

MIKAEL MELLQVIST

# Abandonering – en insolvensrättslig essä\*

I denna essä presenteras ett sätt att se på frågan om abandonering i konkurs som inte stämmer överens med vad som vanligen anses vara givet. Även om angreppssättet är teoretiskt annorlunda, för det dock knappast med sig några omvälvningar i praktiken.

## 1. INLEDNING<sup>1</sup>

Marek Keller föreslår i sin doktorsavhandling bl.a. att konkursboets abandonering ska ”göras om” till enbart en bindande rättshandling som bara kan angripas på avtalsrättslig grund.<sup>2</sup> Det säger han bl.a. mot bakgrund av den förvirring som ibland visat sig i frågan när och hur en abandonering kan komma till stånd. Det finns goda skäl att ta upp den frågan och gå vidare med den i den riktning som Marek Keller pekat ut. Men allra först finns det anledning att något reflektera över varför frågan över huvud taget aktualiseras. Och det hänger ihop med hur man ser på det s.k. konkursbeslaget. För att man ska kunna abandonera (överge) egendom måste man rimligen ha (fått) någon egendom att överge. Vad är det egentligen för egendom konkursboet ”får” i samband med konkursbeslutet? Och vad är det för något som i så fall sedan överges? Vad är det egentligen som rent juridiskt sker i allt detta?

\* Denna artikel är tidigare publicerad i SvJT 2022 s. 773 ff. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

<sup>1</sup> Detta är första delen av en konkursrättslig essä. Andra delen, Konkurskommissionstalan – en insolvensrättslig essä, publiceras i SvJT häfte 9 2022. <sup>2</sup> Marek Keller, *Konkurs och process*, Uppsala 2020 (se t.ex. s. 763 f.), anmäld av mig i SvJT 2021 s. 134. <sup>3</sup> Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden* s. 40 f. Han tar som startpunkt den diskussion som fördes vid *Insolvensrättsligt forum 1997*; se skriften därifrån s. 58 f.

<sup>2</sup> Marek Keller, *Konkurs och process*, Uppsala 2020 (se t.ex. s. 763 f.), anmäld av mig i SvJT 2021 s. 134.

Mikael Möller har redogjort för den moderna diskussionen rörande frågan om abandonering.<sup>3</sup> Han redovisar en diskussion mellan bl.a. Torgny Håstad och Torkel Gregow där den förre hävdar att abandonering är möjlig, medan Gregow ställer sig tveksam till det. Möller redogör också för sin egen uppfattning och sammanfattar att ”abandonering av egendom från konkursboet till gäldenären bör kunna ske enligt gällande svensk rätt och att rättsverkan härav som given huvudregel måste vara att konkursboet befrias från ansvar och förpliktelser förknippade med egendomen åtminstone såvitt gäller tiden efter abandoneringsförklaringens avgivande”.

För egen del menar jag att det inte råder någon som helst tvekan (än mindre i dag än 1997) om att gällande rätt tillåter abandonering. Det kan däremot råda vissa oklarheter om den närmare innebörden av en abandonering i olika fall. Möller är i sin sammanfattning också — principiellt mer intressant — inne på att abandoneringsdiskussionen ”i alltför hög grad uppehållit sig vid detaljproblem och speciella frågor, som medfört att de principiella och grundläggande frågorna kommit i skymundan”. Jag kan instämma och även konkretisera diskussionen med att hävda att den 1) har lidit brist på en mer inträngande analys av innebörden av det s.k. konkursbeslaget och detta beslags relation till abandonering och 2) alltför mycket fört diskussionen mot bakgrund av den (huvudsakligen) processuella regleringen i 3 kap. 9 § konkurslagen. Det senare har medfört att man inte sällan har misslyckats med att hålla isär det materiella från det processuella rättsläget. Civilrättsligt betonade argument har använts för att motivera processuella lösningar och processuellt betonade argument för att motivera civilrättsliga ståndpunkter.

Men, enligt min uppfattning, lider hela abandoneringsdiskussionen av en grundläggande brist i det att den inte vilar på några mer ingående analyser av innebörden av konkursbeslaget och vilken relation det beslaget har till abandonering. Utan att man gjort klart för sig vad det innebär att egendom vid konkursbeslutet ”tas i beslag” är det tämligen gagnlöst att diskutera abandonering. Eftersom det

<sup>3</sup> Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden* s. 40 f. Han tar som startpunkt den diskussion som fördes vid *Insolvensrättsligt forum 1997*; se skriften därifrån s. 58 f.

är frågan om att egendomen växlar status i två på varandra följande omgångar är det rimligen av vikt att söka fastställa egendomens status såväl före som efter dessa växlingar. I ursprungsläget är det gäldenärens egendom, sedan hör det till konkursboet för att slutligen överges av konkursboet till förmån för gäldenären. Vad gäller för de två växlingarna och vad gäller för relationen mellan å ena sidan egendomen och å den andra gäldenären respektive boet under de tre stadierna? En utgångspunkt förefaller vara 1) gäldenären äger och förfogar i enlighet med det över egendomen, 2) boet förfogar exklusivt över egendomen och 3) gäldenären äger och förfogar i enlighet med det över egendomen. Men detta tål möjligen att diskuteras. En övergripande fråga är givetvis vilka enskilda objekt bland gäldenärens samlade egendom som över huvud taget berörs av en konkurs. Är det alla egendomsobjekt? Eller är det enbart vissa egendomsobjekt? Och — i det senare fallet — i så fall vilka objekt? Dessa senare frågor ägnas särskild uppmärksamhet i denna essä.<sup>4</sup>

Denna första del, av en tvådelad essä, inleds därför med några principiella funderingar kring frågan om konkursbeslagets karaktär och omfattning, för att sedan övergå till mer handfasta, praktiska, frågor kring hur abandonering bör kunna regleras.<sup>5</sup>

## 2. KONKURSBESLAGET

I 3 kap. 3 § konkurslagen föreskrivs att all gäldenärens utmättningsbara egendom *räknas* till konkursboet och i 3 kap. 1 § föreskrivs det att gäldenären inte får råda över egendom som *hör till* konkursboet. I 7 kap. 12 § föreskrivs att konkursförvaltaren snarast ska *ta hand* om gäldenärens bo.<sup>6</sup> De nu nämnda bestämmelserna, där ordvalet varierar, konstituerar det s.k. konkursbeslaget, dvs. i och med konkursbeslutet ”händer det något” med gäldenärens egendom, eller kanske

<sup>4</sup> Det ska framhållas att det här inte förs fram några nya, egenpåkittade, förslag. Det är i stället frågan om att ta upp och fram tidigare i olika sammanhang framförda propäer (och det inte enbart av Marek Keller).

<sup>5</sup> Den andra delen är mer processuellt inriktad och handlar om konkursprocesskommissionstalan.

<sup>6</sup> Aningen märkligt är det att förvaltaren ska ta hand om ”gäldenärens bo”. En bättre formulering vore nog att förvaltaren ska ta hand om ”den egendom som räknas till boet” eller ”den egendom som hör till boet”.

rättare sagt, med relationen mellan gäldenären och hans eller hennes egendom.<sup>7</sup> Frågan är hur man kan kvalificera detta ”något” som alltså ”händer”. Allmänt anses att gäldenären är bibehållen äganderätten till egendomen men att han eller hon inte är berättigad att disponera (råda) över den.<sup>8</sup> Den senare rätten tillkommer i stället konkursförvaltaren som representant för konkursboet. En fråga som då ställts är om *all* gäldenärens egendom ställs under förvaltarens dispositionsrätt. Och om så är fallet; får han eller hon då vägra befatta sig med eller överge (abandonera) viss egendom.

Ordalydelsen av 3 kap. 3 § ger knappast utrymme för någon annan tolkning än att *all* gäldenärens egendom omfattas av konkursbeslaget, men endast i den mån den är *utmättningsbar*. Huruvida egendom är utmättningsbar regleras exklusivt i utsökningsbalken. I 5 kap. i den balken anges egendom som är undantagen från utmätning. Det rör sig om gäldenärens s.k. beneficium (1–4 §§) samt viss egendom som undantas på grund av sin beskaffenhet eller särskild föreskrift (5–12 §§). Sådan egendom omfattas således inte av konkursbeslaget. Vidare föreskrivs i 4 kap. 3 § utsökningsbalken att egendom som inte har något nettovärde (övervärde) inte är försvarligt att mäta ut, dvs. sådan egendom är inte utmättningsbar och omfattas därför inte

<sup>7</sup> Termen ”konkursbeslag” är måhända inte helt glasklar. Jenny Söderlund, *Konkursrätten* s. 336, uttalar att termen betyder att ”konkursboet ianspråktar konkursgäldenärens förmögenhet... med äganderättsövergång som följd”. Hon fortsätter sedan med att det noga taget betyder att ”konkursboet får en fordring hos konkursgäldenären som kan tvångs genomdrivas på rättslig väg” och att konkursboet därför kan ”avvisa tillgångar som konkursboet inte vill skall omfattas av konkursbeslaget, t.ex. tillgångar med negativt värde”. I det sammanhanget uttalar hon också att ”sådana tillgångar” (alltså värdelösa tillgångar) omfattas av *tillhandahållandeplikten* och *beslagsrätten* men *inte av konkursbeslaget*. Som jag förstår det uttalar hon detta mot bakgrund av sin associationsrättsliga grundsyn. Hon utgår dock från att konkursbeslagets ”juridiska karaktär beror på vilken grundsyn som anläggs” (s. 335). Jag använder här uttrycket ”konkursbeslag” i den allmänna mening att det med det avses egendom som tillhör konkursboet (dvs. vad som utsägs i lagtexten) — och, med anknytning till vad som argumenteras för i denna essä, det är endast utmättningsbar (dvs. värdefull) egendom.

<sup>8</sup> Den dominerande uppfattningen är att gäldenären anses vara ägare även till egendom som omfattas av konkursbeslaget, se Marek Keller s. 276 f. (särskilt s. 290 f.), Stefan Lindskog, *Betaling* s. 673 f., Jenny Söderlund, *Konkursrätten* s. 233 f. och s. 316 f. samt Mikael Mellqvist i *Festskrift till Stefan Lindskog* s. 471.

heller av konkursbeslaget.<sup>9</sup> Möjligen skulle någon vilja hävda att utmätningshinder regleras exklusivt i 5 kap. utsökningsbalken som har rubriken *Undantag från utmätning* och att regleringen i 4 kap. 3 § samma balk, under rubriken *Utmätning* (och mellanrubriken *Utmätningensordningen*) inte utgör ett absolut hinder mot utmätning. Bortsett från att en sådan tämligen extrem formalietolkning rent allmänt känns främmande, finns det inget konkret stöd för en tillämpning som skulle innebära att utmätningsförbud regleras uttömmande i 5 kap. utsökningsbalken.<sup>10</sup> Den uppenbara konklusionen är alltså att konkursbeslaget endast omfattar egendom som har ett värde för konkursborgenärerna. Innebörden av det är, lika uppenbart, att abandonering av sådan egendom inte är tillåten (förvaltaren kan självklart inte göra sig av med för konkursborgenärerna värdefull egendom).

Men enligt gällande rätt anses tveklöst abandonering vara tillåten.

Det ställningstagandet bygger på att även värdelös egendom tillhör konkursboet, dvs. omfattas av konkursbeslaget. Och i sin tur bygger det på att bestämmelsen om försvarlighet i 4 kap. 3 § utsökningsbalken inte är en bestämmelse som utgör ett utmätningshinder (utmättingsförbud). I stället skulle den bestämmelsen, med det synsättet, enbart utgöra en sorts ”förfarandemässig rekommendation”, dvs. man bör undvika att mäta ut värdelös egendom. Någon bäring på frågan om utmätningsbarhet i sig skulle bestämmelsen inte ha. Än mindre har den, med samma synsätt, betydelse om vi förflyttar oss till tillämpning av 3 kap. 3 § konkurslagen.

Det är emellertid ganska lätt att avfärda det senast redovisade synsättet (som också är det förhärskande synsättet). Det räcker egentligen med att läsa lagtexten, dvs. värdelös egendom ska inte utmätas

<sup>9</sup> Ang. 4 kap. 3 § utsökningsbalken, se Gösta Walin m.fl. *Utsökningsbalken – En kommentar*, 5 uppl., Stockholm 2017 s. 124 f. och Torkel Gregow, *Utsökningsrätt*, 5 uppl. Stockholm 2020 s. 125 f. Se även den senare i *Festskrift till Göran Millqvist*, Stockholm 2019 s. 241 f. där han bl.a. uttalar att det är en *grundförutsättning* för utmätningsbarhet att en sådan förrättning ger ett överskott (kanske t.o.m. ett större sådant). Detsamma sägs i hans bok *Utsökningsrätt* t.ex. s. 227. Ang. det generella ”försvarlighetsrekvisitet” i 4 kap. 3 § utsökningsbalken, se prop. 1993/94:50 s. 293 och s. 363 (jfr prop. 1980/81:8 s. 361).

<sup>10</sup> Se t.ex. Torkel Gregow, *Utsökningsrätt* s. 161 där det framgår att 5 kap. utsökningsbalken inte utgör någon exklusiv reglering av utmätningsförbud. Bestämmelsen i 4 kap. 33 § andra stycket utsökningsbalken föreskriver också att en utmätning som skett i strid mot bestämmelsen i 4 kap. 3 § ska hävas. Även det kan mycket väl tolkas som att 4 kap. 3 § uttrycker ett utmätningsförbud, se Torkel Gregow, *Utsökningsrätt* s. 228.

och egendom som inte *ska* utmätas *får* givetvis inte heller utmätas och omfattas alltså inte av konkursbeslaget. Det är frågan om ett uttryckligt utmätningförbud och inte enbart någon anvisning om vad som kan vara lämpligt eller olämpligt i en utmätningssituation.<sup>11</sup> Mikael Möller är inne på att konkursbeslaget är konstruerat så att det ger förvaltaren en rätt till gäldenärens egendom och han uttalar att det inte finns någon skyldighet för förvaltaren att utnyttja *hela* sin beslagsrätt.<sup>12</sup> I mitt resonemang här är det inte ett riktigt konstaterande, eftersom egendom utan nettovärde inte är utmätningssbar och därför helt enkelt aldrig ingår i konkursbeslaget. Av det följer att förvaltaren är skyldig att utnyttja *hela* sin beslagsrätt. För i den rätten ingår bara egendom som representerar ett värde för borgenärerna.<sup>13</sup> Efter att ha sagt detta kan man konstatera att konsekvenserna av Möllers synsätt om att förvaltaren har att göra ett urval av egendom (och alltså kan välja bort värdelös egendom) och det synsätt jag här för fram om att värdelös egendom inte alls omfattas av konkursbeslaget blir desamma (eller i vart fall *kan* bli desamma).

Men jag antar att invändningarna inte stannar där. Kravet på försvarlighet i utsökningsbalken infördes genom en lagändring (ett tillägg) i utsökningsbalken i ett lagstiftningsärende 1993/94 på det skatterättsliga området. Tidigare gällde endast (nuvarande andra stycket) att utmätning av i och för sig utmätningssbar egendom inte *borde* ske om inte utsökningskostnaderna och någon del av fordringen fick betalt. Med ikraftträdande den 1 januari 1994 infördes det nuvarande första stycket där det alltså föreskrivs att utmätning inte *ska* ske om det inte ger ett överskott som gör åtgärden försvarlig. *Lämplighetsbestämmelsen* i nuvarande andra stycket gällande utmätningssbar egendom kompletterades alltså med en *förbudsregel* riktad

11 Jenny Söderlund, *Konkursrätten*, s. 335 f. presenterar i sin avhandling olika grundsyner på konkursrätten. Beroende på valet av grundsyn får, enligt henne, konkursbeslaget olika omfattning. Med en exekutionsrättslig grundsyn omfattas endast tillgångar med ett ekonomiskt värde av konkursbeslaget, medan en associationsrättslig grundsyn (hennes "favoritgrundsyn") innebär att det inte krävs att egendom ingående i konkursbeslaget har något värde för borgenärerna.

12 Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden* s. 46.

13 I Tillsynsmyndighetens handbok för konkurs uttalas (avsnitt 2.13, s. 114) att syftet med abandonering är att "befria boet från ansvar för egendom som har ett försumbart eller negativt värde". Min ståndpunkt är alltså att sådan egendom inte ska, t.o.m. inte kan, finnas i boet.

mot värdelös egendom.<sup>14</sup> I det lagstiftningsärendet sades inget om de konkursrättsliga konsekvenserna av att ett tillägg gjordes i ut-  
sökningebalken. Lagstiftarens tystnad i det avseendet skulle alltså  
innebära att lagstiftaren inte fullt ut menat riktigt allvar med sitt  
lagstiftande. Endast i den mån lagstiftaren har förklarat alla tänk-  
bara konsekvenser av en lagstiftning skulle lagen gälla. Det är på  
ett principiellt plan en ohållbar ståndpunkt. Det förefaller avsevärt  
rimligare att utgå från att lagstiftaren verkligen menar det som sägs i  
en lagtext. Och skulle så någon gång inte vara fallet, är det dessutom  
rimligt att lagstiftaren får ta konsekvenserna av det som lagfästs, även  
om det skulle ligga ett misstag bakom. Men om man ska ge sig på  
att tolka lagstiftarens tystnad (tystnad är för det mesta mycket svår-  
tolkad) ligger det närmast till hands att lagstiftaren i detta fall verk-  
ligen har avsett av omfattningen av konkursbeslaget skulle påverkas.  
Historiskt sett har man i Sverige knutit frågan om konkursbeslagets  
omfattning till egendoms utmättningsbarhet. Konkurslagen har med  
andra ord helt och hållet och reservationslöst lutat sig mot den ut-  
sökningrättsliga definitionen och de utsökningrättsliga övervägan-  
dena vad gäller den frågan. Det är också naturligt och systematiskt  
motiverat med denna fasta koppling mellan de huvudsakliga speci-  
alexekutiva respektive generalexekutiva förfarandena.<sup>15</sup> Varje ändring  
av vad som enligt utsökningebalken utgör utmättningsbar egendom  
får alltid en total och omedelbar inverkan på vilken egendom som  
hör till konkursboet, dvs. konkursbeslagets omfattning. Det finns  
alltså här en inbyggd automatik som också är medvetet avsedd. Hade  
lagstiftaren av något skäl velat upphäva denna koppling, ja *då* hade  
det funnit anledning att redovisa övervägandena för det i 1993 års  
lagstiftningsärende (och också ändra bestämmelsen i 3 kap. 3 § kon-  
kurslagen).

<sup>14</sup> I lagtexten används alltså uttrycket att utmätning inte *ska* ske. I motiveringen (prop. 1993/94:50 s. 293 f.) används omväxlande uttrycken att utmätning inte *ska* ske, inte *kan* och inte *får* ske av värdelös egendom. Oavsett ordval torde det stå klart att det är frågan om en förbudsregel och inte "bara" en lämplighetsregel. Som jämförelse kan påpekas att det i andra stycket i 4 kap. 3 § utsökningebalken föreskrivs att viss egendom *bör* väljas framför annan vid utmätning.

<sup>15</sup> Skillnaden mellan specialexécution (utmätning) och generalexekution (konkurs) är alltså att det förra inriktar sig på *ett bestämt utmättningsbart* objekt och det senare på alla utmättningsbara objekt. Men i båda fallen undantas icke utmättningsbara objekt.

Den här förordade tolkningen av 3 kap. 3 § konkurslagen är vidare den tolkning som är mest förenlig med vad som föreskrivs i portalbestämmelsen i 1 kap. 1 § konkurslagen. Där uttalas, som bekant, att all gäldenärens egendom tas i anspråk i ett *bestämt syfte*, nämligen för att användas till betalning av gäldenärens skulder. När man läser bestämmelsen i 1 kap. 1 § konkurslagen måste man rimligen så att säga läsa *hela meningen*, dvs. att det som tas i anspråk är gäldenärens *samlade tillgångar för betalning* av gäldenärens skulder – vilket för övrigt verkligen är ett uttryck för det konkursändamål det råder stor enighet om. Det bör rimligen innebära att endast egendom som kan användas för att uppfylla detta explicit uttalade syfte omfattas av konkursbeslaget. Och det gäller för värdefull egendom, men inte för värdelös sådan.

Det synsätt som får anses vara ett förhärskande uttryck för gällande rätt, vilar alltså på ett ogrundat antagande om omfattningen av konkursbeslaget. Det alternativa synsätt som jag här presenterar innebär att diskussionen mellan Håstad och Gregow vid Insolvensrättsligt forum 1997 skjuter bredvid målet. Den diskussionen utgår nämligen från att konkursbeslaget omfattar även egendom som inte är utmättningsbar. Och som motiv för det anförs att det i 1 kap. 1 § konkurslagen talas om att gäldenärens *samlade tillgångar* tas i anspråk. Från detta tar i och för sig Håstad (och även Möller) avstånd i det att de inte tillmäter uttrycket i 1 kap. 1 § någon specifik betydelse. Håstad uttalar att uttrycket enbart är ett framhållande av skillnaden mellan konkurs och utmätning i det att borgenärerna vid utmätning inte har något ansvar för egendom med negativt värde medan det motsatta skulle gälla vid konkurs. Det menar jag är ett principiellt oriktigt ställningstagande.<sup>16</sup> Förutom att den allmänt hållna portalbestämmelsen i 1 kap. 1 § (jfr *lex generalis*) alltså kräver att egendomen i fråga kan användas för att tillgodose borgenärernas

<sup>16</sup> I NJA 1968 s. 270 förs en diskussion (i ett särskilt yttrande av justitierådet Höglund och ett tillägg av justitierådet Söderlund) om skillnader och likheter mellan hur omfattningen av konkursbeslaget respektive egendoms utmättningsbarhet är reglerad. Den diskussionen är indirekt av intresse för det som här diskuteras, men inte av direkt relevans för ståndpunkterna här. Angående förhållandet mellan konkurs och utmätning se också Lars Welamson, *Konkursrätt* s. 320 f.



krav på betalning, finns det ju i 3 kap. 3 § en specifik bestämmelse (jfr *lex specialis*) som uttryckligen säger att det i detta avseende inte är någon skillnad mellan utmätning och konkurs. I båda fallen är det enbart egendom med ett nettovärde som borgenärerna (genom förvaltaren) *ska* och *får* befatta sig med. Det gör att frågan om huruvida abandonering är förenlig med gällande rätt egentligen borde vara överflödigt att ställa sig. Men man skulle i och för sig alltså kunna ställa sig frågan om egendom som är utmätningsbar (dvs. har ett nettovärde) får abandoneras. Men den frågan torde ganska enkelt kunna besvaras med ett klart nej. Värdefull egendom ska ju användas till att tillgodose borgenärernas krav. Det är konkursens (helt dominerande) syfte. Och att göra avsteg från det syftet kan man knappast tillåta sig. Den sammanfattande konklusionen skulle alltså bli att abandonering av egendom som ingår i konkursbeslaget aldrig kan tillåtas. Sådan egendom är nämligen per definition av värde för borgenärerna i det att den kan användas för betalning av deras fordringar.

Sammanfattningsvis är det svårt att säga annat än att en lexikalisk tolkning, en rättsgenealogisk tolkning, en ändamålstolkning eller vilken annan tolkning som helst leder till en och samma slutsats, dvs. för att egendom ska omfattas av konkursbeslaget krävs att den är utmätningsbar och utmätningsbar är endast egendom som för borgenärerna betingar ett värde så att egendomen i fråga kan lämna ett bidrag till uppfyllelse av konkursändamålet. Och i och med detta skulle s.k. abandonering vara en "icke-fråga". Förvaltaren, som representant för konkursboet, är skyldig att omvandla värdefull egendom till utdelningsbara pengar och egendom som inte uppfyller det kravet är han eller hon varken berättigad eller förpliktad att befatta sig med.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Vid diskussionen vid Insolvensrättsligt forum var advokaten Lars Söderqvist inne på att egendom utan ett nettovärde inte omfattas av konkursbeslaget, se *Insolvensrättsligt forum 1997* s. 95. Han fick dock mothugg av Torkel Gregow (s. 97).

### 3. VERKLIGHETENS PRIMAT ÖVER PRINCIPERNA

Huruvida viss egendom representerar ett nettovärde eller inte, kan ju ofta vara svårt att avgöra utan mer ingående undersökningar. Oavsett synsätt i frågan om konkursbeslagets omfattning (enbart värdefull eller även värdelös egendom) är det i praktiken frågan om att vid konkursbeslutet (och även senare under konkursens handläggning) göra sorteringar som går ut på att separera konkursegendom och gäldenärsegendom från varandra (och även sortera ut s.k. separationsegendom, dvs. sådan som ska ges ut till tredje man).<sup>18</sup> Det är alltså *något* som *någon* måste göra. Att ”någon” är förvaltaren torde stå över all diskussion. Vad är det då för ”något” han eller hon måste göra?

Med *synsättet att viss egendom inte alls omfattas* av konkursbeslaget skulle det krävas att förvaltaren tar ställning till vilken egendom som tillhör denna ”beslagsfria” kategori. Det kan ske genom att förvaltaren avger en *förklaring* om att viss egendom inte omfattas av konkursbeslaget (eller motsatsen). Det skulle då inte vara frågan om en disposition av förvaltaren. Han eller hon gör sig inte av med egendom, utan förklarar att han eller hon inte har (och aldrig har haft) med egendomen att skaffa. Förklaringen i sig skulle inte ändra rättsläget, utan bara vara ett konstaterande av vad lagen föreskriver. Men det är knappast fullt ut ett hållbart förhållningssätt. En sådan förklaring från förvaltarens sida innefattar ju förvaltarens egen konkreta tillämpning av en abstrakt lagreglering applicerad på viss egendom. Det är en rättstillämpning, dvs. mer än bara en ”naken lagförklaring”.

*Det andra – och förhärskande – synsättet* utgår alltså från att egendomen ingår i boet, men boet vill göra sig av med den. Beträffande

<sup>18</sup> Att det inte alltid direkt vid konkursbeslutet är möjligt att avgöra vilka objekt ingående i gäldenärens egendoms massa som omfattas av konkursbeslaget är inget märkligt. Utmättningsbestämmelsen i 4 kap. 3 § första stycket utskönningsbalken är bl.a. därför i 4 kap. 33 § andra stycket samma balk förenad med en bestämmelse om upphävande av en (som det senare visar sig förbjuden) utmätning. I ett konkursperspektiv är innebörden av detta att vilka tillgångar som hör till konkursboet inte kan fastställas en gång för alla när konkursbeslutet meddelas. I det följande kommer dock här föreslås att det i konkurslagen regleras att en abandonering från förvaltarens sida görs till en i princip oåterkallelig rätts handling; som då definitivt ger besked om att visst egendomsobjekt är konkursfritt.

sådan egendom krävs det en disposition från förvaltarens sida för att boet ska kunna frigöra sig från egendomen. Det är alltså frågan om en förklaring innefattande ett *rättshandlande* från förvaltarens sida.

I diskussionen om abandonering har, som sagts, ingen åtskillnad gjorts mellan dessa båda principiellt skilda utgångspunkter. Man har sett det som abandonering oavsett om förvaltaren aldrig befattat sig med egendomen i fråga eller i stället omhändertagit den för att sedan överge den. Oavsett vilket har det krävts ett aktivt rättshandlande från förvaltarens sida (alternativt, enligt gällande rätt, ett aktivt processhandlande bestående i att förvaltaren avstår från att överta en *talán* om egendomen som förs av gäldenären). Även om skillnaden mellan de båda synsätten på ett principiellt plan klart skiljer sig åt, kan sorteringen med all rätt på ett praktiskt plan betecknas som subtil. Det skulle alltså inte spela någon roll om förvaltaren vägrar att ta hand om egendom eller om han eller hon gör sig av med egendom som han eller hon en gång tagit i beslag — det krävs under alla förhållanden att det ”aktivt görs” eller ”passivt meddelas” ett urval. Oavsett vilket är det frågan om något man kan applicera den juridiska etiketten ”abandonering” på och i båda fallen finns det inslag som motiverar att säga att förvaltaren måste rättshandla på något sätt. Det hela kokar i slutändan kanske i praktiken ned till frågan om utifrån vilka utgångspunkter man formulerar en abandoneringsförklaring.

För att sammanfatta. Det finns alltså goda skäl för att ifrågasätta riktigheten av den förhärskande synen på omfattningen av konkursbeslaget. Men det behöver inte mer än marginellt påverka den praktiska hanteringen av abandonering, och inte heller synen på innebörden av en abandonering. Detta eftersom det under alla förhållanden krävs att förvaltaren gör något, dvs. tar ställning till vilken egendom (vilka objekt i en samlad egendom) han eller hon avser att använda för att tillgodose borgenärernas krav på betalning. Och det måste förvaltaren på något sätt vid någon tidpunkt ge till känna (till gäldenären). Det finns vidare, även det under alla förhållanden, goda skäl för att kategorisera ett sådant tillkännagivande som en

rättshandling innefattande en materiell disposition över egendomen. Och en sådan rättshandling bör, de lege ferenda, vara ett exklusivt sätt att abandonera egendom.<sup>19</sup>

#### 4. ABANDONERING GENOM ETT PROCESSUELLT TALEAVSTÅENDE

Vad som hittills avhandlats har varit den materiella frågan om abandonering och vad som sagts gäller alldeles oavsett om det när konkursbeslutet meddelas pågår en rättegång mellan konkursgäldenären och annan rörande gäldenärens egendom eller inte. En eventuell pågående rättegång påverkar med andra ord inte omfattningen av konkursbeslaget. Det betyder bl.a. att det är skillnad mellan att å ena sidan avstå *från egendom* och å den andra att avstå *från att föra talan* rörande egendom. Det förra är en materiell fråga och det senare en processuell fråga. Var och en av dessa frågor ska besvaras på sina egna meriter och inte kopplas samman. Men nu är det (tyvärr) så att dessa frågor har kopplats samman genom regleringen i 3 kap. 9 § första stycket konkurslagen, vilket (i vart fall tidigare) har ställt till en del huvudbry i tillämpningen.

I 3 kap. 9 § första stycket *första meningen* konkurslagen föreskrivs att konkursboet får överta konkursgäldenärens talan i ett vid konkursbeslutet pågående mål om egendom som tillhör konkursboet. Om boet inte utnyttjar denna möjlighet föreskrivs i *andra meningen* i första stycket att egendomen inte längre tillhör boet. Boet har med andra ord genom sin processhandling att inte överta gäldenärens talan i så fall åstadkommit en materiell abandonering.<sup>20</sup> Första stycket är alltså formulerat som en processuell regel; det sägs att

<sup>19</sup> Den lagstadgade abandoneringskonsekvensen i 3 kap. 9 § första stycket andra meningen konkurslagen bör alltså upphävas; vilket jag återkommer till i essän i nästa nummer av SvJT.

<sup>20</sup> Jfr Marek Keller s. 344 f. som uttalar att det *alltså* (genom NJA 2013 s. 830) står klart att ett avstående från taleövertagande innebär en abandonering. Jag vill hävda (vilket jag tror är även Marek Kellers uppfattning) att det inte står klart först i och med rättsfallet. Det följer redan explicit av lagtexten i 3 kap. 9 § första stycket andra meningen konkurslagen att en abandonering följer av avståndet. Jfr dock s. 371 där han, i anslutning till rättsfallet, diskuterar omfattningen av en sådan abandonering. Jfr Stefan Lindskog, *Betalning* s. 675 f. som diskuterar olika tänkbara varianter av lagtextens betydelse, men som hamnar i slutsatsen att konsekvensen är abandonering. Jfr annan uppfattning Jenny Söderlund i SvJT 2012 s. 85. Se också Mellqvist/Welamson s. 162 f. och vidare nedan.

*talán* får övertas, inte att processföremålet får övertas. Det är också fullt logiskt eftersom det senare, dvs. det ”materiella övertagandet”, ju ligger före i tiden i det att det har skett redan genom konkursbeslutet/konkursbeslaget. Det är ju också en förutsättning för tillämpningen av den processuella regeln (om rätten att överta talan) att egendomen *tillhör boet*. Andra meningen, däremot, är en materiell regel som anger konsekvensen av att den processuella möjligheten inte utnyttjas av boet, nämligen att *egendomen* (processföremålet) inte längre ska anses tillhöra boet. Det finns anledning att fästa uppmärksamheten på att vad som sålunda föreskrivs alltså inte alls är tillämpligt om förvaltaren redan har abandonerat egendomen i fråga; i sådana fall saknar boet övertaganderätt. Indirekt framgår det också av tredje meningen i första stycket (utmätningförbudet) att egendom som blir abandonerad med stöd av andra meningen är egendom som har ett nettovärde, dvs. omfattas av det ursprungliga konkursbeslaget. Eftersom sådan egendom ska vara utmätningbar hade bestämmelsen i tredje meningen varit obehövlig om motsatsen hade gällt.<sup>21</sup> Man kan alltså se det som att ett processuellt icke-övertagande har den innebörden att boet därigenom avhänder sig varje materiell rätt till egendomen i fråga.

Ett mycket gott stöd för detta synsätt finns, enligt min uppfattning, också att hämta inte minst i NJA 1996 s. 46 och NJA 2013 s. 830.<sup>22</sup> Marek Keller uttalar också i anslutning till det att termen ”abandonering” i dag betecknar både ett avstående från en tillgång i en process med stöd av 3 kap. 9 § konkurslagen och ett avstående enligt materiella regler utan samband med en process.<sup>23</sup> För egen del anser jag – i likhet med Marek Keller och många andra – att termen

<sup>21</sup> Se angående detta tidigare omnämnda rättsfallet NJA 1968 s. 270.

<sup>22</sup> Se Marek Keller s. 334 (jfr s. 332) som påpekar att det förhållandet att det rörde sig om ett avtal av personlig natur inte utesluter att boet har talerätt. I begreppet ”talerätt” ingår då alltså att man har materiell rätt till egendomen (lönefordran). Det var ju *den* rätten boet ansågs ha abandonerat. Ang. rättsfallen se också Mikael Mellqvist i JT 2020–21 s. 463 (och jfr JT 2013–14 s. 663). Ang. NJA 1996 s. 46 se också Stefan Lindskog, *Betalning* s. 675 f. (särskilt not 2367), Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden* s. 332 f., Torgny Håstad och Mikael Möller, *Insolvensrättsligt forum 2005* s. 151 f. och även Jenny Söderlund i SvJT 2012 s. 85 och densamma i *Konkursrätten* bl.a. s. 224 f. Jfr också rättsfallen NJA 1999 s. 777, 2004 s. 777, 2013 s. 304 samt notisfallen NJA 1991 C 153, 1998 C 74 och 2005 N 22.

<sup>23</sup> Marek Keller s. 254.

”abandonering” bör reserveras för det materiella rättshandlandet att avstå från viss egendom som boet genom konkursbeslutet har fått (i vart fall) förfoganderätten över.<sup>24</sup> Om det sker i eller utanför en process ruckar, enligt min uppfattning, inte på begreppsanvändningen.<sup>25</sup> Ordalydelsen i 3 kap. 9 § första stycket konkurslagen säger dock inte mer än att ett taleavstående har en viss civilrättslig effekt, nämligen att *egendomen i sig* abandoneras. I NJA 2013 s. 830 ställdes frågan vad som gäller för *rättigheter som följer med rätten till egendomen i fråga* (t.ex. avkastning eller som i det aktuella rättsfallet rätt till lön och semesterersättning på grund av ett — enligt avgörandet — bestående anställningsförhållande). För egen del skulle jag nog vilja påstå att det gränsar till självklart att alla sådana ”följdrättigheter” följer med rätten till egendomen i sig. Jag inser emellertid att detta går att problematisera. Vissa rättigheter kan ju vara knutna till ett processföremål genom ett sakligt samband såsom tillbehör av olika slag (vinterdäck till en bil). Andra rättigheter kan ha en mer ekonomisk-juridisk betonad anknytning till processföremålet (intäkt från uthyrd egendom). Man skulle också kunna tänka sig att göra åtskillnad mellan rättigheter härledda från processföremålet beroende på när i tiden (före eller efter konkursbeslaget) denna härledda rättighet har sitt ursprung (ränta belöpande på kapitalet före och efter konkursbeslaget). Men frågan som måste ställas är vem eller vad som skulle gagnas av en långtgående differentiering av ”följdrättigheter”. Förutsebarheten skulle riskera att bli sämre och en mer förfinad differentiering skulle kunna riskera att bli processdrivande och därmed kostsam. Mycket talar, tycker jag, för att *all* rätt borde få betyda just *all* rätt. Men i NJA 2013 s. 830 ser det — tyvärr — inte riktigt på

<sup>24</sup> Detta ”materiella synsätt” innebär alltså att boet till konkursgäldenären lämnar *tillbaka* (åtminstone) förfoganderätten till egendom som man fått (åtminstone) förfoganderätt till genom konkursbeslaget. Det borde också innebära att boet inte på samma sätt kan abandonera egendom som boet har förvärvat efter konkursbeslutet. Däremot borde boet i sådana fall kunna rättshandla med konkursgäldenären och t.ex. till gäldenären sälja eller skänka sådan egendom (det är ju inte egendom som omfattas av konkursbeslaget).

<sup>25</sup> Ordet abandonering betyder övergivande. Man kan enligt allmänt språkbruk överge egendom, men det är svårare att säga att man överger en talan. Möjligen skulle man kunna använda begreppet ”processuell abandonering” för just fall som omfattas av 3 kap. 9 § första stycket konkurslagen eftersom man kan se det som att enbart en processhandling direkt får den materiella konsekvensen att den omtvistade egendomen abandoneras.

det sättet. Högsta domstolen kan alltså genom NJA 2013 s. 830 å ena sidan sägas ha utvidgat innebörden av bestämmelsen i 3 kap. 9 § första stycket andra meningen konkurslagen. Genom en processhandling enligt första stycket (icke-övertagandet) åstadkommer konkursboet materiellt att det 1) ger upp all rätt till tvisteföremålet i sig och 2) ger upp all rätt till förutsebara rättigheter som kan var förbundna med att konkursgäldenären vinner tvisten (tvisteföremålet tillfaller konkursgäldenären). Det är alltså 2) ovan som skulle vara utvidgningen. Man kan å andra sidan se det som en inskränkning av omfattningen av andra meningen. I så fall har man uppfattningen — som jag tycker har allt fog för sig — att abandoneringen av egendomen i sig implicerar en abandonering av *alla* följd rättigheter. Men genom rättsfallet undantas alltså sådana rättigheter som förvaltaren inte kunde förutse vid sitt avstående. Det är en inskränkning.

Det är kanske för vissa en aningen överraskande *utvidgning* och för andra en överraskande *inskränkning* av innebörden av bestämmelsen i 3 kap. 9 § första stycket andra meningen konkurslagen som följer av NJA 2013 s. 830. Högsta domstolens tillämpning i rättsfallet av bestämmelsens innebörd är emellertid, enligt min mening, en inskränkning och en mindre lämplig sådan. Jag menar att det är särskilt olämpligt att låta omfattningen av abandoneringen vara beroende av vilka de för förvaltaren förutsebara konsekvenserna är när egendomen överges. Alla ”typer” av rättigheter omfattas visserligen, men det krävs generellt en viss insikt om dessa rättigheter (existensten? omfattningen?) hos förvaltaren. Det kan vara förenat med avsevärda svårigheter att reda ut vad förvaltaren vid en historisk tidpunkt förutsåg och inte förutsåg. Det är i sig inte heller särskilt lyckat att ”dela upp” abandoneringen på detta sätt. Även det kan försäkra tillämpningsproblem och vara processdrivande. I praktiken förefaller det alltså i flera avseenden vara en tämligen svårtillämpad rättsregel som Högsta domstolen ställt upp i rättsfallet.<sup>26</sup>

Det nyss analyserade rättsfallet rörde alltså tillämpningen av den lagreglerade materiella abandoneringen som följer på ett taleavstå-

<sup>26</sup> Jfr Marek Keller s. 371 f. som också ser svårigheter med detta subjektiva rekvisit.

ende. I andra fall av abandonering, utan samband med en process, kan förvaltaren i sin abandoneringsförklaring specificera vad det närmare bestämt är som överges.<sup>27</sup> Och jag har här ovan också pekat på betydelsen av hur en sådan förklaring formuleras. Den lagreglerade abandoneringen som följer på ett taleavstående har däremot ett "tvångsmässigt" inslag i det att den inte är något annat än en lagreglerad konsekvens av en processhandling (att inte överta en talan) och någon förklaring från förvaltarens sida behövs inte. Men det utesluter inte att förvaltaren när han eller hon vidtar denna processhandling formulerar den så att den innefattar även ett materiellt förfogande, dvs. ett avstående från egendomen (och eventuellt även en specifikation av vilka rättigheter som avstås — eller inte avstås).

## 5. ETT ABANDONERINGSFÖRTYDLIGANDE — TILL VILKEN NYTTA?

Genomgången här rörande innebörden av abandonering indikerar att det finns goda skäl för att ingripa med lagstiftning för att klarlägga rättsläget. Det skulle möjligen finnas anledning att ta ett ännu större grepp och förtydliga vad som närmare bestämt ligger i kravet att egendom ska vara utmätningsbar för att omfattas av konkursbeslaget. Just det skulle dock spräcka ramen för denna essä. Inom den ramen faller emellertid det problem som är förenat med att abandonering kan ske på två sätt. *För det första* genom en rent civilrättslig disposition från förvaltarens sida (ett rättshandlande). *För det andra* genom att förvaltaren inom ramen för en rättegång vidtar en viss processhandling, som för med sig en civilrättslig konsekvens (dock utan krav på att denna konsekvens specificeras).

Mot bakgrund av den diskussion som nu har pågått under några decennier kan det finnas goda skäl för att slänga ut den civilrättsliga gökunge som placerats i det processuella boet (3 kap. 9 § första stycket *andra meningen* konkurslagen). Samtidigt är det inga svårig-

<sup>27</sup> Och jag vill hävda – i motsats till vad som uttalas i NJA 2004 s. 777 – att förvaltaren och konkursgäldenären kan avtala om detta. Se ang. nämnda rättsfall även Marek Keller, s. 264 f. och s. 361 f., Stefan Lindskog, *Betalning* s. 680 f. (särskilt not 2537 och 2538) och Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, s. 61 (med ytterligare hänvisningar).



heter att motivera att man i konkurslagen ger förvaltaren ett tydligt lagstöd för abandonering av egendom som inte kan användas för att tillgodose borgenärernas intressen av att utfallet i en konkurs maximeras. Och det genom en reglering som är helt fristående från eventuella pågående rättegångar med konkursgäldenären som part.

Mot den bakgrunden kan det finnas anledning att sammanfatta de konklusioner som här ovan gjorts och vad som de lege ferenda bör åstadkommas.

1. I och med att konkursbeslaget omfattar endast egendom av värde för konkursborgenärerna kan det i *princip* inte uppstå något behov av abandonering i egentlig mening.
2. Trots vad som sagt i 1) ovan finns det i praktiken ett behov av att i en konkurs kunna separera egendom som boet kan använda för att betala gäldenärens skulder från konkursfri sådan. Det kräver under alla förhållanden ett ställningstagande från förvaltarens sida.
3. Huruvida förvaltarens ställningstagande är att principiellt anse som enbart en förklaring eller som en disposition spelar i praktiken mindre (ingen?) roll. Ställningstagandet kan mycket väl — oavsett principiellt synsätt — benämnas abandonering.
4. Abandonering är att anse som ett materiellt ställningstagande och innebörden av det är att avgöra i varje enskilt fall utifrån hur förvaltaren har formulerat sin abandonering. Ställningstagandet utgör en rättshandling som är bindande och som ska tolkas i enlighet med gängse tolkningsprinciper vad gäller rättshandlingar (avtal).
5. Den enligt gällande rätt rådande materiella konsekvensen av en processhandling (taleavstående medför abandonering) bör upphävas.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Utformningen av den lagändring som krävs vad gäller denna femte punkt återkommer jag till i andra delen av denna konkursrättsliga essä.

## 6. UTFORMNINGAR — EN IDÉSKISS

Den fråga som här inledningsvis ställdes var om konkursboets abandonering ska ”göras om” till enbart en bindande rättshandling som bara kan angripas på avtalsrättslig grund. Ett sätt att åstadkomma det är att slopa abandoneringsbestämmelsen i 3 kap. 9 § först stycket andra meningen konkurslagen och också ta in ett förtydligande i ett nytt tredje stycke i 3 kap. 3 § konkurslagen. Ett sådant förtydligande skulle kunna lyda enligt följande.

3 kap. 3 § tredje stycket konkurslagen

*Till konkursboet räknas inte egendom [eller rättigheter knutna till egendomen] som konkursboet uttryckligen meddelar gäldenären att boet avstår från att omhänderta.<sup>29</sup>*

I 3 kap. 3 § tredje stycket konkurslagen införs alltså ett nytt tredje stycke där det föreskrivs att egendom som konkursboet uttryckligen avstår från att omhänderta inte omfattas av konkursbeslaget. Det utgör antagligen en kodifiering av ståndpunkten enligt gällande rätt. Det tydliggörs också att konkursboets meddelande om att boet avstår ska riktas till gäldenären. Det ska alltså vara frågan om uttryckligt avstående. Det är en *materiell abandoneringsregel* som knyter an till en rättshandling som konkursförvaltaren har att göra. Det föreskrivs inte att rättshandlingen behöver iklädas någon viss form eller göras inom någon viss bestämd tidsfrist. Däremot krävs alltså att avståendet kommer till klart uttryck på något sätt. Passivitet från konkursförvaltaren har alltså inte någon rättsverkan. Förvaltarens avstående kan formuleras på skilda sätt, vilket bl.a. möjliggör att i varje enskilt fall reglera den närmare innebörden av avståendet (t.ex. vad som ska gälla för olika rättigheter knutna till egendomen i sig). En rimlig presumtion — om avståendet inte är närmare preciserat — är att avståendet innefattar inte bara egendomen i sig,

<sup>29</sup> Det kan nämnas att 2007 års Insolvensutredning föreslog något liknande, se SOU 2010:2, del 2, s. 112 f. Innebörden av den här föreslagna regeln är i allt väsentligt densamma. Ordet ”omhänderta” i förslaget skulle kunna ersättas med ”använda för konkursändamålet” eller ”använda för att betala gäldenärens skulder”. Det knyter då formuleringsmässigt direkt an till formuleringen av portalbestämmelsen i 1 kap. 1 § konkurslagen.

utan även alla rättigheter knutna till egendomen. Möjligen skulle det kunna övervägas att i lagtext ta in ett förtydligande om detta.<sup>30</sup> Ett avstående (en abandonering) med stöd av bestämmelsen utgör en rättshandling som är oåterkalleligt bindande enligt vanliga regler om rättshandlingars innebörd. Det innebär också att den endast kan angripas med påståenden om ogiltighet (se främst avtalslagen).

Har förvaltaren med stöd av denna bestämmelse avträtt viss egendom blir det aldrig aktuellt att tillämpa den processuella bestämmelsen 3 kap. 9 § konkurslagen; den bestämmelsen förutsätter ju att det är frågan om egendom som omfattas av konkursbeslaget som är föremål för rättegång. Om konkursboet med stöd av denna bestämmelse (3 kap. 3 § tredje stycket) överger egendomen tillhör den inte boet. Och det gäller även i de fall det pågår en rättegång rörande egendomen och boet skulle avstå från att överta gäldenärens talan och inte heller inträder vid sidan av gäldenären i rättegången. På så vis separeras den materiella rättshandlingen om att abandonera egendom från processhandlingen om att inte överta en talan rörande egendom som förs av gäldenären.

Innebörden av den här föreslagna regleringen är alltså abandonering av egendom från konkursboet till gäldenären uttryckligen är förenlig med svensk rätt och att den av Mikael Möller uppställda definitionen av innebörden, dvs. ”att rättsverkan härav som given huvudregel måste vara att konkursboet befrias från ansvar och förpliktelser förknippade med egendomen åtminstone såvitt gäller tiden efter abandoneringsförklaringens avgivande” alljämt kan tillerkännas full giltighet.

## 7. EFTERORD

Jag vill framhålla att förslaget ovan inte är beroende av att man bestämmer sig för den ena den andra synen på konkursbeslagets omfattning. Som ovan har antytts skulle man i och för sig kunna göra

<sup>30</sup> Orden inom [parentes] i den föreslagna lagtexten. Enligt min mening är det i allra högsta grad rimligt att tolka in denna presumtion i nu gällande lagreglering i 3 kap. 9 § första stycket andra meningen konkurslagen. Högsta domstolen har dock satt stopp för en sådan lagtolkning i och med NJA 2013 s. 830. Möjligen skulle det rättsfallet motivera ett förtydligande med orden inom [parentes] i lagtexten.

”en större lagstiftningsaffär” av den frågan. Men jag kan inte se det som nödvändigt för att åstadkomma ett måhända önskvärt förtydligande av att abandonering 1) är inte bara förenligt med gällande rätt utan också ett – inte minst med hänsyn till konkursändamålet – eftersträvansvärt inslag och 2) en sådan sker genom – och kan bara ske genom – ett materiellt rättshandlande från förvaltarens sida.