

KARIN CEDERLUND

# Länna Marks fordran – slutet för direktkravsdebatten?

En analys av förutsättningarna för att framställa en täckningsfordran i ljuset av NJA 2021 s. 622

KARIN CEDERLUND är jurist och arbetar från den första mars vid Stockholms tingsrätt som tingsnotarie. Detta är ett utdrag av hennes examensuppsats från Uppsala universitet.

## 1. INLEDNING

Huvudregeln är att den som har ett inomobligatoriskt anspråk endast har att rikta sig mot sin avtalspart. Regeln följer av principen om avtalets subjektiva verkan som stadgar att avtalet endast leder till rättsverkningar mellan parterna.<sup>1</sup> I vissa situationer finns det dock skäl för en skadelidande att vilja rikta sig direkt till sin medkontrahents medkontrahent. Ett sådant intresse föreligger när skadelidandes medkontrahent är på obestånd och inte har möjlighet att ersätta skadelidande för sin skada, samtidigt som den som orsakat kontraktsbrottet, medkontrahentens medkontrahent, är solvent.<sup>2</sup> För att säkerställa att den som orsakat kontraktsbrottet får betala för den skada som uppkommit finns det i en sådan situation ett intresse av att skadelidande ska kunna vända sig direkt till bakre led.<sup>3</sup> I doktrin har det av flera författare förutsatts att om den skadelidandes medkontrahent inte betalar skadelidandens huvudfordran kan medkon-

<sup>1</sup> Hellner, Hager och Persson., Speciell avtalsrätt II s. 133, Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 163 f., Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 290, Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 167 f., Johansson, Direktkrav i senare tids rättstillämpning, Fs Hästad s. 285, NJA 1997 s. 44, NJA 2001 s. 711 och NJA 2007 s. 758.

<sup>2</sup> Se JustR Lindskog tillägg i NJA 2014 s. 760, jfr även omständigheterna i NJA 1995 s. 197, NJA 1996 s. 400, NJA 2000 s. 48, och NJA 2012 s. 697.

<sup>3</sup> Lindskog, Betalning s. 296, Rodhe, Obligationsrätt s. 571, Hästad, Köprätt (2009) s. 157 och JustR Lindskogs tillägg i NJA 2014 s. 760.

trahenten inte framställa en täckningsfordran mot sin medkontra-  
hent.<sup>4</sup> Ordningen har ansetts vara otillfredsställande då den innebär  
att medkontrahentens obestånd får till följd att skadelidande aldrig  
får betalt och att skadevällaren aldrig behöver betala.<sup>5</sup>

För att undvika situationen där skadelidandens medkontra-  
hents betalningsoförmåga medför ett hinder för ersättning har vissa för-  
fattare ansett att skadelidanden ska tillerkännas en direktkravs rätt.<sup>6</sup>  
Direktkrav innebär att tredje man ges rätt att på inomobligatorisk  
grund rikta sitt krav direkt till sin medkontrahents medkontrahent.<sup>7</sup>  
En medgiven direktkravs rätt skulle innebära ett undantag från hu-  
vudregeln om avtalets subjektiva verkan, men har ansetts motiverad  
när tredje mans medkontrahent är på obestånd.<sup>8</sup> Doktrinen är dock  
inte enig. Vissa menar att täckningsfordran kan framställas utan att  
huvudfordran har betalats, vilket innebär att huruvida skadelidan-  
dens medkontrahent är på obestånd eller ej inte påverkar huruvida  
skadevällande bakre led är skyldig att betala.<sup>9</sup> En nekad direktkravs-  
rätt när skadelidandes medkontrahent är på obestånd skulle därför  
endast få till följd att skadelidanden inte får betalt, men medkontra-  
hentens medkontrahent är fortfarande skyldig att ersätta den skada  
som avtalsbrottet orsakat. Vad som krävs för att en täckningsfordran  
ska kunna göras gällande, och för att skadevällande bakre led således  
ska tvingas betala, har länge varit oklart. I NJA 2021 s. 622 har dock  
Högsta domstolen, HD, tagit ställning i frågan, vad gäller kedjor av  
entreprenadkontrakt.

I denna artikel analyseras rättsfallet NJA 2021 s. 622. I analysen  
utgår det från två frågor, nämligen

1. Vad är innebörden av HD:s avgörande NJA 2021 s. 622 och vilken räckvidd har prejudikatet?
2. Hur påverkas direktkravsdebatten av domstolens ställnings-  
tagande i NJA 2021 s. 622?

---

<sup>4</sup> Se avsnitt 2.1 och däri angivna källor.

<sup>5</sup> JustR Lindskogs tillägg i NJA 2014 s. 760 och Gomard, Obligationsret s. 199 f., särskilt not 111.

För att beskriva parterna i en kontraktuell kedja, där det är bakre led som vållat skadan, kommer följande tre termer att användas. Den bakre gäldenären, den främre gäldenären och tredje man. Tredje man är den som slutligt ska ta emot avtalsprestationen, den främre gäldenären är tredje mans avtalspart, och den bakre gäldenären är den som har ingått avtal med den främre gäldenären och som orsakat skadan.<sup>10</sup>

I artikeln kommer det att utgå från typfallet där den bakre gäldenären är skadevällaren, den främre gäldenären är på obestånd och tredje man är skadelidanden men utan något avtalsförhållande med bakre led. Skadelidande tredje man har enligt detta typfall inte ett sakrättsligt skydd för sin fordran. Skadan som tredje man drabbats av innebär ett kontraktsbrott enligt avtalet mellan tredje man och den främre gäldenären, och innebär även ett kontraktsbrott enligt avtalet mellan den främre och den bakre gäldenären. Slutligen är den bakre gäldenären inte friskriven från ansvar i förhållande till den främre gäldenären och är därför skyldig att erlagga skadestånd.

## 2. ERSÄTTNING VID KONTRAKTSBROTT I FLERA LED – INNAN NJA 2021 S. 622

### 2.1 Förutsättningar för att framställa täckningsfordran<sup>11</sup>

En täckningsfordran uppstår när tredje man kräver den främre gäldenären på pengar och den främre gäldenären har ett kausalt anspråk mot den bakre gäldenären, till följd av den skada som ersättningen till tredje man inneburit för den främre gäldenären.<sup>12</sup> Det handlar alltså om ett avtalsbrott i två led där det bakre ledet är det som orsakat främre leds bristande prestation. Täckningsfordran används för att föra över betalningsansvaret till den som ursprungligen ansvarar för det, men inom ramen för befintliga kontrakt.

<sup>10</sup> Se Zackariasson, Direktkrav s. 30 f. som använder sig av denna terminologi.

<sup>11</sup> Samtliga rättskällor som används i avsnittet har således publicerats innan domen avkunnades. Lindskog utkom dock med en ny upplaga av *Betalning* under 2022. Hans syn på täckningsfordringar är dock densamma i den nya upplagan varför den nyare upplagan används, trots att den utkom efter det att NJA 2021 s. 622 avkunnades.

<sup>12</sup> Lindskog, *Betalning* s. 261 f. och Mossberg, *Avtalets Räckvidd I* s. 731.

I litteraturen är det inte klart om täckningsfordran kan göras gällande innan huvudfordran betalats, eller om en nödvändig förutsättning är att den främre gäldenären har betalat tredje man. Lindskog utgår från att täckningsfordran är avhängig att huvudfordran har betalats. Om huvudfordran är obetald kan då inte täckningsfordringen göras gällande.<sup>13</sup> Lindskog gör dock gällande att principen inte är säker och inte nödvändigtvis gäller i alla situationer.<sup>14</sup> När den främre gäldenären är insolvent anser dock Lindskog att tredje man ska ha rätt att överta täckningsfordringen, som då ska kunna göras gällande utan att huvudfordran har betalats.<sup>15</sup> Han menar att den bakre gäldenären annars skulle kunna utnyttja den främre gäldenärens bristande likviditet för att slippa betala.<sup>16</sup>

Även Rodhe har diskuterat möjligheten för den främre gäldenären att vända sig till den bakre gäldenären redan innan tredje man har erhållit betalning. Rodhes uttalanden är dock inte entydiga. I en passage i Rodhes Obligationsrätt uttalar han att det inte är tillräckligt att borgenären (den främre gäldenären) har en skyldighet att betala tredje man, utan en sådan betalning måste ha skett för att en skadeståndstalan mot gäldenären ska bifallas.<sup>17</sup> I en senare passage anger Rodhe att särskilda problem uppstår när borgenären (den främre gäldenären) är oförmögen att betala tredje man. Om borgenären måste ha betalat tredje man för att i sin tur kunna kräva (den bakre) gäldenären på ersättning medför det enligt Rodhe att gäldenären kan slippa betala, på bekostnad av tredje mans rätt till ersättning.<sup>18</sup> Lösningen i en sådan situation är enligt Rodhe antingen att efterge kravet på att borgenären måste ha betalat för att i sin tur kunna kräva gäldenären, eller att låta tredje man vända sig direkt till gäldenären.<sup>19</sup> I den första passagen menar alltså Rodhe att en täckningsfordran inte ska kunna göras gällande när en huvudfordran inte har betalats samtidigt som han i den senare passagen anför att

<sup>13</sup> Lindskog, *Betalning* s. 296.

<sup>14</sup> Lindskog, *Betalning* s. 295.

<sup>15</sup> Lindskog, *Betalning* s. 273.

<sup>16</sup> Lindskog, *Betalning* s. 296.

<sup>17</sup> Rodhe, *Obligationsrätt* s. 514.

<sup>18</sup> Rodhe, *Obligationsrätt* s. 571.

<sup>19</sup> Rodhe, *Obligationsrätt* s. 571.

så visst kan vara fallet. Eftersom det finns en grundläggande skillnad mellan situationerna han beskriver är dock uttalandena inte nödvändigtvis motstridiga.<sup>20</sup> Det senare uttalandet, där Rodhe menar att huvudfordran inte behöver ha ersatts för att tredje man ska kunna få ersättning, avser situationer där den främre gäldenären är insolvent. Rodhes argumentation påminner därför om Lindskogs, då huvudregeln antas vara att en huvudfordran behöver ha betalats för att täckningsfordran ska kunna göras gällande samtidigt som en annan ordning anses gälla i de fall då den främre gäldenären är insolvent.

I NJA 2007 s. 758 uttryckte HD att endast det faktum att den främre gäldenären har en skuld mot tredje man inte medför att täckningsfordran kan göras gällande.<sup>21</sup> Avgörandet gällde möjligheten för en beställare av en entreprenad att på utomobligatorisk grund kräva skadestånd av en underentreprenör, den bakre gäldenären. Uttalandet får anses ha gjorts *obiter dictum* då det gjordes vid sidan av omständigheterna i målet.<sup>22</sup> Prejudikatvärdet av uttalandet är därför oklart. HD har i NJA 2018 s. 301 uttalat sig i strid mot 2007 års uttalande. Avgörandet gällde en lokalhyresvärds ansvar när gods i lokalen har förstörts. I domskälen anförde domstolen att det normalt inte krävs att en betalningsskyldighet är fullgjord eller fastställd för att skyldigheten att betala ska kunna föras över till nästa led.<sup>23</sup> Även detta uttalande synes ha gjorts *obiter dictum*.

Håstad, som även var referent i NJA 2007 s. 758, kan antas ha utgått från att en täckningsfordran inte kan göras gällande endast på den grunden att den främre gäldenären fått en skuld mot tredje man. I diskussionen om direktkrav anför nämligen Håstad att när den bakre gäldenären har vållat en skada som tredje man slutligt ska ersättas för och den främre gäldenären är insolvent så riskerar den bakre gälde-

<sup>20</sup> Jfr Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004–05, s. 701 och tingsrättens dom i NJA 2021 s. 622, som båda antyder att uttalandena är motstridiga.

<sup>21</sup> NJA 2007 s. 758, s. 773.

<sup>22</sup> Jfr tingsrättens domskäl i NJA 2021 s. 622, Ramberg, Hur identifieras rättsregler i HD:s prejudikat?, SvJT 2022 s. 521.

<sup>23</sup> NJA 2018 s. 301 p. 23.

nären att göra en obehörig vinst på tredje mans bekostnad.<sup>24</sup> Påståendet får antas vila på antagandet att täckningsfordran inte kan göras gällande innan huvudfordran har betalats. Annars hade den främre gäldenärens bristande betalningsförmåga och möjlighet att ersätta tredje man för sin huvudfordran inte påverkat den bakre gäldenärens skyldighet att betala. Håstad verkar därför vara enig med Lindskog och Rodhe gällande påståendet om att en täckningsfordran inte kan göras gällande om huvudfordran inte har betalats.<sup>25</sup>

Mossberg ifrågasätter en sådan tolkning och anför att det inte är självklart att en skada för den främre gäldenären, och alltså en skyldighet för den bakre gäldenären att betala täckningsfordran, först har uppkommit när betalning har skett. En skada kan enligt Mossberg lika gärna ha uppkommit så fort en betalningsskyldighet har inträtt.<sup>26</sup> Zackariasson diskuterar även frågan om obehörig vinst i typiska direktkravssituationer. Hon menar att det i stället är den främre gäldenären, särskilt den främre gäldenärens konkursbo, som får antas göra en obehörig vinst. Slutsatsen vilar på uppfattningen att det inte krävs utlägg – alltså att huvudfordran har betalats – för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande.<sup>27</sup>

I en artikel av Edlund, där han refererar en av honom dömd skiljedom, framkommer en syn som är samstämmig med Zackariassons och Mossbergs. I skiljedomen ifrågasätter skiljenämnden att det skulle finnas en princip om att tredje man måste ha blivit ersatt av den främre gäldenären för att den bakre gäldenären ska bli skyldig att ersätta den främre gäldenären. I stället hänvisar skiljenämnden till några konkursrättsliga domar där gäldenären har förpliktats att betala till konkursboet trots att det stått klart att konkursboet i sin

<sup>24</sup> Håstad, Köprätt (2009) s. 157. Analysen om obehörig vinst finns dock inte kvar i 2022 års upplaga av Håstads Köprätt. Det kan möjligen tolkas som att Håstad inte längre är av uppfattningen att den bakre gäldenären kan göra en sådan vinst när den främre gäldenären är på obestånd. Kanske har Håstad tagit del av NJA 2021 s. 622?

<sup>25</sup> Se även Munukka, År obehörig vinst en svensk rättsprincip? s. 33 som också lyfter att den bakre gäldenären kan göra en obehörig vinst i förevarande situationer och således också får anses utgå från antagandet om att en täckningsfordran är avhängig att huvudfordran betalats.

<sup>26</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 598.

<sup>27</sup> Zackariasson, Direktkrav s. 40.

tur inte kommer att betala till skadelidanden.<sup>28</sup> Vidare lyfter skiljenämnden de köprättsliga bestämmelserna 34 § 3 st. och 69 § köplagen som stöd för sin slutsats.<sup>29</sup> Enligt 34 § 3 st. kan den skadelidande få ersättning för avhjälpande, trots att något avhjälpande inte har skett. I 69 § köplagen regleras abstrakt skadestånd. Enligt bestämmelsen kan köparen få ersättning för skada trots att något täckningsköp inte har skett. Enligt skiljenämnden är det avgörande för att en täckningsfordran ska kunna framställas att den skadelidande kunnat visa att den ådragit sig ett betalningsansvar mot tredje man.<sup>30</sup>

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det funnits många olika uppfattningar om när en täckningsfordran ska kunna göras gällande. Rodhe, Håstad och Lindskog delar uppfattningen att huvudfordrans betalning är en nödvändig förutsättning. Lindskog och Rodhe anser dock att regeln inte ska tillämpas när den främre gäldenären är insolvent. Zackariasson, Edlund och Mossberg är av en annan uppfattning och menar att täckningsfordran inte är avhängig huvudfordrans betalning. Situationen blir inte heller tydligare genom NJA 2007 s. 758 och NJA 2018 s. 301 eftersom domstolens uttalanden i avgörandena är motstridiga och har ett oklart prejudikatvärde då båda gjorts *obiter dictum*.

## 2.2 Allmänna utgångspunkter för synen på direktkrav

Enligt principen om avtalets subjektiva verkan har parter i kontraktsförhållanden som huvudregel att svara mot sin medkontrahent, och inte sin medkontrahents medkontrahent.<sup>31</sup> Regeln gäller även

<sup>28</sup> Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004–05, s. 701. Dessa domar kommer att redogöras för nedan.

<sup>29</sup> Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004–05, s. 701.

<sup>30</sup> Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004–05, s. 701.

<sup>31</sup> NJA 2012 s. 697 p. 13, NJA 1997 s. 44, NJA 2001 s. 711, NJA 2007 s 758, Hellner m.fl., Speciell kontraktsrätt II s. 133, Zackariasson, Direktkrav s. 121, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 292. I NJA 2022 s. 311 har HD dock uttalat att huvudregeln är att tredje man har att hålla sig till den främre gäldenären, åtminstone i de fall då tredje man kan erhålla betalning av den främre gäldenären. Att den främre gäldenärens betalningsförmåga skulle inverka på tredje mans rätt att vända sig till den bakre gäldenären har inte uttalats av domstolen i tidigare avgöranden. Uttalandet kom dock aldrig att tillämpas i målet och gjordes närmast *obiter dictum*. Rättskällevärdet av uttalandet är därmed oklart.

i fråga om kontraktsbrott i flera led, där den som drabbats av kontraktsbrottet inte kan vända sig till den som ursprungligen orsakat skadan.<sup>32</sup> Starkast stöd för huvudregeln utgör 24 § kommissionslagen (2009:865) som stadgar att tredje man, genom avtalet med kommissionären, endast får en rätt mot kommissionären och inte kommittenten.<sup>33</sup> Även 4 kap. 5 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag utgör stöd för huvudregeln.<sup>34</sup> Av bestämmelsen följer att endast den bolagsman som varit delaktig i avtalet blir bunden till medkontrahenten. Det föreligger flera lagstadgade undantag till huvudregeln om direktkravets otillåtlighet. Undantag görs bland annat i regeln om hemulansvar i 4 kap. 22 § JB (1970:994), 8 kap. 5 § konsumentköplagen, 25 § kommissionslagen och 9 kap. 7–8 §§ försäkringsavtalslagen (2005:204). Dessa regler innebär en möjlighet för tredje man att i vissa fall vända sig direkt till den bakre gäldenären.

Ett skäl som motiverar huvudregeln är att avtalet endast ska innebära förpliktelser och rättigheter för avtalsparterna.<sup>35</sup> Huvudregeln skapar tydlighet i kontraktsförhållanden eftersom varje part har att hålla sig till sin medkontrahent.<sup>36</sup> På så sätt medför avtalet inte be tungande verkningar för andra än avtalsparterna och parterna råder endast över sin egen bundenhet.<sup>37</sup>

Ett annat skäl för att inte tillåta direktkrav är vidare att det anses urholka principen om alla borgenärs lika rätt.<sup>38</sup> Som utgångspunkt gäller vid konkurs att alla borgenärer har lika rätt, se 1 § förmånsrättslagen (1970:979). Om inte alla fordringar kan ersättas av konkursboet ska varje fordran täckas i förhållande till sin storlek så långt konkursboets tillgångar räcker.<sup>39</sup> I förmånsrättslagen finns det en rad

<sup>32</sup> Zackariasson Direktkrav s. 121.

<sup>33</sup> Hellner, Hager, Persson, Speciell kontraktsrätt II s. 134, Zackariasson, Konsument direktkrav vid kommission, Fs Olsen s. 277 och not 9 och Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims, Fs Avtalslagen 100 år s. 230.

<sup>34</sup> Hellner, Hager, Persson, Speciell kontraktsrätt II s. 134.

<sup>35</sup> Hellner, Hager, Persson, Speciell avtalsrätt II s. 133, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 290.

<sup>36</sup> NJA 1997 s. 44.

<sup>37</sup> NJA 1997 s. 44 och Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 579.

<sup>38</sup> JustR Håstads tillägg i NJA 2000 s. 48, Håstad, Sakrätt: avseende lös egendom s. 243, NJA 2012 s. 697 p. 16, Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 592 ff., Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims, Fs avtalslagen 100 år s. 247 f. och Rodhe, Handbok i sakrätt s. 318.

<sup>39</sup> Rodhe, Handbok i sakrätt s. 353.



undantag till huvudregeln vilka innebär att vissa typer av fordringar ska ersättas före andras. Därutöver kan borgenärer även ha separationsrätt till vissa tillgångar, vilket i praktiken får samma verkan som en förmånsrätt enligt förmånsrättslagen.<sup>40</sup> Separationsrätten innebär att borgenären får en privilegierad ställning genom att tillerkännas en bättre rätt till viss egendom än övriga borgenärer och innebär därför ett avsteg från principen om alla borgenärs lika rätt.<sup>41</sup> Den som innehar en separationsrätt till viss tillgång har en rätt att använda tillgången för att täcka sin fordran, på ett sätt som framstår som förmånligt för borgenären och som avviker från vad som annars gäller.<sup>42</sup>

Möjligheten att rikta sig direkt till den bakre gäldenären är särskilt intressant när den främre gäldenären är insolvent och inte har betalningsförmåga att ersätta tredje man för kontraktsbrottet.<sup>43</sup> Då har tredje man ett intresse av att kunna vända sig till bakre led, som förhoppningsvis har bättre ekonomi, och på så sätt få ersättning för sitt krav. Direktkravsrätten innebär att tredje man kan göra gällande den främre gäldenärens täckningsfordran som sin egen.<sup>44</sup> En sådan ordning medför i realiteten att tredje man tillerkänns separationsrätt till den främre gäldenärens täckningsfordran, i strid mot principen om alla borgenärs lika rätt.<sup>45</sup>

Att erkänna fler typer av separationsrätter och därmed fler undantag till principen om alla borgenärs rätt, ska göras med försiktighet.<sup>46</sup> Att utöka undantagen riskerar att urholka det intresset på vilken sakrätten vilar – att till gagn för den ekonomiska omsättningen tillgodose en ordnad skuldavveckling av konkursgäldenärens alla skuldförhållanden.<sup>47</sup> Att tredje man får betalt för sin fordran framför övriga av den främre gäldenärens borgenärer ter sig särskilt olämp-

<sup>40</sup> Rodhe, Handbok i sakrätt s. 354.

<sup>41</sup> Rodhe, Handbok i sakrätt s. 354 och Hessler, Allmän sakrätt s. 345.

<sup>42</sup> Hessler, Allmän sakrätt s. 345.

<sup>43</sup> Se JustR Lindskog i NJA 2014 s. 760, jfr även omständigheterna i NJA 1995 s. 197, NJA 1996 s. 400, NJA 2000 s. 48, och NJA 2012 s. 697.

<sup>44</sup> NJA 2012 s. 697 p. 16.

<sup>45</sup> JustR Hästads tillägg i NJA 2000 s. 48, Hästad, Sakrätt: avseende lös egendom s. 243, NJA 2012 s. 697 p. 16, Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 592 ff., Ulfbeck, Kontraktets relativitet s. 209, Gomard, Obligationsret s. 198 not 110 och Rodhe, Handbok i sakrätt s. 318.

<sup>46</sup> NJA 2012 s. 697 p. 16.

<sup>47</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 592 f., Hästad, Sakrätt: avseende lös egendom s. 17.

ligt när tredje man har försummat sina möjligheter att genom avtal eller genom ianspråktagande av säkerhet tillvarata sin rätt.<sup>48</sup>

Ulfbeck menar dock att tredje man ska tillerkännas en separationsrätt eftersom tredje man har en närmare koppling till täckningsfordringen än andra borgenärer. Den främre gäldenärens fordran på den bakre gäldenär är enligt Ulfbeck inte självständig, utan beroende av tredje mans skada.<sup>49</sup> Dessutom menar Ulfbeck att den främre gäldenärens konkursbo normalt sätt inte hade räknat med att få ersättningen från bakre gäldenären. Om boet får tillgodogöra sig betalningen från den bakre gäldenären innebär det att konkursboet tjänar på den bakre gäldenärens kontraktsbrott.<sup>50</sup>

Lindskog anser att en direktkravs rätt bör föreligga i vissa fall. Eftersom en täckningsfordran enligt Lindskog inte kan göras gällande innan huvudfordran har betalats innebär det att betalningen stannar upp i bakre led när den främre gäldenären är insolvent.<sup>51</sup> Då har inte den främre gäldenären möjlighet att ersätta tredje man för huvudfordran, vilket leder till det enligt Lindskog otillfredsställande resultatet att tredje man aldrig får betalt, och att den bakre gäldenären aldrig tvingas betala.<sup>52</sup> Syftet med den bakre gäldenärens betalningsskyldighet, alltså täckningsfordran, är enligt Lindskog att befria den främre gäldenären från betalningsansvar gentemot tredje man genom att tredje man erhåller betalning för huvudfordran.<sup>53</sup> Så som Lindskog ser det bör tredje man vid den främre gäldenärens insolvens, för att möjliggöra syftet med regelsystemet, ha rätt att ianspråka den främre gäldenärens täckningsfordran.<sup>54</sup> Rätten att ta i anspråk täckningsfordran likställs då med ett direktkrav.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> Jfr JustR Håstadts tillägg i NJA 2000 s. 48, NJA 2012 s. 697 p. 16 och Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 584 ff.

<sup>49</sup> Ulfbeck, Kontraktets relativitet s. 214.

<sup>50</sup> Ulfbeck, Kontraktets relativitet s. 223. Det bör noteras att Ulfbeck är en dansk professor och hon utgår således i sin analys från en delvis annorlunda reglering vad gäller direktkrav.

<sup>51</sup> Lindskog, Betalning s. 267.

<sup>52</sup> JustR Lindskogs tillägg i NJA 2014 s. 760.

<sup>53</sup> Lindskog, Något om täckningsfordringar, JFT 1985 s. 238 och Lindskog, Betalning s. 267. Jfr. även Hult, Om kommissionärs avtalet s. 32, 44 f. och 54 f. som anför att syftet med kommissionärens täckningsfordran är att ersätta tredje man, vilket synes utgöra grunden för Lindskogs resonemang.

<sup>54</sup> Lindskog, Betalning s. 267.

<sup>55</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 733, Lindskog, Betalning s. 267 och 273.

Att medge en direktkravs rätt i dessa fall menar Lindskog inte är i strid mot principen om alla borgenärens lika rätt.<sup>56</sup> Eftersom huvudfordran enligt Lindskog måste betalas för att täckningsfordran ska kunna göras gällande utgör en täckningsfordran inte en tillgång i den främre gäldenären konkursbo så länge huvudfordran förblir obetald. När tredje man inte kan få betalt för sin huvudfordran och vänder sig direkt till bakre led menar Lindskog att tredje man får betalning för en fordran som konkursboet själv inte kunnat erhålla betalning för.<sup>57</sup>

Även Rodhe synes förespråka en direktkravs rätt i de fall den främre gäldenären är insolvent. När den främre gäldenären är insolvent och inte har betalat huvudfordran anser Rodhe att tredje man ska kunna erhålla betalning genom tillämpning av 95 § 3 st. försäkringsavtalslagen (1927:77) som tillåter skadelidande att vid försäkringstagarens konkurs överta försäkringstagarens krav mot försäkringsgivaren.<sup>58</sup> I andra fall än då regeln är tillämplig menar Rodhe att tredje man kan vända sig direkt mot den bakre gäldenären genom att frivilligt, eller genom exekutiva åtgärder, förvärva täckningsfordran.<sup>59</sup> De av Rodhe föreslagna betalningslösningarna medför båda att tredje man kan vända sig antingen direkt eller genom ett tvångsvis övertagande av den främre gäldenärens rätt, till den bakre gäldenären för betalning. Den av Rodhe föreslagna ordningen kan därför likställas med direktkrav. Som tidigare har anförts menar både Lindskog och Rodhe att det antagna kravet på att en täckningsfordran är avhängig att huvudfordran ersatts inte ska gälla vid den främre gäldenärens insolvens. Att kravet ska vara annorlunda vid den främre gäldenärens insolvens motiveras alltså av viljan att möjliggöra en direktkravs rätt genom att låta tredje man ta i anspråk den främre gäldenärens krav. Vidare anser även Johansson att en direktkravs rätt i vissa fall bör beviljas, men att det i stället bör göras genom att fingera tredjemans-

<sup>56</sup> Lindskog, *Betalning* s. 270 f.

<sup>57</sup> Lindskog, *Betalning* s. 270 ff.

<sup>58</sup> Rodhe, *Obligationsrätt* s. 571 not 20. Regleringen har sedermera ersatts av försäkringsavtalslagen (2005:104) i vilken motsvarande reglering inte återfinns. I stället ges skadelidande en möjlighet att rikta direktkrav gentemot försäkringsgivaren.

<sup>59</sup> Rodhe, *Obligationsrätt* s. 571 not 20.

avtal och således tillerkänna tredje man en självständig rätt mot den bakre gäldenären med stöd av den bakre och den främre gäldenärens avtal.<sup>60</sup>

En direktkravs rätt kan också motiveras av rent rättsekonomiska överväganden om att det är lämpligt att betalningsansvaret hamnar hos den som slutligt ska bära kostnaden för avtalsbrottet.<sup>61</sup> Ordningen kan dessutom motiveras av processekonomiska skäl om att en medgiven direktkravs rätt leder till att dubbla processer undviks, då tredje man inte först måste vända sig till den främre gäldenären som i sin tur vänder sig till den bakre gäldenären.<sup>62</sup>

Vissa författare menar vidare att en nekad direktkravs rätt medför att den bakre gäldenären kan göra en obehörig vinst.<sup>63</sup> Argumentet utgår från premissen att en huvudfordran måste vara betald för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande, vilket innebär att om den främre gäldenären är insolvent och inte kan ersätta tredje man för huvudfordran, kommer den främre gäldenären aldrig att kunna kräva betalt av den bakre gäldenären för huvudfordran. Det medför att skadevällande bakre led kan göra en obehörig vinst till följd av den främre gäldenärens insolvens, samtidigt som tredje man aldrig blir ersatt för sitt krav.<sup>64</sup>

Sammanfattningsvis motiveras en direktkravs rätt huvudsakligen av viljan att åstadkomma en lösning där tredje man får ersättning för sitt krav, samtidigt som den bakre gäldenären blir skyldig att ersätta den skada som den vållat. Den främre gäldenärens insolvens ska inte

<sup>60</sup> Johansson, Direktkrav i senare tids tillämpning, Fs Hästad s. 294 ff. Johansson utgår från rättsfallen NJA 1995 s. 197, NJA 1996 s. 400 och NJA 2000 s. 48 i vilka domstolen tolkade in, på fiktiva grunder, att det i avtalet mellan den främre och bakre gäldenären funnits en avsikt att tillerkänna tredje man en självständig rätt att vända sig till bakre led och att det därför förelåg ett tredjemansavtal. Angående bedömningen av avtalstolkningen som fiktiv: se Zackariasson, Direktkrav s. 220, 247 f., Hästad, Sakrätt: avseende lös egendom s. 244, Lindskog, Högsta domstolen och den kommersiella rätten, JT 2002–03 s. 77, Lindskog, Betalning s. 264 f., Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s. 123 och Walin och Ingvarsson, Borgen och tredjemans pant s. 139 ff.

<sup>61</sup> Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 171 f.

<sup>62</sup> NJA 2012 s. 697 p. 15.

<sup>63</sup> Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? s. 33, Lindskog, Betalning s. 267 not 849 och Hästad, Köprätt (2009) s. 157.

<sup>64</sup> Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? s. 33, Hästad, Köprätt (2009) s. 157. Se även Zackariasson, Direktkrav s. 39 f. som gör en motsatt tolkning och i stället antar att betalningen stannar upp hos den främre gäldenären.

medföra att den bakre gäldenären gynnas på bekostnad av tredje mans rätt till ersättning. De huvudsakliga argumenten mot en beviljad direktkravs rätt är att det utgör ett undantag till principen om avtalets subjektiva verkan, att det innebär betungande verkningar för andra än avtalsparterna och att ordningen strider mot principen om alla borgenärens lika rätt.

### 3. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT FRAMSTÄLLA TÄCKNINGSFORDRAN I KEDJOR AV ENTREPRENADAVTAL – NJA 2021 S. 622

#### 3.1 Referat av NJA 2021 s. 622

##### 3.1.1 *Omständigheter*

En bostadsrättsförening hade ingått ett entreprenadavtal med entreprenören Länna Mark. Entreprenaden avsåg byggnation av bostadsrätter på bostadsrättsföreningens fastighet. Länna Mark anlätade en underleverantör, Bogi Värme, för att utföra monteringsarbete av avloppsledningar på fastigheten. Efter att bostadsrätterna hade uppförts upptäckte bostadsrättsföreningen en vattenskada orsakat av ett läckage från ett avloppsrör. Det var ostridigt mellan parterna att Bogi Värme av vårdslöshet orsakat skadan. Det var även ostridigt att Länna Mark skulle ersätta bostadsrättsföreningen för skadan och att Bogi Värme i sin tur hade att ersätta skadan som då uppstod för Länna Mark. Bostadsrättsföreningens försäkringsgivare, Länsförsäkringar, reglerade bostadsrättsföreningens skada och framförde ett regresskrav gentemot Länna Mark, som inte betalade i enlighet med kravet. Länna Mark överlät i stället sin täckningsfordran på Bogi Värme till Länsförsäkringar. I fallet utgör Länsförsäkringar genom bostadsrättsföreningen tredje man, Länna Mark är den främre gäldenären och Bogi Värme är således den bakre gäldenären.

##### 3.1.2 *Tingsrätten*

I tingsrätten yrkade Länsförsäkringar att domstolen skulle förplikta Bogi Värme att betala den av Länna Mark överlättna fordran. Bogi Värme bestred Länsförsäkringars yrkande. Enligt Bogi Värme var

fordringsöverlåtelsen ogiltig då fordran inte ansågs existera och därför inte kunde överlätas, dessutom förelåg det ett överlåtelseförbud mellan Länna Mark och Bogi Värme vilket medförde att fordran oavsett inte fick överlätas. I andra hand anförde Bogi Värme att fordringsöverlåtelsen utgjorde en otillåten hoppande regress. I tredje hand anförde Bogi Värme att Länsförsäkringar krav var utomobligatoriskt och att ersättningen som begärdes var för ren förmögenshetskada och således inte ersättningsgill enligt skadeståndslagen.

Inledningsvis konstaterade domstolen att Länsförsäkringars talan grundade sig på ett inomkontraktuellt anspråk och att skadeståndslagen inte var tillämplig. Med hänsyn till att Länsförsäkringars krav grundades på Länna Marks rätt till ersättning bedömde tingsrätten att kravet inte utgjorde en hoppande regress. Avgörande blev därmed om Länna Marks krav gentemot Bogi Värme kunde göras gällande redan innan Länna Mark hade ersatt Länsförsäkringar för bostadsrättsföreningens skada. Länna Marks krav grundade sig på den skada som entreprenören skulle komma att lida av att ersätta Länsförsäkringar för bostadsrättsföreningens skada, en transaktion som inte skett. Frågan var alltså om Länsförsäkringar kunde få ersättning för sin täckningsfordran innan huvudfordran var betald.

Enligt tingsrätten talade mycket för att den skadelidande inte behövde ha haft konkreta utgifter för sin skada för att kunna få rätt till skadestånd, vilket även antogs gälla när det var fråga om en täckningsfordran. Länna Marks täckningsfordran kunde därmed göras gällande utan att Länsförsäkringars huvudfordran hade blivit betald. Vad gällde Bogi Värmes invändning om överlåtelseförbudet konstaterade domstolen att huvudregeln i svensk rätt är att sådant förbud inte får verkan mot en förvärvare av fordran och att huvudregeln skulle tillämpas i det aktuella fallet. Tingsrätten biföll således Länsförsäkringars talan och förpliktade Bogi Värme att betala den till Länsförsäkringar överlättna fordran.

### 3.1.3 Hovrätten

Bogi Värme överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten skulle ogilla Länsförsäkringars talan. Även hovrätten bedömde att

Länsförsäkringars anspråk var av inomobligatorisk karaktär och inte utgjorde otillåten hoppande regress.

Vad gällde frågan om täckningsfordran kunde göras gällande, trots att Länna Mark inte hade presterat i enlighet med huvudfordran, gjorde hovrätten en annan bedömning än tingsrätten. Hovrätten bedömde att det utifrån den rättsvetenskapliga diskussionen verkade finnas en huvudregel om att täckningsfordran i en kontraktuell kedja kunde göras gällande först när huvudfordran hade betalats. Det bedömdes även finnas undantag till nämnda huvudregel, men att det inte fanns anledning att göra sådana undantag på det entreprenadrättsliga området.

I enlighet med principen om att förvärvaren av en fordran inte ska få bättre rätt än överlåtaren anförde hovrätten att det inte skulle tillmätas betydelse att det var skadelidandes försäkringsgivare som var innehavare av den överlåtna fordringen. Om hänsyn skulle tas till att täckningsfordran skulle komma skadelidande till del skulle det innebära att förvärvaren av täckningsfordran hade bättre rätt än om det var Länna Mark som framställt kravet. Därefter tog domstolen även fasta på att det inte gjorts gällande att en betalning av täckningsfordran skulle innebära att Länna Mark uppnådde skuldbefrielse gentemot Länsförsäkringar. Det skulle innebära att Länsförsäkringar skulle kunna få ersättning två gånger, en gång genom den överlåtna fordran och en gång genom ersättning för huvudfordran. Slutligen påpekade hovrätten att det inte åberopats att Länna Mark inte kunde betala huvudfordran till följd av bristande likviditet. Mot bakgrund av detta fann domstolen att det inte fanns anledning att göra undantag från den enligt hovrätten förekommande huvudregeln att täckningsfordran var avhängig huvudfordrans betalning. Det förelåg således inte skyldighet för Bogi Värme att betala täckningsfordran. Hovrätten ogillade Länsförsäkringars käromål.

#### 3.1.4 Högsta domstolen, HD

Länsförsäkringar överklagade hovrättens avgörande och yrkade att HD skulle bifalla käromålet. HD bedömde att huvudfrågan i målet

var om en täckningsfordran ska kunna göras gällande redan innan huvudfordran har betalats.

HD fann, till skillnad från hovrätten, att det inte förelåg någon princip enligt vilken huvudfordran behövde betalats för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande. Den främre gäldenärens betalningsskyldighet behövde därför inte vara fastställd eller fullgjord. Annat kunde emellertid följa av avtal eller en särskild rättsregel. För att täckningsfordran ska kunna göras gällande anförde HD att det i regel måste krävas att ersättningsskyldigheten för den främre gäldenären är konkretiserad. För att ersättningsskyldigheten ska vara konkretiserad krävdes enligt HD att ett anspråk ska ha riktats mot den främre gäldenären, till exempel genom att tredje man framställt ett krav om ersättning.<sup>65</sup> HD bedömde att det utifrån doktrin och praxis inte fanns stöd för att göra ett generellt ställningstagande för vad som krävs för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande. Skälet var att förhållandena på olika områden varierade varför även bedömningen kunde skifta. Gällande situationen när det är en kedja av entreprenadavtal bedömde HD att det inte fanns skäl att avvika från bedömningen att huvudfordran inte behövde vara betald, men att betalningsskyldigheten i vart fall skulle vara konkretiserad.<sup>66</sup>

HD konstaterade därefter att ett anspråk på betalning för bostadsrättsföreningens skada hade framställts mot Länna Mark och att det räckte för att Bogi Värme skulle vara skyldig att betala Länna Marks numer överlåtna täckningsfordran. HD fann att det av Bogi Värme åberopade överlåtelseförbudet inte kunde göras gällande. Länsför-säkringars överklagande bifölls och tingsrättens dom fastställdes.

## 3.2 Innebörden av Högsta domstolens ställningstagande

### 3.2.1 Domstolens ställningstagande

Av rättsfallet kan utläsas att när det gäller kedjor av entreprenadavtal kan den främre gäldenären kräva den bakre gäldenären på ersättning redan innan den främre gäldenären har betalat tredje man. För att en täckningsfordran ska kunna göras gällande innan huvudfordran har



betalats krävs dock att ersättningsskyldigheten för huvudfordran har konkretiserats.

Som stöd för sin slutsats att huvudfordran inte behöver vara betald hänvisar HD till NJA 2018 s. 301. Som ovan anförts uttalar HD i avgörandet att det normalt inte krävs att betalningsskyldighet ska vara fastställd eller fullgjord för att täckningsfordran ska kunna göras gällande.<sup>67</sup> I såväl NJA 2018 s. 301 som NJA 2021 s. 622 hänvisar HD till Edlunds artikel som stöd för sin slutsats.<sup>68</sup> Denna hänvisning synes vara den enda motiveringen till varför det inte kan anses föreligga ett krav på fullgjord betalning. HD:s motivering består alltså endast av en hänvisning samt ett konstaterade om att det inte finns stöd i praxis eller doktrin för att utgångspunkten är att huvudfordran måste betalas först. Hänvisningen till Edlund indikerar att det är argumenten som framförs i Edlunds artikel som utgör argument även för HD:s argumentation. I så fall får domstolen anses ha motiverat sitt ställningstagande med att ordningen står i överensstämmelse med dispositiv rätt i form av köplagen och slutsatsen i NJA 1878 s. 25 och NJA 1936 s. 717 gällande konkursboets rätt till ersättning trots att pengarna inte skulle komma betalas ut till skadelidande slutligt.<sup>69</sup> Några säkra slutsatser kan inte dras av hänvisningen till Edlunds artikel fast än det är sannolikt att det inte endast är slutsatsen i Edlunds artikel utan även skälen bakom som HD hänvisar till.

Avgörandet innebär att HD frångår uttalandet i NJA 2007 s. 758, i vilket motsatt ordning ansågs gälla. Domstolens ställningstagande i Länna Marks fordran innebär också att Lindskog och Rodhes uttalande samt Håstads antagande om täckningsfordringar inte kan anses vara förenliga med gällande rätt.<sup>70</sup> Endast om Länna Mark hade varit på obestånd, en omständighet som inte åberopats av parterna, hade täckningsfordran kunnat göras gällande enligt Rodhe och Lindskog.<sup>71</sup>

### 3.2.2 *Täckningsfordrans ändamål*

Ändamålet med den bakre gäldenärens betalningsskyldighet har länge varit en omstridd fråga. Som anförts ovan menar Lindskog att den bakre gäldenärens enda förpliktelse är att befria den främre

gäldenären från betalningsansvar gentemot tredje man.<sup>72</sup> Hult gör samma tolkning, men avser då endast den täckningsfordran som uppstår när kommissionären riktar sig till kommittenten med ett betalningsanspråk till följd av uppkommen betalningsskyldighet gentemot tredje man. Täckningsfordran utgör enligt Hult ett anspråk från kommissionären på att uppnå skuldbefrielse i förhållande till tredje man.<sup>73</sup> Givet denna utgångspunkt menar både Lindskog och Hult att den bakre gäldenären inte ska vara skyldig att ersätta den främre gäldenären när denne är insolvent, eftersom det då står klart att ersättningen för täckningsfordran kommer att tillkomma den främre gäldenärens konkursbo och inte tredje man.<sup>74</sup>

Zackariasson ifrågasätter att syftet med kommittentens täckningsfordran skulle vara att ersätta tredje man. Enligt Zackariasson är det visserligen riktigt att täckningsfordran uppkommer genom tredje mans krav. Det är emellertid inte tillräckligt för att dra slutsatsen att kommittentens prestation syftar till att fullgöra tredje mans anspråk.<sup>75</sup> Ändamålet kan lika gärna vara att kompensera kommissionären för den betalningsskyldighet som uppstått i förhållande till tredje man.<sup>76</sup>

Genom HD:s ställningstagande i NJA 2021 s. 622 har frågan om täckningsfordrans syfte indirekt avgjorts. Eftersom täckningsfordran får göras gällande utan att huvudfordran har betalats innebär det att en insolvent främre gäldenär kan tillgodogöra sig betalningen för täckningsfordran, samtidigt som denne är oförmögen att i sin tur ersätta tredje man för huvudfordran. Skadelidande tredje man blir då inte ersatt för sin fordran och täckningsfordran har inte uppfyllt det av Lindskog och Hult antagna syftet. Det finns inte stöd för att hänsyn till tredje man påverkar förutsättningarna för att framställa täckningsfordran. Syftet med den bakre gäldenärens betalningsskyl-

<sup>72</sup> Lindskog, *Betalning* s. 267, 270 not 872 och Lindskog, *Något om täckningsfordringar*, JFT 1985 s. 235 ff.

<sup>73</sup> Hult, *Om kommissionärsavtalet* s. 32 f.

<sup>74</sup> Hult, *Om kommissionärsavtalet* s. 32 f. och Lindskog, *Något om täckningsfordringar*, JFT 1985 s. 239.

<sup>75</sup> Zackariasson, *Direktkrav* s. 72 f.

<sup>76</sup> Zackariasson, *Direktkrav* s. 73.

dighet kan därför inte antas vara att befria den främre gäldenären från sin betalningsskyldighet.

Efter NJA 2021 s. 622 ligger det närmare till hands att se på täckningsfordran, samt den korresponderande huvudfordran, som två separata skadeståndsanspråk genom två separata kontraktsbrott. Täckningsfordran syftar då, liksom huvudfordran, till att ersätta skadelidanden för den skadevällandes kontraktsbrott. Syftet med täckningsfordran tolkas då i enlighet med det inomkontraktuella skadeståndets syfte – att säkra att part fullgör sina åtagande i enlighet med det ingångna avtalet.<sup>77</sup> Att den skadelidande slutligt är tredje man och inte den främre gäldenären, och att skadevällanden i realiteten är den bakre gäldenären och inte den främre gäldenären, är således inte relevanta rättsfaktum för att bedöma den bakre gäldenärens skyldighet att ersätta täckningsfordran. Avgörande är i stället när den främre gäldenärens skada, genom betalningsskyldigheten, är tillräckligt konkretiserad.

En sådan tolkning är enligt min mening att föredra framför Lindskogs och Hults. Om syftet med den bakre gäldenärens betalningsförpliktelse inte är att betala sin medkontrahent – den främre gäldenären – utan att se till att tredje man får betalt innebär det att förekomsten av en tredje man definierar syftet med den bakre och främre gäldenärens avtalade förpliktelser. Den bakre gäldenären har varit skyldig att utföra ett arbete eller leverera en vara i enlighet med kontraktet med den främre gäldenären. Om den bakre gäldenären brister i sin prestation har den främre gäldenären rätt att rikta sitt kontraktsrättsliga anspråk gentemot den bakre gäldenären. Att den främre gäldenärens skada är en konsekvens av att tredje man lidit skada av kontraktsbrottet bör inte förändra syftet med den bakre och den främre gäldenärens avtal. Det av Lindskog och Hult föreslagna syftet innebär att förekomsten av en skadelidande tredje man medför att bakre led inte har att uppfylla sina kontraktsrättsliga förpliktelser gentemot den främre gäldenären. Avtalet mellan den främre och bakre gäldenären kan då närmast liknas vid ett tredjemansavtal, ef-

<sup>77</sup> NJA 2014 s. 760 p. 6 angående det inomobligatoriska skadeståndets syfte.

tersom det enligt Lindskogs och Hults tolkning tydligen syftar till att ge självständiga rättigheter till tredje man.<sup>78</sup> Syftet med den bakre gäldenärens betalningsskyldighet kan enligt HD:s ställningstagande i Länna Marks fordran inte vara att befria den främre gäldenären från sin betalningsskyldighet gentemot tredje man, utan får anses vara att ersätta den främre gäldenären för kontraktsbrottet.

### 3.3 Konsekvenser av Högsta domstolens ställningstagande

Det finns två huvudsakliga typer av situationer som prejudikatet kan komma att tillämpas i. Den första typen är att den bakre gäldenären förpliktas att betala den främre gäldenären, utan att den främre gäldenären själv har presterat till tredje man. Den främre gäldenären får betalt och betalar då sannolikt tredje man. Den andra typen är den samma som situationen i NJA 2021 s. 622. Då överlåter den främre gäldenären sin täckningsfordran till tredje man och när den bakre gäldenären då betalar tredje man blir både bakre och den främre gäldenären skuldbefriade. I stället för att skadestånd betalas i två led för att slutligt nå den skadelidande krävs i det andra typfallet endast en transaktion. Denna situation påminner således om ett direktkrav – tredje man tillåts gå förbi den främre gäldenären och kräva den bakre gäldenären direkt.<sup>79</sup> Samtidigt görs det utan att frångå principen om avtalets subjektiva verkan, eftersom det är fordringsöverlåtelsen som ger tredje man rätt att kräva betalning vilket innebär att tredje man gör gällande den främre gäldenärens rätt. Gränserna för när en överlåtelse av täckningsfordran kan ske sätts av det återvinningsrättsliga regelverket. Om den främre gäldenären är på obestånd och samtidigt överlåter sin täckningsfordran till tredje man, medför det att tredje man gynnas framför andra borgenärer. Om en sådan överlåtelse vidtas nära inpå den främre gäldenärens konkurs riskerar överlåtelsen att återvinnas. Konsekvensen av NJA 2021 s. 622 är följaktligen inte att tredje man ges en möjlighet till betalning i fall som tidigare inte varit möjliga eftersom det ytterst är en disposition som

<sup>78</sup> Se NJA 2013 s. 491 p. 13, Ussing, *Aftaler paa forumrettens omraade* s. 371 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s. 295 angående förutsättningarna för att ett tredjemansavtal ska föreligga.

<sup>79</sup> Jfr. Zackariasson, *Direktkrav* s. 31.

återvinningsreglerna är avsedda att hindra.<sup>80</sup> Att täckningsfordran kan göras gällande innan huvudfordran har betalats medför inte att täckningsfordran i allmänhet kan överlätas när den främre gäldenären är insolvent och på så sätt säkra tredje mans rätt till betalning.

Tidigare har det anförts att ett motiv till att bevilja en direktkravs rätt har varit att den bakre gäldenären annars kan göra en obehörig vinst när den främre gäldenären är insolvent.<sup>81</sup> Lindskog, som inte använt sig av just termen obehörig vinst, har anført att en nekad direktkravs rätt medför det otillfredsställande resultatet att när den främre gäldenären är insolvent, så slipper den bakre gäldenären betala samtidigt som tredje man inte får betalt.<sup>82</sup> Tanken om att den bakre gäldenären inte behöver betala vilar på antagandet att huvudfordran behöver ha ersatts för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande. Till följd av insolvensen kan den främre gäldenären inte betala huvudfordran, och därför kan inte heller täckningsfordran göras gällande. Genom NJA 2021 s. 622 står det klart att den bakre gäldenären inte kan göra en obehörig vinst i entreprenadförhållanden. Den främre gäldenärens betalningsoförmåga påverkar inte den bakre gäldenärens skyldighet att betala täckningsfordran. Rättsfallet bekräftar således vad Zackariasson tidigare anført. När det föreligger en risk för att den främre gäldenären inte kommer att ersätta tredje man genom att hålla sig undan, göra sig oanträffbar eller genom att täckningsfordran blir en del av den främre gäldenärens konkursbo, så medför det att det är den främre gäldenären, eller dennes borgenärer, som kan göra en obehörig vinst.<sup>83</sup> Även Hult har tidigare påpekat att när kommissionären har fått ersättning från kommittenten för sin täckningsfordran, men kommissionären saknar förmåga att ersätta tredje man till följd av sin insolvens, så kan kommissionärens borgenärer göra en obehörig vinst. Betalningen från kommittenten kommer att vid den främre gäldenärens konkurs fördelas ut till borgenärskollektivet, och dessa har enligt Hult inte ett legitimt anspråk på vinsten, varför de gör en obehörig vinst – till men för tredje man.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Lennander, Återvinning i konkurs s. 35, Rodhe, Handbok i sakrätt s. 260.

<sup>81</sup> Se avsnitt 2.2 och däri gjorda hänvisningar.

<sup>82</sup> JustR Lindskogs tillägg i NJA 2014 s. 760.

<sup>83</sup> Zackariasson, Direktkrav s. 40.

<sup>84</sup> Hult, Om kommissionärsavtalet s. 32, 44 f., 54 f. Jfr även Zackariasson, Direktkrav s. 67.

Frågan är emellertid om den främre gäldenärens konkursbo kan göra en obehörig vinst. Mossberg anför att det mot Hults argument kan anföras att kommissionärens borgenärer visserligen inte har ett särskilt anspråk på täckningsfordran, men att borgenärerna, i enlighet med 1 kap. 1 § konkurslagen (1987:672), har anspråk på konkursgäldenärens samlade tillgångar.<sup>85</sup> I de samlade tillgångarna innefattas då täckningsfordran och eventuella medel som inflyter till följd av denna. Därutöver menar Mossberg att den eventuella vinst som borgenärerna får till följd av ianspråktagandet av täckningsfordran inte är att bedöma som obehörig då borgenärerna i regel får antas ha legitima fodringar.<sup>86</sup> Dessutom, med hänsyn till att täckningsfordran ska delas mellan alla borgenärer, och att varje borgenär endast får ut en liten del av fordringen, ifrågasätter Mossberg om det ens kan kallas vinst.<sup>87</sup>

I min mening behöver det inte analyseras om borgenärerna verkligen kan anses få göra en vinst och om den vinsten är att bedöma som obehörig. Orsaken till att tredje man inte får betalt för sin huvudfordran och att betalningen stannar upp hos den främre gäldenären är att tredje man saknar borgenärsskydd. Om tredje man hade haft en sakrättsligt skyddad fordran hade betalningen inte stannat upp till följd av den främre gäldenärens konkurs och tredje man hade fått ersättning för sitt krav. Situationen är således inte särskild vid direktkravssituationer utan ter sig typisk vid köp i allmänhet. Ulfbeck menar att en nekad direktkravs rätt innebär att konkursboet tjänar på den bakre gäldenärens kontraktsbrott.<sup>88</sup> En sådan argumentation saknar dock bärkraft i konkurssammanhang eftersom det som egentligen motiverar en direktkravs rätt vid den främre gäldenärens insolvens i sådana fall är att denne till följd av sin insolvens inte kan pretera i enlighet med avtalet. Att den främre gäldenärens konkursbo "obehörigt" gynnas av sin betalningsinställelse kan inte i sig medföra att en direktkravs rätt anses motiverad. Leder det förhållandet att en köpare saknar borgenärsskydd, till att säljarens konkursbo

<sup>85</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 710 f.

<sup>86</sup> Mossbergs, Avtalets räckvidd I s. 711.

<sup>87</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 711.

<sup>88</sup> Ulfbeck, Kontraktets relativitet s. 223.

gör en obehörig vinst? Svaret på frågan får antas vara nej. Den uteblivna betalningen är en följd av principen om alla borgenärs lika rätt varför konkursboets vinst inte är att betrakta som obehörig.

Ett annat argument som varit centralt i direktkravsdebatten är att en medgiven direktkravs rätt liknar en separationsrätt för tredje man och därmed riskerar att urholka principen om alla borgenärs lika rätt.<sup>89</sup> Lindskog har emellertid ansett att en medgiven direktkravs rätt inte är till men för den främre gäldenärens konkursbo, eftersom en täckningsfordran, när huvudfordran är obetald, inte utgör en tillgång i den främre gäldenärens konkurs.<sup>90</sup> Då HD i NJA 2021 s. 622 slagit fast att en täckningsfordran inte är avhängig huvudfordran, i vart fall gällande kedjor av entreprenadavtal, innebär det att täckningsfordran i dessa fall utgör en tillgång i den främre gäldenärens konkurs, 1 kap. 1 § konkurslagen. När täckningsfordran betalas av den bakre gäldenären, innan eller under konkursen, tillfaller det konkursboet, 3 kap. 3 § konkurslagen. Om tredje man då ges en direktkravs rätt, som Lindskog föreslår ska ske genom en rätt att överta täckningsfordran, undandras konkursboet sin egendom – innebärandes en förlust för övriga borgenärer, i strid mot principen om alla borgenärs lika rätt.

Sammanfattningsvis innebär NJA 2021 s. 622 att frågan om en direktkravs rätt ska beviljas eller inte huvudsakligen är en sakrättslig fråga, i vart fall i fråga om entreprenadförhållanden.<sup>91</sup> Av avgörandet följer nämligen att vid den främre gäldenärens insolvens så kommer den bakre gäldenären ändå vara skyldig att prestera, innebärandes att betalningen stannar upp hos den främre gäldenärens konkursbo. Vid bedömningen av om tredje man ska beviljas en direktkravs rätt är därför den avgörande frågan om tredje man ska beviljas en separationsrätt i den främre gäldenärens konkurs. En separationsrätt skulle i direktkravsfallen motiveras av ett för konkursinstitutet vanligt förekommande problem – nämligen att tredje man inte får betalt för sin fordran och att den främre gäldenären till följd av sin insolvens slipper att prestera. Vidare är den eventuella vinst som den främre

<sup>89</sup> NJA 2012 s. 697 p. 16, JustR Hästads tillägg för egen del i NJA 2000 s. 48 och Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims, Fs Avtalslagen 100 år s. 247.

<sup>90</sup> Lindskog, Betalning s. 270 ff.

<sup>91</sup> Jfr Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims, Fs Avtalslagen 100 år s. 248.

gäldenärens konkursbo gör en följd av att tredje man saknar borgenärsskydd för sin fordran och är en situation som är typisk för konkursförhållanden.

## 4. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT FRAMSTÄLLA TÄCKNINGSFORDRAN VID ANDRA TYPER AV KONTRAKTUELLA KEDJOR

### 4.1 Köprättslig påföljdsanalys

#### 4.1.1 Avhjälpande

I NJA 2021 s. 622 uttalar HD att det inte finns stöd för att göra ett generellt uttalande om vad som krävs för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande av den främre gäldenären. Enligt HD kan det förekomma situationer där det finns anledning att bedöma att andra förutsättningar behöver föreligga för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande. Det finns således inte en princip om att en huvudfordran måste vara betald för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande, men det finns inte heller en princip om att det räcker med att huvudfordran är konkretiserad.

Vilka generella ställningstagande kan då göras angående frågan om vilka förutsättningar som krävs för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande? Kan ledning hämtas från andra kontraktstyper, så som vid köp?

Om en vara är felaktig har köparen rätt att kräva avhjälpande enligt 34 § 1 st. köplagen, om avhjälpande kan ske utan oskäligen kostnad eller olägenhet för säljaren. Om säljaren inte fullgör sin skyldighet att avhjälpa felet har köparen rätt till ersättning för kostnader för att avhjälpa felet, 34 § 3 st. köplagen. Köparen har då rätt till ersättning för försvarliga kostnader, vilket endast omfattar direkta förluster.<sup>92</sup> Förluster i förhållande till tredje man, såsom kostnader till följd av dröjsmål och fel i vara, utgör direkt förlust.<sup>93</sup> Kostnad som uppstår för köparen, när varan sålts vidare och tredje man därefter krävt av-

<sup>92</sup> Prop. 1988/89:76 s. 129.

<sup>93</sup> Prop. 1988/89:76 s. 200, Herre, Ersättningar i köprätten s. 185.



hjälpande, utgör således en sådan direkt kostnad som ersätts enligt 34 § 3 st. köplagen.

Av lagtexten framgår det inte om köparen har rätt till ersättning för avhjälpandekostnader när något avhjälpande inte skett. Ordalydelsen kan visserligen ge stöd för att avhjälpandekostnader kan ersättas innan sådana kostnader faktiskt uppstått. Köparen har rätt att begära ersättning ”*för att avhjälpa det*”, vilket indikerar att ersättning ges för att möjliggöra köparens avhjälpande.<sup>94</sup> Frågan om ersättning för avhjälpandekostnader kräver att avhjälpande har skett har inte heller diskuterats i förarbetena. Herre tar, i sin analys av frågan, utgångspunkt i förarbetsuttalanden till den finska köplagen i vilka det anges att ersättning för avhjälpandekostnader inte förutsätter att felet redan blivit avhjälpt.<sup>95</sup> Då den svenska och finska regleringen är densamma vad gäller avhjälpande bedömer Herre att uttalandet kan användas vid tolkningen av 34 § köplagen. Enligt Herres tolkning behöver ett avhjälpande inte ha skett för att ersättning för avhjälpandet ska utges av säljaren.<sup>96</sup>

I NJA 2014 s. 960 prövade HD om avhjälpandeersättning enligt ABT 94 kunde utges när något avhjälpande inte hade skett. Då frågan inte reglerades i ABT 94 analyserades rätten till avhjälpandeersättning utifrån dispositiv rätt. Domstolen anförde att när avhjälpande inte sker utgör det ett kontraktsbrott. När beställaren då ges rätt till ersättning för avhjälpandekostnader innebär det att beställaren får skadestånd för den främre gäldenärens kontraktsbrott. Ersättning för avhjälpande ska därför analyseras utifrån skadeståndsrättsliga principer.<sup>97</sup> När beställaren har rätt till ersättning för avhjälpandekostnader behöver sådana kostnader inte ha uppkommit. Det råder en presumtion om att beställaren kommer att avhjälpa felet.<sup>98</sup>

Håstad menar emellertid att det är tvivelaktig om rätten till ersättning för avhjälpandekostnader, när avhjälpande inte har skett, är ovillkorlig eftersom rätten till ersättning för sådana kostnader utgör

<sup>94</sup> Se Herre, Ersättningar i köprätten s. 186 f.

<sup>95</sup> Herre, Ersättningar i köprätten s. 187, finska prop. 1986 nr. 83, s. 82.

<sup>96</sup> Herre, Ersättningar i köprätten s. 188.

<sup>97</sup> Jfr. JustR Mattssons tillägg för egen del i NJA 2014 s. 960.

<sup>98</sup> NJA 2014 s. 960 p. 29.

en del av köparens rätt till fullgörelse.<sup>99</sup> Jag tolkar Håstads uttalande som att ersättning för avhjälpandekostnader syftar till att avtalet ska bli avtalsenligt fullgjort varför rätten till ersättning för avhjälpandekostnader inte föreligger om ersättningen inte kan förväntas leda till att prestationen blir avtalsenlig. Följaktligen anför Håstad att om det kan utgå från att köparen kommer att avhjälpa felet, så bör rätt till beräknade kostnader för avhjälpande föreligga.<sup>100</sup> Vidare anför Håstad att det är missvisande att se rätten till avhjälpandekostnader som ett skadestånd. Han menar att förutsättningarna för att en rätt till avhjälpandekostnader ska föreligga är annorlunda än förutsättningarna för skadestånd eftersom det förra förutsätter att det är fråga om försvarliga kostnader och det senare förutsätter att felet legat inom säljarens kontroll.<sup>101</sup> Även Mattsson är kritisk till att avhjälpande ska ses som ett skadestånd. I ett tillägg för egen del i NJA 2014 s. 960 anför han att ersättning för avhjälpandekostnader enligt 34 § 3 st. köplagen ska analyseras mot bakgrund av avtalsrättsliga principer. Avhjälpandet syftar enligt Mattsson till att säkerställa att säljaren fullgör sina förpliktelser. Om säljaren underlåter att fullgöra sin prestation i enlighet med avtalet blir säljaren i stället förpliktad att ersätta det i pengar, vilket är en obligationsrättslig grundsats. Ersättning för avhjälpandekostnader är därför ett led i fullgörande av avtalet, inte ett sätt att ersätta den skada som underlåtenhet att fullgöra avtalet skapar. Även Ramberg och Herre har tidigare anfört att avhjälpandeersättning inte är ett skadestånd rent strikt.<sup>102</sup>

Håstad anför att HD i NJA 2018 s. 653 funnit att ersättning för avhjälpandekostnader inte utgör ett skadestånd, innebärandes att domstolen frångått prejudikatet i NJA 2014 s. 960.<sup>103</sup> I avgörandet anför domstolen att rätten till avhjälpandekostnader inte utgör skada i det avseende som uttrycks i 5 kap. 14 § i ABT 94 utan i stället följer rätten till avhjälpandeersättning av 7 kap. 25 §.<sup>104</sup> I 7 kap. 25 § ABT

<sup>99</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 111.

<sup>100</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 111.

<sup>101</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 111 p. 108.

<sup>102</sup> Ramberg, Köplagen s. 410 och Herre, Ersättningar i köprätten s. 199.

<sup>103</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 111 not 108.

<sup>104</sup> NJA 2018 s. 653 p. 49.

94 stadgas beställarens rätt till avhjälpande och att om entreprenören inte avhjälpes felet så har beställaren rätt till avhjälpandekostnader förutsatt att entreprenören har svarat för felet. Av 5 kap. 14 § följer att part är skyldig att ersätta skada som inte ersatts enligt ovan i kapitlet, om entreprenören varit vårdslös, försumlig eller om skadan är orsakad av fel för vilket entreprenören ansvarar. Ersättningen enligt 5 kap. § 14 är begränsad till 15 procent av kontraktssumman. När HD i NJA 2018 s. 653 finner att ersättning för avhjälpandekostnader inte utgör sådan skada som avses i 5 kap. § 14 åsyftar domstolen sannolikt att rätten till avhjälpandeersättning inte ska underkastas skadeståndsbegränsningen om 15 procent. Om 5 kap. § 14 skulle omfatta ersättning för avhjälpandekostnader skulle det innebära att entreprenören kan tjäna på att vägra avhjälpande i de fall då kostnaden för att avhjälpa felet, ensam eller tillsammans med andra skador som beställaren orsakats, kan antas överstiga 15 procent av kontraktssumman. Eftersom den huvudsakliga förpliktelsen som åligger entreprenören är att själv avhjälpa, och att vid underlåtelse att göra så tillerkänns beställaren en rätt att avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad, skulle det vara en märklig ordning om beställarens rätt till ersättning för att utföra det som egentligen ålegat entreprenören skulle vara begränsad. Att rätten till avhjälpandeersättning inte är en sådan skada som avses i 5 kap. § 14 i ABT 94 får med anledning av detta ses som en hänvisning till att ersättningen inte ska vara procentuellt begränsad och inte hänvisning till att det inte är fråga om ett skadestånd *per se*. Ytterligare stöd för att HD i NJA 2018 s. 653 inte har frångått uttalandet i NJA 2014 s. 960, om att rätt till ersättning för avhjälpandekostnader utgör ett skadestånd, är att domstolen i 2018 års fall uttalar att bland annat NJA 2014 s. 960 ligger till grund för domstolens bedömning.<sup>105</sup> Således bedömer jag att HD i NJA 2018 s. 653 inte har frångått sina egna slutsatser i NJA 2014 s. 960.

Utifrån vad som ovan anförts går det att dra följande slutsatser. För det första, ersättning för avhjälpande kan utgå i flera led, där köparens krav på säljaren om ersättning för avhjälpandekostnad kan

<sup>105</sup> NJA 2018 s. 653 p. 10.

häröra från tredje mans krav på köparen. Det blir då fråga om en bakre och en främre gäldenär och en tredje man, likt typsituationen vid kontraktuella kedjor. För det andra, det krävs inte att köparen faktiskt har avhjälpt felet för att säljaren ska vara förpliktad att utge ersättning. Denna slutsats vilar på skadeståndsrättsliga överväganden enligt vilka det presumeras att ett avhjälpande kommer att ske. Det finns dock tvivel om att det är riktigt att klassificera påföljden på detta sätt. Sammanfattningsvis innebär detta att köparens täckningskrav kan bli ersatt innan tredje man fått ersättning för sitt krav på avhjälpandeersättning och att betalningen riskerar att ”stanna upp” i främre led om den främre gäldenären saknar betalningsförmåga.

För att rätt till avhjälpandeersättning ska anses föreligga krävs det således inte att ett avhjälpande har skett. Vad gäller täckningsfordringar vid inomobligatoriskt skadestånd anses det av HD i NJA 2021 s. 622 inte finnas stöd för något generellt uttalande, men i vart fall gällande entreprenadförhållanden finns det inte krav på utlägg för att den främre gäldenären ska vara berättigad ersättning. Att upprätthålla skilda förutsättningar för att respektive påföljd ska kunna göras gällande är att betrakta som omotiverat eftersom risken att tredje man aldrig får betalt även finns vad gäller avhjälpande. En sådan ordning är också att betrakta som ologisk eftersom båda påföljderna ska analyseras utifrån skadeståndsrättsliga principer. I den av Edlund refererade skiljedomen, som HD hänvisade till i både NJA 2018 s. 301 och NJA 2021 s. 622, används 34 § 3 st. köplagen som stöd för slutsatsen att huvudfordran inte behöver vara betald för att täckningsfordran ska kunna göras gällande.<sup>106</sup> Frågan är varför en sådan slutsats skulle begränsas till entreprenadförhållanden. Om en skillnad skulle upprätthållas mellan ersättning för avhjälpandekostnader och skadestånd skulle det innebära att en konkursförvaltare skulle behöva taktiskt överlägga vilka påföljder som ska göras gällande mot den bakre gäldenären. En sådan ordning innebär även att den främre gäldenärens ekonomiska situation påverkar vilka påföljder som kan göras gällande. Mot bakgrund av det nu angivna utgör 34 § 3 st.

<sup>106</sup> Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004-05 s. 701.

köplagen stöd för att huvudfordrans betalning inte är en nödvändig förutsättning för att täckningsfordran ska kunna göras gällande.

#### 4.1.2 *Prisavdrag*

Om en vara är felaktig och avhjälpande eller omleverans inte är aktuellt får köparen enligt 37 § köplagen kräva prisavdrag. Prisavdraget ska då motsvara förhållandet mellan varan i avtalsenligt och felaktigt skick, 38 § köplagen. Förutsättningarna för prisavdrag är alltså dels att avhjälpande eller omleverans inte ska var aktuellt, dels att det föreligger fel i varan. En köpare som har sålt vidare en felaktig vara kan således vara berättigad till prisavdrag av sin säljare, även om tredje man inte erhållit något prisavdrag. Syftet med påföljden är att återställa balansen mellan den felaktiga prestationen och det pris som köparen betalade.<sup>107</sup> Den huvudsakliga skillnaden mellan syftet med prisavdrag respektive syftet med skadestånd är att prisavdraget används för att justera parternas prestationer, medan skadeståndet syftar till att försätta skadelidanden i samma ekonomiska situation som om avtalet hade blivit riktigt utfört.<sup>108</sup> Prisavdraget har därmed inte nödvändigtvis relevans för förståelse av det inomobligatoriska skadeståndet. Det bör emellertid poängteras att prisavdrag kan bli aktuellt i kontraktuella kedjor och för att den främre gäldenären ska ha rätt till ersättning i sådana fall krävs det inte att tredje man har blivit ersatt.

#### 4.1.3 *Abstrakt skadestånd*

I 69 § köplagen anges hur skadeståndet ska beräknas när avtalet har hävts och ett täckningsköp inte har skett, men skulle kunnat ske – ett så kallat abstrakt skadestånd. Enligt bestämmelsen ska pris-skillnaden beräknas utifrån det avtalsenliga priset och varans gängse pris. Ersättning som beräknas enligt 69 § köplagen utgör en typ av ”normalersättning”. Skadevällare får anses vara medvetna om att det vid kontraktsbrott följer ett ersättningsanspråk som beräknas utifrån skillnaden mellan priset som följer av avtalet och det gängse priset

<sup>107</sup> NJA 2018 s. 266 p. 24, Prop. 1988/89:76 s. 132 och Ramberg och Herre, Allmän köprätt s. 188.

<sup>108</sup> Hellner och Ramberg, Speciell avtalsrätt I s. 182.

för varan.<sup>109</sup> I den av Edlund refererade skiljedomen hänvisar skiljenämnden till 69 § köplagen som stöd för sin slutsats att huvudfordran inte behöver ha betalats för att täckningsfordran ska kunna göras gällande.<sup>110</sup> Ersättning enligt bestämmelsen innebär att skadelidanden inte behöver ha lidit någon konkret skada för att skadevällaren ska förpliktas att betala. Det är förenligt med 69 § köplagen att inte kräva att en konkret skada ska ha uppkommit för att täckningskravet ska kunna göras gällande.

#### 4.1.4 Stoppningsrätt

Om det finns starka skäl att anta att part inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sin förpliktelse har motparten enligt 61 § köplagen rätt att inställa sin fullgörelse av avtalet och innehålla sin prestation. Bestämmelsen avser de situationer då avtalsbrott ännu inte har inträffat men kan befaras inträffa.<sup>111</sup> Part har således inte en skyldighet att fullgöra sin prestation om det kan antas att motparten inte kommer att fullgöra sin.

Lindskog menar att 61 § köplagen utgör stöd för tolkningen att den bakre gäldenären inte behöver betala till den främre gäldenären om det kan antas att den främre gäldenären inte i sin tur ersätter tredje man. Tanken bakom regleringen menar Lindskog är att en part inte ska behöva prestera till sin motpart om det kan antas att motparten inte fullgör sin prestation.<sup>112</sup> Likheten med täckningskravssituationen är då att den bakre gäldenärens prestation, alltså leveransen till den främre gäldenären och sedermera betalning till den främre gäldenären för den därefter uppkomna skadan, förväntas följas av att den främre gäldenären slutligen för över ersättningen från den bakre gäldenären till tredje man. Den bakre gäldenärens förpliktelse går enligt Lindskog endast ut på att göra den främre gäldenären skuldfri gentemot tredje man.<sup>113</sup> Om den främre gäldenären då inte kan medverka till skuldavvecklingen verkar det således

<sup>109</sup> Herre, Ersättningar i köprätten s. 506.

<sup>110</sup> Edlund, Är skadevällare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004-05 s. 701.

<sup>111</sup> Prop. 1988/99:76 s. 176.

<sup>112</sup> Lindskog, Något om täckningsfordringar, JFT 1985 s. 246.

<sup>113</sup> Lindskog, Något om täckningsfordringar, JFT 1985 s. 246.

som att Lindskog menar att en skyldighet för den bakre gäldenären att prestera inte finns – i likhet med regleringen i 61 § köplagen. Förutsatt att täckningsfordrans syfte tolkas på det sätt som Lindskog anför utgör 61 § köplagen stöd för slutsatsen att täckningsfordran är avhängig att huvudfordran betalats.

Om det inte antas att syftet med den bakre gäldenärens betalning av skadeståndet är att göra den främre gäldenären skuldfri gentemot tredje man kan jämförelsen svårligen förstås. När den bakre gäldenären ersätter den främre gäldenären för täckningsfordran, skadeståndet, förväntas egentligen inte en motprestation *per se*. Täckningsfordran är en ensidig betalningsskyldighet och har uppkommit som en följd av den bakre gäldenärens kontraktsbrott och innebär inte en förpliktelse för den främre gäldenären. I tidigare avsnitt har det anförts att Lindskog saknar stöd för det antagna syftet med täckningsfordran.<sup>114</sup> Det har också anförts att HD:s ställningstagande i NJA 2021 s. 622 utgör stöd för slutsatsen att syftet med den bakre gäldenärens betalningsskyldighet inte kan anses vara att befria den främre gäldenären från dennes betalningsskyldighet gentemot tredje man. Slutsatsen är därmed att 61 § köplagen inte kan utgöra stöd för tolkningen att täckningsfordran är avhängig huvudfordrans betalning.

## 4.2 Rätt till förskott vid andra rättsförhållanden

### 4.2.1 Kommissionslagen

Kommittenten är enligt 9 § kommissionslagen skyldig att i förskott tillhandahålla kommissionären den egendom som ska användas för att fullgöra avtalet med tredje man. Kommissionärens rätt till förskott kom till uttryck i lagen först vid 2009 års lagändring, men anses befästa en sedan tidigare gällande allmän utgångspunkt för kommissionsuppdraget och kommittentens allmänna skyldigheter.<sup>115</sup> I förarbetena uttrycks att kommissionärens rätt till förskott även gäller vid

<sup>114</sup> Se avsnitt 3.2.2. Jfr även Zackariasson, Direktkrav s. 72 f. och Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 774.

<sup>115</sup> Prop. 2008/09:88 s. 39, 102, SOU 2005:120 s. 215, Johansson, Kommissionslagen – en kommentar avsnitt 9.1, NJA 1914 II s. 221, 279 och JustR Håstads tillägg i NJA 2000 s. 48.

den främre kommissionärens konkurs. Det innebär att kommittenten inte kan undkomma sin skyldighet att ersätta kommissionären, utan kommissionärens konkursbo har rätt till förskott för fullgörande av sitt avtal med tredje man, oavsett om konkursboet faktiskt fullgör det avtalet eller inte.<sup>116</sup>

Kommittentens och kommissionärens skyldigheter och rättigheter i förhållande till tredje man har stor principiell betydelse vid tolkning av partsbildningsmönster när det handlar om rättshandlande i eget namn.<sup>117</sup> Enligt Håstad utgör kommissionslagens regler, tillsammans med skuldebrevlagen, köplagen och avtalslagen, grundbultar i förmögenhetsrätten.<sup>118</sup> Regleringen i kommissionslagen utgör i stora delar uttryck för allmänna rättsgrundsatser och reglerna kan genom analogisk tillämpning få betydelse för andra än rena kommissionsförhållanden.<sup>119</sup> Frågan är om 9 § kommissionslagen, genom analogi, kan användas som vägledning även i andra rättsförhållanden vad gäller rätt till täckning innan huvudfordran är ersatt.

En utgångspunkt för kommissionsförhållandet är att kommittenten ska stå affärsrisken, inte kommissionären.<sup>120</sup> Att kommittenten ska stå affärsrisken kommer till uttryck genom de krav som uppställs för att kommissions ska anses föreligga. För att det ska vara fråga om försäljningskommission krävs att det ska finnas en reell retrurrisk som innebär att kommissionären inte ska stå risken för att kommittentens varor inte blir sålda.<sup>121</sup> Vid inköpskommission ska kommittenten inte ha någon avvisningsrätt, då det annars är tveksamt om inköpen verkligen görs för huvudmannens räkning.<sup>122</sup> Ordningen exemplifieras också genom att kommissionären har rätt att utfå varor, vid försäljningskommission, och pengar, vid inköpskommission, från kommittenten för att fullgöra avtalet med tredje man – 9 och 14 §§

<sup>116</sup> Prop. 2008/09:88 s. 103, SOU 2005:120 s. 215 och Håstad, Köprätt (2022) s. 347.

<sup>117</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 343.

<sup>118</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 343.

<sup>119</sup> Prop. 2008/09:88 s. 1, Hellner, Hager, och Persson, Speciell avtalsrätt II andra häftet s. 22 och Zackariasson, Direktkrav s. 67 not 51.

<sup>120</sup> Håstad, Köprätt (2022) s. 336.

<sup>121</sup> SOU 1988:63 s. 54 ff. och NJA 2012 s. 419.

<sup>122</sup> SOU 1988:63 s. 102 f och NJA 2000 s. 685.



kommissionslagen.<sup>123</sup> Regleringen i 9 § är således ett uttryck för det speciella förhållandet vid kommission – att kommissionären inte ska stå risken för dåliga affärer. Detta talar för att 9 § kommissionslagen inte självständigt, genom analogi, kan användas som vägledning för ett generellt ställningstagande.

#### 4.2.2 Rätt till täckning vid andra typer av täckningsförhållanden

I NJA 1878 s. 25 ansågs ett företag, som tagit en återförsäkring och därefter gått i konkurs, ha rätt att framställa krav på betalning av återförsäkringsgivaren redan innan återförsäkringstagaren hade betalat ut försäkringsersättningen eftersom inget annat framgick av parternas avtal eller sjölagen. Konkursboet fick då betalt, trots att det stod klart att ersättningen inte slutligt skulle komma den ursprungliga skadelidande till del. Slutsatserna bekräftades sedermera i NJA 1995 s. 197. I avgörandet uttalade HD att cedenten kan kräva återförsäkraren på dennes del i den inträffade skadan, redan innan cedenten själv har betalat försäkringsersättningen. Det innebär att om cedenten går i konkurs kan dennes konkursbo kräva återförsäkraren på betalning, oavsett om försäkringsersättningen kommer att betalas eller inte. Vid återförsäkring finns det således en rätt till täckning när huvudfordran inte betalats.

I NJA 1936 s. 717 hade en bulvan upptagit ett lån hos en bank för annans räkning. Både bulvanen och dennes huvudman försattes i konkurs. Banken bevakade då lånefordringen i bulvanens konkurs, och bulvanens konkursbo bevakade i sin tur återlånet, alltså täckningen för lånet till banken, i huvudmannens konkurs. Frågan var om bulvanens konkursbo hade rätt att bevaka hela fordran i huvudmannens konkurs eller endast till den del som utgivits till banken. HD kom fram till att det åvilade huvudmannen att utge ett belopp som motsvarade hela fordringen, inte endast den del som banken skulle komma att erhålla. När det inte skett hade bulvanens konkursbo att bevaka hela fordran i huvudmannens konkurs eftersom borgenären valt att bevaka sin fordran i bulvanens, och inte huvud-

<sup>123</sup> Se Hästad, Köprätt (2022) s. 336 som anför att 9 och 14 §§ kommissionslagen ger uttryck för att det är kommittenten som ska svara för affärsrisken.

mannens, konkurs. Även när det gäller bulvanlån krävs det inte att huvudfordran har ersatts för att täckningsfordran ska kunna göras gällande.

Vid enkla bolagsförhållanden bör en bolagsman som ådragit sig en skuld i bolagets intresse därigenom få ett anspråk på täckning.<sup>124</sup> För att bolagsmannen ska ha rätt till täckning bör det enligt Lindskog inte krävas att bolagsmannen har ersatt skulden.<sup>125</sup>

Det finns således stöd för att den främre gäldenären i flertalet olika rättsförhållanden har rätt till täckning trots att huvudfordran inte har betalats. Det bör dock påpekas att det vid borgen i allmänhet krävs att borgensmannen, för att kunna framställa ett regresskrav, behöver ha betalat huvudborgenären, i vart fall till viss del.<sup>126</sup>

### 4.3 Sammanfattande slutsatser

Vid tolkning av dispositiv rätt framkommer ett tydligt mönster vad gäller rätt till täckning innan mellanmannen har betalats. Om ersättning för täckningsfordran, vid inomobligatoriskt skadestånd, förutsatte att huvudfordran hade betalats skulle det innebära att det kontraktuella skadeståndet blir särreglerat jämfört med andra köprättsliga påföljder. Det som skulle vara tanken bakom en sådan särreglering är att det är olämpligt om den främre gäldenären får betalt innan tredje man har ersatts, om det visar sig att den främre gäldenären inte har möjlighet att ersätta tredje man. En sådan motivering kan dock ifrågasättas då det ovan anförts att samma situation, att den bakre gäldenärens betalning stannar upp hos den främre gäldenären, kan förekomma i fler situationer där andra påföljder kan göras gällande. Rent systematiskt är det därför inte motiverat att särskilja skadeståndet från övrig köprättslig reglering.

Därutöver föreligger det en rätt till täckning, innan huvudfordran blivit betald, vid flera andra rättsförhållanden. Visserligen finns det inte stöd för att kommissionslagens reglering – som till stor del utgör en kodifiering av allmänna rättsprinciper – kan anses utgöra en

<sup>124</sup> Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag s. 140 och Håstad, Sakrätt: avseende lös egendom s. 447.

<sup>125</sup> Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag s. 140.

<sup>126</sup> Walin och Ingvarsson, Borgen och tredjemanspant s. 200 och NJA 1995 s. 197.

allmän rättsprincip i detta fall. Mossberg anför dock att det – givet ordningen vid kommission, enkla bolagsförhållanden, återförsäkring och vissa skadeståndsfall – finns utrymme att finna att antagandet om att täckningsfordran är avhängig huvudfordran i flera fall är felaktig.<sup>127</sup> Även Zackariasson lyfter att antagandet om att täckningsfordran är avhängig huvudfordran är felaktig – med stöd av ordningen enligt kommissionslagen och vid återförsäkring.<sup>128</sup>

Något som också talar för att prejudikatet är bredare än vad domstolen ger uttryck för är de källor som HD hänvisar till som stöd för sin slutsats i NJA 2021 s. 622. Domstolen hänvisar då till Edlunds artikel och NJA 2018 s. 301. Både skiljenämnden i Edlunds artikel och HD uttalar då att det – i allmänhet – inte bör krävas att en huvudfordran har betalats för att en täckningsfordran ska kunna göras gällande.<sup>129</sup> Slutsatserna som framförs är alltså mer generellt hållna än domstolens avgörande i 2021 års fall.

Att prejudikatets räckvidd i NJA 2021 s. 622 är begränsat motive-ras enligt domstolen av att det inte finns stöd i praxis eller doktrin för att göra mer generella uttalanden. Slutsatsen är riktig – i litteraturen går åsikterna isär och frågan om förutsättningarna för att framställa täckningsfordran har inte ställts på sin spets i HD:s avgöranden. Det finns dock stöd för mer generella uttalanden – men inte med stöd av doktrin eller praxis – utan genom en systematisk analys av andra rättsregler och rättsförhållanden. I min mening finns det, utifrån en systematisk analys av dispositiv rätt, stöd för att anta att utgångspunkten vid inomobligatoriskt skadestånd är att en täckningsfordran kan göras gällande när betalningsskyldigheten för huvudfordran är konkretiserad, utan krav på att huvudfordran ska vara betald.

Detta innebär enligt min mening att de konsekvenser som följer av NJA 2021 s. 622 och som redogjorts för i avsnitt 3.2 och 3.3 inte är begränsade till entreprenadförhållanden utan kan som utgångspunkt göras gällande för täckningsförhållanden i allmänhet. Således kan det konstateras att den bakre gäldenären som utgångspunkt inte

<sup>127</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 792.

<sup>128</sup> Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims s. 247 not 46.

<sup>129</sup> NJA 2018 s. 301 p. 23.

kommer att kunna göra en obehörig vinst på tredje mans bekostnad i täckningsförhållanden. I stället stannar betalningen upp i främre led. Detta kan inte anses innebära en obehörig vinst för den främre gäldenärens konkursbo eftersom orsaken bakom konkursboets vinst är en konsekvens av tredje mans avsaknad av borgenärsskydd. Dessutom innebär ett direktkrav i allmänhet ett undantag till principen om alla borgenärsers lika rätt, eftersom täckningsfordran annars hade ingått i den främre gäldenärens konkursbo.

## 5. AVSLUTANDE SLUTSATSER

### 5.1 Prejudikatets räckvidd – i vilka kontraktuella kedjor kan prejudikatet tillämpas?

Av NJA 2021 s. 622 följer att en täckningsfordran i en kedja av entreprenadavtal kan göras gällande innan huvudfordran har betalats, så länge huvudfordran är konkretiserad. I denna artikel har jag kommit till slutsatsen att prejudikatet är bredare än vad domstolen ger sken av. Enligt det köprättsliga påföljdssystemet finns det i allmänhet inte ett krav på utlägg för att avtalspart ska ha rätt till påföljd för motpartens avtalsbrott. Vid kommission, enkla bolag, bulvanlån och återförsäkring föreligger även där en rätt till förskott vid motpartens avtalsbrott. Det ovan anförda medför att det är möjligt att dra slutsatsen att den av HD stadgade ordningen vid kedjor av entreprenadkontrakt i realiteten är en utgångspunkt i täckningsfordringsförhållanden.<sup>130</sup>

### 5.2 Direktkravets relevans efter Länna marks fordran

Av vissa författare har det antagits att när den främre gäldenären är insolvent så behöver inte den bakre gäldenären betala för den skada som han vållat. Ordningen har ansetts medföra att den bakre gäldenären kan göra en obehörig vinst när den främre gäldenären är insolvent.<sup>131</sup> Efter NJA 2021 s. 622 står det klart att en sådan situation inte kommer att uppkomma. I stället kommer den bakre gäldenären

<sup>130</sup> Jfr Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 793 och not 3149 och Zackariasson, Privity of Contract and Direct Claims, Fs Avtalslagen 100 år s. 247 not 46.

<sup>131</sup> Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? s. 33 och Hästad, Köprätt (2009) s. 157.

att bli skyldig att betala den främre gäldenären, medan den främre gäldenären inte kommer att kunna ersätta tredje man, till följd av sin insolvens. Betalningen från den bakre gäldenären kommer att bli en del av konkursboet, 3 kap. 3 § konkurslagen, och tredje man får en oprioriterad fordran i den främre gäldenärens konkurs.

De ändamålsskäl som präglat direktkravsdebatten där nekad direktkravs rätt har ansetts leda till den otillfredsställande konsekvensen att den bakre gäldenären inte behöver betala och tredje man inte får betalt kan således inte fullt ut göras gällande i täckningsförhållanden. Den otillfredsställande konsekvensen av en nekad direktkravs rätt är endast att tredje man inte får betalt. En sådan konsekvens är emellertid inte karaktäristiskt för just direktkravssituationerna utan ter sig sedvanlig för den som ingår avtal med en avtalspart som sedermera hamnar på obestånd.

Eftersom betalningen stannar upp hos den främre gäldenären och blir en del av konkursboets egendomsmassa innebär ett direktkrav framför allt konsekvenser för den främre gäldenärens borgenärer. Zackariasson anför att den huvudsakliga frågan som ska ställas i diskussionen om tredje man ska få en direktkravs rätt är om tredje man ska tillerkännas en separationsrätt i den främre gäldenärens konkurs.<sup>132</sup> Enligt Lindskog och Rodhe har en föreslagen ordning för att möjliggöra direktkravet varit att låta tredje man överta den främre gäldenärens täckningsfordran.<sup>133</sup> För att inte riskera återvinning av överlåtelsen krävs att tredje man tillerkänns en separationsrätt till täckningsfordran. Frågan är om tredje man i täckningsfordringsfallen bör tillerkännas en sådan separationsrätt.

För att tredje man ska ges en direktkravs rätt, och därmed en separationsrätt ur den främre gäldenärens konkursbo, bör det föreligga särskilda omständigheter som motiverar en privilegierad ställning vid främre gäldenärens konkurs. Det gemensamma för den främre gäldenärens borgenärer är att alla får antas ha ett legitimt anspråk på ersättning. Att ha rätt till ersättningen på obligationsrättslig grund utgör inte sig en motivering till att göra ett undantag från princi-

<sup>132</sup> Zackariasson, *Privity of Contract and Direct Claims*, Fs Avtalslagen 100 år s. 248.

<sup>133</sup> Se avsnitt 2.3 angående Rodhe och Lindskogs synpunkter.

pen om alla borgenärens lika rätt. Visserligen kan tredje mans direktkravs rätt motiveras utifrån att tredje man har en sådan särskild koppling till den främre gäldenärens täckningsfordran på bakre led. Den bakre gäldenären har orsakat tredje man en skada som tredje man inte får ersättning för, varför tredje man har ett anspråk som är särskilt nära kopplat till täckningsfordringen.<sup>134</sup> Det finns flera lagstadgade direktkravs rätter där tredje man tillåts vända sig direkt till bakre led och således tillerkänns en separationsrätt i den främre gäldenärens konkurs. Mossberg menar att flertalet av dessa regler syftar till att skydda tredje man, och att tredje man i de situationerna bedöms vara särskilt skyddsvärd.<sup>135</sup> Att tredje man i täckningsfordringsfallen bedöms ha en nära koppling till täckningsfordran kan enligt min mening inte anses vara tillräckligt för att finna att tredje man ska vara så pass skyddsvärd att det motiverar ett undantag till principen om alla borgenärens lika rätt. Situationen synes i stället vara den typiska i de fall då avtal slutits med part som sedermera hamnat på obestånd. I dessa fall finns det flera borgenärer, som alla förutsätts ha ett obligationsrättsligt giltigt anspråk, och det är omöjligt att alla anspråk tillgodoses fullt ut.<sup>136</sup>

NJA 2021 s. 622 har inte påverkat direktkravsdebatten genom att erbjuda en alternativ möjlighet för tredje man att få ersättning vid den främre gäldenärens insolvens. Konsekvensen är i stället att rättsfallet eliminerar vissa av de skäl som motiverat en direktkravs rätt och tydliggjort att direktkravsdebatten ytterst handlar om huruvida tredje man ska ges separationsrätt i den främre gäldenärens konkurs. Slutsatsen i förevarande artikel är att det i och med Länna Marks fordran står klart att det inte föreligger särskilda skäl för att tredje man ska tillerkännas en direktkravs rätt, varför direktkravsdebatten i täckningsfordringsfallen nu är att betrakta som avgjord.

<sup>134</sup> Jfr till exempel Ulfbeck, Kontraktets relativitet s. 214.

<sup>135</sup> Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 702. Jfr även domstolens argumentation i NJA 2012 s. 697 p. 13 där domstolen enligt Mossberg, antyder att de medgivna direktkravsfallen motiveras av att tredje man är särskilt skyddsvärda, se Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 695.

<sup>136</sup> Hästad, Sakrätt avseende lös egendom s. 17.