

HANS RENMAN

# Om nackdelsläkningsprincipen, rättshandlingsprincipen och den ömsesidiga restitutionsprincipen

*Att nackdel har uppkommit är en generell förutsättning för att återvinning ska kunna komma i fråga. Inte sällan är det en komplicerande faktor vid nackdelsbedömningen att båda parter, såväl gäldenären som medkontrahenten, har lämnat prestationer till motparten under återvinningsfristen. Exempelvis är det vanligt att en leverantör som fått betalt under återvinningsfristen har fortsatt att leverera. I denna artikel behandlas frågan hur nackdelsbedömningen ska göras i den situationen och i ett antal andra situationer som karaktäriseras av att det under återvinningsfristen har förekommit prestationer från båda parter. Dessutom behandlas situationen att betalning har skett till en borgenär som inte har haft full säkerhet. Det konstateras att de tre grundläggande återvinningsrättsliga principer som nämns i artikelrubriken inte alltid leder till samma svar vid återvinningsbedömningen.*

HANS RENMAN är advokat och partner, Advokatfirman Schjødt, Stockholm.

## 1. INLEDNING<sup>\*,1</sup>

Att en rättshandling har inneburit en nackdel för en eller flera borgenärer är en generell förutsättning för att återvinning ska kunna komma i fråga. Man skulle kunna tro att en nackdel som läkts inte kan utgöra grund för återvinning samt att verkan av återvinning är att läkning sker av en nackdel som inte tidigare har läkts, dvs.

\* Denna artikel är tidigare publicerad i Särtryck ur Vänbok till Mikael Mellqvist, Jure Förlag, 2020, s. 185–197. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

<sup>1</sup> Jag tackar mina kollegor Emma Berglund Uväng, Staffan Ekdahl, Christoffer Hamilton och Johan Linder på Advokatfirman Schjødt för framförda synpunkter samt professor Tuomas Hupli på Åbo (Turku) Universitet för tips om rättsfall från finska Högsta domstolen.

att det finns en generell *nackdelsläkningsprincip*. Men så är det inte. Det finns två andra återvinningsrättsliga principer som ofta anses väga tyngre. Den ena principen kan benämnas *rättshandlingsprincipen* och innebär att objektet för en återvinningstalan måste vara en rättshandling i dess helhet. Den andra principen är *den ömsesidiga restitutionsprincipen* som innebär att verkan av återvinning av en rättshandling är att återvinningssvaranden ska återbära den egendom som gäldenären har utgett och att konkursboet ska återbära det vederlag som gäldenären har mottagit. Restitution ska ske in natura av den utgivna egendomen och av vederlaget. Om återbäring av den ursprungliga prestationen inte är möjlig ska värdeersättning betalas. Den ömsesidiga restitutionsprincipen regleras i 4 kap. 14 § konkurslagen (1987:672) (KonkL). Vid återvinning av en skuldbetalning behöver konkursboet inte återbära någon prestation utan i stället återuppväcks skulden till återvinningssvaranden, vilket regleras i 4 kap. 21 § KonkL.

Syftet med nackdelsläkningsprincipen är att borgenärerna ska skyddas mot att *värdet* av gäldenärens tillgångar undandras eller används på ett sätt som gynnar en borgenär framför övriga borgenärer.<sup>2</sup> Syftet med rättshandlingsprincipen och den ömsesidiga restitutionsprincipen är att genom ett *ogiltighetsresonemang* skydda gäldenärens och borgenärskollektivets rätt till den egendom som utgetts till motparten samt att även skydda motpartens rätt till det vederlag som lämnats för egendomen.<sup>3</sup> Frågan om ett återgångsanspråk är, eller bör vara, värdebaserat eller ogiltighetsbaserat har betydelse i många sammanhang, t.ex. inom associationsrätten vid bedömningen av vad som är verkan av en otillåten värdeöverföring enligt 17 kap. aktiebolagslagen (2005:551).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Se Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs, 1939, s. 20 f.

<sup>3</sup> Se Bramsjö, Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden, 1950, s. 16 f., som anför att restitution tillhör kärnan i det allmänna återgångsdirektivet som i lagtext vanligen formuleras som att avtalet "skall återgå" ("skall vara ogiltigt"). I 4 kap. 5, 6, 9, 10, 11 och 13 §§ används formuleringen "går åter", i 4 kap. 7 § "går i motsvarande mån åter" och i 4 kap. 8 § KonkL "går åter till belopp motsvarande överskottet". I rättsfallet "Tupperware" NJA 2010 s. 734 beskriver Högsta domstolen verkan av återvinning av ett avtal som en korrigerig av avtalets verkningar såvitt gäller det inbördes förhållandet mellan konkursborgenärerna.

<sup>4</sup> Se Andersson, Kapitalskydd i aktiebolag, En kritisk lärobok, 7 uppl. 2020, s. 276 ff.

På ena sidan har vi alltså nackdelsläkningsprincipen och på den andra sidan rättshandlingsprincipen och den ömsesidiga restitutionsprincipen. Syftet med denna uppsats är att behandla betydelsen av dessa principer vid återvinning av betalning till borgenär som inte haft full säkerhet (avsnitt 2), återvinning av blandad gåva (avsnitt 3) och återvinning av betalningar i ett löpande avtalsförhållande (avsnitt 4).

## 2. ÅTERVINNING AV BETALNING TILL BORGENÄR SOM INTE HAFT FULL SÄKERHET

Anta att borgenären B har pantbrev på sammanlagt 3 miljoner kr som säkerhet för sin fordran på samma belopp mot gäldenären G som är insolvent. Fastigheten är värd 1 miljon kr. Den del av B:s fordran som inte täcks av fastighetens värde och som därmed är oprioriterad uppgår till 2 miljoner kr. Oprioriterade borgenärer kommer inte att få betalt om G försätts i konkurs. G betalar 3 miljoner kr till B som lämnar tillbaka pantbreven. Därefter försätts G i konkurs. Konkursboet yrkar att B ska förpliktas återbetala 3 miljoner kr. Enligt rättshandlingsprincipen kan återvinningstalan bifallas med det yrkade beloppet om alla rekvisit i någon återvinningsregel är uppfyllda. Enligt nackdelsläkningsprincipen kan återvinningstalan inte bifallas med ett högre belopp än 2 miljoner kr, vilket motsvarar den oprioriterade delen av B:s fordran. Vinner rättshandlings- eller nackdelsläkningsprincipen?

I rättsfallet "Kontorsinnovation" NJA 1996 s. 624 hade ett konkursbo frivilligt använt nackdelsläkningsprincipen genom att begränsa återvinningstalan till det belopp som krävdes för att läka den nackdel som uppkommit. Högsta domstolen ansåg att det var möjligt att föra en sådan partiell återvinningstalan. Rättsfallet svarar inte på frågan vad som gäller om konkursboet inte begränsar återvinningstalan utan i enlighet med rättshandlingsprincipen yrkar återvinning av hela det betalda beloppet. Anhängare av nackdelsläkningsprincipen kan hävda att betalningen av 3 miljoner kr ska delas

upp i två rättshandlingar; dels en betalning på 1 miljon kr som inte kan återvinnas därför att den rymts inom säkerhetens värde, dels en betalning på 2 miljoner kr av B:s oprioriterade fordran som kan återvinnas om utöver nackdelsrekvisitet även övriga rekvisit i någon återvinningsregel är uppfyllda.<sup>5</sup>

I avsaknad av lagregler, förarbetsuttalanden och rättspraxis som ger stöd för att en betalning till en borgenär som inte haft full säkerhet ska delas upp i en prioriterad del och en oprioriterad del får det antas att konkursboets yrkande om återvinning av hela betalningen – i exemplet 3 miljoner kr – kan bifallas, vilket innebär att B:s fordran återuppväcks med samma belopp (4 kap. 21 § KonkL). B får vänta och se om det blir någon utdelning på den återuppväckta fordran på 3 miljoner kr i G:s konkurs. Om B:s panträtt var oan griplig (skyddad mot återvinning) ska pantbreven på B:s begäran återlämnas till B i samband med att betalningen återvinns och B ska i konkursen betraktas som innehavare av pantbrev på 3 miljoner kr med bästa rätt (4 kap. 14 § andra stycket KonkL). B:s begäran om att återfå pantbreven kan framföras i återvinningsprocessen<sup>6</sup> eller efteråt. Ett övergripande syfte med återvinningsreglerna är att återställa läget som det var innan den återvinningsbara rättshandlingen vidtogs.<sup>7</sup> Om betalningen av 3 miljoner kr inte hade gjorts skulle B ha behållit pantbreven. Bedömningen av om B:s panträtt var oan griplig ska antagligen avse en hypotetisk konkurssituation vid tidpunkten för betalningen. Om B:s panträtt var återvinningsbar vid betalningstidpunkten ska antagligen hela B:s återuppväckta fordran anses som oprioriterad även om panträkten inte blir föremål för en separat återvinningstalan. Om pantsättningen hade kunnat återvinnas vid tidpunkten för betalningen kan de pantbrev som B återlämnat till gäldenären inte anses ha utgjort sådant vederlag enligt 4 kap. 14 § andra stycket KonkL som konkursboet behöver återlämna till B om betalningen återvinns.

<sup>5</sup> Jfr Lennander, Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, 10.1.A.b, s. 340 f.

<sup>6</sup> Det krävs inte genstämning. Det är tillräckligt att återvinningsvaranden vid bestridandet av käromålet hävdar sin rätt till motprestation, se rättsfallet "Mellansvenska Elektriska" NJA 1998 s. 728.

<sup>7</sup> Se rättsfallet "Franslast" NJA 2001 s. 805.

### 3. ÅTERVINNING AV BLANDAD GÅVA

Anta att G säljer ett skepp till köparen K för 20 miljoner kr trots att skeppet är värt 100 miljoner kr. Värdediskrepansen mellan priset och skeppets värde är alltså 80 miljoner kr, vilket innebär att försäljningen utgör en blandad gåva. Efter två månader försätts G i konkurs. Värdet av skeppet är oförändrat. Vad ska konkursboet yrka? Vinner rättshandlingsprincipen eller nackdelsläkningsprincipen?

Enligt rättshandlingsprincipen är försäljningsavtalet på 20 miljoner kr den rättshandling som kan angripas och enligt den ömsesidiga restitutionsprincipen är verkan av återvinning av avtalet att skeppet ska återlämnas till G:s konkursbo och att K har rätt att återfå köpeskillingen på 20 miljoner kr.

Anhängare av nackdelsläkningsprincipen kan hävda att en blandad gåva i realiteten består av två avtal; dels ett försäljningsavtal, dels ett gåvoavtal. Försäljningsavtalet har inneburit att K betalat 20 miljoner kr för 20 procent av skeppet och gåvoavtalet har inneburit att K fått 80 procent av skeppet i gåva. Om gåvoavtalet återvinns ska K återlämna gåvan, men eftersom det inte är en praktisk lösning att K fysiskt återlämnar 80 procent av skeppet och behåller resterande 20 procent ska K i stället betala värdeersättning till konkursboet med 80 miljoner kr. Mot det kan K invända att en korrekt tillämpning av rättshandlingsprincipen innebär att det inte går att dela upp den blandade gåvan i två rättshandlingar.

I avsaknad av lagregler, förarbetsuttalanden och rättspraxis som ger stöd för att en blandad gåva kan delas upp i två avtal får det antas att ett yrkande som avser förpliktelse för K att betala värdeersättning med 80 miljoner kr inte kan bifallas om K invänder att vid bifall till återvinningstalan kommer K att återlämna skeppet mot att K återfår köpeskillingen på 20 miljoner kr. Om värdet av skeppet på grund av förändringar av marknadsvärdet kommit att understiga köpeskillingen blir en återvinningsprocess en ren förlustaffär för konkursboet om talan bifalls och köparen lämnar tillbaka skeppet och kräver återbetalning av köpeskillingen, se rättsfallet ”2B” NJA 2010 s. 709.

## 4. ÅTERVINNING AV BETALNINGAR I ETT LÖPANDE AVTALSFÖRHÅLLANDE

En mycket vanlig situation är att G har gjort betalningar i ett löpande avtalsförhållande där prestationer och motprestationer skett utan längre tidsglapp.<sup>8</sup> Denna situation behandlas nedan under rubrikerna fullständig läkning, partiell läkning samt tvåpunktstestet och nettoförbättringsmodellen.

### 4.1 Fullständig läkning

Anta att G, som har ekonomiska problem, har köpt varor på kredit och hamnat i skuld till leverantören L som vägrar att göra en ny leverans om G inte betalar ett belopp som är lika högt som värdet av den nya leveransen. G betalar och L gör en ny leverans. Därefter försätts G i konkurs innan L fått betalt för den nya leveransen. Med siffror kan situationen illustreras enligt följande:

	Betalning till L (rättshandling)	Leverans till G	Skuld till L
1 februari		7 000 000 kr	7 000 000 kr
15 februari	7 000 000 kr		0 kr
1 mars		7 000 000 kr	7 000 000 kr
15 mars: Konkurs			7 000 000 kr

Kan betalningen av 7 miljoner kr den 15 februari återvinnas? Svaret på den frågan är ganska säkert nej. Om betalningen bedöms isolerat enligt rättshandlingsprincipen medförde den visserligen att L fick betalt på den gamla oprioriterade fordran på 7 miljoner kr, vilket gynnade L på bekostnad av andra oprioriterade borgenärer, men den nackdel som uppkom genom betalningen läktes fullständigt genom den efterföljande nya leveransen som hade samma värde som betalningen. Av rättsfallet ”Nordbanken Finans” NJA 1997 s. 408 framgår att fullständig läkning i ett löpande avtalsförhållande medför att nackdelsrekvisitet inte är uppfyllt och att återvinning inte

<sup>8</sup> Mina första funderingar kring vad som gäller i denna situation framgår av en artikel i JT 1995/96 s. 1237 ff. med titeln ”Något om nackdelsrekvisitets innebörd vid återvinning av betalning som skett i ett löpande avtalsförhållande”.

kan ske.<sup>9</sup> I rättsfallet hade en leasingtagare den 12 mars betalat en leasingavgift till Nordbanken Finans för det kommande kvartalet april-juni. Den 20 mars försattes leasetagaren i konkurs. Leasetagarens konkursbo begärde återvinning av betalningen till Nordbanken Finans. Högsta domstolen anförde att bedömningen av om direkt nackdel uppkommit enligt 4 kap. 10 § KonkL ska avse tidpunkten för betalningen. Högsta domstolen avslag återvinningstalan på grund av att leasetagaren ”i praktiken erhöll ett vederlag i form av tre månaders framtida nyttjanderätt”.<sup>10</sup> Nackdelsrekvisitet ansågs inte uppfyllt. Rättsfallet går längre än att uthyraren endast ska tillgodoräknas värdet av det faktiska nyttjandet som skett efter betalningen. Uthyraren ska enligt rättsfallet tillgodoräknas värdet av hyrestagarens framtida *nyttjanderätt*, oavsett om egendomen nyttjats eller inte. Det får antas att slutsatsen skulle ha blivit densamma om återvinning i stället krävts enligt 4 kap. 5 § KonkL, där nackdelsrekvisitet är uppfyllt vid såväl direkt som indirekt nackdel.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> I det danska rättsfallet U.1994.621H hade leverantören L levererat varor till gäldenären G. G fick ekonomiska problem och returnerade därför ett parti varor till L. L ingick i D-koncernen. Med anledning av varureturen återupptog andra bolag i D-koncernen sina leveranser till G och gjorde leveranser till ett värde som översteg värdet av de till L returnerade varorna. G försattes i konkurs och konkursboet begärde återvinning från L med ett belopp som motsvarade varureturen. Højesteret avslag återvinningstalan på grund av att transaktionerna skulle bedömas som en enhet och att det inte uppkommit någon skada för G:s borgenärer.

<sup>10</sup> Om betalningar har skett i ett lokalhyresförhållande brukar gäldenären nästan alltid ha fortsatt att nyttja lokalen efter att de betalningar gjorts som senare begärs återvunna när hyresgästen försatts i konkurs. En invändning om att fastighetsägaren i återvinningshänseende ska tillgodoräknas värdet av det fortsatta nyttjandet benämns i anglosaxisk rätt ”the landlord’s defence”. Invändningen är relevant även i svenska återvinningsprocesser vid bedömningen av om fullständig eller partiell läkning har skett. Rättsfallet ”AT-Tryck” NJA 1989 s. 3 avsåg betalningar i ett leasingförhållande. Någon invändning om att nackdelsrekvisitet inte var uppfyllt gjordes inte. Återvinningstalan bifölls. Minoriteten justitierådet Gregow ville inom ramen för ordinaritetsbedömningen i 4 kap. 10 § första stycket KonkL tillgodoräkna leasingbolaget att leasetagaren hade fortsatt att nyttja leasingegendomen efter de betalningar som begärdes återvunna, och ansåg därför att återvinning inte kunde ske.

<sup>11</sup> Lennander behandlar fullständig läkning inom ramen för otillbörlighetsrekvisitet i 4 kap. 5 § KonkL, se Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, 5.5, s. 167. Lennander använder exemplet att G i ett löpande avtalsförhållande har betalat gamla skulder med 1 miljon kr och ådragit sig nya skulder på tillsammans 1,5 miljoner kr, vilket medfört att L fått en oprioriterad fordran i G:s konkurs, där tillgångarna är små. I ett sådant fall bör, enligt Lennander, G:s betalning av 1 miljon kr inte anses som otillbörlig.

## 4.2 Partiell läkning

Rättsläget är svårare att bedöma när det endast skett en partiell läkning. Med siffror kan situationen illustreras enligt följande:

	Betalning till L (rättshandling)	Leverans till G	Skuld till L
1 februari		7 000 000 kr	7 000 000 kr
15 februari	4 000 000 kr		3 000 000 kr
1 mars		1 000 000 kr	4 000 000 kr
5 mars	500 000 kr		3 500 000 kr
15 mars: Konkurs			3 500 000 kr

Enligt rättshandlingsprincipen är objektet för återvinningstalan betalningarna av 4 miljoner kr den 15 februari och av 500 000 kr den 5 mars, eller sammanlagt 4,5 miljoner kr. Betalningarna har vid en isolerad bedömning medfört nackdel eftersom L:s befintliga skuld nedamorterades med 4,5 miljoner kr, vilket gynnade L framför övriga oprioriterade borgenärer. G:s konkursbo kan därför enligt en snäv och strikt tillämpning av rättshandlingsprincipen och den ömsesidiga restitutionsprincipen yrka återvinning av betalningarna på 4,5 miljoner kr. Om återvinning sker återuppväcks L:s fordran med samma belopp (4 kap. 21 § KonkL), varefter L har en sammanlagd oprioriterad fordran i konkursen på 8 miljoner kr (3,5 miljoner kr + 4,5 miljoner kr). Problemet är att L drabbas orimligt hårt om L inte får tillgodoräkna sig värdet på 1 miljon kr av den nya leverans som gjordes den 1 mars. En strikt tillämpning av rättshandlings- och restitutionsprincipen kan medföra att leverantörer avvaktar med att göra nya leveranser och att det därmed blir svårare för bolag som kämpar med ekonomiska problem att ta sig ur problemen.

I praktiken brukar en partiell läkning beaktas genom att konkursboet i enlighet med rättsfallet "Kontorsinnovation" NJA 1996 s. 624 frivilligt begränsar återvinningstalan till den nackdel som uppkom-



mit.<sup>12</sup> Rättsfallet får uppfattas som att konkursboet i det nu aktuella exemplet frivilligt kan begränsa återvinningstalan till att avse 3,5 miljoner kr, vilket är nettoeffekten av betalningarna på sammanlagt 4,5 miljoner kr den 15 februari och den 5 mars minus värdet på 1 miljon kr av den nya leveransen den 1 mars. Den svåra frågan är om domstolen enligt rättshandlingsprincipen kan bifalla återvinningstalan om boet yrkar förpliktelse för L att betala 4,5 miljoner kr trots att återvinningssvaranden invänder att nackdelen endast uppgår till 3,5 miljoner kr. Den frågan har ännu inte besvarats av Högsta domstolen.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> En leverantör som är återvinningssvarande brukar inte invända mot att konkursboet vid bestämmandet av yrkandet tillgodoräknar svaranden värdet av mottagna leveranser, men i Hovrätten för Västra Sveriges, Avd. 2, mål nr Ö 5062-14 gjordes den invändningen. SAAB Automobile AB:s konkursbo hade väckt återvinningstalan mot Eberspächer Nordic AB med yrkande att Eberspächer skulle förpliktas betala 1 377 946 euro, vilket utgjorde summan av gjorda skuldbetalningar till Eberspächer på sammanlagt 1 815 882 euro mellan den 24 maj 2011 och den 11 juli 2011 minus sammanlagda värdet om 437 936 euro av mottagna leveranser från Eberspächer under samma period. Eberspächer invände att talan var otidlig och att konkursboet måste precisera vilka rättshandlingar/betalningar som enligt boets mening var återvinningsbara och svarade mot det yrkade beloppet. Konkursboet justerade sitt yrkande till att avse beloppet 1 815 882 euro, dvs. utan avdrag för värdet av mottagna leveranser. Eberspächer invände att det rörde sig om en otillåten taleändring och yrkade att talan skulle avvisas eftersom talan ändrats efter det att preklusionsstiderna i 4 kap. 20 § KonkL löpt ut. Genom beslut den 18 juni 2015 avslag hovrätten avvisningsyrkandet och konkursboet tilläts föra en talan avseende det sammanlagt betalda beloppet utan avräkning för värdet av mottagna leveranser.

<sup>13</sup> I rättsfallet "PKFactoring" NJA 1987 s. 320 hade factoringbolaget under återvinningsfristen i den återvinningsregel som numera finns i 4 kap. 12 § KonkL mottagit fakturafordringar som tilläggspant. Samma månad som tilläggspanten mottogs gjorde factoringbolaget nya låneutbetalningar på sammanlagt 731 000 kr (s. 322). Fakturafordringar som ingick i belåningsunderlaget hade generellt pantförskrivits för gäldenärens "samtliga förpliktelser enligt [factoringavtalet]" (s. 322). Det nya lånet på 731 000 kr nämndes inte av Högsta domstolen som anförde (s. 328 f.): "Med hänsyn till vad factoringbolaget åberopat till stöd för sin talan skall frågan om återvinning av ställandet [av tilläggssäkerheten] bedömas mot bakgrund endast av krediter som lämnats vid tiden för säkerställandet". Detta kan läsas som att Högsta domstolen av processuella skäl inte prövade om panten var återvinningskyddad såvitt avser det nya lånet. En annan läsning av domskälen är att Högsta domstolen prövade och underkände dels att det fanns generell panträtt som omfattade det nya lånet, dels att det skett en partiell läkning genom det nya lånet. Högsta domstolen anförde nämligen (s. 329): "Oaktat samtliga överlätna fakturafordringar utgjorde säkerhet för hela den kredit som lämnats [gäldenären] och det totala kreditbeloppet haft betydelse i vissa avseenden, kan parterna mellanhavande inte i återvinningshänseende betraktas som en enhet. Återvinningsreglerna tar sikte på rättshandlingar. Frågan om återvinning skall bedömas särskilt beträffande varje överlåtelse av fakturafordringar som säkerhet för sig, satt i relation till de kreditbelopp som säkerställandet avser." Högsta domstolen tillade att en sådan tillämpning överensstämde med förarbetena. Möller har med fog ifrågasatt om det styckevisa synsätt som Högsta domstolen tillämpade i "PK Factoring" bör appliceras vid s.k. reskontrabelåning och har argumenterat för att ett bredare synsätt bör användas där den avgörande frågan är om det skett någon nettoförbättring för borgenären (Insolvensrättsliga utlåtanden, 2016, s.668 f.).

Frågan besvarades av finska Högsta domstolen i rättsfallet KKO:2011:24. De finska återvinningsreglerna har en utformning och ett innehåll som ligger väldigt nära de svenska återvinningsreglerna. Ett bokförlag hade sålt böcker till bolaget Y som fått ekonomiska problem. Y hade en skuld till bokförlaget. Bokförlaget hade som villkor för fortsatta leveranser på kredit krävt att Y betalade ett belopp som var lika stort som värdet av den nya leveransen. Efter en tid hade bokförlaget skärpt villkoret och levererat endast om Y betalade ett belopp som var dubbelt så stort som värdet av de nya leveranserna. Y försattes i konkurs. Den finska Högsta domstolen ansåg att återvinning kunde ske endast till den del Y betalat ett belopp som översteg värdet av de nya leveranserna.

Svensk rätt kan antas överensstämma med den bedömning som gjordes i rättsfallet KKO:2011.24. Det har ingen avgörande betydelse vilket pris leverantören har krävt för nya leveranser. Leverantören kan ha höjt priset för att på det sättet maskera att priset delvis utgör en amortering av en gammal skuld. Den del av priset som överstigit leverantörens normala försäljningspris för de nya varorna bör betraktas som ett överpris.<sup>14</sup>

Om gäldenären G var föremål för företagsrekonstruktion då G efter hot från leverantören L om leveransstopp fick rekonstruktörens samtycke enligt 2 kap. 15 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (LFR) till att betala en gammal oprioriterad skuld till L, varefter G försattes i konkurs, bör konkursförvaltarens utgångspunkt vara att nackdel uppkommit genom betalningen till L. En

<sup>14</sup> I amerikanska Bankruptcy Code finns i 547 (c)(4) en särskild ”subsequent advance” regel, som syftar till att förmå leverantörer att göra fortsatta leveranser till gäldenärer som har ekonomiska problem. Motsvarande regler finns i andra anglosaxiska länder där leverantörens skydd mot återvinning diskuteras under rubriken ”running account” eller ”transactions in series”, se t. ex. Parry m.fl. *Transaction avoidance in insolvencies*, 3 ed. 2017, s. 171 ff. Se också Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law*, 5 Student Ed. 2019, s. 672 ff. Murray & Harris, *Keay’s Insolvency*, 8 Ed. 2014 s. redogör för reglerna i common law och australiensisk rätt samt anför (s. 151): “If at the end of the series of transactions the creditor has in fact supplied goods to a greater value than the payment, the law does not regard the general body of creditors as having been disadvantaged; nor has the supplying creditor received an advantage or preference over other creditors. But if the goods or services supplied by the creditor were of a lesser value than the payment made, that negative account is recoverable. It is the ultimate effect of the transaction on the debtor, and on the creditors, which is critical.”

komplexerande faktor är att det ska ske en avvägning mellan kollektiva intresset av att likabehandlingsprincipen upprätthålls och det likaledes kollektiva intresset av att G:s verksamhet kan rekonstrueras. Den avvägningen påverkar bedömningen av om betalningen till L har medfört nackdel.<sup>15</sup>

I rättsfallet KKO:2013:88 hade EW levererat bär till varuhuset C. EW hade gamla obetalda fordringar mot C och krävde som villkor för fortsatta leveranser att varje ny leverans betalades innan nästa leverans gjordes. EW gjorde mellan den 12 juli och den 13 augusti 2007 nya leveranser till C och fick betalt för de nya leveranserna på leveransdagen eller någon dag därefter. C försattes i konkurs den 5 september 2007. C:s konkursbo begärde återvinning av nyssnämnda betalningar till EW. Finska Högsta domstolen ansåg att betalningarna skulle behandlas som kontantbetalningar och att återvinning därför inte kunde ske enligt den finska motsvarigheten till 4 kap. 10

<sup>15</sup> Göta hovrätts, Avd. 2, dom den 13 februari 2017 i återvinningssmålet T 644-16 (Arkivator AB:s konkursbo mot STG AB) är ett bra exempel på en kollision mellan rekonstruktionsintresset och likabehandlingsprincipen. Arkivator försattes i konkurs och återvinning begärdes av en betalning som hade gjorts till STG under en företagsrekonstruktion som föregått konkursen. Såväl tingsrätten som hovrätten ogillade återvinningstalan. Hovrätten anförde bl.a. att rekonstruktörens samtycke till betalningen och egen uppgift att han var införstådd med vad den avsåg starkt talade för att betalningen var korrekt ur både ett affärsmässigt perspektiv och ett obeståndsperspektiv. STG hade efter att rekonstruktören meddelat att en gammal skuld inte kunde betalas skickat en faktura som i stort sett motsvarade beloppet på den gamla skuld som Arkivator hade till STG när beslutet om företagsrekonstruktion meddelades. Fakturan uppgavs avse kostnader för att iordningsställa STG:s produktionsutrustning m.m. Betalningen bokfördes hos Arkivator som en betalning av den gamla skulden till STG. Domstolarnas bedömning kan ifrågasättas. En rekonstruktionsgäldenär brukar ha många leverantörer vars fortsatta leveranser är nödvändiga för gäldenärens verksamhet ska kunna fortsätta. Dessa leverantörer kan benämnas "nödvändiga leverantörer". Tillspetsat kan man säga att nödvändiga leverantörer som begär betalt av gammal oprioriterad skuld som villkor för fortsatta leveranser utövar utpressning mot övriga borgenärer och gäldenären. Principen bör inte vara att den borgenär som skriker högst får betalt. Betalningar till "utpressningsborgenärer" enligt 2 kap. 15 § LFR är dock vanligt förekommande. Anledningen till att hot om leveransstopp fungerar kan vara att betalningar av gammal skuld hålls hemliga för övriga nödvändiga leverantörer (vilket enligt min mening är ett tveksamt förfaringsätt) eller att många sådana leverantörer trots information om att betalning förekommit av gamla skulder inte själva begär betalning av gammal skuld i förhoppningen att därigenom medverka till att rekonstruktionen lyckas. I samband med att direktivet (EU) 2019/1023 (rekonstruktions- och insolvensdirektivet) implementeras kan det vara lämpligt att införa en regel om skyldighet för gäldenären att informera borgenärerna om vilka betalningar av gamla skulder som skett efter att rekonstruktionsförfarandet inleddes och vad som är anledningen till betalningarna. Rekonstruktionsförfarandet riskerar att hamna i vanrykte om det inte är transparent och rättvist.

§ första stycket KonkL. Med hänsyn till rättsfallet KKO:2011:24 får det antas att återvinningstalan i KKO:2013:88 skulle ha avslagits även om de belopp som C betalat mellan den 12 juli och den 13 augusti i första hand styrts till betalning av gamla obetalda skulder till EW. Den avgörande frågan är enligt KKO:2011:24 om det har skett en överbetalning i förhållande till det värde som gäldenären erhållit i form av nya leveranser, och någon överbetalning hade inte skett i KKO:2013:88.

Inte heller enligt svenska 4 kap. 10 § första stycket KonkL kan kontantbetalningar och förskottsbetalningar återvinnas.<sup>16</sup> Detta beror på att vid sådana betalningar uppstår normalt sett ingen nackdel för övriga borgenärer. Nackdel uppstår endast om gäldenären efter att ha betalt inte får en motprestation som är värd lika mycket som det betalda beloppet, men i så fall har det ansetts tillräckligt att återvinning kan ske enligt 4 kap. 5 eller 6 §§ KonkL.

Samma ekonomiska effekt som partiell återvinning kan uppnås genom en generösare tillämpning av restitutionsbestämmelserna i 4 kap. 14 § KonkL. Bestämmelserna är en kvarleva från äldre rätt då lagstiftaren ville förtydliga att vid återvinning av ett avtal ska båda avtalsparterna få tillbaka sina avtalsprestationer. Numera är bestämmelserna generellt tillämpliga vid återvinning enligt någon återvinningsregel i 4 kap. 5–13 §§ KonkL. Själva begreppet ”vederlag” i lagtexten innebär att återvinningssvaranden äger rätt att återfå en prestation som varit avhängig av gäldenärens prestation. Att parternas prestationer i ett löpande avtalsförhållande har varit avhängiga av varandra bör normalt sett kunna presumeras, även om parterna inte uttryckligen fört frågan på tal. Vid ett bifall till ett yrkande att L ska förpliktas betala 4,5 miljoner kr är det rimligt att L äger rätt

<sup>16</sup> Nackdelsbedömningen och bedömningen av om det rört sig om en kontantbetalning påverkas antagligen av om det gjorts nya leveranser. Om några nya leveranser inte har gjorts bör återvinningssvaranden åberopa att betalningen varit ordinär. I förarbetena (SOU 1970:75 s. 150 och prop. 1975:6 s. 224 och 227) nämns att betalning i samband med att fakturan anländer strax efter leverans bör vara skyddad mot återvinning genom att anses som ordinär. Se Lennander, Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, 4.2.D, s. 115 not 53. Med förskottsbetalning avses betalning innan någon skuld i återvinningshänseende har uppkommit, till skillnad från *förtidsbetalning* som avser betalning av en uppkommen skuld innan skulden förfallit till betalning.

att återfå de varor till ett värde av 1 miljon kr som lämnades efter betalningen om 4 miljoner kr. Om varorna inte finns i behåll har L ett värdeersättningsanspråk på 1 miljon kr (4 kap. 14 § tredje stycket KonkL) som i domen kan kvittas mot boets återvinningsanspråk på 4 miljoner kr, varefter kvarstår 3,5 miljoner kr som L ska betala kontant. Det ekonomiska utfallet av återvinningsdomen överensstämmer då med återvinning av 3,5 miljoner kr genom en partiell återvinning av betalningarna på sammanlagt 4,5 miljoner kr. För att L ska ha rätt att få tillbaka sitt vederlag enligt det anförda måste L hävda sin rätt till motprestation, såvida konkursboet inte villkorat sitt yrkande av att boet ska förpliktas utge 1 miljon kr till L om återvinningstalan bifalls.

### 4.3 Tvåpunktstestet och nettoförbättringsmodellen

Om det antas att nackdelsläkningsprincipen vinner över en strikt tillämpning av rättshandlings- och restitutionsprinciperna blir nästa fråga hur storleken av nackdelen ska bestämmas. Detta kan göras genom ett *tvåpunktstest* där borgenärens oprioriterade exponering vid en viss tidpunkt jämförs med borgenärens oprioriterade exponering vid en annan tidpunkt, och där man bortser från hur exponeringen varierat mellan dessa tidpunkter. Det återvinningsbara beloppet är skillnaden mellan den oprioriterade skulden till borgenären vid tidpunkt 1 och den oprioriterade skulden vid tidpunkt 2, dvs. nackdelen motsvarar nettoförbättringen för borgenären (*nettoförbättringsmodellen*).

Vid tillämpning av 4 kap. 5 § KonkL är tidpunkt 1 den tidpunkt då borgenären blev i ond tro om gäldenärens insolvens (*ondtrostidpunkten*) och tidpunkt 2 är tidpunkten för konkursbeslutet.<sup>17</sup> Ett annat synsätt är att tidpunkt 1 är den tidpunkt efter ondtrostidpunkten då borgenärens oprioriterade exponering var som högst, (*maxexpo-*

<sup>17</sup> Otillbörlighetsrekvisitet i 4 kap. 5 § KonkL kan inte vara uppfyllt om insolvensrekvisitet och ondrosrekvisitet inte är uppfyllda. Om båda sistnämnda rekvisit är uppfyllda är det normalt sett tillräckligt att nettoförbättringen avser ett betydande belopp för att även otillbörlighetsrekvisitet ska anses uppfyllt (se t.ex. rättsfallet "Stelvio" NJA 1978 s. 194).

neringsstidpunkten).<sup>18</sup> Argumentet för att maxexponeringstidpunkten ska användas som tidpunkt 1 är att en exponeringsminskning efter maxexponeringstidpunkten gynnat borgenären till nackdel för övriga oprioriterade borgenärer som inte fått betalt.

Claes Martinsson har presenterat en mera förfinad bedömningsmodell som han benämnt *segmentmodellen*.<sup>19</sup> Enligt den modellen ska varje rättshandling bedömas för sig. Segmentmodellen ger ett mera korrekt resultat. Det är dock svårt att vid tillämpning av 4 kap. 5 § KonkL se någon praktisk situation då segmentmodellen ger ett annat resultat än tvåpunktstestet och nettoförbättringsmodellen. Förklaringen är att vid tillämpning av 4 kap. 5 § KonkL inträder tidpunkt 1 inte förrän insolvensrekvisitet och ondtrosrekvisitet är uppfyllt. Om det ekonomiska läget förbättrats så att insolvensen hävts varefter insolvens på nytt uppkommit flyttas tidpunkt 1 så att den inträder tidigast när borgenären blivit i ond tro om den nya insolvensen. Detsamma gäller om gäldenären fortfarande är insolvent men en borgenär som är i ond tro om insolvensen får sådan information att borgenären inte längre är i ond tro om insolvensen – dvs. felaktigt tror att insolvensen är hävd – varefter borgenären på nytt blir i ond tro om insolvensen. Mellanläget av god tro får antas släcka ut den gamla onda tron och tidpunkt 1 inträder tidigast då den nya onda tron uppkommit.

Vid tillämpning av 4 kap. 10 § första stycket KonkL är tidpunkt 1 den första dagen i återvinningsfristen eller maxexponeringstidpunkten och tidpunkt 2 är konkursbeslutet. Segmentmodellen ska

<sup>18</sup> I rättsfallet *Rees v. Bank and New South Wales* (1964) III CLR 210 från Australiens Högsta domstol anförde chefsdomaren Barwick (kursivering tillagd): "It was also said in argument for the bank that it was not permissible for the liquidator to choose a date within the period of six months and to make a comparison of the state of the overdrawn account at that date and its state at the date of the commencement of the winding up. It was submitted that the proper comparison was between the debt in the account at the commencement of the statutory period of six months and the debit at the commencement of the liquidation – a comparison which in this case would result in a materially lesser figure than that reached by taking the liquidator's comparison. In my opinion the liquidator can choose any point during the statutory period in his endeavour to show that from that point on there was a preferential payment and I see no reason why he should not choose, as he did here, *the point of the peak indebtedness* of the account during the six months period." Rättsfallet är omdiskuterat men åberopas fortfarande i common law-länder till stöd för att maxexponeringstidpunkten är tidpunkt 1 vid tvåpunktstestet.

<sup>19</sup> Se Martinsson, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, 2018, s. 156 ff.

beaktas, men om den första betalningen i en serie av betalningar inte är ordinär är det sällan möjligt att sortera bort någon efterföljande betalning som ordinär.<sup>20</sup>

Oavsett om 4 kap. 5 § eller 4 kap. 10 § första stycket KonkL tillämpas är det nettoförbättringen mellan tidpunkt 1 och tidpunkt 2 som bestämmer storleken av det högsta belopp som kan återvinnas enligt nackdelsläkningsprincipen.<sup>21</sup> Betydelsen av vilken tidpunkt som är tidpunkt 1 kan illustreras enligt följande.

	Betalning till L	Leverans till G	Skuld till L
16 dec.		4 000 000 kr	4 000 000 kr
1 jan.		2 000 000 kr	6 000 000 kr
15 jan.: Ondrostdpunkt	1 000 000 kr		5 000 000 kr
1 febr.: Maxexponeringstidpunkt		2 000 000 kr	7 000 000 kr
13 febr.	4 000 000 kr		3 000 000 kr
14 mars:		1 000 000 kr	4 000 000 kr
15 mars: Konkurs			4 000 000 kr

Anta att konkursboet vill tillämpa 4 kap. 5 § KonkL och att ondrostdpunkten den 15 januari är tidpunkt 1, då skulden uppgick till 5 miljoner kr. Skuldsaldot vid konkursbeslutet den 15 mars, tidpunkt 2, är 4 miljoner kr. L har enligt tvåpunktstestet och nettoförbättringsmodellen fått en avbetalning på 1 miljon kr vilket gynnat L framför övriga oprioriterade borgenärer och återvinningstalan ska därför avse 1 miljon kr. Om i stället maxexponeringstidpunkten den 1 februari används som tidpunkt 1 uppgår avbetalningen till

<sup>20</sup> Jfr rättsfallet "Siljanhus" NJA 2008 s. 1208 där Högsta domstolen anförde att vid en bedömning enligt 4 kap. 10 § första stycket KonkL som medför att gäldenärens ekonomiska ställning enligt 4 kap. 10 § KonkL försämrats avsevärt genom ett antal betalningar ska endast icke-ordinära betalningar medräknas. I rättsfallet RH 2004:46 ansågs skuldbetalningar till en leverantör som fortsatt att leverera som ordinära enligt 4 kap. 10 § första stycket KonkL och skyddade mot återvinning trots att betalningarna överstigit värdet av levererade varor under samma period.

<sup>21</sup> En insättning på ett bankkonto med kredit anses utgöra en betalning av en skuld i den mån inbetalat belopp minskar ett minussaldo och inte tas ut, se rättsfallet "Återvinningen till Kreuger & Tolls konkursbo" NJA 1937 s. 351. Tvåpunktstestet, nettoförbättringsmodellen och maxexponeringstidpunkten får antas vara tillämplig på insättningar som utgör skuldbetalningar.

3 miljoner kr om maxexponeringen på 7 miljoner kr den 1 februari jämförs med exponeringen 4 miljoner kr vid konkursbeslutet den 15 mars och återvinningstalan ska avse 3 miljoner kr. Återvinning förutsätter att samtliga rekvisit i 4 kap. 5 § KonkL är uppfyllda.

Anta att konkursboet i stället vill tillämpa 4 kap. 10 § första stycket KonkL och att tidpunkt 1 är den 16 december då återvinningsfristen på tre månader började löpa. Om skulden på 4 miljoner kr vid den tidpunkten jämförs med skuldsaldot vid tidpunkten för konkursbeslutet den 15 mars, har någon förändring inte skett och återvinning kan inte ske. Om istället maxexponeringstidpunkten den 1 februari används som tidpunkt 1 uppgår nettoförbättringen enligt tvåpunktstestet till 3 miljoner kr och en återvinningstalan ska avse det beloppet. Återvinning förutsätter att samtliga rekvisit i 4 kap. 10 § första stycket KonkL är uppfyllda.

## 5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Vid betalningar i löpande avtalsförhållanden behövs antagligen ingen lagändring för att nackdelsläkningsprincipen ska kunna tillämpas på sätt som beskrivs i avsnitt 4 ovan. Vid återvinning av betalning till borgenär utan full säkerhet och vid återvinning av blandad gåva är däremot antagligen en lagändring nödvändig för att nackdelsläkningsprincipen ska kunna ges företräde framför rätts-handlingsprincipen och den ömsesidiga restitutionsprincipen. En lämplig lagändring är att återvinningskäranden i stället för restitution av den utgivna egendomen (sakanspråk) kan välja att yrka betalning av ett belopp som täcker den nackdel som uppkommit genom rättshandlingen (fordringsanspråk). En fördel med ett sakanspråk är visserligen att det medför separationsrätt om återvinningsvaranden utsätts för utmätning eller konkurs och den egendom som begärs återvunnen finns kvar och är identifierbar, men ofta avser återvinningsanspråket betalningsmedel som förbrukats eller sammanblandats. Återvinningskäranden har då ingenting att förlora på att välja ett fordringsanspråk som är låst till nackdelsbeloppet. Risken för värdefluktuationer kan medföra att ett fordringsanspråk är ett bra



val även om egendomen finns kvar hos återvinningsvaranden och är identifierbar. Ökad stränghet mot återvinningsvaranden, enligt det anförda, kan inte antas innebära någon större fara för den allmänna omsättningen som skyddas genom de korta återvinningsfristerna i de objektiva återvinningsreglerna i 4 kap. 6–13 § KonkL och ondrosrekvisitet i 4 kap. 5 § KonkL.