁰⁵ Se ovan under avsnitt 15.6.

¹⁴⁰⁶ Se ovan under avsnitt 16.6.

¹⁴⁰⁷ Se Højlund Christensen, *Fremtidige fordringer* s 35 ff, särskilt s 39.

18.6 Skuldens tillkomst – några olika typfall

18.6.1 Inledande anmärkningar

Systemargumenten och resultatet av den funktionalistiska bedömningen ska nu jämföras med (eller prövas i, om du så vill) några olika typfall. Som framkom ovan är 4 kap 12 § konkurslagen framför allt aktuell i samband med att gäldenären har ansökt om eller fått kredit av något slag. Det återspeglas också i urvalet av typfall nedan. De avtalsgrundade fordringarnas uppkomsttidpunkt undersöks först.

18.6.2 Avtalsgrundade fordringar

I studien hittills har det framkommit att såväl systemargument som de argument som emanerar från en funktionalistisk bedömning är relevanta beträffande de avtalsgrundade fordringarnas uppkomsttidpunkter. Även villkorsläran och principen om den väsentliga grunden är relevanta.¹⁴⁰⁸ De olika argumentationslinjerna och argumenten leder till olika uppkomsttidpunkter. I Högsta domstolens praxis har heller inte avtalsgrundade fordringar uppkommit vid en och samma tidpunkt, såsom då avtalet ingicks. En sådan uppkomsttidpunkt hade varit förenlig med villkorsläran och principen om den väsentliga grundens riktlinje. I avsnittet tas utgångspunkt i ett förarbetsuttalande om när en lånefordran uppkommer, innan huvudregeln vad gäller avtalsgrundade fordringar ska undersökas. Avslutningsvis kommer löpande krediter att studeras närmare.

I förarbetena till konkurslagen sägs att en skuld anses ha uppkommit vid den tidpunkt då gäldenären erhåller lånesumman.¹⁴⁰⁹ Det överensstämmer med att i NJA 1987 s 320 fann Högsta domstolen att en skuld hade uppkommit samtidigt som ett kreditbelopp hade utbetalats. Den betydelse som här ges begreppet fordrans uppkomst avviker på så vis från den betydelse det ges enligt villkorsläran och principen om den väsentliga grundens riktlinje.¹⁴¹⁰ Uppkomsttidpunkten kan emellertid med fördel jämföras med vad som framkom i studien av systemargumenten ovan. Återvinning enligt 4 kap 12 § konkurslagen sammanfördes där

¹⁴⁰⁸ Se ovan under kapitel 6, om villkorsläran. Enligt läran uppkommer en fordran när parten har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. Se ovan under kapitel 7, om principen om den väsentliga grunden. Enligt principens riktlinje uppkommer en fordran vanligen genom avtalet.

¹⁴⁰⁹ Se SOU 1970:75 s 154; prop 1975:6 s 232. Se även uttalandet i förarbetena till den danska konkursloven ovan under avsnitt 18.2.

¹⁴¹⁰ Se ovan under avsnitten 6.2 och 7.4.

med den kontraktsrättsliga innehållanderätten. Det konstaterades att om konkursgäldenärens medkontrahent använder innehållanderätten, enligt till exempel 61 § köplagen, kan gäldenären ställa säkerhet varvid medkontrahenten måste fullgöra sin förpliktelse. Ovan uppmärksammades också att om ett sådant säkerställande skulle kunna återvinnas vore det en tämligen inkonsekvent ordning, varför fordran inte borde uppkomma förrän innehållanderätten upphör. Någon sådan inkonsekvens uppstår inte om fordran uppkommer då lånet utbetalas.

Att skulden tillkommer då lånet utbetalas är dock inte till fullo förenligt den uppkomsttidpunkt som motiveras av de argument som följer av en funktionalistisk bedömning. I den bedömningen konstaterades ovan att om gäldenärens medkontrahent har haft innehållanderätt borde fordran uppkomma först efter det att medkontrahenten har presterat. Det konstaterades också att om en sådan innehållanderätt inte är för handen, exempelvis för att gäldenärens ekonomiska förhållanden inte är av sådant slag att innehållanderätt föreligger enligt 61 § köplagen, borde fordran ha uppkommit vid avtalslutet. Återigen bör skillnaden, mellan att en fordran uppkommer då ett lån utbetalas och då en eventuell innehållanderätt upphör, emellertid inte överdrivas. Tre månader före en ansökan om konkurs kommer i de allra flesta fall gäldenärens ekonomiska förhållanden vara sådana att gäldenärens medkontrahent har stoppningsrätt, om medkontrahenten inte har fullgjort sin prestation (genom att till exempel ha utbetalat lånet).¹⁴¹¹

Observeras bör också att i den svenska doktrinen uttalas i regel att fordran uppkommer då lånet utbetalas, vilket inte är särskilt märkligt då det har uttalats i förarbetena och fastställts av Högsta domstolen.¹⁴¹²

¹⁴¹¹ Se Brækhus, Konkursrett s 106.

¹⁴¹² Se Rodhe, Handbok i sakrätt s 282; Walin, Materiell konkursrätt s 199; Lennander, Återvinning i konkurs s 296; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 133; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 137; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267. Jfr även Martinson, C, Kreditsäkerhet i fakturafordringar s 320 ff, för en sammanställning av olika normativa argument i frågan. Håstad anser dock att fordran uppkommer genom avtalet, se Håstad, Sakrätt s 318. Han uttalar att den traditionella uppfattningen är att skulden tillkommer då lånebetalningen utbetalas, varvid han hänvisar till förarbetena, Lennander och Brækhus, men han menar att enligt honom själv och HD uppkommer fordran genom avtalet. Här hänvisar han till NJA 1989 s 185 samt ”rörande likartade frågor” till NJA 1916 s 154 och NJA 1994 s 292. NJA 1987 s 320 förbigås med tysthet, trots att rättsfallet bl a avser frågan om när en kredit har utbetalats, se Håstad, a st. NJA 2009 s 291 och NJA 2014 s 537 (vilka gör 1916 års och 1994 års rättsfall mindre relevanta här, se ovan under exempelvis avsnitten 14.4.2.3 och 16.5.2) hade inte avgjorts när Håstad skrev sitt uttalande. Jfr även ovan i not 1393, om att den av Håstad förordade ordningen och den här anförda inte skiljer sig särskilt mycket åt. Även Havansi uttrycker att skulden tillkommer då kreditgivaren är avtalsrättsligt bunden. Han uttalar att kreditgivaren inte

Det är den ordningen som får anses vara den gällande.¹⁴¹³ Någon särskild uppmärksamhet verkar varken villkorsläran eller principen om den väsentliga grunden ha fått i detta sammanhang. Här kan också noteras att en omsättning av ett redan befintligt lån inte innebär att någon ny fordran uppkommer.¹⁴¹⁴

Diskussionen, om vad som krävs för att en lånefordran ska tillkomma, spiller även över på frågan om när andra avtalsgrundade fordringar uppkommer, då konkursgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt. Det gäller exempelvis då (konkurs)gäldenären har ingått ett avtal, enligt vilket gäldenären förpliktas att leverera vissa varor, och medkontrahenten ännu inte har betalat. Beträffande huruvida (konkurs)gäldenärens naturaskuld har uppkommit i denna situation gör sig samma argument gällande som ovan, även om situationen inte direkt träffas av uttalandena i förarbetena. En skuld uppkommer då den prestation som svarar mot skulden utges.¹⁴¹⁵

normstridigt kan avstå från att utlämna krediten, om kreditgivaren redan har förbundit sig till att ge viss kredit utan att kräva någon säkerhet. Här bortser Havansi från möjligheten att konkursgäldenärens medkontrahent kan ha en rätt att innehålla sin prestation, se Havansi, Recension av Lennander, Återvinning i konkurs s 552.

¹⁴¹³ I såväl den danska som den norska doktrinen förekommer en diskussion om huruvida en skuld tillkommer då lånet utbetalas eller om tillkomsten är avhängig en eventuell innehållanderätt. I det senare fallet tillkommer den då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation (om innehållanderätt fanns). Flertalet är av ståndpunkten att en fordran uppkommer då lånet utbetalas. För dansk doktrin se Berning, Omstötelse i konkurs og den sikrede kreditor s 45; Ørgaard, N, Betalingsstandsning s 173; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 610 (som ska läsas mot s 434); Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 460. Häremot Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 35 ff, som menar att en fordran uppkommer genom avtalet om inte stoppningsrätt eller anteciperat kontraktsbrott föreligger. Han stödjer denna tolkning på ändamålet med bestämmelsen, att motverka icke-kreditskapande säkerställande, se a a s 39. För norsk doktrin se Brækhus, Konkursrett s 105 f; Huser, Bind 3, Omstötelse s 378 f, som finner stöd i Rt 1875 s 138 här; Moe, Konkursrett s 98; Andenæs, Konkurs s 336; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 197; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 240, som alla finner att fordran uppkommer då lånet utbetalas. Häremot Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 44, som menar att fordran uppkommer vid avtalet, men att en fordran inte kan återvinnas om gäldenärens motpart hade stoppningsrätt då krediten utbetalades. Nordtveit intar en liknande ståndpunkt, se ovan i not 1403. Jfr dock i och vid not 1411 ovan.

¹⁴¹⁴ Se NJA 1901 s 535; NJA 1928 s 282; SOU 1970:75 s 154; prop 1975:6 s 232. Se även exempelvis Lennander, Återvinning i konkurs s 297; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267.

¹⁴¹⁵ Jfr strax ovan. Se även Lennander, Återvinning i konkurs s 296; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267. Se även Huser, Bind 3, Omstötelse s 379 ff; Andenæs, Konkurs s 336; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 197; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 241.

Ordningen bör även kunna tillämpas då en prestation fullgörs successivt.¹⁴¹⁶

Samtliga avtalsgrundade fordringar är dock inte avhängiga att en prestation utges på detta sätt. För sådana fordringar bör NJA 1989 s 185 beaktas. I rättsfallet var fråga om huruvida viss säkerhet kunde återvinnas. (Konkurs)gäldenären hade ingått två leasingavtal, enligt vilka medkontrahenten hyrde ut vissa maskiner till gäldenären. I avtalen föreskrevs att uthyraren hade rätt att omedelbart säga upp avtalen och återta maskinerna, om gäldenären blev insolvent. Uthyraren skulle därtill ha rätt till skadestånd som, om inte annan skada kunde visas, i princip innebar att kvarstående leasingavgifter (med avdrag för maskinernas värde) skulle ersättas. I fallet var det ostridigt att säkerhet hade lämnats senare än tre månader före fristdagen. Frågan var när skulden, i form av de nämnda skadeståndsfordringarna, hade tillkommit. Förvaltaren gjorde gällande att fordringarna hade tillkommit vid leasingavtalens ingående, medan gäldenärens medkontrahent gjorde gällande att de hade tillkommit i samband med att gäldenären försattes i konkurs.

Högsta domstolen konstaterade att fordringarna hade sin grund i leasingavtalen, samt att fordringarna hade varit beroende av att gäldenären blev försatt i konkurs. Det faktum att uppsägningen av avtalen skedde från medkontrahentens sida kunde inte medföra att fordringarna skulle anses ha uppkommit vid konkursutbrottet eller vid uppsägningen, enligt Högsta domstolen. I stället fann domstolen att fordringarna hade uppkommit vid avtalens ingående. Säkerheten hade därför inte lämnats utan dröjsmål, varför säkerheten skulle återgå beträffande de aktuella fordringarna.

Att sådana inomkontraktuella skadeståndsfordringar uppkommer genom avtalsslutet är väl förenligt med de argument vilka härrör från en funktionalistisk bedömning (som uppmärksammades ovan). Sker ett säkerställande för sådana fordringar efter det att avtalet har ingåtts (och maskinerna har överlämnats) kan antagligen inte gäldenärens medkontrahent innehålla sin egen prestation, utan är i stället beroende av gäldenärens betalningsförmåga. Medkontrahenten har visserligen en sakrättsligt skyddad återtaganderätt av leasinggodset i dessa fall, men som påpekades ovan är medkontrahenten likafullt beroende av gäldenärens betalningsförmåga.¹⁴¹⁷

Denna slutsats avseende uppkomsttidpunkten kan även jämföras med vad Högsta domstolen fann i NJA 2014 s 537. I fallet var fråga om när vissa fordringar, som hade sin grund i att gäldenärsföretaget inte hade

¹⁴¹⁶ Se Walin, Materiell konkursrätt s 201 f; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

¹⁴¹⁷ Se ovan under avsnitt 18.5.

uppfyllt avtalsförpliktelser efter den kritiska tidpunkten, hade uppkommit. I 2014 års fall bedömdes fordringarna ha uppkommit genom avtalet, eftersom gäldenärens medkontrahent var beroende av gäldenärens betalningsförmåga. Om någon innehållanderätt inte föreligger uppkommer alltså skulden vid avtalsslutet.¹⁴¹⁸ Det är också en slutsats som står i samklang med villkorsläran.

Hittills har främst enskilda skulder och frågan om dess uppkomsttidpunkter studerats. Skuldförhållanden som är av löpande karaktär, såsom kontokrediter, där såväl insättningar som uttag görs kontinuerligt, kan också uppmärksammas.¹⁴¹⁹ Har ett sådant konto inte belastats vid säkerställandet kan inte säkerheten återvinnas. Det följer av den ovan anförda ordningen. Anta emellertid att kontot redan är belastat med en skuld om 50' då säkerhet ställs, samt att en mängd insättningar och uttag sedan sker, vilka sammantaget får till följd att saldot ökas med 100'. Ett tillgodohavande föreligger då om 50'. Anta också att fram till den kritiska tidpunkten sker ytterligare en mängd uttag, så att i stället en skuld om 150' föreligger. Frågan blir då om, och i sådana fall till vilken del, säkerheten kan återvinnas (om de andra förutsättningarna enligt 4 kap 12 § konkurslagen är för handen).¹⁴²⁰

Skulle varje insättning och uttag ses isolerat kan det påstås att det sammanlagda nettouttaget fram till den kritiska tidpunkten om 200' utgör ny skuld, vilken säkerhet redan var betingad för. Det skymmer dock att

¹⁴¹⁸ Se även Huser, Bind 3, Omstøtelse s 381, som uttryckligen påtalar att ett inomobligatoriskt skadeståndskrav uppkommer genom avtalet. Jfr även Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 35 ff, Lindenchrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 610 (som ska läsas mot s 434); Ørgaard, A, Konkursret s 131 f. Jfr även NJA 1927 s 505, i fallet bedömdes en redovisningsskuld ha uppkommit genom avtalet. Jfr även Håstad, Sakrätt s 318, som menar att generellt tillkommer skulden vid avtalsslutet, såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen. Jfr dock ovan i och vid not 1412. Här kan tilläggas att varken Lennander eller Renman tillmäter 1989 års rättsfall vittgående betydelse i fråga om skuldens tillkomst. Lennander redogör för fallet och dess omständigheter. Hon kategoriserar fallet som skadeståndsskyldighet för utebliven framtida hyresbetalning i ett leasingförhållande, se Lennander, Återvinning i konkurs s 301. Renman kategoriserar rättsfallet som ett hyresfall och uttalar att en skuld med grund i ett hyresavtal enligt rättspraxis uppkommer när avtalet ingås, se Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267 f. Han menar dock att frågan om en skuld har uppkommit vad gäller 4 kap 10 och 12 §§ konkurslagen ska bestämmas med hjälp av nackdelsrekvisitet, vilket innebär att om en samtidig eller efterföljande motprestation har lämnats blir avgörande för om en skuld har uppkommit. Följdenligt anser Renman att en hyresskuld i återvinningshänseende bör uppkomma löpande, se Renman, a s 287 f, not 255. Se även nedan i not 1478, om Renmans tolkning och systematisering av frågorna om skuldens uppkomst enligt 4 kap 10 § konkurslagen och skuldens tillkomst enligt 4 kap 12 § samma lag.

¹⁴¹⁹ Se Martinson, C, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat s 147.

¹⁴²⁰ Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s 300.

vid säkerställandet fanns en skuld om 50'. Säkerheten kan i den meningen knappast sägas ha skapat en kredit om 200'. Det brukar också sägas att en löpande kredit vanligen utgör ett alltför tillfälligt underlag för att en ökad skuldsättning ska utgöra en ny skuldsättning.¹⁴²¹ Inom den svenska doktrinen råder enighet kring att det är det ökade skuldsaldot, från det att säkerställandet sker (inom ramen för återvinningsfristen för 4 kap 12 §) fram till konkursutbrottet, som utgör ny skuld och som därför inte kan återvinnas.¹⁴²² Flera författare har jämfört denna ordning med vad som gäller vid återvinning av betalning avseende insättningar på kreditkonton och liknande.¹⁴²³ I norsk rätt är ordningen densamma som i svensk rätt.¹⁴²⁴

Vad som gäller i svensk rätt kan jämföras med dansk rätt. Där har Højesteret i U 1984 981 H, U 1993 268 H och U 2005 181 H fastställt att den så kallade nettometoden gäller. Den innebär att det är nettoökningen som inte kan återvinnas, även om nettometoden där har föranlett en tämligen livaktig diskussion, framför allt om nettometoden borde tillämpas från det att säkerheten betingades eller om den borde tillämpas från säkerhetsställandet. Højesteret har dock i U 1993 268 H anvisat att beräkningen ska utgå från säkerställandet.¹⁴²⁵

¹⁴²¹ Se exempelvis Brækhus, Konkursrett s 108 f; Pontoppidan, Om omstødelse af sikkerhed stillet som led i løbende kreditmellemværende med pengeinstituter s 38.

¹⁴²² Se Walin, Materiell konkursrätt s 200; Håstad, Sakrätt s 319; Lennander, Återvinning i konkurs s 300 f; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 669; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267.

¹⁴²³ Se Lennander, Återvinning i konkurs s 300; Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 669. Se även NJA 1937 s 351; NJA 1978 s 194; NJA 1987 s 407, samtliga dessa rättsfall behandlar frågan om återvinning av betalning till kreditkonto o d. Frågan om hur bedömningen av vad som ska återvinnas (d v s omfattningen av återvinningen) ska ske i dessa fall är omdiskuterad, jfr exempelvis Lennander, Återvinning i konkurs s 207 ff; Martinson, C, Femton förmögensrättsliga forskningsresultat s 156 ff; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 223 f.

¹⁴²⁴ Se Brækhus, Konkursrett s 107 ff; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 45; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 391 ff; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 240. Jfr även Rt 1872 s 21, där domstolen avfärdade en ordning som skulle innebära att eventuell insättning som skedde avräknades mot gammal skuld och uttag som skedde därefter räknades som ny skuld. Jfr dock Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 199, som menar att om en låntagare har valrtätt att ta ut ett lån så uppkommer fordran när lånet tas ut. Nordtveit behandlar dock i huvudsak frågan om fordrans uppkomst på en annan ledd (utifrån olika fordringstyper), se a st.

¹⁴²⁵ Se exempelvis Pontoppidan, Om omstødelse af sikkerhed stillet som led i løbende kreditmellemværende med pengeinstituter s 37 ff; Jakobsen, Omstødelse af sikkerhedsstillelse i et løbende mellemværende s 297 ff; Højlund Christensen, Fremtidige fordringer s 20 ff och s 46 ff; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 613 ff; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 309 ff; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 462 ff. Jfr dock Ørgaard, N, En højesteretsdom om

18.6.3 Säkerhet och borgen

Ett borgensåtagande kan på flera sätt kombineras med andra säkerheter: Dels kan borgensmannens regressfordran mot (konkurs)gäldenären tryggas med en säkerhet, dels kan säkerhet ställas för borgensmannens skyldighet att betala. Det gör frågor om huruvida ställandet av dessa säkerheter kan återvinnas och vad som krävs för att en skuld ska tillkomma relevanta. Utgångspunkt tas i den sistnämnda frågan.

Att ställa säkerhet för ett borgensansvar kanske framstår som onödigt och invecklat, eftersom tredjemanspant finns att tillgå. Ett säkerställande av ett borgensansvar kan emellertid aktualiseras då borgensmannen inte förmår att fullgöra sin förpliktelse enligt borgensansvaret när ansvaret krävs ut. Säkerhet kan då komma att ställas för denna förpliktelse. Förpliktelsen att betala enligt borgensansvaret kan också omvandlas till ett lån för borgensmannen. Oavsett om en sådan omvandling sker eller inte uppkommer skulden redan då borgensansvaret har åtagits och säkerställandet kan återvinnas (om övriga förutsättningar är uppfyllda i 4 kap 12 § konkurslagen) i borgensmannens konkurs.¹⁴²⁶ Det rör sig i dessa fall inte om någon ny kredit, som säkerhet ställs för. Säkerhetsställandet innebär i stället att en viss borgenär får en fördel gentemot borgenärskollektivet.

Den andra frågan som nämndes strax ovan gällde skuldens tillkomsttidpunkt avseende de fall då säkerhet ställs för borgensmannens regressfordran mot gäldenären – det vill säga om till exempel borgensmannen erhåller säkerhet från (konkurs)gäldenären i anslutning till att borgensmannen tecknar borgensåtagandet. Här kunde tänkas att skulden skulle uppkomma samtidigt som borgensåtagandet. Det skulle vara förenligt med vad som gäller för andra avtalsgrundade fordringar. Systematiskt stöd för en sådan ordning finns även i 5 kap 17 § konkurslagen, där det framkommer att en fordran på ersättning som tillkommer en borgensman, med anledning av en sådan förpliktelse som han (eller hon) har infriat (regressfordran), anses vid tillämpningen av kvittningsreglerna ha förvärvats när hans (eller hennes) förpliktelse grundades (bestämmelsen gäller för motfordrans uppkomst).¹⁴²⁷ Skulle detta utgöra uppkomsttid-

omstødelse s 404 f, som menar att 1993 års fall beror på att Højesteret var bundna av parternas processföring angående om den s k nettometoden skulle utgå från säkerställandet eller betingandet av säkerheten. Jfr dock Wurlitzer & Lindum Møller, Mere om "nettometoden" ved omstødelse af pant for løbende mellemværender s 90 f, som har invänt mot N Ørgaards ståndpunkt. Se även Højlund Christensen, a a s 27; Lyngé Andersen & Werlauff, Kreditretten s 315 f, som alla menar att 1993 års rättsfall gäller som riktlinje för hur nettometoden ska användas.

¹⁴²⁶ Se Lennander, Återvinning i konkurs s 303 f; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 268. Se även Ørgaard, A, Konkursret s 135.

¹⁴²⁷ Se vidare ovan under avsnitten 13.5 och 14.5.5.

punkten för sådana skulder hade inte ett sådant säkerställande kunnat återvinnas enligt 4 kap 12 § konkurslagen, eftersom säkerheten i sådana fall hade betingats samtidigt som skulden tillkom.

En sådan uppkomstidpunkt skulle dock öppna för ett kringgående av 4 kap 12 § konkurslagen: Anta att (konkurs)gäldenären redan står i skuld till en person, som inte har säkerhet för sitt anspråk. Om skulden i sådana fall tillkommer då borgensåtagandet åtas kan en säkerhet ställas för den icke-säkerställda skulden. Det skulle kunna ske genom att någon annan går i borgen för denna skuld samtidigt som (konkurs-)gäldenären ställer full säkerhet för borgensmannens regressfordran.¹⁴²⁸ Enligt förarbetena till konkurslagen betecknar inte i dessa fall lokutionen skulden(s tillkomst) i 4 kap 12 § konkurslagen borgensmannens regressfordran, utan i stället betecknar lokutionen gäldenärens huvudfordran som borgensmannen går i borgen för.¹⁴²⁹ Det uttalandet upprepas i doktrinen.¹⁴³⁰

¹⁴²⁸ Denna risk för kringgående nämns redan i Rt 1887 s 633. Se även Lennander, Återvinning i konkurs s 304 ff, som har påpekat den nämnda risken för kringgående.

¹⁴²⁹ Se SOU 1970:75 s 154; prop 1975:6 s 232.

¹⁴³⁰ Se Rodhe, Handbok i sakrätt s 282; Walin, Materiell konkursrätt s 209 f; Lennander, Återvinning i konkurs s 303 ff; Walin & Ingvarsson, T, Borgen och tredjemanspant s 261 f; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Se även Brækhus, Konkursrett s 110 ff; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 416 ff. Ordningen i dansk rätt är densamma som hos oss, se Ørgaard, N, Betalingsstandsning s 176; Ørgaard, A, Konkursret s 135; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 610; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 309; Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 460. I norsk rätt finns ett äldre rättsfall Rt 1887 s 633, i vilket Højesterett fann att avgörande i den här diskuterade frågan var uppkomsten av huvudfordran. Värt att notera är att domstolen uttryckligen fäste uppmärksamhet vid att ett kringgående av återvinningsreglerna kunde uppstå om fordran i stället uppkom då borgensåtagandet åtogs. Rt 1910 s 309 bör också noteras. I det fallet fastställde Højesterett en dom från Byretten, i vilken det hade uttalats att avgörande inte var när huvudfordran uppkom, utan om borgensansvar åtogs samtidigt som säkerhet ställdes (fallet gällde dock en annan fråga än den här ställda). I 1910 års rättsfall uppmärksammades inte uttryckligen fallet från 1887, varför Brækhus har valt att inte tillskriva 1910 års rättsfall någon betydelse, se Brækhus, Konkursrett s 110 ff. Se även Huser, Bind 3, Omstøtelse s 420 f, som dock påpekar att det här relevanta uttalandet i 1910 års rättsfall utgör ett obiter dictum och att Rt 1887 s 633 indirekt är beaktat genom att det i 1910 års rättsfall görs en hänvisning till Hagerup, där han behandlar 1887 års rättsfall. Brækhus, Sandvik och Huser är alla av åsikten att en säkerhet kan återvinnas, om den ställs för ett borgensåtagande avseende en tidigare uppkommen huvudfordran, se Brækhus, Konkursrett s 110 ff; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 45; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 415 ff. I nutida doktrin uttals likafullt att skulden i dessa sammanhang uppkommer då borgensåtagandet ställs (utan att något av rättsfallen uppmärksammas), se Andenæs, Konkurs s 335; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 240. Se även Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 228, som finner att som utgångspunkt uppkommer borgensmannens regressfordran då borgensåtagandet görs.

18.6.4 Delikt

Vad gäller frågan om utomobligatoriska skadeståndsfordringars tillkomst råder enighet i svensk, dansk och norsk doktrin: De uppkommer då den skadegörande handlingen vidtas.¹⁴³¹ Här är borgenären beroende av (konkurs)gäldenärens betalningsförmåga redan från och med den skadegörande handlingen. Någon innehållanderätt eller dylikt föreligger sällan i dessa fall, eftersom det inte rör sig om ett ömsesidigt förpliktande rättsförhållande. Utomobligatoriska skadeståndsfordringar ges här samma uppkomsttidpunkt som i andra uppkomstfrågor inom insolvensrätten och det finns därför goda systemskäl för den uppkomsttidpunkten.¹⁴³²

Något uttalande om uppkomstfrågan gällande sådana utomobligatoriska skadeståndsfordringar som har sin grund i underlåtenhet, såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen, har inte hittats.¹⁴³³ Men även här bör sådana fordringars uppkomsttidpunkt förläggas till tidpunkten för när handlingsfristen inträder, vilket exempelvis är vad som gäller i frågan om konkursfordrans uppkomst.¹⁴³⁴

Sammantaget får detta till följd att i regel kommer säkerställande av utomobligatoriska skadeståndsfordringar under återvinningsfristen att kunna återvinnas. Det avgörande blir då om säkerställandet är ordinärt,¹⁴³⁵ eller om jämkning enligt 4 kap 17 § konkurslagen kan ske.¹⁴³⁶

18.7 Skuldens tillkomst – syntes

Resultatet från studierna av argument, argumentationslinjer och typfall ska nu rekonstrueras; ett omdöme ska ges om hur rättskällorna ska tolkas

¹⁴³¹ Se Walin, Materiell konkursrätt s 202; Lennander, Återvinning i konkurs s 301; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 267. Se Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 610, med hänvisning till s 434, om dansk rätt. Se Huser, Bind 3, Omstøtelse s 381; Andenæs, Konkurs s 335; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 240, alla om norsk rätt. Se även Nordtveit, Når oppstår en fordring? s 135 ff.

¹⁴³² Se ovan under avsnitt 12.6.3, 13.5, 14.5.6, 15.7.1 och 16.5.1, beträffande utomobligatoriska skadeståndsfordringars uppkomsttidpunkt.

¹⁴³³ Lejman har undersökt frågan om beräkningen av återvinningsfristen, för de fall då den återvunna handlingen har sin grund i en sådan underlåtenhet som har givit upphov till en utomobligatorisk skadeståndsfordran. Han anser att fristen ska börja löpa då (konkurs)gäldenären senast hade kunnat vidta en åtgärd, se Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs s 229.

¹⁴³⁴ Se ovan under avsnitt 12.6.3.

¹⁴³⁵ Se Lennander, Återvinning i konkurs s 301 f.

¹⁴³⁶ Se Walin, Materiell konkursrätt s 202; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 12 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01).

och systematiseras, såvitt avser vad som krävs för att en skuld ska tillkomma enligt 4 kap 12 § konkurslagen.¹⁴³⁷

I undersökningen har det framkommit att det främst är uppkomstfrågor beträffande avtalsgrundade fordringar och andra fordringar vilka grundas i rättshandlingar, som har väckt intresse i doktrinen och har prövats i högsta instans. Avseende frågan om dessa fordringars uppkomsttidpunkt har konkursgäldenärens medkontrahents eventuella innehållanderätt lyfts. Det gäller oavsett om systemargument eller resultatet av den funktionalistiska bedömningen beaktas. Om konkursgäldenärens medkontrahent inte har presterat har vanligen medkontrahenten en rätt att innehålla sin egen prestation. Det gäller om gäldenärens ekonomiska förhållanden är sådana att det finns starka skäl att anta att gäldenären inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser. Stöd för en sådan innehållanderätt finns exempelvis i 61 § köplagen. Ställer gäldenären säkerhet måste medkontrahenten ändå fullgöra sin prestation enligt samma bestämmelse. Ovan har det uttalats att det skulle utgöra en inkonsekvent ordning om ett sådant säkerställande kunde återvinnas. Att skulden tillkommer då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation (om denna medkontrahent haft en innehållanderätt) är även överensstämmande med likabehandlingsprincipen. Om någon innehållanderätt inte finns och heller inte kommer att kunna uppstå bör skulden tillkomma då (konkurs-) gäldenären förpliktar sig.¹⁴³⁸

Det har framkommit att dessa uppkomsttidpunkter stämmer överens med vad som anses gälla i de olika typfallen. Av förarbetena till 4 kap 12 § konkurslagen framgår att en lånefordran uppkommer då lånet utbetalas. Att även andra avtalsgrundade fordringar uppkommer då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin egen förpliktelse har också gott stöd i rättskällematerialet. Beträffande löpande krediter har saldot vid säkerställandet en avgörande betydelse. Sådana uttag (eller andra belastningar) som har skett före säkerställandet anses inte ha betingats innan skulden har tillkommit.¹⁴³⁹

Då konkurs- och gäldenärsfordrans uppkomst behandlades i kapitel 12 ägnades visst utrymme åt frågan om huruvida en fordran kan uppkomma redan före avtalsslutet. Liksom beträffande frågan om ackordsfordrans uppkomst är den tidigare nämnda frågan inte lika intressant här.¹⁴⁴⁰ Föreligger enbart ett anbud från gäldenärens sida kommer vanligen inte konkursgäldenärens medkontrahent ha fullgjort sin prestation

¹⁴³⁷ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

¹⁴³⁸ Se ovan under avsnitten 18.4 och 18.5.

¹⁴³⁹ Se ovan under avsnitt 18.6.2.

¹⁴⁴⁰ Se ovan under avsnitt 16.6.

vid den kritiska tidpunkten, varför medkontrahentens fordran inte har uppkommit då. Har endast medkontrahenten avgivit ett anbud vid den kritiska tidpunkten föreligger inte ens någon skuld för konkursgäldenären, eftersom gäldenären ännu inte har förpliktat sig.

Vad gäller andra typer av fordringar kan också uppmärksammas att om säkerställande sker för borgensmannens regressfordran avser skuldens tillkomst huvudförbindelsens tillkomst och inte regressfordrans tillkomst.¹⁴⁴¹ Det står även klart att en utomobligatorisk fordran uppkommer genom den skadegörande handlingen. Om i stället en utomobligatorisk fordran har sin grund i en underlåtenhet att handla borde en fordran uppkomma då fristen för handlingsplikten börjar löpa. Systematiskt stöd för en sådan lösning av uppkomstfrågan finns att hämta i att samma lösning gäller i frågan om konkursfordrans uppkomst.¹⁴⁴² Även beträffande fordringar på återbetalning efter en misstagsbetalning och obehörig vinst bör samma lösning gälla som i de andra uppkomstfrågorna inom insolvensrätten.¹⁴⁴³

Resultaten kan jämföras med villkorsläran och principen om den väsentliga grunden. Villkorsläran innebär att en fordran uppkommer när den förpliktade har blivit rättsligt bunden till fordran. Det gäller även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.¹⁴⁴⁴ Beroende på vad som betonas i systematiseringen och tolkningen av rättskällematerialet kan även för denna uppkomstfråga utgångspunkten sägas vara villkorsläran. Undantag från villkorsläran får då göras i de situationer där konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation vid ett senare tillfälle än då medkontrahenten förpliktar sig. Förhållandet mellan regel och undantag blir emellertid inte särskilt tilltalande i en sådan beskrivning. Undantaget blir i det närmaste en huvudregel för vissa typer av fordringar. Ska frågan om skuldens tillkomst kläs i regler är den tidigare beskrivningen mer rättvisande.

Rättsläget kan också kläs i en princip, såsom principen om den väsentliga grunden.¹⁴⁴⁵ Det möjliggör en mer holistisk beskrivning av rättsläget, på så vis att alla tänkbara (och framför allt otänkbara) situationer inte kan fångas av typfallsbeskrivningar – verkligheten överträffar dikten. I stället kan sägas att en princip pekar ut en riktlinje. Vad gäller just principen om den väsentliga grunden framkom dock i avsnitt 12.7 att det är

¹⁴⁴¹ Se ovan under avsnitt 18.6.3.

¹⁴⁴² Se ovan under avsnitt 12.6.3.

¹⁴⁴³ Se ovan under avsnitten 12.6.4, 13.5, 14.5.8, 15.7.6 och 16.6.

¹⁴⁴⁴ Se ovan under avsnitt 6.2.

¹⁴⁴⁵ Se till det följande ovan under avsnitt 7.4.

mer rättvisande att tala om en förpliktelseprincip än principen om den väsentliga grunden i frågan om konkursfordrans uppkomst, såtillvida att förpliktelseprincipen är mer självförklarande, såvitt avser dess innebörd. Även i frågan om skuldens tillkomst gäller en förpliktelseprincip, det vill säga en skuld tillkommer då (konkurs)gäldenären har förpliktat sig.

Förpliktelseprincipen behöver dock kompletteras med ytterligare en princip, för att beakta att till exempel en lånefordran uppkommer genom låneutbetalningen. I frågorna om massafordrans och ackordsfordrans uppkomst kompletterades förpliktelseprincipen med förfogandeprincipen. Vad gäller frågan om massafordrans uppkomst innebär förfogandeprincipen att om konkursgäldenärens medkontrahent har haft en innehållanderätt vid konkursutbrottet och konkursboet (efter den kritiska tidpunkten) tillgodogör sig prestationen eller på annat sätt förfogar över den (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad), då blir boet ansvarigt för denna prestation.¹⁴⁴⁶ Det kan jämföras med vad som ovan har framkommit beträffande frågan om skuldens tillkomst. För att en skuld ska tillkomma krävs inte att något förfogande sker av (konkurs)gäldenären. Strikt taget krävs heller inte att en innehållanderätt de facto ska ha förelegat då säkerheten betingas eller att en innehållanderätt ska ha förelegat när säkerheten överlämnas (eller ens strax före den tidpunkten). Det synes av dessa skäl inte lämpligt att använda förfogandeprincipen i frågan om skuldens tillkomst (även om många av de argument som talar för förfogandeprincipen också har varit aktuella i frågan om skuldens tillkomst).

Beträffande betydelsen av begreppet skuldens tillkomst (såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen) är det mer rättvisande att tala om en *fullgörandeprincip*: *En fordran uppkommer då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation*, såsom ifall medkontrahenten utbetalar ett lån. Principen gäller enbart om prestationen är av sådan karaktär att medkontrahenten skulle kunna ha haft en innehållanderätt. Fullgörandeprincipen gäller alltså inte om konkursgäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid den relevanta tidpunkten. Förpliktelseprincipen kan alltså paras med en fullgörandeprincip i frågan om skuldens tillkomst. Vad som utgör principernas (exakta) betydelse får dock anstå dess tillämpning i de enskilda fallen. I tillämpningen får de argument som har framkommit ovan beaktas.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴⁶ Se ovan under avsnitt 15.8.

¹⁴⁴⁷ Fullgörandeprincipen kan jämföras med den generella slutsats som Nordtveit når i frågan om fordrans uppkomst, se ovan i not 789. Hon finner att gäldenärens valfrihet och kontroll över om fordran slutligen uppkommer, som utgångspunkt ska tillmätas betydelse (det krävs också att det finns en anknytning mellan gäldenär och borgenär beträffande

19 Skuldens uppkomst såvitt avser 4 kap 10 § KL

19.1 Inledande anmärkningar

Som nämndes i föregående kapitels inledning ingår frågan om fordrans uppkomst som en del i flera återvinningsbestämmelser. I detta kapitel ska frågan om fordrans uppkomst, såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen, undersökas närmare. I bestämmelsen föreskrivs att betalning av en skuld, som har skett senare än tre månader före fristdagen,¹⁴⁴⁸ och som har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, går åter, om betalningen inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinär.¹⁴⁴⁹ I och med att betalning ska ske av en *skuld* måste givetvis en skuld föreligga, för att betalningen ska kunna återvinnas. Både i rättspraxis och i doktrinen har frågan om huruvida det finns en skuld behandlats som en fråga om huruvida en skuld, och alltså om en fordran, har uppkommit.¹⁴⁵⁰ Liksom påpekades i inledningsavsnittet om skuldens tillkomst enligt 4 kap 12 § föreligger enbart en skillnad i perspektiv mellan skuld och fordran – ett perspektivskifte som kan förklaras med att det här gäller återvinning till konkursboet.¹⁴⁵¹

Beträffande vad som krävs för att en skuld ska föreligga enligt 4 kap 10 § konkurslagen tas utgångspunkt lämpligen i förarbetena till kon-

den relevanta fordran). Den slutsatsen gäller inte i svensk rätt, såvitt avser skuldens tillkomst, se ovan i not 1403.

¹⁴⁴⁸ Se vid och i not 1366, om fristdagen som kritisk tidpunkt.

¹⁴⁴⁹ Här kan noteras att en längre återvinningsfrist gäller för närstående i vissa fall, efter vad som framgår av 4 kap 10 § konkurslagen.

¹⁴⁵⁰ Se NJA 1997 s 408; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 219. Noteras bör att den i brödtexten ställda frågan inte inkluderar vad som utgör en betalning enligt bestämmelsen. Den frågan har prövats flera gånger i rättspraxis, se exempelvis NJA 1937 s 351; NJA 1978 s 194; NJA 1987 s 407. Se även vidare Lennander, Återvinning i konkurs s 205 ff; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 222 ff.

¹⁴⁵¹ Se ovan under avsnitt 18.1.

kurslagen, i vilka det uttalas att kontantköp inte omfattas av bestämmelsen.¹⁴⁵²

Termen kontantköp har annars använts inom köprätten. Där har en distinktion gjorts mellan kredit- och kontantköp. Kontantköp utgjorde huvudregeln i 1905 års köplag (som var i kraft när de relevanta förarbetena lades fram) och i nuvarande köplag utgör kontantköp fortsatt huvudregeln.¹⁴⁵³ I 1905 års köplag kom huvudregeln om kontantköp till uttryck i 14 §, vari påbjöds att säljare och köpare inte behövde presteras på kredit. I stället kunde de innehålla sina egna prestationer om medkontrahenten inte hade presterat. Enligt doktrinen kunde kontantköpet antingen ske genom att parterna fullgjorde sina prestationer vid avtalsslutet eller vid senare tillfälle, det vill säga efter avtalsslutet. Kreditköpet avsåg i stället de köp, i vilka varan skulle utges till köparen innan betalning kom till stånd.¹⁴⁵⁴

Att kontantköp inte kan återvinnas innebär alltså att en betalning av en skuld, då betalningsmottagaren ännu inte har presterat, inte kan återvinnas. Det är en utgångspunkt att ta med i undersökningen av vad som krävs för att en skuld ska uppkomma såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen.

Precis som i föregående kapitel kommer systemargument och vad en funktionalistisk bedömning kan innebära i frågan om skuldens uppkomst att undersökas. Gällande kapitlets disposition bör dock beaktas att det framgår av NJA 1950 s 417 att kongruent fullgörande av naturaskulder inte omfattas av betalning av skuld;¹⁴⁵⁵ endast penningfordringar behandlas nedan. Beaktas bör också att i rättspraxis har bara sådana fordringar som har sin grund i avtal prövats avseende vad som krävs för att en skuld ska uppkomma. Även diskussionen i doktrinen har begränsats till frågan om sådana fordringars uppkomsttidpunkter. Det har sin anledning i att de argument som särskilt kan göras gällande i frågan om skuldens uppkomst, endast aktualiseras beträffande ömsesidiga förpliktelser. Det finns av dessa skäl ingen anledning att här diskutera olika typer av fordringar särskilt, utan materialet syntetiseras direkt efter det att systemargumenten och den funktionalistiska bedömningen har studerats. I syntesen kommer även villkorsläran och principen om den väsentliga grunden att beaktas. Först ska dock något sägas om dansk och norsk rätt.

¹⁴⁵² Se SOU 1970:75 s 149; prop 1975:6 s 222 och s 227.

¹⁴⁵³ Se i och vid not 1391 ovan.

¹⁴⁵⁴ Se exempelvis Winroth, Köp av lös egendom s 57; Ekeberg & Benckert, Obligationsrättens speciella del I s 31; Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom s 136; Rodhe, Obligationsrätt s 116, not 7.

¹⁴⁵⁵ Jfr NJA 2010 s 154, där HD uttalade att en (penning)skuld betalades med motorcyklar, se särskilt st 5 i HD:s domskäl.

19.2 Skuldens uppkomst – dansk rätt

Den danska återvinningsbestämmelsen avseende betalning av skuld överensstämmer med 4 kap 10 § konkurslagen. Bestämmelsen återfinns i 67 § danska konkurslagen, och i den danska doktrinen har frågan om en skuld föreligger behandlats som en uppkomstfråga.¹⁴⁵⁶ En skillnad som särskilt kan noteras jämfört med svensk rätt är att även fullgörande av naturaförpliktelser kan återvinnas som betalning av skuld i dansk rätt.¹⁴⁵⁷

19.3 Skuldens uppkomst – norsk rätt

Också i norsk rätt överensstämmer återvinningsbestämmelsen avseende betalning av skuld med 4 kap 10 § konkurslagen. Bestämmelsen återfinns i 5 kap 7 § dekningsloven. Och även i den norska doktrinen har frågan om en skuld föreligger behandlats som en uppkomstfråga.¹⁴⁵⁸ Liksom i dansk rätt kan också fullgörande av naturaförpliktelser återvinnas som betalning av skuld i norsk rätt.¹⁴⁵⁹

19.4 Skuldens uppkomst – systemargument

Efter vad som framgår av förarbetena kan alltså kontantköp inte återvinnas enligt 4 kap 10 § konkurslagen.¹⁴⁶⁰ Systemargument kan också anföras för och precisera den ordningen.

Huvudregeln i köplagen är att förpliktelser ska överlämnas slag i slag; samtidighetsprincipen gäller. Det kommer bland annat till uttryck i köplagens 10 och 49 §§. Reglerna anses i vart fall i viss utsträckning analogt

¹⁴⁵⁶ Se Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 583.

¹⁴⁵⁷ Se Ørgaard, A, Konkursret s 119 f. Jfr Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorforfølgning s 291.

¹⁴⁵⁸ Se Andreassen, Factoringpant s 430 f; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 222; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 208.

¹⁴⁵⁹ Se NOU 1972:20 s 303; Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett s 44 f; Huser, Bind 3, Omstøtelse s 221; Andenæs, Konkurs s 310; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 160; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 207. Se även NOU 1972:20 s 292, där det framgår att regeln i 5 kap 7 § dekningsloven motsvarar 44 § 1863 års norska lov om concurs og concursboers behandling. Se även Hagerup, Konkurs og akkordforhandling s 244; Brækhus, Materiell konkurs- og eksekusjonsrett s 67, båda om att den tidigare regeln även gällde annat än penningförpliktelser. Se även Rt 1879 s 192, där skulden bestod i att leverera timmer. I stället kom hö att levereras. Leveransen kunde återvinnas. Se även RG 1973 s 138, där en leverans av båtar kunde återvinnas enligt nämnda bestämmelse.

¹⁴⁶⁰ Se ovan under avsnitt 19.1.

tillämpliga på andra typer av avtal.¹⁴⁶¹ Samtidighetsprincipen är inte bara tillämplig i de fall då avtal ingås och prestationerna utges i ett slag. Principen gäller också om avtal ingås vid ett tillfälle och prestationerna utväxlas vid ett senare tillfälle. Om skulden, såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen, tillkommer redan genom avtalsslutet skulle det få till följd att betalningar som sker enligt den köprättsliga huvudregeln skulle kunna återvinnas. Det hade givit uttryck för en tämligen inkonsekvent ordning, särskilt mot bakgrund av det inte är möjligt att återvinna samtliga betalningar som har skett en viss tid före fristdagen, utan endast vissa icke-ordinära betalningar, enligt 4 kap 10 § samma lag. Den köprättsliga regelkontexten kan på så vis förklara varför kontantköp inte omfattas av återvinningsbestämmelsen.

Den köprättsliga regelkontexten kan ytterligare precisera vad som bör gälla i uppkomstfrågan. Även om (konkurs)gäldenären och gäldenärens medkontrahent har avtalat om att medkontrahenten ska leverera på kredit behöver ändå inte alltid prestationen utges utan motprestation. I de fall då gäldenärens ekonomiska förhållanden efter köpet visar sig vara sådana att det finns starka skäl att anta att gäldenären inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser, finns en rätt för medkontrahenten att innehålla sin egen prestation. Stöd för denna innehållanderätt finns exempelvis i 61 § köplagen.¹⁴⁶² Innehållanderätten gäller om parterna har avtalat att betalning ska ske före leveransen. Medkontrahenten kan då ställa säkerhet, vilket medför att prestationen ska utges. Om motparten fullgör sin prestation upphör emellertid innehållanderätten. Förutsättningarna för innehållanderätten har då nämligen fallit. Om en betalning skulle kunna återvinnas då någon nyttjat sin innehållanderätt skulle det också utgöra en inkonsekvent ordning. Den ordningen kan undvikas om skulden tillkommer då konkursgäldenärens medkontrahent har fullgjort sin prestation.

Ytterligare systemargument kan anföras för att skulden tillkommer då konkursgäldenärens medkontrahent har fullgjort sin prestation. En sådan uppkomsttidpunkt skulle nämligen innebära att begreppet fordrans uppkomst, gällande avtalsgrundade fordringar, skulle ges samma innehåll i såväl 4 kap 10 § konkurslagen som i 4 kap 12 §.¹⁴⁶³ I kapitlet om skuldens tillkomst i 4 kap 12 § har det nämligen framkommit att en skuld tillkommer då prestationen fullgörs.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶¹ Se i och vid not 1391 ovan.

¹⁴⁶² Se även i och vid not 1391 ovan.

¹⁴⁶³ Se även Andreassen, *Factoringpant* s 430 f, som tillmäter detta argument betydelse.

¹⁴⁶⁴ Se ovan under avsnitt 18.7, med vidare hänvisningar.

Dessa systemargument är inte relevanta avseende andra fordringstyper än sådana som grundar sig på avtal. För icke-avtalsgrundade fordringar kan i stället systematiskt stöd hämtas i vad som gäller beträffande de andra bestämmelserna inom insolvensrätten. Det har nämligen framkommit att olika typer av icke-avtalsgrundade fordringar i stort sett får samma uppkomsttidpunkt, en uppkomsttidpunkt som i och för sig är avhängig vilken typ av fordran det är fråga om. Vad detta innebär i frågan om skuldens uppkomst ska utvecklas under syntesen nedan.¹⁴⁶⁵

19.5 Skuldens uppkomst – den funktionalistiska bedömningen

I avsnitt 18.5 ovan uppmärksammades återvinningsreglernas betydelse för att uppnå en likabehandling av borgenärerna. Det påtalades att återvinningsreglerna kan motverka en annars förmodad kapplöpning mellan borgenärerna om (konkurs)gäldenärens (otillräckliga) tillgångar, och att återvinningsreglerna motverkar kringgående av likabehandlingsprincipen före konkursutbrottet. En betalning från (konkurs)gäldenären, då gäldenären inte har tillräckliga medel att rätteligen betala sina skulder med, innebär nämligen normalt ett gynnande av betalningsmottagaren framför andra borgenärer. Gynnandet strider på så vis mot likabehandlingsprincipen.¹⁴⁶⁶

Återigen bör lyftas att likabehandlingsprincipen har givits en mer preciserad innebörd i NJA 2014 s 537. Högsta domstolen uttalade där att principen betyder att borgenärerna ska likabehandlas utifrån sin fordringsrisk. Det bör påverka bedömningen av vad som krävs för att en skuld ska uppkomma såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen liksom det på-

¹⁴⁶⁵ Se ovan under avsnitten 12.6.3, 12.6.4, 13.5, 14.6, 15.7.1, 15.7.6 och 16.5.1. Jfr dock om återvinning av rättshandlingar under avsnitten 12.6.5 och 14.5.5.

¹⁴⁶⁶ Se Huser, Bind 3, Omstötelse s 217; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 204; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 582 f. Jfr även Lennander, Återvinning i konkurs s 204, som påtalar att man kan utgå från att gäldenären har vetskap om sin egen insolvens i vissa fall och att gäldenären därför bör inse att alla borgenärer inte kommer att kunna få betalt. Under sådana förhållanden kan det vara otillbörligt mot de övriga borgenärerna att betala en av dem enligt Lennander, se a st. Se även Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 219, som menar att ändamålet med regeln i 4 kap 10 § konkurslagen är att göra det möjligt att ingripa då någon borgenär, genom en betalning har konkurrerat om gäldenärens otillräckliga tillgångar och därigenom har gynnats på någon annan borgenärs bekostnad.

verkade bedömningen av frågan om skuldens tillkomst såvitt avser 4 kap 12 samma lag.¹⁴⁶⁷

I de fall i vilka kontantköp har avtalats, och (konkurs)gäldenären och gäldenärens medkontrahent utväxlar prestationerna samtidigt, har medkontrahenten inte varit beroende av gäldenärens betalningsförmåga vid betalningen, eftersom medkontrahenten inte har levererat på kredit.¹⁴⁶⁸ Det gäller även om avtalsslutet och utväxlingen av prestationerna har skett vid olika tillfällen. I dessa fall bör alltså inte en betalning kunna återvinnas, enligt den innebörden Högsta domstolen har givit likabehandlingsprincipen. För denna ordning talar också att om kontantköp skulle kunna återvinnas hade det avsevärt minskat möjligheterna för (konkurs-)gäldenären att ingå avtal, när gäldenären har ekonomiska svårigheter.¹⁴⁶⁹

Om det i stället har avtalats om kreditköp, och konkursgäldenärens medkontrahent ännu inte fullgjort sin prestation, har medkontrahenten vanligen innehållanderätt om gäldenärens ekonomiska förhållanden blir sådana att det finns starka skäl att anta att gäldenären inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser. Det följer av 61 § köplagen och analogier till den bestämmelsen.¹⁴⁷⁰ På så vis blir medkontrahenten vanligen beroende av gäldenärens betalningsförmåga när denna fullgör sin prestation. Skulden bör också uppkomma då medkontrahenten fullgör sin prestation.

För icke-avtalsgrundade fordringar, såsom utomobligatoriska skadestånd, finns ingen möjlighet att innehålla sin prestation. I stället gäller att en skadelidande är utsatt för (konkurs)gäldenärens betalningsförmåga redan i och med att den skadegörande handlingen vidtogs. En misstagsbetalare är på samma sätt beroende av betalningsmottagarens betalningsförmåga då misstagsbetalningen sker. Fordringarna bör därför uppkomma vid den skadegörande handlingen respektive misstagsbetalningen.

19.6 Skuldens uppkomst – syntes

I denna avhandling återfinns vanligen ett typfallsavsnitt efter det att olika möjliga argument och lösningar har undersökts. I frågan om vad som krävs för att en skuld ska uppkomma är som nämndes i inledningsavsnittet en särskild typfallsstudie obehövlig i detta kapitel. Här är det fordringar vilka har sin grund i avtal som är intressanta att undersöka. Andra

¹⁴⁶⁷ Se ovan under avsnitt 18.5.

¹⁴⁶⁸ Se Nazarian & Nylund, Konkursrett s 160 f.

¹⁴⁶⁹ Se Nazarian & Nylund, Konkursrett s 161.

¹⁴⁷⁰ Se vidare vid och i not 1391 ovan.

typer av fordringar diskuteras inte ens i rättskällorna. De argument som aktualiseras i just denna bestämmelses kontext influerar heller inte andra typer av fordringars uppkomsttidpunkt. Detta uppmärksammades till exempel i fråga om huruvida en fordran har uppkommit före eller efter den kritiska tidpunkten vid ett offentligt ackord och i frågan om huruvida en skuld har tillkommit såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen. I de frågorna var nämligen samma typ av systemargument och funktionalistiska bedömning relevant. I denna rekonstruktion av frågan om fordrans uppkomst,¹⁴⁷¹ beträffande skuldens uppkomst vad gäller 4 kap 10 § konkurslagen, är det därför tillräckligt att konstatera att exempelvis en utomobligatorisk skadeståndsfordran uppkommer genom den skadegörande handlingen och fordringar på återbetalning efter en misstagsbetalning uppkommer då betalningen sker. I övrigt kan här hänvisas till synteserna i ackordskapitlet och i kapitlet om skuldens tillkomst.¹⁴⁷²

I fråga om fordringar som har sin grund i avtal är det återigen lämpligt att ta utgångspunkt i det förarbetsuttalande som refererades i inledningsavsnittet. I det uttalandet konstaterades att kontantköp inte omfattas av 4 kap 10 § konkurslagen.¹⁴⁷³ Goda skäl kan anföras för den ordningen. Ovan har bland annat påpekats att om konkursgäldenärens medkontrahent inte har utgivit sin prestation är medkontrahenten inte beroende av gäldenärens betalningsförmåga, eftersom medkontrahenten har innehållanderätt. Medkontrahenten bör då inte heller drabbas av gäldenärens betalningsoförmåga enligt likabehandlingsprincipen.

I förarbetena har uttalandet försetts med en not, i vilken det hänvisas till Welamsons Konkursrätt. På det anförda stället i Konkursrätt påtalar Welamson att om prestationer utväxlas slag i slag uppkommer normalt ingen *skada* för borgenärerna. Welamson tillägger att ifall gäldenären inte tillförs en fullgod motprestation kan sådana rättshandlingar återvinnas enligt andra återvinningsbestämmelser.¹⁴⁷⁴ Förarbetsuttalandet kan alltså förstås som att anledningen till att kontantaffärer inte omfattas av bestämmelsen är att de inte föranleder någon skada. Med nuvarande återvinningsregler skulle det i stället uttryckas som att ingen nackdel föreligger

¹⁴⁷¹ Se vidare bl a ovan under avsnitt 2.4, om hur studien i avdelning III genomförs.

¹⁴⁷² Se ovan under avsnitt 16.6, med vidare hänvisningar.

¹⁴⁷³ Se SOU 1970:75 s 149; prop 1975:6 s 222 och s 227. Uttalandet återges i svensk doktrin, se exempelvis Lennander, Återvinning i konkurs s 206; Mellqvist & Welamson, L, Konkurs s 124; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 10 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01). Att kontantköp inte kan återvinnas uttalas även i dansk och norsk doktrin, se exempelvis Huser, Bind 3, Omstøtelse s 222; Nazarian & Nylund, Konkursrett s 160 f; Aasebø, m fl, Dekningsloven s 208; Lindenocrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 583; Møgelvang-Hansen & Juul-Sandberg, Kreditorfølging s 289.

¹⁴⁷⁴ Se Welamson, L, Konkursrätt s 232.

i dessa fall.¹⁴⁷⁵ Inom doktrinen har det också påtalats att anledningen till att kontantaffärer inte kan återvinnas hör samman med nackdelsrekvisitet.¹⁴⁷⁶ En sådan systematisering och tolkning av rättskällematerialet skulle kunna öppna för att frågan om fordrans uppkomst (såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen) skulle behöva besvaras på ett annat sätt än vad som framkommit av detta kapitel hittills. Skulden skulle exempelvis kunna uppkomma genom avtalet, oavsett om någon innehållanderätt fanns eller inte. Kontantköp skulle likafullt inte kunna återvinnas, eftersom nackdelsrekvisitet inte är uppfyllt.

I frågan om skuldens uppkomst bör även NJA 1997 s 408 beaktas. I rättsfallet hade (konkurs)gäldenären ingått ett leasingavtal med en lease-givare. (Konkurs)gäldenären hade därefter erlagt en betalning till uppfyllelse av avtalet. Betalningen skedde den 12 mars och avsåg leasingavgift för perioden mellan den 1 april och den 30 juni samma år. Det var ostridigt att betalningen hade erlagts i förtid. Frågan var om denna betalning kunde återvinnas.

Högsta domstolen konstaterade att gäldenärens skyldighet att erlagga hyra hade uppkommit redan vid leasingavtalets ingående. I den frågan hänvisade domstolen till NJA 1989 s 185. Domstolen fann därför att betalningen utgjorde en betalning av skuld enligt 4 kap 10 § konkurslagen. Det noterades dock av domstolen att betalningen erlades i förskott, i den meningen att gäldenärens rätt att utnyttja den hyrda egendomen under ytterligare ett kvartal avsåg en period som ännu inte hade påbörjats. Högsta domstolen uttalade att gäldenären hade fått ett vederlag för sin betalning (fortsatt nyttjande av leasinggodset), vilket gjorde att betalningen kunde jämföras med en kontantaffär. Det skulle beaktas vid nackdelsbedömningen enligt domstolen. Slutligen fann domstolen att vederlaget, som gäldenären hade erhållit vid betalningen, fick anses godtagbart och att betalningen därför inte hade inneburit någon nackdel för borgenärerna.

Rättsfallet synes innebära att kontantköp inte kan återvinnas, eftersom någon nackdel inte föreligger såvitt avser sådana köp. Det skulle kunna implicera att en skuld har uppkommit vid ett tidigare skede än då prestationen fullgörs). Ovan har dock framkommit att vad som framför allt bör påverka om en skuld har uppkommit är konkursgäldenärens medkontrahents möjlighet att innehålla sin egen prestation. Någon innehållanderätt förelåg inte för medkontrahenten i detta fall, eftersom leasinggodset redan befann

¹⁴⁷⁵ Det skaderekvisit som fanns då Konkursrätt publicerades har numera ersatts av ett nackdelsrekvisit, se exempelvis SOU 1970:75 s 132 ff; Walin, Materiell konkursrätt s 134 ff; Lennander, Återvinning i konkurs s 92 ff.

¹⁴⁷⁶ Se Walin, Materiell konkursrätt s 181; Håstad, Sakrätt s 278; Palmér & Savin, Konkurslagen 4 kap 10 § (Norstedts Juridik, 2020-07-01); Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 219 ff.

sig hos (konkurs)gäldenären.¹⁴⁷⁷ Högsta domstolen konstaterade också att betalningen kunde *jämställas* med en kontantaffär, inte att det *var* en kontantaffär. Tolkningstemat synes också skilja sig åt i nackdelsbedömningen jämfört med vad som låg till grund för det nämnda förarbetsuttalandet. I nackdelsbedömningen i 1997 års fall beaktade Högsta domstolen om (konkurs)gäldenären hade fått ett fullgott vederlag, medan till grund för förarbetsuttalandet låg att prestationerna utväxlades slag i slag.¹⁴⁷⁸

I frågan om på vilken grund kontantköp inte ska kunna återvinnas (till följd av att skulden inte har uppkommit förrän prestationen fullgjorts eller med stöd i nackdelsbedömningen) bör även dansk rättspraxis beaktas. I U 2006 2543 H har Højesteret nämligen tillmätt frågan om huruvida en innehållanderätt finns betydelse såvitt avser skuldens uppkomst. I det nämnda rättsfallet hade en (konkurs)gäldenär köpt reklamplatser för en kampanj om totalt 4 Mkr hos ett företag. Av köpeavtalet framgick att företaget skulle ha full säkerhet för sin betalning, innan det skulle lägga order om genomförande av de olika delarna av kampanjen. Säkerhet gavs i form av en kreditförsäkring och en deponering av pengar. Därutöver skulle ytterligare 1,45 Mkr betalas. (Konkurs)gäldenären ställde en check på detta belopp. Efter det att trassatbanken inte accepterade checken erlade (konkurs)gäldenären i stället summan i tre betalningar. Frågan i rättsfallet var bland annat om dessa betalningar kunde återvinnas.

Højesteret fann att företaget hade kunnat utöva innehållanderätt ifall betalningarna inte hade genomförts i tid, eftersom det rörde sig om förskottsbetalningar. Betalningarna utgjorde därför inte betalning av *skuld* enligt domstolen.

I dansk rättspraxis har alltså skuldens uppkomst använts för att inte medge återvinning i dessa fall. Det finns också andra skäl till att det är lämpligt att begreppet skuldens uppkomst bestäms på detta sätt. Som bekant förekommer lokutionen skuldens tillkomst (uppkomst) i 4 kap 12 § konkurslagen. I förarbetena till den bestämmelsen uttalas att en skuld tillkommer då lånet utbetalas.¹⁴⁷⁹ Och ovan har det framkommit

¹⁴⁷⁷ Jfr ovan under avsnitt 16.6.

¹⁴⁷⁸ Renman har beskrivit det som att HD i NJA 1997 s 408 lät skuldbetalningsrekvisitet gå i otakt med nackdelsrekvisitet. I Renmans systematisering och tolkning av rättskällematerialet kopplar han samman just frågan om skuldens uppkomst och nackdelsbedömningen, såtillvida att han låter nackdelsbedömningen styra över om det föreligger en skuld eller inte, se Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 219 ff. I den systematiseringen och tolkningen av materialet blir det svårt att passa in 1997 års avgörande, då HD fann att skulden hade uppkommit genom avtalet och fastän betalningen skedde efter avtalslutet förelåg ingen nackdel. Som Renman påpekar gick skuldrekviset och nackdelsrekvisitet i otakt, se a st, vilket talar för att de inte sammanfaller.

¹⁴⁷⁹ Se ovan under avsnitt 18.6.2.

att det finns goda skäl för att en skuld, i den meningen som avses i 4 kap 12 §, tillkommer då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation. Ifall uttalandet, om att en betalning vid kontantköp inte kan återvinnas, knyts till skuldens uppkomst skapar det på så vis ett enhetligt skuldens uppkomst-begrepp i såväl 4 kap 10 § konkurslagen som i 4 kap 12 §.¹⁴⁸⁰ Mot en sådan ordning kan invändas att skulden bör uppkomma (tillkomma) genom avtalsslutet, såvitt avser både 4 kap 10 § och 4 kap 12 § konkurslagen. Att tillmäta begreppet skuldens tillkomst en sådan betydelse vad gäller 4 kap 12 § konkurslagen strider dock mot vad Högsta domstolen har uttalat i NJA 1987 s 320. Där fann domstolen att en skuld, enligt den nämnda bestämmelsen, uppkom genom utbetalningen av kreditbeloppet. Här bör dock inskjutas att det inte blir någon praktisk skillnad om det i dessa fall laboreras med frågan om skuldens uppkomst såvitt avser 4 kap 10 § konkurslagen eller om det laboreras med nackdelsbedömningen.

Att en skuld inte har uppkommit vid ett kontantköp betyder att en skuld heller inte har uppkommit om avtal och prestationer utbyts i ett slag. Det gäller även om prestationerna utväxlas slag i slag och avtal har slutits vid ett tidigare tillfälle. Det följer av vad som utgör ett kontantköp.¹⁴⁸¹ Som framkom ovan kan det även anföras systemargument och argument som följer av en funktionalistisk bedömning för en sådan ordning.¹⁴⁸² Om det har avtalats om kreditköp mellan parterna, men konkursgäldenärens medkontrahent ännu inte har utlämnat sin prestation, bör en skuld heller inte ha uppkommit. Medkontrahenten är i dessa fall inte beroende av gäldenärens betalningsförmåga. Argumentet har tillmätts betydelse av Högsta domstolen i NJA 2014 s 537. Det bör vara tillräckligt att medkontrahenten inte har utlämnat sin prestation vid den kritiska tidpunkten.¹⁴⁸³ Det behöver inte dessutom prövas om

¹⁴⁸⁰ Jfr även Andreassen, *Factoringpant* s 430 f.

¹⁴⁸¹ Se ovan under avsnitt 19.1, om kontantköp.

¹⁴⁸² Se ovan under avsnitten 19.4 och 19.5, om dessa argument.

¹⁴⁸³ Se även RG 2014 s 1625, där kontantköp hade avtalats mellan parterna men betalning kom att ske efter det att varan hade överlämnats, varför betalningen kunde återvinnas. Noteras bör att även om prestationen har lämnats ut kan inte alltid betalningen återvinnas. Andra omständigheter måste också till. Här kan särskilt framhållas att det i förarbetena till reformen av återvinningsreglerna uttalades att det med dåvarande bokföringsteknik kunde vara svårt att få faktura förrän någon tid efter leverans och att köp på sådana villkor skulle jämföras med kontantköp, om betalning skedde i vanlig ordning. I förarbetena hänförs dock denna ordning till att en sådan betalning vore ordinär, se SOU 1970:75 s 150; prop 1975:6 s 224. Se även Lennander, *Vad är en ordinär betalning?* s 393.

förutsättningarna för innehållanderätt föreligger.¹⁴⁸⁴ En sådan ordning medför givetvis också att en förskottsbetalning inte innebär en betalning av skuld.¹⁴⁸⁵ Däremot har en skuld uppkommit om konkursgäldenärens medkontrahent har fullgjort sin prestation. Det stämmer överens med NJA 1997 s 408 och någon innehållanderätt kan inte uppstå om konkursgäldenärens medkontrahent har fullgjort sin prestation.

I frågan om vad som gäller om konkursgäldenären och gäldenärens medkontrahent ännu inte har slutit något avtal vid den kritiska tidpunkten, utan gäldenären endast har avlämnat ett anbud, kan hänvisas till avsnitt 18.7 ovan.

Återigen bör resultaten jämföras med villkorsläran. Villkorsläran är enbart tillämplig om fordran har sin grund i en rättshandling och innebär att en fordran uppkommer när den förpliktade, som har vidtagit rättshandlingen, blivit rättsligt bunden till fordran. Det gäller även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad.¹⁴⁸⁶ Liksom gällde i frågan om skuldens tillkomst, såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen, kan utgångspunkten även för denna uppkomstfråga tas i villkorsläran, men ånyo blir förhållandet mellan regel och undantag inte särskilt tilltalande i en sådan beskrivning. Ska frågan om skuldens uppkomst kläs i regler är den tidigare beskrivningen mer rättvisande.

Ovanstående syntes har inneburit att rättsläget framför allt har fångats i regelbeskrivningar. Som har påtalats tidigare kan också rättskällematerialet tolkas och systematiseras i en princip (eller flera), såsom principen om den väsentliga grunden.¹⁴⁸⁷ Det möjliggör en mer holistisk beskrivning av rättsläget. På motsvarande sätt som angavs i syntesen om skuldens tillkomst kan förpliktelseprincipen och fullgörandepincipen användas här, och på motsvarande sätt är de mer självförklarande än principen om den väsentliga grunden. I regel uppkommer en fordran då (konkurs)gäldenären har förpliktat sig. Förpliktelseprincipen behöver dock kompletteras med en fullgörandepincip: En fordran uppkommer då konkursgäldenärens

¹⁴⁸⁴ Jfr ovan under avsnitt 18.7. Jfr även Nazarian & Nylund, Konkursrett s 161 f, som fäster avgörande vikt vid om varan levereras samtidigt som betalning sker. De uttalar också att om varan har levererats innan betalning sker har betalning skett av skuld, se a st. Häremot Rammeskov Bang-Pedersen, m fl, Konkurs s 418, som anser att det avgörande är om en faktisk innehållanderätt finns.

¹⁴⁸⁵ Se Lennander, Återvinning i konkurs s 263, not 155; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s 219; Lindencrone Petersen & Ørgaard, A, Konkursloven s 583; Ørgaard, A, Konkursret s 119.

¹⁴⁸⁶ Se ovan under avsnitt 6.2.

¹⁴⁸⁷ Se till det följande ovan under avsnitt 7.4.

medkontrahent fullgör sin prestation, såsom vid ett kontantköp. Principen gäller enbart om prestationen är av sådan karaktär att medkontrahenten skulle kunna ha haft en innehållanderätt. Fullgörandeprincipen gäller alltså inte om konkursgäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid den relevanta tidpunkten. Förpliktelseprincipen kan på så vis paras med en fullgörandeprincip i frågan om skuldens uppkomst. Vad som utgör principernas (exakta) betydelse får emellertid anstå dess tillämpning i de enskilda fallen. I den tillämpningen får de argument som har framkommit ovan beaktas.

IV
AVSLUTANDE DEL

20 Fordrans uppkomst inom insolvensrätten – syntes

Då var det hög tid att syntetisera studien av fordrans uppkomst inom insolvensrätten. I avhandlingens inledning togs avstamp i ett åskådliggörande av att frågan om fordrans uppkomst kan ställas på flera olika sätt. Det påpekades att i den fordringsrättsliga litteraturen ställs frågan om fordrans uppkomst som en fråga om huruvida ett rättssubjekt har blivit förpliktat. Det framhölls också att frågorna om huruvida en fordran har uppkommit, när en fordran har uppkommit och vem som har förpliktat sig till en fordran har använts. Därtill kan frågan om fordrans uppkomst omformuleras till en fråga om huruvida rättsföljden i den bestämmelse som ska tillämpas i det enskilda fallet ska inträda. Då kan till exempel frågorna ställas huruvida borgenären kan göra gällande fordran i konkursen, huruvida fordran omfattas av ett offentligt ackord eller huruvida fordran kan användas till kvittning i konkurs. De nämnda frågorna fångades in i den för avhandlingen ställda forskningsfrågan: Vad krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar?

Hur frågan om fordrans uppkomst formuleras har typiskt sett betydelse för vilka argument som anförs i bedömningen av frågan. Vilka argument som anförs hör i sin tur i hög grad samman med hur frågan om fordrans uppkomst klassificeras (om den klassificeras som exempelvis en obligationsrättslig eller en insolvensrättslig fråga). I avhandlingens inledning framhölls också att det emellanåt uppstår kommunikationssammanbrott i samtalet om fordrans uppkomst, sammanbrottet kan förklaras med att frågan om fordrans uppkomst har klassificerats på skilda sätt. Bland annat för att undvika att bidra till och förstärka kommunikationssammanbrottet kompletterades den första forskningsfrågan med ytterligare en, nämligen: Vilka (huvudsakliga) argument och argumentationslinjer har använts i frågan om fordrans uppkomst såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar och hur har dessa argument och argumentationslinjer använts?

I avhandlingens allmänna del har argumentationslinjerna och argumenten studerats. Det har framkommit att det finns tre argumentationslinjer i frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten, nämligen villkorsläran (som gäller för fordringar med grund i rättshandlingar), principen om den väsentliga grunden och funktionalismen. De tillhandahåller en linje som argumenten kan följa från fråga till svar, därav benämningen argumentations*linje*.

I studien av villkorsläran framkom det att i den läran ställs frågan om huruvida en fordran har uppkommit. Frågan besvaras med hjälp av den obligationsrättsliga terminologin: En fordran uppkommer om gäldenären har blivit rättsligt bunden till den, även om fordran är villkorad av att en framtida och oviss omständighet ska inträffa, under förutsättning att rättshandlingens bindande rättsverkan inte har blivit villkorad. Villkorsläran öppnar sålunda dörren för en avtalsrättslig bedömning av om gäldenären har blivit rättsligt bunden.¹⁴⁸⁸

Vid tillämpningen av principen om den väsentliga grunden ställs i stället frågan om huruvida just den *väsentliga* grunden för fordringsanspråket har uppkommit. Som utgångspunkt utgör den väsentliga grunden avtalet eller den skadegörande handlingen. Detta är huvudreglerna, och på så vis leder dessa till en avtalsrättslig eller skadeståndsrättslig bedömning av frågan om fordrans uppkomst. Men inom ramen för principen kan också hänsyn tas till den regelkontext som aktualiseras i det enskilda fallet. Det ligger i principens natur att den typiskt sett är mer elastisk än en regel. Insolvensrättsliga hänsyn kan på så vis föranleda att avsteg görs från huvudreglerna i det enskilda fallet.¹⁴⁸⁹

När det gäller den funktionalistiska bedömningen omformuleras frågan. Frågan ställs om rättsföljden i den regel som aktualiseras i det enskilda fallet ska inträda, såsom: Kan en fordran göras gällande i en konkurs eller ska kvittning få ske? Det leder till att de hänsyn (de riktmärken) som är relevanta i den aktuella regelkontexten får stor betydelse i frågan om fordrans uppkomst, vilket inom insolvensrätten leder till att likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen ofta tillmätts betydelse (som har framkommit i studien ovan). I bedömningen undersöks sedan om en viss uppkomsttidpunkt medför konsekvenser (inklusive lämpliga intresseavvägningar) som är förenliga med dessa principer och andra relevanta riktmärken.¹⁴⁹⁰

Systemargument har också ofta använts i bedömningar av frågan om fordrans uppkomst. Dessa avviker dock från de ovanstående argumenta-

¹⁴⁸⁸ Se vidare ovan under kapitel 6.

¹⁴⁸⁹ Se vidare ovan under kapitel 7.

¹⁴⁹⁰ Se vidare ovan under kapitel 8.

tionslinjerna, såtillvida att de inte tillhandahåller en linje som argumenten kan följa från fråga till svar. I stället används de för att ge ytterligare argument – ofta kompletterar dessa argument andra argumentationslinjer. Systemargument tar sin utgångspunkt i frågan om vad som utgör lika fall. Beroende på vilken sorts likhet som betonas kan olika systemargument anföras. Exempelvis kan materiell likhet betonas. Sådan materiell likhet finns mellan frågorna om huruvida ett konkursbo ska bli ansvarigt och huruvida en fordran inte ska omfattas av ett offentligt ackord i en företagsrekonstruktion. Om materiell likhet används som utgångspunkt liknar ofta systemargumenten de argument som härrör från den funktionalistiska bedömningen. Det är inte särskilt märkligt, då det i den funktionalistiska bedömningen ofta tas utgångspunkt i *likabehandlings*-principen. Det har också framkommit att frågan om fordrans uppkomst beträffande flera av de typer av fordringar som inte har sin grund i en rättshandling utgör lika fall.¹⁴⁹¹

I avhandlingens allmänna del har även (styrke)förhållandet mellan de olika argumentationslinjerna studerats.¹⁴⁹² Funktionalismen togs som utgångspunkt i studien, vilket framstår som naturligt då den svenska för-mögenhetsrätten ofta beskrivs som funktionalistisk. Under senare år har Högsta domstolen dessutom vid flera tillfällen använt sig av vad som här kategoriseras som funktionalistiska bedömningar i frågor om fordrans uppkomst.

Utifrån funktionalismens perspektiv kan villkorsläran hänföras till substantialism, i vilken de rättsliga lösningarna härleds från begreppen. Läran skulle till och med pejorativt kunna beskrivas som begreppsjurisprudens. Principen om den väsentliga grunden kan i sin tur betecknas som intetsägande utifrån funktionalismens perspektiv. Inom funktionalismen förstås gärna normer som regler bestående av rättsfakta och rättsföljd. Paras det ihop med (den skenbara) motviljan att använda begrepps innebörder är det inte särskilt märkligt att principen om den väsentliga grunden framstår som intetsägande. Ses den väsentliga grunden som ett rättsfaktum i en rättskulturell kontext där väsentlighets*begreppet* inte kan ges en viss innebörd (ens i form av en riktlinje) är principen om den väsentliga grunden utdömd redan på förhand.

Om vi i stället försöker att betrakta villkorsläran och principen om den väsentliga grunden utifrån deras egna premisser framträder en annan bild. I villkorsläran används visserligen ett antal obligationsrättsliga begrepp, men uppkomsttidpunkten bestäms eller härleds inte från begrep-

¹⁴⁹¹ Se vidare ovan under kapitel 9. Jfr även ovan under exempelvis avsnitten 1.2, 12.6.3, 12.7, 13.6, 14.5.6, 15.8, 16.6, 17.6, 18.7 och 19.6.

¹⁴⁹² Se till det följande ovan under kapitel 10.

pen. Läran öppnar i stället dörren för en avtalsrättslig bedömning av om gäldenären är rättsligt bunden. Skillnaden mellan villkorsläran och funktionalismen blir på så vis inte en skillnad mellan funktionalism och substantialism, utan snarare en skillnad som består i om insolvensrättsliga hänsyn eller en avtalsrättslig bedömning ska avgöra frågan om fordrans uppkomst.

På ett liknande sätt kan bilden av principen om den väsentliga grunden nyanseras. *Principen* om den väsentliga grunden bör ses som en princip. Den tillhandahåller en riktlinje i frågan om fordrans uppkomst, en riktlinje som tar utgångspunkt i väsentlighets*begreppet*. Det kan göras avsteg från riktlinjen, när hänsyn som aktualiseras i den specifika regelkontexten talar för det. På så vis vilar principen om den väsentliga grunden på en obligationsrättslig bedömning, men insolvensrättsliga hänsyn kan likväl tas inom ramen för tillämpningen av principen.

I den funktionalistiska bedömningen finns en hel del tilltalande drag, såsom att hänsyn kan tas till de intressen som aktualiseras i den specifika regelkontexten genom konsekvensbedömningar och intresseavvägningar. Funktionalismen, och rättsrealismen, har dock fört med sig teori och grundantaganden, som är begränsande. Det är teori och grundantaganden som inte stämmer överens med den rättsliga praktiken och som därtill medför att vi tycks tappa några av verktygen i den juridiska verktygslådan, såsom begrepp och principer.

Genom undersökningen av NJA 2009 s 291 framkom dock att flera av dessa juridiska verktyg används och fick en avgörande betydelse i den där utförda funktionalistiska bedömningen.¹⁴⁹³ Begreppen fullgången och svävande fordran användes, för att beskriva i vilka fall som den funktionalistiska bedömningen var tillämplig. Och begreppen naturafordran och penningfordran användes, för att särskilja (typ)fallet som prövades av Högsta domstolen i NJA 2009 s 291 från det (typ)fall som avgjordes av domstolen i NJA 1996 s 368. I 2009 års avgörande använde dessutom Högsta domstolen likabehandlings*principen* och frysnings*principen*.

Då en rättstillämpare ställs inför en fråga om fordrans uppkomst kan hen knappast välja att enbart vara funktionalist. Rättstillämparen behöver beakta samtliga relevanta argument och använda de juridiska verktyg som finns tillgängliga. Som påpekades i metodavsnittet skulle värdet av avhandlingen ha blivit mindre för just bland annat rättstillämpare om vissa argument direkt eller indirekt hade sorterats bort. Det framstår inte heller som tilltalande att utifrån en viss teoribildning vaska flera av de rättsliga verktyg som används i den rättsliga praktiken. Det framstår som

¹⁴⁹³ Se ovan under avsnitt 10.4.2.

mer tilltalande att vaska fram nya och nyfunna argument, vilka rätts-tillämparen kan använda.¹⁴⁹⁴

I frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar finns en rad verktyg att ta till i form av villkorläran, principen om den väsentliga grunden, den funktionalistiska bedömningen och systemargument. Verktyn leder emellanåt till samma slutsats, men ibland kan de också förklara skillnader som framstår som obegripliga om endast funktionalismen ses som den rätta vägen. Med dessa verktyg i handen har frågan om fordrans uppkomst gripits an i avdelning III.

Om resultatet från delsynteserna i avdelning III sammanställs kan konstateras att som utgångspunkt gäller en *förpliktelseprincip* beträffande vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna aktualiserar. Har gäldenären förpliktat sig har en fordran som huvudregel också uppkommit (låt vara att den kan vara villkorad av att en viss omständighet ska inträffa). Förpliktelseprincipen kan framstå som tautologisk. Här måste dock kontexten beaktas. Som underströks inledningsvis kan frågan om fordrans uppkomst ställas på en mängd olika sätt. Därtill bör uppmärksammas att om utgångspunkt tas i förpliktelsen innebär det att fordringsförhållandet ses från gäldenärens perspektiv. Det kan jämföras med om samma rättsförhållande i stället skulle betraktas med utgångspunkt från fordran och därigenom från borgenärens perspektiv. Bedömningen kan då lätt komma in på om borgenären har en rätt till fordran, snarare än om gäldenären är förpliktad.¹⁴⁹⁵

Förpliktelseprincipen innebär att frågan om gäldenären har förpliktat sig som utgångspunkt får bedömas utifrån varje typ av fordran.¹⁴⁹⁶ Ska uppkomsttidpunkten bestämmas för en avtalsgrundad fordran får det företas en avtalsrättslig bedömning av om gäldenären har förpliktat sig. Fordran kan då uppkomma genom löftet eller avtalet beroende på hur avtalet ingås. Rör det sig om en regressfordran uppkommer denna i regel genom den rättshandling som grundade regressfordran. Beträffande de utomobligatoriska skadeståndsfördringarna kan konstateras att de i regel uppkommer genom den skadegörande handlingen (om det är en handling som ger upphov till fordran). Om en sådan fordran har sin grund i en underlåtenhet att handla uppkommer fordran då tidpunkten för handlingsfristen inträder. Vad gäller andra typer av fördringar kan sägas

¹⁴⁹⁴ Se ovan under avsnitt 2.4.

¹⁴⁹⁵ Jfr ovan under avsnitt 15.5, där denna tanke uttrycks i associationstanken i frågan om hur boet bör bli ansvarigt.

¹⁴⁹⁶ Se till det följande ovan under kapitel 12, särskilt avsnitten 12.6 och 12.7.

att en fordran på återbetalning efter en misstagsbetalning uppkommer redan genom betalningen, och en fordran till följd av återvinning i konkurs uppkommer genom den återvinningsgrundande rättshandlingen (se dock nedan om vad som gäller såvitt avser huvudfordrans uppkomst).

Förpliktelseprincipen har ett större tillämpningsområde än villkorsläran, i och med att den även kan användas avseende andra fordringar än sådana som har sin grund i avtal eller andra rättshandlingar. Principen ger också en mer talande beskrivning av hur frågan om fordrans uppkomst som utgångspunkt ska bedömas än principen om den *väsentliga* grunden. Men liksom gäller för principen om den väsentliga grunden markeras genom benämningen *förpliktelseprincipen* att avsteg kan göras från principens riktlinje, om hänsyn som aktualiseras i en viss regelkontext talar för det.

I regel kan också förpliktelseprincipen kompletteras med en förfogandeprincip och en fullgörandeprincip i frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten. Förfogandeprincipen är tillämplig om borgenären vid konkursutbrottet haft en innehållanderätt och konkursboet därefter tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över prestationen (så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad). Följden blir då att boet blir ansvarigt för denna prestation. Principen är på motsvarande sätt tillämplig om en rekonstruktionsgäldenär i motsvarande situation har tillgodogjort sig eller på annat sätt förfogat över en prestation efter ansökan om företagsrekonstruktion. Det får följden att fordran uppkommer efter ansökan om företagsrekonstruktion och att fordran därigenom inte ingår i det offentliga ackordet. Förfogandeprincipen är även tillämplig vid skuldsanering. Beträffande skuldens tillkomst såvitt avser 4 kap 12 § konkurslagen och skuldens uppkomst beträffande 4 kap 10 § samma lag får förpliktelseprincipen i stället kompletteras med en fullgörandeprincip. Denna princip innebär att en fordran uppkommer då konkursgäldenärens medkontrahent fullgör sin prestation, såsom ifall medkontrahenten utbetalar ett lån, och principen gäller enbart om prestationen är av sådan karaktär att medkontrahenten skulle kunna ha haft en innehållanderätt. Fullgörandeprincipen gäller alltså inte om konkursgäldenärens medkontrahent har en sakrättsligt skyddad återtaganderätt vid den relevanta tidpunkten.

Beträffande frågan om huvudfordrans uppkomst, det vill säga uppkomsten av konkursgäldenärens fordran mot konkursgäldenären vid kvittning i konkurs, måste dock andra undantag göras från förpliktelseprincipen.¹⁴⁹⁷ Hänsyn måste i vissa fall tas till bland annat om konkursborgenären har kunnat räkna med kvittningsrätten vid konkursutbrottet.

¹⁴⁹⁷ Se till det följande ovan under kapitel 14.

Det är inte tillräckligt att gäldenären, som i detta fall är konkursborge-
när, har förpliktat sig före konkursutbrottet, för att en fordran ska ha
uppkommit, om det då förelåg en komputabilitetsbrist och konkursför-
valtarens åtgärder därefter har gjort fordringarna komputabla efter kon-
kursutbrottet. Förpliktelseprincipen kan dock tillämpas i andra fall av
huvudfordrans uppkomst, med reservation för att en återvinningsfordran
uppkommer genom konkursen.

Sammantaget kan konstateras att förpliktelseprincipen till stor del gäl-
ler i frågan om vad som krävs för att en fordran ska ha uppkommit såvitt
avser de kritiska tidpunkter som de insolvensrättsliga bestämmelserna
aktualiserar. Den behöver dock kompletteras med en förfogandeprincip
och en fullgörandeprincip. Obligationsrätten och insolvensrätten är på så
vis sammanflätade i frågan om fordrans uppkomst inom insolvensrätten.

Summary – The Rise of the Claim in Insolvency Law

Chapter 1–4: Introduction

In chapter 1 the topic of the thesis is presented. It is The rise of the claim in (Swedish) insolvency law. In the Swedish insolvency law, the term “the rise of the claim” is used in several provisions. A claim has to have arisen prior to the commencing of the insolvency proceedings to be included in the proceedings (Chapter 5, provision 1 of the Bankruptcy Act),¹⁴⁹⁸ and to be used in a set-off in the proceedings (Chapter 5, provision 15 of the Bankruptcy Act). Moreover, the rise of the claim is frequently used (by the Supreme Court of Sweden) to determine whether a post-commencement claim exists.¹⁴⁹⁹ A post-commencement claim is a debt of the insolvency estate (Chapter 11, provision 1 of the Bankruptcy Act). The question of the rise of the claim is also used to determine which claims are included in a composition,¹⁵⁰⁰ in a reorganisation (Chapter 3, provisions 3 and 8 of the Company Reorganisation Act)¹⁵⁰¹ and which claims a discharge of debts includes (provision 30 of the Debt Relief Act¹⁵⁰² and provision 32 of the Debt Relief Act for Entrepreneurs).¹⁵⁰³ Furthermore, the question is used concerning recovery to the estate (Chapter 4, provisions 10 and 12 of the Bankruptcy Act). These provisions include critical time points,

¹⁴⁹⁸ Swe: “Konkurslagen”. The Swedish insolvency proceedings are not limited to legal persons. It is also applicable for when natural persons become insolvent, see Söderlund, *Konkursrätten* pages 619–620, for a description of the Swedish insolvency proceedings (in English).

¹⁴⁹⁹ See for example NJA 1966 s 241; NJA 1981 s 801; NJA 2007 s 519.

¹⁵⁰⁰ Terms such as concordato, accord and abatement of debts can also be used, see Madaus, *Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law* s 627, regarding this terminology.

¹⁵⁰¹ Swe: “Lagen om företagsrekonstruktion”.

¹⁵⁰² Swe: “Lagen om skuldsanering”.

¹⁵⁰³ Swe: “Lagen om F-skuldsanering”.

which make it necessary to be able to state if a claim has arisen at a certain point in time. The following research question is put forward in the thesis: What is required for a claim to arise as regards to the critical time points that the provisions within insolvency law lay down?

There have been numerous cases from the Supreme Court of Sweden in recent years concerning the question of the rise of the claim.¹⁵⁰⁴ In several of these cases, the Court has stated that the question of the rise of the claim mainly depends on the purpose of the provision in which the term the rise of the claim is included.¹⁵⁰⁵ In the thesis, this way of reasoning has been referred to as functionalism. However, there are other ways of approaching the issue (than functionalism). For example, the doctrine of conditions and the principle of the substantial ground of the claim have also been used in previous cases from the Supreme Court of Sweden.¹⁵⁰⁶ These different ways of reasoning can lead to different conclusions to when a claim has arisen. When discussing the question of the rise of the claim, these different ways of reasoning also seem to lead to communication breakdowns. For instance, the point of departure differs between functionalism and the doctrine of conditions. Against this background, it was necessary to explore the different ways of reasoning in this study. The first research question is thus supplemented with: What (main) arguments and ways of reasoning have been used in the question of the rise of the claim (as regards to the critical time points that the provisions within insolvency law raise) and how have these arguments and ways of reasoning been used?

Chapter 2 deals with questions regarding how the study has been conducted. Wittgenstein's thoughts on rule-following are introduced. His thoughts show the importance of studying the different ways of reasoning, especially with regard to their use. Hermeneutical thinking is also brought forward in Chapter 2. The ideas of, *inter alia*, Heidegger and Gadamer illustrate that pre-understanding is a prerequisite for understanding a text, which makes the proper pre-understanding necessary to understand a text fully. Therefore, the interpreter of a text needs to be sensitive to how the starting points of the text differ from the starting

¹⁵⁰⁴ See for example NJA 2009 s 291; NJA 2012 s 876; NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537; NJA 2016 s 661; NJA 2017 s 237; NJA 2018 s 103; NJA 2019 s 941; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader").

¹⁵⁰⁵ See NJA 2009 s 291; NJA 2013 s 725; NJA 2014 s 537; NJA 2019 s 941; HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader").

¹⁵⁰⁶ For cases in which the doctrine of conditions has been used, see for example NJA 1966 s 241; NJA 1990 s 110. For cases in which the principle of the substantial ground of the claim has been used, see for example NJA 1981 s 801; NJA 1998 s 834; NJA 2004 s 836; NJA 2005 s 510.

points, the pre-understanding, of the interpreter. Chapter 2 describes this sensitivity as an ideal for the study of the different ways of reasoning. The study of the different ways of reasoning is conducted in Chapters 5–10 (part II). Chapters 11–19 (part III) examine the rise of the claim as regards to the critical time points mentioned above. This is accomplished by a reconstruction of the law regarding these issues. The sources of law are interpreted and systematised. The study of how the different ways of reasoning have been used forms the basis of the investigation in part III, insofar as this use has governed how the different ways of reasoning in part III are used. Chapter 2 also presents why Danish and Norwegian sources of law are utilised in the study and how they are utilised. In Chapter 3, certain delimitations are presented. Chapter 4 presents the outline of the thesis.

Chapter 5–10: Arguments and Ways of Reasoning

The (above-mentioned) different ways of reasoning and other arguments are examined in Chapters 5–10. In Chapter 5, the different ways of reasoning are introduced. Some remarks regarding terminology are also made.

In Chapter 6, the doctrine of conditions is studied. The doctrine applies to claims that are based on legal acts.¹⁵⁰⁷ The doctrine has a long history in the law of obligations. It is referred to in the literature from the middle of the 19th century to the middle of the 20th century throughout the Scandinavian countries. The doctrine of conditions provides a number of concepts to determine the question of when a claim arises. The concepts of suspensive and resolutive conditions are central. A suspensive conditional claim will be non-conditional¹⁵⁰⁸ – if the condition occurs, while if a resolutive condition occurs, it means that a non-conditional claim ceases. According to the doctrine, a claim is considered to arise if the debtor has become legally bound to it, even if the claim is conditioned by a future and uncertain circumstance occurring, provided that the binding legal effect of the legal act has not been made conditional. The doctrine of conditions thus opens the door for an assessment based on the rules on formation of contracts. Since, these rules determine whether the debtor has become legally bound to a contract or a legal act.

The object of study in Chapter 7 is the principle of the substantial ground of the claim. In the Swedish legal doctrine, the principle has been

¹⁵⁰⁷ Swe: “Rättshandlingar”.

¹⁵⁰⁸ Swe: “Ovillkorad”.

criticised for being insipid. Chapter 7 shows that this criticism reflects a tendency in our Scandinavian legal culture, in which we tend to cast every legal norm in the form of a rule. There is also a resistance to use the meaning of concepts in the legal argumentation. The critique of the principle being insipid is thus not surprising. A principle does not fit into the form of a rule because its construction diverges from that of a rule; the normativity of the principle is of a different kind. When principles are discussed, it is often stated that principles resemble guidelines. The legal consequence of the principle does not always occur, even if it is in itself applicable in the individual case. Therefore, the principle of the substantial ground as a guideline is studied in Chapter 7. The guideline is the agreement, the legal act or the act that causes the damage. From the analysis, it emerges that it is possible to deviate from the guideline, as other considerations can be taken into account when applying the principle. Considerations specific for insolvency law can lead to deviations from the guideline.

In Chapter 8 functionalism is examined. Functionalism has a long tradition in our Scandinavian legal culture. In recent years, the Supreme Court of Sweden has used a functionalistic assessment of the rise of the claim in several cases. The functionalistic assessment can be used if the claim is conditional when a critical time point occurs. In the functionalistic assessment, the question about the rise of the claim transforms, since the purpose of the relevant rules has to be considered and be given significance. The question raised in the functionalistic assessment is if the legal consequence in the relevant rule should be applied (instead of whether a claim has arisen or if the substantial ground of the claim has occurred). This creates an openness towards arguments and principles concerning the consequences of various interpretations of the rise of the claim. The context becomes important. Since the thesis examines the rise of the claim in *insolvency law*, principles of insolvency law become essential, such as the principle of equal treatment of the creditors.

In Chapter 9 systematic arguments are studied. However, these arguments differ from the ways of reasoning mentioned above, in the sense that they do not provide a way that the reasoning can follow from question to answer. Instead, they are used to provide additional arguments – often, these arguments complement other ways of reasoning. The point of departure for systematic arguments is similarity; that similar cases should be treated alike. Depending on the type of similarity that is emphasised, different systematic arguments can be put forth. For example, material similarity exists between the questions of whether an insolvency estate should be accountable and whether a claim is included in a composition. If the material similarity is taken as a starting point, the system-

atic arguments are often similar to the arguments that emanate from the functionalistic assessment. This similarity is not particularly odd, since the functionalistic assessment is often based on the principle of equal treatment of the creditors. In the study, it has also emerged that several of the claims which are not based on a legal act constitute similar cases.

In Chapter 10 the different ways of reasoning (i.e. the doctrine of conditions, the principle of the substantial ground of the claim and functionalism) and systematic arguments are compared. If functionalism is used as a starting point, the doctrine of conditions appears as substantialistic; it seems as the legal solutions are derived from concepts. Substantialism is pejoratively described as *Begriffsjurisprudenz*, in which the benefits of functionalism cannot be achieved. However, Chapter 6 shows that the application of the doctrine of conditions does not entail deduction. It provides a language and opens the door for an assessment of whether the debtor has become legally bound. The difference between the doctrine of conditions and functionalism does not lie in the difference between substantialism and functionalism. The difference is *not* that in the former, the solutions are deducted from the concepts, and that in the latter, normative trade-offs are allowed. The difference between the doctrine of conditions and functionalism lies rather in the kind of normative assessment that will decide the question of the rise of a claim – if it is contract law or insolvency law. In comparison, the principle of the substantial ground of the claim rests against the law of obligations concerning its guideline. However, considerations specific to insolvency law can lead to deviations from the guideline. Conclusively, the choice between different ways of reasoning is a choice between insolvency law and the law of obligations. This conclusion is also illustrated when the different structures of the ways of reasoning are studied in Chapter 10.

Chapter 10 also includes a close-reading of NJA 2009 s 291, where it is examined how the Supreme Court has superordinated the functionalistic assessment and how this superiority can be problematised. It is noted how the Court used principles and concepts even though the use of concepts in legal reasoning is often considered as *Begriffsjurisprudenz* within functionalism. Chapter 5–10 show that there exist several ways of reasoning in regards to the question of the rise of the claim. These Chapters also show that functionalism and substantialism are not suitable descriptions of the different ways of reasoning. The difference between these distinct ways of reasoning is, instead, if the rise of the claim is a matter of the law of obligations or of insolvency law. The task of part III is to find a balance between these two legal frameworks.

Chapter 11–19: The Rise of the Claim as Regards to the Critical Time Points that the Provisions within Insolvency Law Raises

Chapter 11 contains an outline for Chapters 12–19. The Chapter also includes a study of the principle of equal treatment of the creditors. The principle of crystallisation¹⁵⁰⁹ is also examined. These principles are essential for the functionalistic assessment since they serve as benchmarks for what is deemed as (so-called) preferable consequences.

The object of the study in Chapter 12 is to determine in which cases a claim is to be included in insolvency proceedings. To be included, the claim has to have arisen prior to the commencing of the proceedings. If the claim arises after the critical time point, the claim is a debt of the debtor, but the claim does not entitle to payment of dividend in the insolvency proceedings. In the preparatory work of the insolvency act from 1921, it is clear that the question of the rise of the claim should be assessed according to the doctrine of conditions. The question of which claims that are to be included in the insolvency proceedings is linked to the restriction of the debtor's right of disposition in the proceedings. The debtor is not permitted to incur new obligations that may be claimed in the proceedings after the proceedings commence. Therefore, the debtor has to become legally bound to a claim¹⁵¹⁰ before the proceedings commence. Otherwise, the claim is not included in the insolvency proceedings. These arguments can be categorised as systematic arguments. A functionalistic assessment of the question leads to the same solution. Against this background, Chapter 12 establishes a principle of obligation. A claim has arisen when the debtor has become legally bound to the claim. Concerning other types of claims, the principle dictates, *inter alia*, that a claim arises when the act that causes the damage occurs in case of non-contractual claims; that a claim for recovery to an insolvency estate arises through the legal act that establishes the claim; and that a claim for recovery of a mistaken payment arises when the payment is made.

In Chapter 13 it is examined which claim that can be used as a counterclaim¹⁵¹¹ in a set-off. To be used in a set-off, the claim must have arisen before the proceedings commenced. In Chapter 13, it is concluded that the principle of obligation can also be used with regards to the rise of the counter set-off claim, mainly because the question is similar to the one raised in Chapter 12.

¹⁵⁰⁹ Swe: "Frysningsprincipen".

¹⁵¹⁰ Swe: "Förpliktat sig".

¹⁵¹¹ Swe: "Motfordran".

The object of study in Chapter 14 is which claim can be used as a primary set-off claim.¹⁵¹² To be used in a set-off, this type of claim also must have arisen before the proceedings commenced. In the legal doctrine, there has been an ongoing discussion regarding the rise of a primary set-off claim. In the literature, it has been put forward that the creditor should only be allowed to use the claim for a set-off if the debtor or a third party can make the claim non-conditional. This view is in line with the principle of equal treatment of the creditors since a claim that can be used in a set-off is comparable to a secured claim. However, in a number of cases, the Supreme Court of Sweden has not found this way of reasoning to be decisive.¹⁵¹³ Instead, the Court has decided according to the doctrine of conditions. Pursuant to the Court's case-law, a claim for payment arises when the contract is concluded, regardless of whether it is the trustee of the estate, the creditor or a third party that makes the claim non-conditional.¹⁵¹⁴ However, the principle of equal treatment of the creditors has been used by the Supreme Court of Sweden when the primary set-off claim is not measurable¹⁵¹⁵ with the counter set-off claim.¹⁵¹⁶ In these situations, the question if the claim has arisen depends on which of the parties that can make the claims measurable. If it is the trustee, the claim has arisen after the critical time point. If it is the creditor or a third party, the claim has arisen when the contract is concluded. It should also be noted that the principle of obligation applies to non-contractual claims. However, a claim for recovery to an insolvency estate arises through the insolvency proceedings.

Chapter 15 contains a study of post-commencement claims, which are debts of the insolvency estate. Three different questions are essential for how the debt of the insolvency estate arises. The first question is how the bankruptcy estate incurs obligations that are unrelated to the debtor's obligations. Systematic arguments and a functionalistic assessment show that the insolvency estate can incur obligations as any other legal person. The second question is how the insolvency estate assumes¹⁵¹⁷ the debtor's contracts. The legal sources show that this is a question of the rules on formation of contracts. However, the context of the insolvency proceedings must also be considered. This conclusion is also in line with systematic arguments and a functionalistic assessment. The third question concerns situations when the estate has disposed over or dealt with

¹⁵¹² Swe: "Huvudfordran".

¹⁵¹³ See NJA 1916 s 154; NJA 1969 C 1477; NJA 1996 s 368.

¹⁵¹⁴ See NJA 1916 s 154; NJA 1969 C 1477; NJA 1996 s 368.

¹⁵¹⁵ Swe: "Komputabel".

¹⁵¹⁶ See NJA 2009 s 291.

¹⁵¹⁷ Swe: "Inträder".

a performance from the contractual partner of the debtor. In these situations, the insolvency estate can become accountable pursuant to certain provisions within tenancy law, labour law and the sales of goods act.¹⁵¹⁸ In Chapter 15, it is concluded that these provisions need to be supplemented by a general disposal principle. The principle applies if the debtor's contractual partner has had a right to withhold his or her performance when the insolvency proceedings commenced and the bankruptcy estate (after the critical time point) disposed of or dealt with the same performance (so that it cannot be returned substantially unchanged and unreduced). If the principle is applicable, the estate becomes accountable for this performance.

Chapter 16 examines which claims a composition includes in a reorganisation. Only claims which arise before the application for a reorganisation are included in a composition. Chapter 16 shows that the principle of obligation is once again applicable. The principle is also supplemented by the disposal principle. Systematic arguments can be given for this conclusion, since the question is similar to when an insolvency estate is held accountable. Furthermore, the Supreme Court of Sweden has stated that the mutual position of creditors should not be affected by the type of insolvency proceedings involved.¹⁵¹⁹ The conclusion also is in line with cases from the Supreme Court of Sweden and the Supreme Administrative Court of Sweden.¹⁵²⁰ If different solutions were to be chosen regarding which claims that were included in the composition and which claims an insolvency estate was accountable for, creditors would not be treated similarly.

Chapter 17 studies which claims a discharge of debts include. The rules regarding the question of the rise of the claim are similar in the Debt Relief Act and the Debt Relief Act for Entrepreneurs. To be included in the proceedings, a claim has to have arisen prior to when the discharge proceedings commenced. It is concluded that the principle of obligation applies here as well. There is also a specific provision regarding the discharge of debts, whereby a claim is not included if it is not due for payment and is dependent on the creditor providing a consideration at the critical time point. However, this provision needs to be supplemented with the disposal principle for similar reasons as those set out in Chapter 15–16.

In Chapter 18–19 the rise of the claim concerning recovery to the estate is examined. The rise of the claim is used regarding the recovery

¹⁵¹⁸ Swe: "Köplagen".

¹⁵¹⁹ See NJA 2016 s 73.

¹⁵²⁰ See NJA 2014 s 537; HFD 2016 ref 62; AD 2019 nr 22.

of payments. Payment of a debt that occurred later than three months before the critical time point (which is the date an application for insolvency was submitted) can be recovered. Since the payment is to be made of a debt, there must be a debt in order for the payment to be recoverable. The rise of the claim is also used in regard to the recovery of perfected securities. A security that the debtor has transferred later than three months before the critical time point is recoverable if the security was not agreed when the debt had arisen, or the security was transferred with delay after the debt had arisen. In respect of non-contractual claims, the principle of obligation applies as well. With regard to contractual claims, the creditor's right to withhold his or her performance has to be taken into account. A provision of the law of sales of goods gives the creditor a right to withhold his or her performance under certain conditions. However, according to the same provision, the creditor shall continue to perform the contractual obligations provided that the other party provides acceptable security for his or her performance. It is also concluded that this provision applies analogously. It would be an inconsistent order, if securities that are granted according to this provision could be recovered in the insolvency proceedings. Therefore, a systematic argument can be made that a claim has not arisen pursuant to these insolvency provisions if the creditor has not yet performed. A functionalistic assessment also leads to this conclusion. Hence, if the creditor has performed a claim has arisen; a performance principle exists. If this is not applicable, the principle of obligation should apply.

Chapter 20: Synopsis

In the synopsis, the thesis is summarised. The different ways of reasoning and the systematic argument is outlined. It is concluded that the obligation principle generally applies, but that it should be supplemented by the disposal principle and the performance principle. The law of obligations and the law of insolvency are thus intertwined in the question of the rise of the claim in insolvency law.

Källförteckning

Offentligt tryck

Svenskt offentligt tryck

Underdåniga förslag till konkurslag samt förändrad lagstiftning i andra
dermed sammanhang ägande ämnen, Stockholm 1859 (cit som:
”1859 års förslag till konkurslag”)

Förslag till lag om köp och byte af lös egendom äfvensom till andra
därmed sammanhängande författningar, Stockholm 1903 (cit som:
”1903 års förslag till lag om köp och byte av lös egendom”)

Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs
äfvensom till andra därmed sammanhängande författningar afgifna
af därtill utsedda kommitterade, Stockholm 1911 (cit som: ”1911 års
förslag till konkurslag”)

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrät-
tens område, lag om avbetalningsköp m.m., Stockholm 1914 (cit
som: ”Förslag till avtalslagen”)

NJA II 1901 nr 1	Nya lagberedningens förslag till ”Lag om köp och byte” m.m. jämte motiv och Högsta domstolens utlåtande i ärendet
NJA II 1921 nr 3	Den nya lagstiftningen angående konkurs och ackordsförhandling utan konkurs
Prop 1970:20 B	med förslag till jordabalk
Prop 1970:136	med förslag till ackordslag m.m.
Prop 1970:142	med förslag till förmånsrättslag, m.m.
Prop 1972:5	med förslag till skadeståndslag m.m.
Prop 1975:6	om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.
Prop 1975:103	med förslag till ny aktiebolagslag m.m.
Prop 1975/76:12	med förslag till lag om ändring i förmånsrättslagen (1970:979) m.m.

Prop 1978/79:105	med förslag till ändring i konkurslagen (1921:225), m.m.
Prop 1979/80:119	om preskriptionslag, m.m.
Prop 1983/84:128	med förslag till lag om företagshypotek m.m.
Prop 1986/87:1	om äktenskapsbalk m.m.
Prop 1986/87:90	om ny konkurslag
Prop 1988/89:76	om ny köplag
Prop 1990/91:63	om handelsagentur
Prop 1993/94:123	Skuldsaneringslag
Prop 1995/96:5	Lag om företagsrekonstruktion
Prop 2000/01:150	Likvidation av aktiebolag m.m.
Prop 2002/03:49	Nya förmånsrättsregler
Prop 2004/05:57	Lönegaranti vid företagsrekonstruktion
Prop 2005/06:124	Ett enklare och snabbare skuldsaneringsförfarande
Prop 2007/08:161	Företagshypotek – en bättre säkerhet för lån till företag
Prop 2008/09:88	Ny kommissionslag
Prop 2015/16:5	Genomförande av krishanteringsdirektivet
Prop 2015/16:125	Skuldsanering, Förbättrade möjligheter för överskuldssatta att starta om på nytt
Ds 2003:17	Lönegaranti vid företagsrekonstruktion
SOU 1935:14	Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m.m.
SOU 1947:38	Lagberedningens förslag till jordabalk I
SOU 1968:41	Utsökningsrätt VII, Ackordsförhandling
SOU 1969:5	Utsökningsrätt IX, Förmånsrättsordning m.m.
SOU 1970:75	Utsökningsrätt X, Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m
SOU 1976:66	Köplag
SOU 1983:24	Ny konkurslag
SOU 1983:60	Återvinning i konkurs
SOU 1990:74	Skuldsaneringslag
SOU 1992:113	Lag om företagsrekonstruktion
SOU 1999:1	Nya förmånsrättsregler

SOU 2000:62	Ny konkurstillsyn
SOU 2001:80	Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden
SOU 2004:81	Ett steg mot ett enklare och snabbare skuldsaneringsförfarande
SOU 2010:2	Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag (del 1 och 2)
SOU 2013:72	Ut ur skuldfällan
SOU 2015:18	Lösöreköp och registerpant
SOU 2016:72	Entreprenörskap i det tjugoförsta århundradet (del 1 och 2)
Betänkande 1995/96:LU11	Lagutskottets betänkande 1995/96:LU11
Kommittédirektiv 2019:60	Kommittédirektiv från Justitiedepartementet, Nya regler om företagsrekonstruktion

Danskt offentligt tryck

Udkast til Lov om Gældsbreve, København 1935

Bet 1971:606	konkurs og tvangsakkord
Bet 1982:957	om gældssanering
Bet 1983:983	om betalingsstandsning
Bet 2004:1449	om gældssanering
Bet 2009:1512	om rekonstruktion mv.

Finskt offentligt tryck

Regeringens proposition till riksdagen 26/2003	med förslag till revidering av konkurslagstiftningen
--	--

Norskt offentligt tryck

Ot prop nr 50 (1980–1981)	Om A) lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m
Ot prop nr 26 (1998–1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v

Ot prop nr 99 (2001–2002)	Om lov om endringer i lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner
Prop 75 L (2019–2020)	Om midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven)
NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1993:16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v

Soft law

- Rescue of Business in Insolvency Law, European Law Institute, Vienna 2017
- Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, Möller, Mikael (red), Stockholm 2016
- Unictral, Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005

Litteratur

- Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter & Sandvik, Siv*, Dekningsloven, Med kommentarer, Oslo 2015
- Adestam, Johan & Arvidsson, Niklas*, Lag om skuldebrev (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Adlercreutz, Axel*, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal, Nordisk Gjenklang festschrift til Carl Jacob Arnholm, Oslo 1969, s 293 ff
- Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva*, Avtalsrätt I, 14 uppl, Lund 2016
- Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann*, Svensk arbetsrätt, 14 uppl, Stockholm 2013
- Agell, Anders*, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen, Med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige, SvJT 2002, s 243 ff
- Skadestånd vid obehöriga förfoganden över annans egendom, Festschrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s 23 ff
- Ahländer, Björn*, Är juridiken en vetenskap?, Stockholm 1950
- Ahlinder, Elisabeth*, Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag, Köp, pant, hyra och jordabalkens gränser, Stockholm 2013
- Almén, Tore*, Skandinavisk rättspraxis på köplagens område, TFR 1919, s 265 ff

- Almén, Tore & Eklund, Rudolf*, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 9 uppl, Stockholm 1968 (cit som: "Almén & Eklund, Avtalslagen")
- Om köp och byte av lös egendom, Kommentarer till lagen den 20 juni 1905, 4 uppl, Stockholm 1960
- Almkvist, Gustaf*, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt, Om straffansvaret i 8 och 10 kap. brottsbalken och dess förhållande till civilrätten, Uppsala 2020
- Almlöf, Hanna*, Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlighet, En aktiebolagsrättslig studie om ägarledda bolag, Stockholm 2014
- Alvesson, Mats & Skoldberg, Kaj*, Tolkning och reflektion, Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod, 3 uppl, Lund 2017
- Andenas, Mads Henry*, Konkurs, 3 uppl, Oslo 2009
- Andersson, Hans & Ehrstedt, Lars*, Vårdplikt för tredje mans lösöre vid konkurser – en replik, (preprint) SvJT 2020 (svjt.se, 2020-07-01)
- Andersson, Håkan*, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok I, Uppsala 2013
- Barthesianska meditationer, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, København 2003, s 71 ff
 - Constructive Deconstruction, A Test of Postmodern Legal Reasoning, The Example of Third Party Losses on the Borderline between Tort Law and Contract Law, Andenas, Mads & Jareborg, Nils (red), Anglo-Swedish Studies in Law, Uppsala 1999, s 356 ff
 - Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok III, Uppsala 2017
 - Gränsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok II, Uppsala 2013
 - Pragmatism och formalism, Simultana tendenser i rättsbildningen, Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W Dufwa, Stockholm 2006, s 53 ff
 - Skyddsändamål och adekvans, Om skadeståndsansvarets gränser, Uppsala 1993
- Andreassen, Jens Edvin*, Factoringpant, Om samlet pantsettelse av enkle pengekrav som næringsdrivende har og/eller får i sin næringsvirksomhet, Oslo 1990
- Andreasson, Jens*, En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation – utifrån exemplet upphovsrättshavarens ställning i konkurs, SvJT 2006, s 437 ff
- Inlösen, äganderättsövergång och "legal transplants", SvJT 2005, s 522 ff
 - Intellectuella resurser som kreditsäkerhet, En förmögenhetsrättslig undersökning, Göteborg 2010

- Andreasson, Jens, Faber, Wolfgang, Gangopadhyay, Shubhashis, Martinson, Claes & Sjögren, Stefan*, Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip?, SvJT 2015, s 709 ff (cit som: "Andreasson, J, m fl, Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip?")
- Arendt, Hannah*, Introduction, Walter Benjamin: 1892–1940, Benjamin, Walter, Illuminations, Essays and Reflections, New York 2019, s VII ff (cit som: "Arendt, Walter Benjamin")
- Arnerstål, Stojan*, Varumärket som kontraktsföremål, Uppsala 2014
- Arnesdotter, Ingrid*, Om betalningsinställelse och offentligt ackord, Stockholm 1982
- Arnholm, Carl Jacob*, Privatrekt I, Almindelig privatrekt, Oslo 1964
- Streiftog i obligasjonsretten, Oslo 1939
- Askeland, Bjarte*, Om tidsforståelse i erstatningsretten, Tfr 2014, s 304 ff
- Asp, Petter*, EU & straffrätten, Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten, Uppsala 2002
- Augdahl, Per*, refererat av Willoch, Erik, Forelesninger i konkurs, Oslo 1959
- Baker, Gordon P & Hacker, Peter Michael Stephan*, Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity, An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, Volume 2, Oxford 1985
- Baldersheim, Erlend*, Til tingsrettens teori, Oslo 2017
- Belfrage, Kurt*, De nya konkurslagarna, I populärt sammandrag, Stockholm 1922
- Bellander, Henrik*, Rättegångskostnader, Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål, Uppsala 2017
- Bengtsson, Bertil*, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012–13, s 743 ff
- Om preskription av sena skadeståndskrav, Festskrift till Mikael Mellqvist, Stockholm 2020, s 11 ff
- Ändringsdispens och prejudikatdispens, Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Del 1, Lund 1990, s 267 ff
- Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erlend*, Skadeståndslagen (Norstedts Juridik, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Benjamin, Walter*, Theses on the Philosophy of History, Illuminations, Essays and Reflections, översatt av Harry Zohn, New York 2019, s 196 ff
- Benndorf, Fredrik & Morgell, Nils-Bertil*, Skuldsaneringslagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Berning, Jesper*, Omstødelse i konkurs og den sikrede kreditor, Tfr 1975, s 21 ff

- Bernitz, Ulf, Pehrson, Lars, Rosén, Jan & Sandgren, Claes*, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 14 uppl, Stockholm 2017
- Bjuvberg, Jan*, Företagsekonomi för jurister, Redovisning, räkenskapsanalys och kalkylering, 4 uppl, Lund 2019
- Redovisningens betydelse för beskattningen, Stockholm 2006
- Björkdahl, Erika P*, Hyra av bostad och lokal, 2 uppl, Uppsala 2018
- Björling, Erik*, Rättstillämpningens tystnad, En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen, Göteborg 2017
- Björne, Lars*, Om äganderättsbegreppet, Festskrift till Ditlev Tamm, Liber Amicorum Ditlev Tamm, Law, history and culture, København 2011, s 247 ff
- Realism och skandinavisk realism, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del IV 1911–1950, Stockholm 2007
- Blandhol, Sverre*, Nordisk rettspragmatisme, Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode, København 2005
- Bork, Reinhard*, Principles of Cross-Border Insolvency Law, Cambridge 2017
- Bramsjö, Sven*, Om avtals återgång, En studie över innehållet i återgångspåföljden, Lund 1950
- Brækhus, Sjur*, Konkursrett, Utvalgte emner, Oslo–Bergen–Tromsø 1970
- Motregning i konkurs, Jussens Venner 1952, s 81 ff
 - refererat av Lundgaard, Hans Petter, Materiell konkurs- og eksekusjonsrett, i utdrag, Oslo 1971
- Bunæs, Runa, Borge-Andersen, Lars, Dey, Alexander & Løkken Sundet, Norunn*, Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, 2 uppl, Oslo 2009
- Bylander, Eric*, Avgöranden utan plenum i Högsta domstolen, JT 2011–12, s 503 ff
- Bäärnhielm, Mauritz & Gerleman, Erik*, 8 kap, Arrende i allmänhet, kapitel i Beckman, Lars K, Bäärnhielm, Mauritz, Cederlöf, Joakim, Gerleman, Erik, Hermansson, Magnus, Larsson, Nils, Lindberg, Magnus, Millqvist, Göran och Synnergren, Stieg, jordabalken, En kommentar till JB och anslutande författningar, 2 uppl, Stockholm 2012, s 168 ff (cit som: ”Bäärnhielm & Gerleman, 8 kap, Arrende i allmänhet”)
- Børresen, Pål B*, Konkurs, Enkeltforfølgning, gjeldsforhandlinger og konkurs, 7 uppl, Oslo 2013
- Caputo, John David*, A Commentary, Deconstruction in a Nutshell, Caputo, John David (red), Deconstruction in a Nutshell, New York 1997, s 29 ff (cit som: ”Caputo, Deconstruction in a Nutshell”)

- Hermeneutics, Facts and Interpretation in the Age of Information, London 2018
- Radical Hermeneutics, Repetition, Deconstruction and the Hermeneutic Project, Bloomington–Indianapolis 1987
- Chamberlain, Johanna*, Integritet och skadestånd, Om skyddet för personuppgifter och privatliv i svensk rätt, Uppsala 2020
- Cohen, Felix S*, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review, 1935, s 809 ff
- Conant, James*, Wittgenstein on Meaning and Use, Philosophical Investigations, 1998, s 222 ff
- Corbin, Arthur, L*, Legal Analysis and Terminology, The Yale Law Journal, 1919–1920, s 163 ff

- Dalberg-Larsen, Jørgen*, Hvad udgør rettens kærne, Retsafgørelser, retsregler eller retsprincipper?, Dalberg-Larsen, Jørgen & Lemann Kristiansen, Bettina (red), Om retsprinciper, København 2004, s 11 ff
- Danhard, Erik*, Konkursarbetsrätt, Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion, 6 uppl, Stockholm 2018
- Derlén, Mattias & Lindholm, Johan*, Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?, En empirisk granskning av Högsta domstolen, SvJT 2016, s 143 ff
- Derrida, Jacques*, Lagens kraft, Auktoritetens mystiska fundament, översatt av Spindler, Fredrika, Stockholm–Stehag 2005
- Margins of Philosophy, översatt av Bass, Alan, Chicago 1982
- Of Grammatology, översatt av Spivak, Gayatri Chakravorty, Baltimore 2016
- Positions, översatt av Bass, Alan, London 1981
- The Villanova Roundtable, A Conversation with Jacques Derrida, Caputo, John David (red), Deconstruction in a Nutshell, New York 1997, s 1 ff
- Writing and Difference, översatt av Bass, Alan, Abingdon 2001
- Descartes, René*, Avhandling om metoden, Valda skrifter, översatt av Marc-Wogau, Konrad, Göteborg 2017, s 27 ff
- Betraktelser över den första filosofin, Valda skrifter, översatt av Marc-Wogau, Konrad, Göteborg 2017, s 91 ff
- Di Ceglie, Donatella*, Gadamer, A Philosophical Portrait, översatt av Keane, Niall, Bloomington 2013
- Diamond, Cora*, Rules: Looking in the Right Place, Wittgenstein: Attention to Particulars, Essays in Honour of Rush Rhees, Houndmills–Basingstoke–Hampshire–London 1989, s 12 ff

- The Realistic Spirit, Wittgenstein, Philosophy, and the Mind, Cambridge–London 1991
- Domeij, Bengt*, Hävning av immaterialrättsöverlåtelse när köparen är insolvent, JT 2011–12, s 129 ff
- Patentavtalsrätt, Licenser, överlåtelser och samägande av patent, 2 uppl, Stockholm 2010
- Dotevall, Rolf*, Avtal, Lund 2017
- Drews Jensen, Gert*, Gældssanering, 2 uppl, København 1998
- Dworkin, Ronald*, Law's Empire, Oxford 1986
- Taking Rights Seriously, London–New York 1997

- Eckhoff, Torstein*, Litt om det juridiske rettighetsspråk, Festskrift til Alf Ross, København 1969, s 63 ff
- Edwards, James C*, The Authority of Language, Heidegger, Wittgenstein and the Threat of Philosophical Nihilism, Tampa 1990
- Ek, Mikael*, Leveranser och unionsinterna förvärv i mervärdesskatterätten, Uppsala 2019
- Ekdahl, Curt*, Om fordran i konkurs, Stockholm 1935
- Ekeberg, Birger & Benckert, Karl*, Obligationsrättens speciella del I, Efter föreläsningar av professorerna Birger Ekeberg & Karl Benckert, Översedd av professor Håkan Nial, 11 uppl, Stockholm 1957
- Ekelöf, Per Olof*, En essay om tolkning och mening, Kungl Vetenskaps-samhällets i Uppsala årsbok 20/1976, Uppsala 1976, s 5 ff
- Juridisk slutledning och terminologi, TfR 1945, s 211 ff
- Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken, Festskrift till-ägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s 151 ff
- Teleological Construction of Statutes, Lindblom, Per Henrik (red), Per Olof Ekelöf, Valda skrifter 1942–1990, Uppsala 1991, s 127 ff
- Till frågan om rättighetsbegreppet, TfR 1946, s 309 ff
- Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?, SvJT 1952, s 546 ff
- Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik*, Rättsmedlen, 12 uppl, Uppsala 2008
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael*, Rättegång, Första häftet, 9 uppl, Stockholm 2016 (cit som: "Ekelöf, m fl, Rättegång I")
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael*, Rättegång, Femte häftet, 8 uppl, Stockholm 2011 (cit som: "Ekelöf, m fl, Rättegång V")
- Ekström, Fritz Walter*, Om villkorliga rättsärenden, Närmast med hänsyn till romersk och nu gällande tysk rätt, Helsingfors 1908
- Elwing, Carl M*, Konkurslagstiftningen, Med kommentar, Uppsala 1973
- Konkursläran i huvuddrag, Lund 1984

- Endestad, Merete*, Opphavsrett og konkursbeslag, En formuerettslig analyse av opphavsrettigheter som dekningsobjekt, Bergen 2018
- Evald, Jens*, Om retsprinsipper i formueretten, Dalberg-Larsen, Jørgen & Lemann Kristiansen, Bettina (red), Om retsprinsipper, København 2004, s 109 ff
- von Eyben, Bo & Isager, Helle*, Lærebog i erstatningsret, 9 uppl, København 2020
- Faber, Wolfgang*, Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective, Rules for the Transfer of Movables, A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Faber, Wolfgang & Lurger, Brigitta, European Legal Studies, Volume 6, München 2008, s 97 ff
- Fehér, István M*, Hermeneutics and Ontology, Keane, Nial & Lawn, Chris (red), The Blackwell Companion to Hermeneutics, Chichester 2016, s 162 ff
- Prejudice and Pre-Understanding, Keane, Nial & Lawn, Chris (red), The Blackwell Companion to Hermeneutics, Chichester 2016, s 280 ff
- Feyerabend, Paul*, Against Method, 4 uppl, London–New York 2010
- Fletcher, Ian F*, The Law of Insolvency, 5 uppl, London 2017
- Flodin, Jonny*, jordabalken (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Konkursbo massansvarigt för obehörigt nyttjande av lokal efter att hyresavtalet upphört, JT 2007–08, s 110 ff
- Forssell, Hans*, Tredjemansskyddets gränser, En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter, Stockholm 1976
- Forsström, Jan*, Preskription av fordringar, Kommentar till den nya lagen, Stockholm 1982
- Friberg, Nils*, Ansvarsformteorin, Uppkomsttidpunkten för en fordran på inomkontraktuell skadestånd, JT 2014–15, s 328 ff
- Friberg, Sandra*, Kränkingsersättning, Skadestånd för kränkning genom brott, Uppsala 2010
- Fridström Montoya, Therése*, Homo juridicus, Den kapabla människan i rätten, Uppsala 2017
- Leva som andra genom ställföreträdare, En rättslig och faktisk paradox, Uppsala 2015
- Fridström Montoya, Therése & Kindström Dahlin, Moa*, Förvalterskap som skydd mot beslut fattade under förälskelse?, En analys av NJA 2018 s. 350, SvJT 2019, s 354 ff

- Frändberg, Åke*, Några drag i svensk allmän rättslära och rättsfilosofi efter Hägerström, Frändberg, Åke (red), Rättsordningens idé, En antologi i allmän rättslära, Uppsala 2005, s 375 ff
- Fura, Elisabet*, En offensiv Högsta domstol – en kommentar, SvJT 2014, s 101 ff
- Gadamer, Hans-Georg*, Philosophical Hermeneutics, översatt av Linge, David E, Berkeley–Los Angeles 1976
- Truth and Method, översatt av Weinsheimer, Joel & Marshall, Donald G, London–New York 2013
- Gam Madsen, Henrik*, Modregning med uklare krav, Standpunktsrisiko ved modregning og ophævelse med særlig fokus på lejeforhold, København 2009
- Gerhard, Peter*, Köprättens grunder, 14 uppl, Stockholm 2018
- Gomard, Bernhard*, Skifteret, 2 uppl, København 1969
- Gomard, Bernhard & Iversen, Torsten*, Obligationsret 4. del, 2 uppl, København 2017
- Grauers, Per Henning*, Person och avtal, En kortfattad inledning till person- och avtalsrätten, 4 uppl, Malmö 2017
- Graver, Hans Petter*, Gjeldsordningsloven, Med kommentarer, 2 uppl, Oslo 1996
- I prinsippet prinsipiell, Om rettsprinsipper, Tfr 2006, s 189 ff
- Gregow, Torkel*, Obiter dictum, Något att uppmuntra eller motarbeta?, JT 2015–16, s 36 ff
- Preskription och preklusion av fordringar, Innebörden av regleringen i preskriptionslagen och lagen om kallelse på okända borgenärer, Stockholm 2020
- Svensk rättspraxis, Exekutionsrätt 1982–1990, II Konkursrätt, SvJT 1993, s 181 ff (cit som: ”Gregow, Svensk rättspraxis – exekutionsrätt”)
- Utsökningsrätt, 4 uppl, Stockholm 2012
- Grondin, Jean*, The Hermeneutical Circle, Keane, Nial & Lawn, Chris (red), The Blackwell Companion to Hermeneutics, Chichester 2016, s 299 ff
- Grönfors, Kurt*, Ändamål och funktion, JT 1999–00, s 523 ff
- Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf*, Avtalslagen, En kommentar, 5 uppl, Stockholm 2016
- Gustafsson, Håkan*, Dissens, Göteborg 2011
- Rättens polyvalens, En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet, Lund 2002
- Gustafsson, Lars Eric & Renman, Hans*, Ackord, Stockholm 2018

- Gustafsson, Martin*, Entangled Sense, An Inquiry into the Philosophical Significance of Meaning and Rules, Uppsala 2000
- Göranson, Ulf*, Traditionsprincipen, De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Uppsala 1985
- Hacker, Peter Michael Stephan*, Wittgenstein: Connections and Controversies, Oxford 2001
- Hagelberg, Ronney*, Kvittning i konkurs, Kan en fordran, som har sin grund i ett avtal som träffats före konkursen, utnyttjas vid kvittning enligt 5 kap. 15 § konkurslagen (1987:672)?, JT 2009–10, s 907 ff
- Hagerup, Francis*, Konkurs og akkordforhandling, 4 uppl (av Paulsen, P I), Oslo 1932
- Hagström, Viggo*, Obligasjonsrett, 2 uppl, Oslo 2011
- Hansson, Mikael*, Kollektivavtalsrätten, En rättsvetenskaplig berättelse, Uppsala 2010
- Hart, Herbert Lionel Adolphus*, The Concept of Law, 3 uppl, Oxford 2012
- Hassler, Åke*, Konkursrätt, Efter föreläsningar av professor Åke Hassler, 7 uppl, Stockholm 1958
- Havansi, Erkki*, Recension av Lennander, Återvinning i konkurs, JFT 1985, s 547 ff
- Heiberg, Henry, Lindencrone Petersen, Lars & Ørgaard, Anders*, Rekonstruktionsret, 5 uppl, København 2018
- Heidbrink, Jacob*, Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt, 2 uppl, Lund 2019
- Tankar om kontraktfordringars uppkomst, JT 2010–11, s 858 ff
- Heidegger, Martin*, On the Way to Language, översatt av Hertz, Peter D, New York 1971
- Vara och tid, översatt av Jakobsson, Jim, Göteborg 2013 (Sidhänvisningarna avser originalpaginering i den tyska utgåvan från 1927, vilka finns i marginalen på den svenska utgåvan.)
- Helander, Bo*, Kreditsäkerhet i lös egendom, Sakrättsliga spørsmål, Lund 1984
- Hellborg, Sabina*, Diskrimineringsansvar, En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering, Uppsala 2018
- Hellner, Jan*, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, Stockholm 1993
- Metodproblem i rättsvetenskapen, Studier i förmögenhetsrätt, Visby 2001
- Rättsteori, En introduktion, 2 uppl, Stockholm 1994
- Skadeståndsrätt, 4 uppl, Stockholm 1985

- Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden, Festskrift till Knut Rodhe, Studier i krediträtt och associationsrätt, Stockholm 1976, s 235 ff
- Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H*, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Andra häftet, Allmänna ämnen, 7 uppl, Stockholm 2020 (cit som: "Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Allmänna ämnen")
- Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Första häftet, Särskilda avtal, 7 uppl, Stockholm 2019 (cit som: "Hellner, m fl, Speciell avtalsrätt II, Särskilda avtal")
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus*, Skadeståndsrätt, 10 uppl, Stockholm 2018
- Hellners, Trygve & Mellqvist, Mikael*, Lagen om företagsrekonstruktion, En kommentar, 2 uppl, Stockholm 2013
- Skuldsaneringslagen, En kommentar till 2006 års lag, 2 uppl, Stockholm 2011
- Henrikson, Ann-Sofie & Ingvarsson, Torbjörn*, Överskudsättning och skuldrådgivning i socialtjänsten, Stockholm 2019
- Henriksson, Per*, Översikt över det sakrättsliga skyddet för upphovsrätt, Persson, Annina H, Levin, Marianne & Wolk, Sanna (red), Immaterialrätt & sakrätt, Stockholm 2002, s 136 ff
- Herre, Johnny*, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna, Bryde Andersen, Mads, Bärlund, Johan, Flodgren, Boel & Giertsen, Johan (red), Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015, s 105 ff
- Hessler, Henrik*, Allmän sakrätt, Om det förmögenhetsrättsliga tredje-mansskyddets principer, Stockholm 1973
- Heuman, Lars*, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning, Generaliseringar, logik och argumentation, Stockholm 2018
- Prejudikat som innehåller konkretiseringar av rekvisit eller rättsgrundsatser som består av tillräckliga eller nödvändiga betingelser, JT 2015–16, s 757 ff
- Specialprocess, Utsökning och konkurs, 8 uppl, Stockholm 2020
- Värdet av en stabil praxis och behovet av en omläggning av praxis, SvJT 2020, s 453 ff
- Hillgård, Karl*, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, Lund 1923
- Hindborg, Lilian*, Gældssanering i praksis og gældssanering i konkurs, 4 uppl, København 2017
- Hohfeld, Wesley Newcomb*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, The Yale Law Journal, 1913–1914, s 16 ff

- Holm, Anders*, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköping 2004
- Holm, Cyril*, Bearing and Sharing Risk in the Swedish Welfare State, Dyson, Matthew (red), Regulating Risk through Private Law, Cambridge 2018, s 323 ff
- Holmqvist, Leif & Thomsson, Rune*, Hyreslagen, En kommentar, 12 uppl, Stockholm 2019
- Horkheimer, Max*, Eclipse of Reason, New York 1947
- Hov, Jo & Høgberg, Alf Petter*, Obligasjonsrett, 2 uppl, Oslo 2017
- Hult, Daniel*, Lagstiftningens ändamålsenlighet, En regleringsteoretisk utvärdering av fjärrvärmelagens potential att skapa förtroende, Stockholm 2015
- Hult, Phillips*, Conductio indebiti, Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt, Uppsala 1947, s 230 ff
- Hultgren, Peter*, Fel i tjänst, Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, Umeå 2019
- von Humboldt, Wilhelm*, On Language, The Diversity of Human Language–Structure and its Influence on the Mental Development of Mankind, översatt av Heath, Peter, Cambridge 1988
- Huser, Kristian*, Gjeldsforfølgingsrett, Om inndrivelse og sanering av gjeld ved inkasso, tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs, Bergen 1995
- Gjeldsforhandling & konkurs, Bind 2, Bergen 1988 (cit som: ”Huser, Bind 2”)
 - Gjeldsforhandling & konkurs, Bind 3, Omstøtelse, Bergen 1992 (cit som: ”Huser, Bind 3, Omstøtelse”)
- Håstad, Torgny*, Almén och sakrätten, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Uppsala 1999, s 203 ff
- Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera, Bryde Andersen, Mads, Bärlund, Johan, Flodgren, Boel & Giertsen, Johan (red), Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid, København 2015, s 165 ff
 - Derivative Acquisition of Ownership of Goods, ERPL 2009, s 725 ff
 - Immaterialrätt och konkurs, Insolvensrättsligt forum 1997, Uppsala 1997, s 45 ff
 - Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002–03, s 745 ff
 - Konsekvens i rättssystemet, Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997, s 403 ff
 - Köprätt, Och annan kontraktsrätt, 6 uppl, Uppsala 2009
 - Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988, s 224 ff

- Nordiska önskemål vid en integration av säkerhetsrätten, Tuominen, Salla (red), *Civilrättens integration ur nordisk synvinkel*, Helsingfors 2001, s 49 ff
- Om skenbara och verkliga rättsgrundsatser, Vänbok till Lena Olsen, Uppsala 2019, s 143 ff
- Prejudikat eller lagstiftning?, Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018, s 299 ff
- Rättsdogmatik in absurdum?, SvJT 2017, s 357 ff
- Sakrätt, Avseende lös egendom, 1 uppl, Stockholm 1982
- Sakrätt, Avseende lös egendom, 6 uppl, Stockholm 1996
- Supplement 2004 till Sakrätt, Avseende lös egendom, 6 uppl, Stockholm 2004

Hästad, Torgny, Björkdahl, Erika P, Brattström, Margareta & Zackariasson, Laila, *Civilrättens grunder*, 2 uppl, Uppsala 2020

Hästad, Torgny & Lambertz, Göran, *Förbättring av företagsintecknad egendom under konkurs, Några följdfrågor i anslutning till det s.k. Minitube-målet*, SvJT 1985, s 257 ff

Hägge, Ulrik, *Fordrans uppkomst vid offentligt ackord*, 3 kap 3 § lagen om företagsrekonstruktion, SvJT 2011, s 290 ff

- Återvinning i konkurs efter fusion av dotterbolag, SvJT 2006, s 900 ff

Hägglund, Kent, *Vidareöverlåtelseförbudet och begränsningar i spridningsrätten för upphovsrätt i konkurs*, *Insolvensrättsligt forum* 1997, Uppsala 1997, s 40 ff

Høgberg, Alf Petter, *Domstolspraksis som rettskildefaktor*, Høgberg, Alf Petter & Øyrehagen Sunde, Jørn (red), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s 259 ff

- Forvaltningsrettslig 'ugyldighet' som kopplingsbegrep, Tøssebro, Henriette N (red), *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Oslo 2019, s 129 ff

Høilund, Peter, *Retsanvendelsens etik, Om dømmekraft*, København 1995

Højlund Christensen, Lasse, *En utrykt dom – og lidt om konneks modregning*, *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* 2008, s 361 ff

- Fremtidige fordringer, Særligt med henblik på omstødelse, København 1999
- Nogle betragtninger vedrørende konkurslovens 70 §, Lyng Andersen, Lennart (red), *Erhvervskreditretlige emner*, København 2004, s 55 ff

Illum, Knud, *Modregning i konkurs, En kritisk undersøgelse under hensyntagen til dansk og fremmed ret*, København 1934

- Ingvarsson, Torbjörn*, *Condictio indebiti*, Taberg 2016
- Den som går i borgen går i sorgen, Skuldsaneringslagen aktualiserar gammalt ordspråk, JT 1994–95, s 1123 ff
 - Fordringsrätt, En lärobok, Stockholm 2017
 - Ogiltighet och rättsföljd, Stockholm 2012
- Isaksson, Dan*, Konkurslagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Iversen, Torsten*, *Obligationsret* 3. del, 3 uppl, På grundlag af Gomard, Bernhard, *Obligationsret*, København 2018
- Jacobson, Herbert*, Preskriptionens funktioner, Fordringsrättsliga och ersättningsrättsliga problem i komparativ belysning, Stockholm 2005
- Jakobsen, John*, Genmæle fra en frisørsvend, U 1995B, s 330 ff
- Omstødelse af sikkerhedsstillelse i et løbende mellemværende, U 1993B, s 297 ff
- Janik, Allan & Toulmin, Stephen*, Wittgenstein's Vienna, Chicago 1996
- Jareborg, Nils*, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s 1 ff
- Vad är en princip?, Festschrift till Åke Frändberg, Uppsala 2003, s 137 ff
- von Jhering, Rudolf*, Geist des römischen Rechts, Auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil, Erste Abtheilung, 2 uppl, Leipzig 1871
- Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 5 uppl, Leipzig 1892
- Johansson, David*, Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång, Uppsala 2020
- Johansson, Svante O*, Stoppningsrätt under godstransport, Stockholm 2001
- Karlgrén, Hjalmar*, Kutym och rättsregel, En civilrättslig undersökning, Stockholm 1960
- Kvittning och condictio indebiti, SvJT 1940, s 331 ff
 - Studier i allmän avtalsrätt, Lund 1935
- Karlsson-Tuula, Marie*, Gåldenärens avtal, Vid företagsrekonstruktion och konkurs, 3 uppl, Stockholm 2017
- se även Tuula, Marie
- Keller, Marek*, Konkurs och process, Uppsala 2020
- Kelsen, Hans*, Den rena rättsläran, 2 uppl, översatt av Bindreiter, Uta, Stockholm 2008
- Kleinman, Jan*, Från prejudikatinstans till lagstiftare?, Högsta domstolens ökade aktivism, JT 2014–15, s 495 ff

- Om uppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper, Exemplet contra bonos mores som en dolusprincip i svensk rätt, Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018, s 381 ff
- Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, Ett förord och något mer, Kleineman, Jan (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, Stockholm 2019, s 9 ff
- Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen, Festskrift till Gertrud Lennander, Stockholm 2010, s 157 ff (cit som: "Kleineman, Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen")
- Rättsdogmatisk metod, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red), Juridisk metodlära, 2 uppl, Lund 2018, s 21 ff

Knoph, Ragnar, Utviklingslinjer i moderne formuerett, Oslo 1934

Knutsson, Anders, Tore Almén. Rättsvetenskapsman, lagstiftare, domare – och mer därtill, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Uppsala 1999, s 7 ff

Kuld Hansen, Torben & Lindencrone Petersen, Lars, Gældssanering – status 2019, 4 uppl, København 2019

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet, Inledning till den individuella arbetsrätten, 5 uppl, Uppsala 2019

Könkkölä, Mikko, Om de nordiska återvinningsreglernas funktionalitet, Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 1999, Oslo 2000, s 371 ff

Larsson, Nils & Synnergren, Stieg, Arrende- och andra nyttjanderättsavtal i praktiken, 5 uppl, Stockholm 2018

- Kommersiella hyres- och arrendeavtal i praktiken, 5 uppl, Stockholm 2015

Larsson, Sven, Några anmärkningar angående kvittning i rättegång, SvJT 1961, s 81 ff

Larsson, Ylva & Morgell, Nils-Bertil, Skatteverket som borgenär, Stockholm 2016

Lassen, Jul, Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del, 3 uppl, København 1917–1920

- Lærebog i romersk Privatrekt, København 1911

Lawski, Sven, Konkurs- och ackordslagarna, Jämte dithörande författningar, 13 uppl, Stockholm 1947

Légrand, Pierre, Siting Foreign Law: How Derrida Can Help, Duke Journal of Comparative & International Law, 2010–2011, s 595 ff

- Word/World (of Primordial Issues for Comparative Legal Studies), Petersen, Hanne, Kjær, Anne Lise, Krunke, Helle & Rask Madsen, Mikael (red), Paradoxes of European legal integration, Aldershot 2008, s 185 ff

- Lehrberg, Bert*, Avtalsrättens grundelement, 3 uppl, Uppsala 2020
- Förutsättningsläran, Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Uppsala 1989
 - Köprätt enligt 1990 års köplag, Uppsala 2008
 - Praktisk juridisk metod, 12 uppl, Uppsala 2020
 - Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet, Särskilt om bestämningen av rättshandlingens identitet vid beräkningen av återvinningsfristen, Festskrift till Gösta Walin, Stockholm 2002, s 279 ff
- Lejman, Fritjof*, Bidrag till läran om återvinning i konkurs, Uppsala 1939
- Lennander, Gertrud*, Gälldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande, JT 1992–93, s 318 ff
- Konkursboets inträde i gälldenärens avtal, JT 1989–90, s 113 ff
 - Konkurslagen (Karnov, <https://pro.karnovgroup.se>)
 - Säljarens rätt att återkräva obetalda varor från en insolvent köpare, Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s 311 ff
 - Vad är en ordinär betalning?, Festskrift till Lars Welamson, Stockholm 1987, s 389 ff
 - Återvinning i konkurs, 4 uppl, Stockholm 2013
- Levin, Marianne & Hellstadius, Åsa*, Lärobok i immaterialrätt, Upphovs- rätt, Patenträtt, Mönster- och formgivningsrätt, Känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt, 12 uppl, Stockholm 2019
- Lilja, Martin*, National Report on the Transfer of Movables in Sweden, Faber, Wolfgang & Lurger, Brigitta (red), National reports on the transfer of movables in europe: Sweden, Norway and Denmark. Finland, Spain, 2010 (<http://ebookcentral.proquest.com>, 2020-07-01)
- Lindblom, Per Henrik*, Om utmätning av egen ko, Anteckningar kring ett HD-avgörande, SvJT 1973, s 561 ff
- Lindell, Bengt*, Civilprocessen, Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 4 uppl, Uppsala 2017
- Lindenchrone Petersen, Lars & Ørgaard, Anders*, Konkursloven, med kommentarer, 14 uppl, København 2018
- Lindroos-Hovinheimo, Susanna*, Justice and the Ethics of Legal Interpretation, Abingdon 2012
- Retracing One's Steps: Searching for the Ethics of Legal Interpretation, International Journal for the Semiotics of Law, 2009, s 163 ff
- Lindroos-Moll, Sebastian*, Värdering vid upprättande av kontrollbalansräkning, En aktiebolagsrättslig och redovisningsrättslig studie, Karlstad 2020
- Lindskog, Stefan*, Betalning, Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 1 uppl, Stockholm 2014

- Betalning, Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 2 uppl, Stockholm 2018
- Dag och jag och Högsta domstolen, SvJT 2015, s 415 ff
- Fredric Korling, Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning (ak. avh.), 2010, 743 s., JT 2010–11, s 198 ff (cit som: ”Lindskog, Recension av Korling, Rådgivningsansvar”)
- Immaterialrätt och konkurs, Insolvensrättsligt forum 1997, Uppsala 1997, s 52 f
- Kapitalbrist i aktiebolag, Kommentar till kap. 25:13–20 ABL, 2 uppl, Stockholm 2015
- Kvittning, Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 1 uppl, Stockholm 1984
- Kvittning, Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 2 uppl, Stockholm 1993
- Kvittning, Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 3 uppl, Stockholm 2014
- Lagen om handelsbolag och enkla bolag, En kommentar, 1 uppl, Stockholm 2001
- Lagen om handelsbolag och enkla bolag (Norstedts Juridik, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Preskription, Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid, 4 uppl, Stockholm 2017
- Rättsvetenskapens betydelse för prejudikatbildningen på förmögenhetsrättens område, Kleineman, Jan (red), Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, Stockholm 2018, s 167 ff
- Lindskoug, Patrik*, Pragmatism i dansk sakrätt – särskilt om panträttsliga aspekter, Kleineman, Jan (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, Stockholm 2019, s 209 ff
- Ljungman, Seve*, Svensk rättspraxis, Upphovsrätt och fotografirätt, SvJT 1977, s 514 ff (cit som: ”Ljungman, Svensk rättspraxis – upphovsrätt och fotografirätt”)
- Locke, John*, An Essay Concerning Human Understanding, Ware 2014
- Lyngé Andersen, Lennart & Werlauff, Erik*, Kreditretten, 6 uppl, København 2014
- Lyngsø, Preben*, Negotiable dokumenter, København 1972
- Løvold, Vibeke Irene*, Brækhus’ Omsetning og kreditt 1, Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs, Oslo 2015
- MacCormick, Neil*, Rhetoric and the Rule of Law, A Theory of Legal Reasoning, Oxford 2005

- Madaus, Stephan*, Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law, A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law, European Business Organization Law Review 2018, s 615 ff
- Malcolm, Norman*, Nothing is Hidden, Wittgenstein's Criticism of his Early Thought, Oxford 1986
- Wittgenstein on Language and Rules, Philosophy, 1989, s 5 ff
- Malmborg, Leif*, Likvidation av aktiebolag, En kommentar till 25 kap. aktiebolagslagen, Stockholm 2014
- Malmström, Åke*, Till frågan om villkor vid fastighetsköp I, Uppsala 1932
- Till frågan om villkor vid fastighetsköp II, Uppsala 1933
- Martinson, Claes*, Det nordiska funktionalistiska angreppssättet och obehörig vinst – Dieselfallet, JT 2019–20, s 148 ff
- Ejendomsrettens övergang – Norden kontra verden, Bäck Mirchandani, Kavita & Ståhl, Kristina (red), Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18–19 augusti 2011, Stockholm 2012, s 823 ff
 - Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Och totalt tjugo konkreta exempel på forskning kring bankjuridiska teman som illustrerar vad en resultatinriktning skulle kunna tillföra i förmögenhetsrätten, Uppsala 2018
 - Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom, SvJT 2008, s 669 ff
 - How Swedish Lawyers Think about "Ownership" and "Transfer of Ownership" – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?, Faber, Wolfgang & Lurger, Brigitta (red), Rules for the Transfer of Movables, A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, European Legal Studies, Volume 6, München 2008, s 69 ff
 - Kreditsäkerhet i fakturafordringar, En förmögenhetsrättslig studie, Uppsala 2002
 - Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen, Segelbåtsfallet, Festskrift till Göran Millqvist, Stockholm 2019, s 461 ff
 - Sakrätt avseende annat än egendom, Festskrift till Torgny Håstad, Uppsala 2010, s 529 ff
 - Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgängen? – En illustration utifrån exemplet civilrättsliga sanktioner mot nyttjande av annans egendom, TfR 2019, s 209 ff
- McCormick, John P*, Derrida on Law, Or Poststructuralism Gets Serious, Legrand, Pierre (red), Derrida and Law, Farnham 2009, s 41 ff
- Mellqvist, Mikael*, 20 år med skuldsanering, Ny Juridik 2:14, s 23 ff

- Claes Martinson, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Uppsala 2018, 604 s., SvJT 2019, s 979 ff (cit som: ”Mellqvist, Recension av Martinson, C, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat”)
 - Det obeståndsrättsliga trollspöet, Ny juridik, 4:01, s 49 ff
 - Fordringars uppkomst, Några obeståndsrättsliga funderingar, Ratio omnia vincit, En vänbok till Trygve Hellners, Malmö 1998, s 165 ff
 - Förmögenhetsrättsliga prejudikat, En nödvändig rättskälla, SvJT 2017, s 805 ff
 - Högsta domstolen ”normaliserar” skuldsanering, Ny juridik 1:15, s 35 ff
 - Konkursboet – Ett rätt suspekt rättssubjekt?, Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018, s 471 ff
 - Konkurslagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
 - Praxis i skuldsaneringsärenden, SvJT 1998, s 134 ff
 - Rubbad balans, Skuldsanering i nytt ljus, JT 2005–06, s 134 ff
 - Rättsfallsöversikt – Praxis i skuldsaneringsärenden 1994–2006, SvJT 2007, s 975 ff
 - Är avräkning kvittning och kvittning avräkning eller är kvittning kvittning och avräkning avräkning?, JT 2012–13, s 659 ff
- Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar*, Fordran & Skuld, 11 uppl, Uppsala 2019
- Mellqvist, Mikael & Welamson, Lars*, Konkurs, Och annan insolvensrätt, 12 uppl, Stockholm 2017
- Millqvist, Göran*, Finansiell leasing, Om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering, Lund 1986
- Sakrättens grunder, En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom, 8 uppl, Stockholm 2018
- Minar, Edward H*, Paradox and Privacy: On §§ 201–202 of Wittgenstein’s Philosophical Investigations, Philosophy and Phenomenological Research, 1994, s 43 ff
- Moe, Ernst*, Gjeldsordningsloven, Med kommentarer, Oslo 2018
- Konkursrett, 2 uppl, Oslo 1999
- Moltke Jensen, Pia*, Konneksitet, Forskellige aspekter af modregning og tilbageholdsret, København 2007
- Morgell, Nils-Bertil*, Några frågor angående statens rätt till regress för utbetalad lönegaranti, Insolvensrättslig tidskrift, Nr 2 2016, s 22 ff
- Mossberg, Oskar*, Avtalets räckvidd I, Om avtals tredjemansverkningar, särskilt vid tredjemansavtal och direktkrav, Uppsala 2020
- Munch, Mogens*, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis, U 1983B, s 149 ff

- Munck, Johan*, Rättskällor förr och nu, JP 2014 (jubileumsnummer), s 199 ff
- Munukka, Jori*, Köplagen (Karnov, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Lojalitetsplikten som rättsprincip, SvJT 2010, s 837 ff
 - Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?, Ny Juridik 3:09, s 26 ff
- Møgelvang-Hansen, Peter & Juul-Sandberg, Jakob*, Kreditorforfølgning, Materiel foged- og konkursret, 8 uppl, København 2019
- Möller, Mikael*, Avtalsviten i insolvensrätten, Särskilt med avseende på stängningsviten i centrumavtal, Vänbok till Lena Olsen, Uppsala 2019, s 175 ff
- Civilrätten vid finansiell leasing, En översikt över svensk, utländsk och internationell rätt, Uppsala 1996
 - Ett par frågor rörande offentligt ackord, Insolvensrättsligt forum 2007, Uppsala 2009, s 22 ff
 - Ett samlat insolvensförfarande – vad är det, varför behövs det och hur bör det regleras?, Insolvensrättsligt forum 2003, Uppsala 2003, s 42 ff
 - Finns det en särskild betalningsordning vid konkursboets insolvens?, Insolvensrättsligt forum 2005, Uppsala 2006, s 194 ff
 - Frysningsprincipens tillämplighet på panträtt, JT 1993–94, s 187 ff
 - HD:s senaste rättsbildning på insolvensrättens område, Insolvensrättsligt forum 2003, Uppsala 2003, s 130 ff
 - Immaterialrätter och konkurs – en översiktlig ”karta”, Insolvensrättsligt forum 1997, Uppsala 1997, s 13 ff
 - Insolvensrättsliga utlåtanden, Ett urval från åren 1989–2015, Stockholm 2016
 - Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Uppsala 1988
 - Konkurs och miljöansvar, Nytt ljus på gamla frågor?, Insolvensrättsligt forum 1999, Uppsala 1999, s 95 ff
 - Om återvinning av hävning, Festskrift till Gösta Walin, Stockholm 2002, s 417 ff
- Nazarian, Henriette med bidrag från Nylund, Anna*, Konkursrett, Oslo 2012 (cit som: ”Nazarian & Nylund, Konkursrett”)
- de Neergard, Inge*, Hvilke fordringer omfattes af en gældssanering?, Justitia nr 1, 1999, s 3 ff
- Nehrman, David*, Inledning Til Then Svenska Iurisprudentiam Civilem, 1729, Lund 1979 (faksimil)
- Nietzsche, Friedrich*, Den glada vetenskapen, översatt av Wijkmark, Carl-Henning, Göteborg 2016

- Nilsson, Peter & Törning, Eva*, Bokföringslagen, En kommentar, 2 uppl, Stockholm 2015
- Nordiskt juristmöte*, Forhandlingerne paa det tiende nordiske Juristmøde i Kjøbenhavn den 27de, 28de og 29de August 1902, Kjøbenhavn 1902 (cit som: "NJM 1902")
- Förhandlingarna på det 41:a nordiska juristmötet i Helsingfors 2017, Helsingfors 2018 (cit som: "NJM 2017")
 - Forhandlingene ved det 38. nordiske juristmøde i København, 21.-23. august 2008, København 2010 (cit som: "NJM 2008")
- Nordling, Ernst Victor*, Anteckningar efter prof E V Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt, Allmänna delen, Uppsala 1891 (cit som: "Nordling, Svensk civilrätt")
- Några punkter inom läran om kvittning, Kritiskt belysta hufvudsakligen med afseende på svensk rätt, Tfr 1888, s 369 ff
- Nordtveit, Silje Karine*, En formuerettslig analyse av fordringens stiftelsestidspunkt, Bergen 2016
- Når oppstår en fordring?, Oslo 2017
- Norros, Olli*, Obligationsrätt, översatt av Häggblom, Freja, Helsingfors 2018
- Olin, Anders*, Upphovsrättslagen (Karnov, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Upphovsrättslagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Olivecrona, Karl*, Konkursrätt, Efter föreläsningar av professor Karl Olivecrona, 10 uppl, Lund 1964
- Oppenheimer, Bertil, Blomberg, Gunnar & Mandorff, Göran*, Företag i kris, Vad en styrelseledamot, aktieägare, advokat, revisor och redovisningskonsult bör tänka på, 5 uppl, Stockholm 2013
- Palmér, Eugène & Savin, Peter*, Konkurslagen (Norstedts Juridik, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Paulsen, Jens*, Insolvensret, Gældssanering, København 2006 (cit som: "Paulsen, Insolvensret – gældssanering")
- Insolvensret, Konkurs, København 2010 (cit som: "Paulsen, Insolvensret – konkurs")
 - Insolvensret, Rekonstruktion, 2 uppl, København 2011 (cit som: "Paulsen, Insolvensret – rekonstruktion")
- Peczenik, Aleksander*, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005, s 249 ff
- Juridikens metodproblem, Rättskällelära och lagtolkning, 2 uppl, Stockholm 1980
 - On Law and Reason, Dordrecht 1989
 - Vad är rätt?, Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Stockholm 1995

- Persson, Annina H*, Förbehållsklausuler, En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning, Stockholm 1998
- Obehörig vinst som grund för betalningskrav, NJM 2008, s 422 ff
 - Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs – konkursfordran eller massafordran?, JT 2006–07, s 175 ff
 - Upphovsrätt – En udda egendomskategori i sakrättsliga och insolvensrättsliga sammanhang, Festschrift till Marianne Levin, Stockholm 2008, s 305 ff
- Persson, Annina H & Karlsson-Tuula, Marie*, Företagsrekonstruktion, I teori och praktik, 3 uppl, Stockholm 2017
- Platon, Theaitetos*, Platon, Skrifter, Bok 4, översatt av Stolpe, Jan, Stockholm 2006, s 133 ff
- Platou, Oscar*, Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del, Kristiania 1914 (cit som: "Platou, Privatrettens almindelige Del")
- Pontoppidan, Niels*, Om omstødelse af sikkerhed stillet som led i løbende kreditmellemværende med pengeinstituter, U 1985B, s 37 ff
- Quine, Willard Van Orman*, Two Dogmas of Empiricism, The Philosophical Review, 1951, s 20 ff
- Rabenius, Nils*, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt, TfR 1919, s 1 ff (cit som: "Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (1919)")
- Ramberg, Christina*, Malmströms civilrätt, 26 uppl, Stockholm 2020
- Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004, s 459 ff
 - Prejudikat som rättskälla, SvJT 2017, s 773 ff
 - Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, Stockholm 2017
- Ramberg, Jan*, Spedition och fraktavtal, Med kommentar till nordiskt speditörsförbunds allmänna bestämmelser, Stockholm 1983
- Ramberg, Jan & Herre, Johnny*, Köplagen, En kommentar, (<https://pro.karnovgroup.se>)
- Ramberg, Jan & Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, 11 uppl, Stockholm 2019
- Rammeskow Bang-Pedersen, Ulrik*, Kreditorerne, 3 uppl, København 2019
- Rammeskow Bang-Pedersen, Ulrik, Højlund Christensen, Lasse & Sommer Jensen, Kim*, Konkurs, København 2020
- Rammeskow Bang-Pedersen, Ulrik, Højlund Christensen, Lasse, Sommer Jensen, Kim, Jul Madsen, Christian & Kærsgaard Mylin, Andreas*, Rekonstruktion, Teori og praksis, 2 uppl, København 2020

- Renman, Hans*, Något om det allmänna kravet på nackdel och om återvinningsrättens genomförande, *Insolvensrättsligt forum* 2009, Uppsala 2014, s 110 ff
- Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, *En process- och insolvensrättslig manual*, 3 uppl, Stockholm 2020
- Ro, Knut*, Prövning av fordringer i konkursboer, *Lov og Rett* 1992, s 131 ff
- Rodhe, Knut*, *Handbok i sakrätt*, Stockholm 1985
- *Obligationsrätt*, Stockholm 1956
 - Mads Henry Andenæs: Sameier og selskaper. Sameier, ansvarlige selskaper, kommandittselskaper, partrederier, TfR 1981, s 140 ff (cit som: "Rodhe, Mads Henry Andenæs: Sameier og selskaper")
- Rokhaug, Egil*, Gjeldsordningsloven i teori og praksis, 3 uppl, Torvastad 2015
- Rosén, Jan*, *Förlagsrätt, Rättsfrågor vid förlagsavtal*, Stockholm 1989
- *Upphovsrättens avtal, Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, 3 uppl, Stockholm 2006
- Ross, Alf*, *Ejendomsret og ejendomsomgang, Med særligt henblik paa dansk retspraksis*, København 1935
- *Naturret contra retspositivisme*, TfR 1963, s 497 ff
 - *Om ret og retfærdighed, En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København 2013
 - *Status i rettighedsdiskussionen*, SvJT 1953, s 529 ff
 - *Tù-tù, Festskrift til Henry Ussing*, København 1951, s 468 ff
- Ruin, Hans*, *Kommentar till Heideggers Varat och tiden*, Huddinge 2005
- Runesson, Eric*, *Utvecklingslinjer i avtalsrätten – fördelning av oförutsebara risker mellan ömkansvärdhet, kontext och ekonomi*, *Svensk Juristtidning 100 år*, Uppsala 2016, s 100 ff
- Ruukel, Mikael*, *Obeståndsrätt och lönefordringar, En vägledning genom löneindrivningsprocessen*, Stockholm 2016
- Saldeen, Åke*, *Barn- och föräldrarätt*, 7 uppl, Uppsala 2013
- Samuelsson, Joel*, *Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom varigenom skiljeförfarandet avslutats utan prövning i sak*, JT 2016–17, s 470 ff
- *Hermeneutik*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, 2 uppl, Lund 2018, s 377 ff
 - *Något om tolkning av försäkringsvillkor*, SvJT 2014, s 695 ff
 - *Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet*, *Europarättslig tidskrift* 2009, s 63 ff

- Pragmatism v. realism, Kleineman, Jan (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, Stockholm 2019, s 327 ff
- Rättsvetenskapens vetenskaplighet, Vänbok till Lena Olsen, Uppsala 2019, s 189 ff
- Tolkning och utfyllning, Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, Uppsala 2008
- Tolkningslärans gåta, En studie i avtalsrätt, Uppsala 2011
- Sandstedt, Johan*, Godtrosförvävsreglerna, stöldfallet, försäkringsbolags vindikationsrätt och borgenärsskydd, Och äganderätten, Festskrift till Göran Millqvist, Stockholm 2019, s 525 ff
- ”Komparativ” sakrätt – ett pedagogiskt försök, Krzymowska Antonia, Nääv Maria & Schultz Mårten (red), Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok VII, Stockholm 2016, s 267 ff
- Sakrätten, Norden och europeiseringen, Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism, Stockholm 2013
- Sandvik, Tore*, Lærebok i materiell konkursrett, utdrag, Bergen 1985
- de Saussure, Ferdinand*, Kurs i allmän lingvistik, översatt av Löfqvist, Anders, Lund 2015
- Scheel, Anton Wilhelm*, Privatrettens almindelige Deel, fremstillet efter den danske lovgivning, andra bandet, Kjøbenhavn 1866
- Schlag, Pierre*, Formalism and Realism in Ruins, (Mapping the Logics of Collapse), Iowa Law Review, 2009–2010, s 195 ff
- Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (a Report of the State of the Art), The Georgetown Law Journal, 2008–2009, s 803 ff
- The Knowledge Bubble – Something Amiss in Expertopia, Desautels-Stein, Justin & Tomlins, Christopher (red), Searching for Contemporary Legal Thought, Cambridge 2017, s 428 ff
- Schmidt, Folke*, Löntagarrätt, Reviderad upplaga ombesörjd av Sigeman, Tore under medverkan av Eklund, Ronnie, Göransson, Håkan och Källström, Kent, Stockholm 1994 (cit som: ”Schmidt & Sigeman, Löntagarrätt”)
- Schrevelius, Fredrik & Humbla, Philibert*, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt, första delen: Inledning eller allmänna prænotationer, 3 uppl, Lund 1872 (cit som: ”Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt”)
- Schultz, Mårten*, Kausalitet, Studier i skadeståndsrättslig argumentation, Stockholm 2007
- Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten, Obehörig vinst redi-viva, SvJT 2009, s 946 ff
- Skadeståndsfordrans uppkomst, JT 2010–11, s 870 ff

- Schytzer, Jonatan*, Konkursfordrans uppkomst, PM inför Högre seminarium i civilrätt 2016-12-08
- The Rise of the Claim, Highlighting the Ever-present Ethical Dimension of Law in a Technical Setting, *De lege* 2020, Uppsala (kommande)
- Segerdahl, Pär*, Språkteorier och språkspel, Fem moderna språkteorier ur en Wittgensteininspirerad synvinkel, Lund 1998
- Serlachius, Julian*, Lärobok i obligationsrättens allmänna del, Enligt finsk rätt, Första häftet, Helsingfors 1902 (cit som: "Serlachius, Obligationsrättens allmänna del")
- Sigeman, Tore*, Lönefordran, Studier över löneskydd och kvittningsregler, Stockholm 1967
- Singer, Anna*, Barns rätt, 2 uppl, Uppsala 2019
- Sjödin, Erik*, Ett europeiserat arbetstagarinflytande, En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige, Uppsala 2015
- Skatteverkets rättsliga vägledning*, Särskilt om skattefordringars uppkomst (skv.se)
- Spaak, Torben*, Alf Ross on the Concept of a Legal Right, *Ratio Juris*, 2014, s 461 ff
- Strahl, Ivar*, En allmän rättslära, SvJT 1955, s 289 ff
- Till frågan om rättighetsbegreppet, Tfr 1946, s 204 ff (cit som: "Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1946)")
 - Till frågan om rättighetsbegreppet, Tfr 1947, s 481 ff (cit som: "Strahl, Till frågan om rättighetsbegreppet (1947)")
- Stuer Lauridsen, Preben*, Om ret og retsvidenskab, Lærebog i almindelig retslære, København 1992
- Strömholm, Stig*, Användning av utländskt material i juridiska monografier, Några anteckningar och förslag, SvJT 1971, s 251 ff
- Behövs en prejudikatlära?, Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s 645 ff
 - Det juridiska systembegreppets uppkomst och utveckling, Tfr 1974, s 225 ff
 - Rätt, rättskällor och rättstillämpning, En lärobok i allmän rättslära, 5 uppl, Stockholm 1996
- Sundby, Nils Kristian*, Legal Right in Scandinavian Analyses, *Natural Law Forum*, 1968, s 72 ff
- Sunnqvist, Martin*, Mord, prejudikattolkning och lagtolkning, SvJT 2016, s 541 ff
- Svensson, Erik*, Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott, Uppsala 2016
- Svensson, Eva-Maria*, De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion, *Juridisk Publikation* 2014, s 211 ff

- Svensson, Ola*, Köplagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)
- Recension av Prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten, (Ramberg, Christina), JT 2018–19, s 194 ff
 - Viljeförklaringen och dess innehåll, Om avtalsrättslig begreppsbildning och systematik, Malmö 1996
- Sæbø, Rune*, Motregning, Bergen 2003
- Söderlund, Jenny*, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet, Festschrift till Gertrud Lennander, Stockholm 2010, s 295 ff
- Konkursrätten, Om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar, Uppsala 2009
- Tépora, Jarno*, Inledning till grunderna för sakrätten, översatt av Sevón, Leif, Helsingfors 2009
- Thorén, Einar*, Konkurs och ackord, Praktisk handbok med förklaringar, hänvisningar, prejudikat, formulär, sakregister m.m., Stockholm 1928
- Tiberg, Hugo*, Fordringsrätt, 7 uppl, Stockholm 1996
- Stoppningsrätt, SvJT 1993, s 548 ff
- Tiberg, Hugo & Lennhammer, Dan*, Skuldebrev, växel och check, 7 uppl, Stockholm 1995
- Tjaum, Arne*, Valuta- og renteswaper, En rettslig studie, Oslo 1996
- Torp, Carl*, Besiddelsen, Og dens Betydning i retlig Henseende, Kjøbenhavn 1884
- Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del, 2 uppl, Kjøbenhavn 1900
 - Hvilke Grundsætninger bør være afgørende for Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande, og hvorvidt egner dette Forhold sig til positiv Lovordning?, Forhandlingsemne paa det tiende nordiske Juristmøde, Bilaga VI, i Forhandlingerne paa det tiende nordiske Juristmøde i Kjøbenhavn den 27de, 28de og 29de August 1902, Kjøbenhavn 1902, s 1 ff (cit som: "Torp, Spørgsmaalet om Ejendomsovergangen ved Køb og Salg af individuelt bestemte Løsøregenstande")
- Tropp, Susanna*, Offentligt ackord, Insolvensrättsligt forum 2007, Uppsala 2009, s 37 ff
- Tuori, Kaarlo*, Critical Legal Positivism, Aldershot 2002
- Ratio and Voluntas, The Tension Between Reason and Will in Law, Farnham 2011
 - Rättens nivåer och dimensioner, 2 uppl, Helsingfors 2013
- Tuula, Marie*, En framtida insolvensbalk?, Ny Juridik 3:01, s 37 ff (cit som: "Karlsson-Tuula, En framtida insolvensbalk?")

- IT-bolagen och de immateriella tillgångarna, Vid företagsrekonstruktion och konkurs, Stockholm 2002 (cit som: ”Karlsson-Tuula, IT-bolagen och de immateriella tillgångarna”)
- Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar, En jämförande studie av svensk och amerikansk insolvensrätt, 2 uppl, Stockholm 2001 (cit som: ”Karlsson-Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar”)

Ulväng, Magnus, Brottslighetskonkurrens, Om relationer mellan regler och fall, Uppsala 2013

Undén, Östen, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken, Festskrift tillägnad Axel Hägerström, Uppsala 1928, s 167 ff

- Svensk sakrätt I, Lös egendom, 10 uppl, Lund 1976
- Svensk sakrätt II, Fast egendom, 6 uppl, Lund 1969

Ussing, Henry, Aftaler, Paa formuerettens omraade, 3 uppl, København 1978

- Erstatningsret, 6 uppl, København 1962
- Obligationsretten, Almindelig del, 4 uppl (ombesörjd av Vinding Kruse, Anders), København 1961

Vahlén, Lennart, Avtal och tolkning, Stockholm 1960

- Fastighetsköp, 2 uppl, Stockholm 1971
- Formkravet vid fastighetsköp, Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel, Stockholm 1951

Victorin, Anders, Badur, Assur, Flodin, Jonny & Hager, Richard, Kommerciell hyresrätt, 4 uppl, Stockholm 2017

Victorin, Anders & Hager, Richard, Allmän fastighetsrätt, 8 uppl, Uppsala 2019

Vägledning till BFNAR 2013:2, Uppdaterad 2017-12-08, Stockholm 2017

Wahlberg, Lena, Begreppet lagtolkning, Vänbok till David Reidhav, Lund 2019, s 141 ff

Walin, Gösta, Materiell konkursrätt, Konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m m, 2 uppl, Stockholm 1987

Walin, Gösta & Gregow, Torkel, Ackordslagen m.m. med kommentarer, Stockholm 1972 (cit som: ”Walin & Gregow, Ackordslagen”)

Walin, Gösta & Ingvarsson, Torbjörn, Borgen och tredjemanspant, 4 uppl, Stockholm 2013

Warnke, Georgia, Hans-Georg Gadamer, Hermeneutik, tradition och förnuft, översatt av Retzlaff, Joachim, Göteborg 1993

- Wedberg, Anders*, Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science, *Theoria*, A Swedish Journal of Philosophy and Psychology, 1951, s 246 ff
- Weinrib, Ernest Joseph*, *The Idea of Private Law*, Revised edition, Oxford 2012
- Weinsheimer, Joel C*, *Gadamer's Hermeneutics, A Reading of Truth and Method*, New Haven–London 1985
- Welamson, Lars*, *Konkurs*, 8 uppl, Stockholm 1988
- *Konkursrätt*, Stockholm 1961
- Om massafordran i konkurs, SvJT 1952, s 401 ff
- Welamson, Lars & Munck, Johan*, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen*, Rättegång VI, 5 uppl, Stockholm 2016
- Wennström, Bo*, *The Lawyer and Language*, Uppsala 1996
- Wersäll, Fredrik*, En offensiv Högsta domstol, Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014, s 1 ff
- Westberg, Peter*, *Prejudikattolkningens ABC*, Normativa aspekter, Festschrift till Anna Christensen, Lund 2000, s 583 ff
- Westerlind, Peter*, *Kommentar till jordabalken*, 1–5 kap, Stockholm 1971 (cit som: "Westerlind, *Kommentar till jordabalken*, 1–5 kap")
- Wiker, Håvard & Ro, Knut*, *Konkursloven*, Kommentarutgåve, Oslo 2003
- Wilhelmsson, Arne*, Skatten dominerar ej längre konkursen, TSA 1986, s 334 ff
- Wilhelmsson, Thomas*, De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering, Retfærd 2003, s 32 ff
- Windscheid, Bernhard*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, 4 uppl, Düsseldorf 1875
- Winroth, Alfred Ossian*, *Köp av lös egendom*, Efterlämnat manuskript, Postumt utgivet av Lamm, Kurt, Stockholm 1917
- Wittgenstein, Ludwig*, *Filosofiska undersökningar*, översatt av Wedberg, Anders, Stockholm 1992
- *Philosophische Untersuchungen*, Chichester 2009
- Zettel, översatt av Jobin, Bettina, Stockholm 1995
- Wood, Philip R*, *Principles of International Insolvency*, 3 uppl, London 2019
- Wurlitzer, Hans Henrik & Lindum Møller, Hans*, Mere om "nettometoden" ved omstødelse af pant for løbende mellemværender, U 1994B, s 90 f
- Zackariasson, Laila*, Borgenärsskydd och specialitet, Om identitet, individuell bestämning och individualisering som förutsättningar för borgenärsskydd vid anspråk som har uppstått och fått sitt innehåll med borgenärens samtycke, Uppsala 2012

- Svensk rättspraxis, Sakrätt 1982–2001, SvJT 2003, s 753 ff (cit som: ”Zackariasson, L, Svensk rättspraxis – sakrätt”)

Zahle, Henrik, At forske ret, Essays om juridisk forskningspraksis, København 2007

- Fra polycentri til omsorg for retfærdighed, SvJT 2002, s 857 ff
- Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth, A Critical Analysis of Alf Ross’ Conception of Legal Doctrine, EJIL 2003, s 801 ff
- Polycentric Application of Law, Andersson, Torbjörn (red), Parallel and Conflicting Enforcement of Law, Stockholm 2005, s 232 ff
- Praktisk retsfilosofi, København 2005

Zamani, Joseph, Konkursförvaltaruppdragets normer – om arvode, skadestånd och vård av annans lösöre, SvJT 2019, s 50 ff

Zethraeus, Sten Å, Arbetsrätten vid arbetsgivares konkurs, Festskrift till Sveriges advokatsamfund 1887–1987, Rättsvetenskapliga studier, Stockholm 1987, s 581 ff

van Zwieten, Kristin, Goode on Principles of Corporate Insolvency Law, 5 uppl, London 2018

Öberg, Jesper, Mervärdesbeskattning vid obestånd, 2 uppl, Stockholm 2001

Ödén, Hans, Konkurslagen (Lexino, <https://pro.karnovgroup.se>)

Ørgaard, Anders, Konkursret, 12 uppl, København 2018

Ørgaard, Niels, Betalingsstandsning, København 1979

- En højesteretsdom om et ufriseret konkursproblem, U 1995B, s 236 f
- En højesteretsdom om omstødelse, U 1993B, s 404 f

Rättsfallsregister

Svensk rättspraxis

NJA 1880 s 187	316	NJA 1966 s 241	107 f, 190 ff, 194, 243, 328, 364 ff, 383, 386, 407, 492 f
NJA 1883 s 510	316, 318		
NJA 1901 s 535	461		
NJA 1910 s 536	139		
NJA 1910 s 564	409	NJA 1969 C 1477	192, 199, 285, 286 ff, 295, 297 f, 308, 325, 498
NJA 1914 s 569	245		
NJA 1916 s 154	107, 192, 198, 199, 285, 286 ff, 298 f, 308, 310, 314, 323 ff, 460, 498	NJA 1969 s 338	76
		NJA 1970 s 539	251
NJA 1917 s 632	139	NJA 1970 s 553	191 f, 244
NJA 1920 s 339	139	NJA 1972 s 633	343
NJA 1925 s 203	139	NJA 1973 s 141	247, 250
NJA 1927 s 455	323	NJA 1973 s 635	217
NJA 1927 s 505	463	NJA 1974 s 173	446
NJA 1927 s 566	306	NJA 1977 s 92	227
NJA 1928 s 282	461	NJA 1978 s 147	99
NJA 1929 s 433	323	NJA 1978 s 194	464, 471
NJA 1930 s 597	95	NJA 1979 s 253	243, 362 f, 371 f, 381, 386
NJA 1937 s 351	464, 471	NJA 1979 s 427	333
NJA 1938 s 149	252, 320	NJA 1981 s 801	29 f, 47 ff, 50, 52, 110, 114, 115, 133, 196, 242, 328, 383 f, 386, 492 f
NJA 1946 s 122	386		
NJA 1950 s 417	472	NJA 1982 s 900	134, 216 f
NJA 1957 s 197	107, 190, 192, 303, 307, 323	NJA 1983 s 350	243
		NJA 1984 s 185	312, 317
NJA 1961 s 658	33	NJA 1986 s 136	348, 353, 387, 390
NJA 1962 s 276	227		
NJA 1963 s 471	380		

NJA 1987 s 243	29, 74, 137, 248	NJA 1998 s 834	75, 110, 115 f, 122 f, 129, 133, 196, 493
NJA 1987 s 320	448, 458 ff, 480		
NJA 1987 s 407	464, 471	NJA 1999 s 617	356 ff, 385 f, 388 f, 413, 424 ff, 444
NJA 1987 s 716	74		
NJA 1988 s 332	75		
NJA 1989 s 3	455	NJA 1999 s 777	232
NJA 1989 s 185	107, 111, 114, 191 f, 194, 407, 411, 460, 462, 478	NJA 2000 s 479	232 f
		NJA 2000 s 569	244
		NJA 2001 s 353	251
		NJA 2001 s 805	252, 320 f
NJA 1989 s 206	232, 358, 361	NJA 2003 s 37	75, 449
NJA 1989 s 224	251	NJA 2004 s 499	244
NJA 1989 s 602	309	NJA 2004 s 746	
NJA 1990 s 110	29, 107 f, 110, 113, 181, 211, 224, 241, 411, 493	I & II	112
		NJA 2004 s 777	232, 332 f
		NJA 2004 s 836	31, 110, 114, 116, 196, 493
NJA 1993 s 13	377, 386	NJA 2005 s 11	134 ff, 178, 183 ff, 191 f, 216
NJA 1993 s 120	217		
NJA 1994 s 292	408, 460		
NJA 1994 s 484	75	NJA 2005 s 142	251
NJA 1994 s 705	252, 320	NJA 2005 s 303	438
NJA 1995 s 356	272, 296, 307, 318 f	NJA 2005 s 510	29, 109 f, 113, 116, 129, 191, 192, 243, 328, 364 ff, 382 f, 385 f, 388 ff, 413, 424 ff, 437, 444, 493
NJA 1996 s 46	332		
NJA 1996 s 368	191 f, 198 f, 243, 276, 285 f, 291 ff, 295, 297 f, 308, 310 f, 314, 317, 324 f, 350, 488, 498	NJA 2005 s 608	378
		NJA 2006 s 638	165, 227, 382
		NJA 2007 s 280	248, 321
NJA 1996 s 624	448	NJA 2007 s 519	191 f, 328, 358 f, 361, 377 f, 380, 383, 389, 426, 492
NJA 1997 s 408	471, 478 f, 481		
NJA 1997 s 503	228 ff, 233, 240, 256, 261		
		NJA 2008 s 1208	455
NJA 1997 s 717	443		
NJA 1997 s 759	216	NJA 2009 s 41	107, 243, 359, 360 f, 384 f
NJA 1997 s 787	75, 114		

NJA 2009 s 291	25 ff, 30 f, 35 ff, 40 ff, 64, 69, 79, 83 ff, 103, 110 ff, 122, 128, 137 ff, 148, 151 ff, 159, 162, 172 ff, 182, 184 f, 187 ff, 203, 205, 211, 216 f, 224, 236, 269, 275 f, 278, 281 f, 285 f, 293, 295 ff, 298 ff, 307 f, 312, 314, 316, 324, 404 f, 409, 460, 488, 493, 496, 498	NJA 2014 s 537	25 ff, 40, 50, 83 f, 138, 141, 148, 158 f, 169, 173, 182 f, 197, 202 f, 211, 213, 216, 315, 338, 369, 386 f, 398, 404, 406, 408, 409 ff, 415 f, 418 f, 421, 424 ff, 436, 439, 444, 456, 460, 462, 475, 480, 493, 499
NJA 2009 s 889	146	NJA 2014 s 621	438
NJA 2010 s 154	472	NJA 2014 s 978	453
NJA 2010 s 454	185, 217	NJA 2015 s 899	378
NJA 2010 s 617	107, 259, 333, 376	NJA 2015 s 1072	251
NJA 2011 s 739	251	NJA 2016 s 73	338, 405, 434 f, 437 ff, 444, 499
NJA 2011 s 755	41, 252 f	NJA 2016 s 661	25, 72, 173, 493
NJA 2012 s 441	217, 311, 421	NJA 2016 s 1035	93
NJA 2012 s 452	248	NJA 2017 s 203	99
NJA 2012 s 876	32, 41, 107, 155, 243, 273 f, 408, 493	NJA 2017 s 237	189, 493
NJA 2013 s 725	25 ff, 40, 83 f, 138 f, 141, 148, 155 ff, 173, 182, 197, 315, 426, 493	NJA 2017 s 1140 I	219
NJA 2013 s 1174	93, 111	NJA 2018 s 103	74 f, 246, 248 f, 493
		NJA 2018 s 127	93, 112
		NJA 2018 s 805	363
		NJA 2019 s 23	377
		NJA 2019 s 259	220
		NJA 2019 s 468	455
		NJA 2019 s 731	24
		NJA 2019 s 826	446
		NJA 2019 s 941	25 ff, 41, 83, 84, 138, 148, 166, 426, 493
		NJA 2020 s 414	273

HD:s dom i mål nr T 396-19 från den 16 juni 2020 ("Medansvar för rättegångskostnader")			25 f, 41, 83 f, 138, 148, 173, 182 f, 197, 315, 493
HD:s dom i mål nr T 1305-19 från den 17 april 2020 ("Kommunens hävningsförklaring")			138
HD:s dom i mål nr T 1413-19 från den 9 juli 2020 ("Den oskäligen skifteslikviden")			139
RÅ 2000 ref 29	75	AD 1982 nr 143	243, 364
HFD 2011 ref 59	393	AD 1982 nr 150	243, 364
HFD 2016 ref 62	25 f, 31, 41, 83 f, 138, 148, 173, 182, 201 f, 387, 398, 404, 406, 408, 416 ff, 419, 421, 424, 427, 436, 444, 499	AD 1997 nr 19 AD 2019 nr 22 RH 2010:25	243, 364 243, 364 243, 364 243, 387, 392, 398, 404, 406, 408, 418 ff, 424, 427, 436, 444, 499 444
Göta hovrätts dom i mål nr T 1589-06 från den 11 juni 2007			374
Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5845-12 från den 2 januari 2013			30
Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2667-13 från den 26 augusti 2014			30

Dansk rättspraxis

U 1927 651 H	320	U 2000 194 H	242, 273 f
U 1955 1009/2 H	381	U 2005 181 H	464
U 1971 276/2 H	246, 249 f	U 2006 2543 H	479
U 1974 371 H	222	U 2008 1635 H	322
U 1979 6/2 H	289	U 2013 2390 H	321
U 1983 545 H	375	U 2016 3724 H	290
U 1984 981 H	464	U 2018 3090 H	395
U 1993 268 H	464	U 2019 1859 H	395
U 1995 28/2 H	315 ff	U 1979 446 Ö	320
U 1996 676 H	310	U 1991 514 SH	312
U 1997 910/2 H	290		

Norsk rättspraxis

Rt 1872 s 21	464	Rt 1994 s 291	346
Rt 1875 s 138	461	Rt 1995 s 1667	397
Rt 1879 s 192	473	Rt 2006 s 402	433
Rt 1887 s 633	466	Rt 2014 s 883	320
Rt 1887 s 742	277	HR-2019-1162-A	137, 260
Rt 1910 s 309	466	HR-2020-1129-A	137, 260, 331
Rt 1915 s 850	381	RG 1973 s 138	473
Rt 1933 s 1280	318	RG 1990 s 83	320
Rt 1934 s 499	381	RG 2014 s 1625	480
Rt 1992 s 504	267		

EU domstolen

C-294/02 Kommissionen mot AMI Semiconductor Belgium BVBA m fl, EU:C:2005:172	215
C-419/13 Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright, EU:C:2015:27	375

Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Hadjianastassiou v Greece, (application no 12945/87), 16 december 1992	44
H v Belgium, (application no 8950/80), 30 november 1987	44

Sakregister

- ackord 392
- ackordsfordrans uppkomst 392 ff
 - avtalsgrundade fordringar 407 ff
 - innehållanderätt 394, 402 ff, 407 ff, 422 ff
 - regressfordran 416 ff
 - återtaganderätt 394, 406, 412, 416, 426
 - övriga fordringar 406 f, 422 f
- anbud 101 ff, 227 ff, 237 ff, 255 ff, 270, 301 ff, 311 f, 314, 427, 440, 468 f, 481
- ansökan om företagsrekonstruktion 392
- ansökan om konkurs 75 f
- användning 47 ff
- arbetsmaterial 69 ff
- argumentationslinje 88 f
- associationstanken 169 ff, 221, 228 ff, 279, 339 f, 350, 368, 371 f, 375 f, 378, 380, 382 ff
- att lika fall ska behandlas lika 165 f
- begrepp 38 ff, 59 f, 85 ff, 90, 94, 103, 117 ff, 122 ff, 141 ff, 148 ff, 160 ff, 176, 197, 206 ff
- begreppsjurisprudens 176
- bekvämlighetshänsyn 280 f
- bestämmelse 72
- cirkeln 58 f
- debattrationalitet 67
- dekonstruktion 186 f
- den lindskogska riskprincipen 235 f, 239 f, 265, 269 f
- den väsentliga grunden se principen om den väsentliga grunden
- det rossianska kopplingsbegreppet 117 ff, 122 ff
- empirismen 57 f
- fordringsrisk 216, 410, 439, 441, 456 f, 475
- formalisering 187 ff
- forskningsfråga 31 ff
- framställningstekniska hjälpmedel 120 f
- framtida 95
- fristdag 446
- frysningsprincipen 72, 134 f, 153, 184 f, 198, 216 ff, 236 ff, 249 f, 253, 256, 272, 290 f, 293, 299 ff, 308, 312 f, 346, 439, 486, 488
- fullgången fordran 25
- funktionalism 85 ff, 137 ff, 141 ff, 160 ff, 172 ff, 175 ff, 179 ff, 185 ff, 205 ff
 - de normativa avvägningar som den bygger på 175 ff
 - formalisering av 200 ff
 - när den aktualiseras 138 ff

- struktur 182 f
- varför den eftersträvas 141 ff
- överordnande av 187 ff
- funktionalism–substantialism 85 ff, 175 ff, 196 ff, 203 f, 205 ff
- funktionalistisk bedömning 137 ff, 151 ff, 160 ff, 196 ff, 486 ff
- ackordsfordrans uppkomst 398 ff
- huvudfordrans uppkomst 286 ff, 298 ff
- konkursfordrans uppkomst 234 ff
- massafordrans uppkomst 340 ff
- motfordrans uppkomst 265 ff, 269 ff
- skuldens tillkomst 454 ff
- skuldens uppkomst 475 ff
- skuldsaneringsfordrans uppkomst 438 ff
- fördomen mot fördomen 57 f
- förfallotid 95
- förfogandeprincipen 347 ff, 350 ff, 355 ff, 361 ff, 364 ff, 378, 383 ff, 394, 401 ff, 406, 408, 411 ff, 416 ff, 418 ff, 422 ff, 430 f, 436 f, 441, 443 ff, 458, 470, 490 f
- förförståelse 55 ff, 65 f
- förklaring 46 ff
- förlagsavtal 364 ff
- förmånlig avveckling av konkursboet 344 ff
- förmögenhetsrätt 72 f
- förpliktelseprincipen 260 f, 275, 407, 411, 423, 435, 437, 440 f, 443, 445, 449, 470, 481 f
- förståelse 55 ff, 65 f
- generalexekution 214, 239, 280, 341, 439
- genfordran 262
- grundsyn 169 ff

gäldenärsfordran 219, 254 ff
 gäldenärsfordrans uppkomst 219 ff, 261

handling–underlåtenhet 247 f
 handlingsdirigering 151, 157 f, 162
 Hohfelds begreppstaxonomi 258
 huvudfordran 262, 276
 huvudfordrans uppkomst 276 ff
 – avtal och andra rättshandlingar 305 ff, 312 f, 313 ff
 – delikt 318 f
 – misstagsbetalning 322 f
 – regressfordran 315 ff
 – utdelningsfordran 319 ff
 – återvinningsfordran 319 ff

icke-fullgången 138
 inledande beslutet meddelades 429
 innehållanderätt 140, 157, 160, 167, 289, 338, 346, 348 f, 353, 355, 387 ff, 394, 402, 406, 412, 421, 425 ff, 431, 436 f, 441, 444 f, 454, 457 f, 460 f, 463, 467 f, 470, 474, 476 ff, 481 f
 insolvensrätt 24
 intresseavvägning 151, 153, 155, 160, 163, 175, 183, 342, 349
 inträdeshandling 382, 486
 inträdesrätt 292, 294, 350 ff, 355 ff, 361 ff, 364 ff, 379 ff

kasuella villkor 98
 komputabilitet 263, 270 ff, 283 f, 284 f, 312 f, 313 ff
 konkursbeslutet meddelades 219
 konkurs, syfte 340 f
 konkursbo 332 ff
 (konkurs)borgenär 30
 konkursfordran 219

- konkursfordrans uppkomst 219 ff
 - avtal och andra rättshandlingar 241 ff
 - delikt 245 ff
 - misstagsbetalning 251 f
 - regressfordran 244 f
 - återvinningsfordran 252 f
- konkursförvaltarens behörighet 227 ff, 336
- (konkurs)gäldenär 30
- konkursgäldenär 30
- konkurskostnader 327
- konkurslagens portalparagraf 224 f
- konkursrättsliga normer 329
- konkursutbrottet 219
- konsekvensbedömning 148, 150, 151 ff, 160 ff
- konsekvenser 149 f
- konsumtion av spridningsrätt 364, 375
- kontantköp 472 f, 474, 476 ff
- kopplingsbegrepp 117 ff
- kreditköp 472, 476, 480
- kritisk tidpunkt 25
- kvittning i konkurs 262 ff, 276 ff
- kvittningsinvändning 279, 289, 293

- likabehandlingsprincipen 111 f, 153, 160, 178, 206, 213 ff, 236 ff, 239 f, 249 f, 253, 256, 270, 272, 281, 290, 296, 299 ff, 308, 313 f, 342 f, 345 f, 348 f, 410, 424, 439 ff, 444, 448, 455 ff, 468, 475 ff, 486 ff
- lärar 91
- löftesprincipen 101 ff, 237 ff, 256 f, 258, 270, 278

- massafordran 33 f, 327 ff
- massafordrans uppkomst 327 ff
 - anställningsavtal 361 ff
 - avtal om köp av lös egen-
dom 350 ff
 - avtal om nyttjanderätt till fastig-
het 355 ff
 - genom inträde i gäldenärens
avtal 350 ff, 355 ff, 361 ff, 364 ff,
380 ff
 - innehållanderätt 338 f, 346 ff,
350 ff, 387 ff
 - nya förpliktelser 332 ff, 340 ff,
349, 379 f
 - obehörig vinst 377 ff
 - upphovsrättsliga fordringar 364 ff
 - återtaganderätt 346 ff, 355 ff,
364 ff, 387 ff
- Mellqvists fordingsrättsliga lös-
ning 101 ff
- metodprejudikat 41 f
- motfordran 262
- motfordrans uppkomst 262 ff
 - avtal 273 f
 - övriga förmögenhetsrättsliga
fordringstyper 274 f

- nackdelsbedömningen 447 ff
- när-frågan 32 f
- obehörig vinst 377 ff
- obiter dictum 413 ff
- offentligt ackord se ackord

- om-frågan 32
- omsättningens intresse 455
- oviss 95

- partiellt inträde i gäldenärens
avtal 344
- portalparagraf 224 f
- potestativa villkor 98 f
- preskription 244, 248 f
- princip 111 ff, 129 f, 153
- principen om den väsentliga grun-
den 110 ff, 205 ff, 486
- ackordsfordrans uppkomst 427 f
- betydelse 129 ff

- de normativa avvägningar som den bygger på 177 f
- en styrande rättsprincip 122 ff
- huvudfordrans uppkomst 277 f, 306, 308, 310, 313, 314, 318, 325
- konkursfordrans uppkomst 241 f, 255, 260
- massafordrans uppkomst 367 f, 371, 380, 383 f, 386, 391
- motfordrans uppkomst 265 f, 274 f
- skuldens tillkomst 481
- skuldens uppkomst 459, 461, 469 f
- skuldsaneringsfordrans uppkomst 445
- struktur 183 ff
- påbud 46, 119
- påstående 119

ratio decidendi 413 ff

rationalism 57 f

rationalitet 52, 67

realism 161 f

regel-förklaring 46 ff

regelföljande 44 ff

resolutivt villkorad fordran 92 f, 96 ff, 99 f, 106, 138 f, 220 f, 251 f, 254, 322

riktmärke för konsekvensbedömningen 140 f, 148 ff, 151 ff, 160 ff

riskprincipen se den lindskogska riskprincipen

rättighetsdebatten 117 f

rättsdogmatik 42 ff, 51, 64 f, 68 f

rättskapacitet 334

rättskultur 205 f

rättssubjektivitet 334

rättsrealism 117 ff, 160 ff, 205 ff

rättsvetenskapens roll 63 f

sak(och konkurs)rättslig fråga 280

sakrättsligt skyddad återtaganderätt se återtaganderätt

samtidighetsprincipen 453, 473 f

sedvänja 46 f

skuldens tillkomst såvitt avser 4:12 KL 446 ff

– avtalsgrundade fordringar 459 ff

– delikt 467

– innehållanderätt 452 ff, 454 ff, 461 f, 467 ff

– lånefordran 459 ff

– löpande krediter 463 f

– regressfordran 465 ff

– säkerhet och borgen 465 ff

– återtaganderätt 458, 462, 470

skuldens uppkomst såvitt avser 4:10 KL 471 ff

– avtal 476 ff

– delikt 476 f

– förskottsbetalning 478 ff

– innehållanderätt 473 ff, 475 f, 476 ff

– kontantköp 472, 473 ff, 476, 477 ff

– kreditköp 472, 476

– nackdelsbedömningen 477 ff

– misstagsbetalning 477

– övriga fordringstyper 476 f

– återtaganderätt 482

skuldsanering 429

skuldsaneringsfordrans uppkomst 429 ff

– avtal 442 ff

– delikt 442 f

– innehållanderätt 436 f, 441, 443 ff

– regressfordran 442 f

– statligt studielån 443

– återtaganderätt 444

språkets betydelse i den juridiska slutledningen 124 ff

struktur 179 ff

- strukturalism 53
- substantialism 85 ff, 175 ff, 197 ff, 205 ff, 487 f
- suspensivt villkorad fordran 92, 93 f, 96 ff, 103, 105 f, 138 f, 220, 252
- svävande 26, 138 ff
- syfte 140 f, 148 ff
- syfte med konkurs 340 f
- systemargument 164 ff, 205 ff, 487
 - ackordsfordrans uppkomst 398 ff, 406 f, 426
 - huvudfordrans uppkomst 281 f
 - konkursfordrans uppkomst 223 ff
 - massafordrans uppkomst 332 ff
 - motfordrans uppkomst 262 ff
 - skuldens tillkomst 452 ff
 - skuldens uppkomst 473 ff
 - skuldsaneringsfordrans uppkomst 434 ff
- systematiseringar 166 ff
- systematisk(teologisk) likhet 168 f, 338, 405, 434 f, 452 f, 473 ff
- säkerhetshänsyn 265, 280

- tolkning 55 ff
- tornargumentet 126 f
- tû-tû 117 ff

- uppkomstförutsättning 102
- upplysningen 52, 57 f

- vem-frågan 31 f, 33 f
- viljeförklaring 94 f, 99, 101 f
- villkorad fordran 93 ff, samt passim
- villkorsbegreppet 94 ff
- villkorsläran 90 ff, 205 ff, 486
 - ackordsfordrans uppkomst 394, 399 f, 406, 407, 422 ff
 - de normativa avvägningar som den bygger på 176 f
 - huvudfordrans uppkomst 277 f, 281, 288 f, 294, 297 f, 306, 308 ff, 313, 314, 318, 325 f
 - i konkurslagen 104 ff
 - konkursfordrans uppkomst 241 f, 254 ff
 - massafordrans uppkomst 329 f, 364 ff, 378, 380, 383, 389
 - motfordrans uppkomst 265, 274
 - skuldens tillkomst 459, 461, 463, 469
 - skuldens uppkomst 472, 481
 - skuldsaneringsfordrans uppkomst 442 f
 - struktur 180 ff
 - uppkomsttidpunkt 104
- villkorssats 115
- väsentliga grunden se principen om den väsentliga grunden

- återtaganderätt 346 ff, 355 ff, 364 ff, 382 ff, 406, 412, 416, 425 ff, 436 f, 444, 458, 462, 470, 482, 490
- återvinning av kvittning 446 f
- återvinningsfristen 446

- äganderättens övergång 141 ff
- ändamål 140 f, 148 ff

- överordnande 186 f