

HENRIK HESSLER

## Lyftningsfullmakt och återvinning. Funderingar kring en HD-dom\*

I. Vid entreprenader förekommer ofta, att huvudentreprenören anlitar en underentreprenör för visst arbete. Stundom går det vid betalningen av dennes arbete till så att huvudentreprenören utfärdar en fullmakt för underentreprenören att lyfta viss del av entreprenadsumman hos byggherren. En sådan lyftningsfullmakt har i flera rättsfall bedömts inte som en vanlig återkallelig fullmakt utan som en fordringsöverlåtelse (ev. som en säkerhetsöverlåtelse), som, förutsatt att det skett vederbörlig denuntiation hos byggherren, varit gällande mot utfärdarens konkursbo och bindande för sekundogäldenären (byggherren). Här kan hänvisas till NJA 1942 s. 321, 1951 s. 282, 1958 s. 478 samt 1966 s. 97 och s. 379.

Om huvudentreprenören kommer i konkurs, kan det uppstå fråga om återvinning till konkursboet av den på angivet sätt överlåtna delen av entreprenadsumman. I NJA 1969 s. 27 hävdades att en överlåtelse av detta slag måste betraktas som betalning av fordran med ovanliga betalningsmedel. En sådan betalning skall enligt 29 § konkurslagen, förutsatt att det subjektiva rekvisitet enligt tredje stycket av nämnda § är uppfyllt, återgå, om den skett inom 60 dagar före konkursansökningen. För "vanliga" betalningar är ju däremot återvinningsfristen, enligt 30 §, endast 30 dagar.

Här skall nu inte den frågan dryftas, om utfärdandet av en lyftningsfullmakt av det här slaget alltid eller vanligtvis måste innefatta en betalning med ovanliga betalningsmedel. Huruvida så är fallet beror av omständigheterna i det särskilda fallet. Frågan om "ovanlig-

\* Denna artikel är tidigare publicerad i SvJT 1972 s. 789–797. Såväl familjen Hessler som Föreningen för utgivande av Svensk Juristidning har godkänt denna publicering.

heten” skall ju bedömas med hänsyn till borgenärens och gäldenärens yrke och även andra omständigheter. <sup>[Not 1]</sup> Åtminstone i vissa situationer måste det dock uppenbarligen förhålla sig så att en överlåtelse av fordran, som sker i betalningssyfte, kan vara att betrakta som en betalning med ovanliga betalningsmedel i den mening som avses i 29 § konkurslagen. Syftet med följande rader är att med detta som utgångspunkt diskutera några problem som uppkommer.

Klart är att om det vid konkursens början befinnes, att en överlåtelse av berört slag ägt rum, att så skett inom 60 dagar före konkursansökningen och, slutligen, att det subjektiva rekvisitet enligt 29 § är uppfyllt, så kan fordringen, om den alltså är ogulden, återvinnas. Den fråga som här skulle något beröras är, vilken betydelse det kan tänkas ha, att betalning skett av den överlåtna fordringen före konkursen. Huvudentreprenören har alltså i betalningssyfte överlåtit en del av sin fordran hos byggherren till underentreprenören. Byggherren betalar den överlåtna fordringen till underentreprenören.

En första möjlighet att lösa denna fråga är, att man, då betalning - före konkursen - faktiskt skett, håller sig endast till denna betalning. Man bortser, i återvinningshänseende, från att det tidigare skett en överlåtelse av den fordran som betalas och betraktar betalningen såsom likställd med en av gäldenären gjord betalning. Återvinningsfristen blir således (förutsatt att borgenärens fordran var förfallen till betalning) enligt 30 § KL 30 dagar före konkursansökningen. Har betalning skett inom denna frist blir det återvinning, annars inte.

[Not 2]

Det förefaller emellertid inte vara rimligt att på detta sätt helt bortse från huruvida det tidigare förekommit en fordringsöverlåtelse och när detta i så fall skett. Ty antag, att det skett en fordringsöverlåtelse, som kan betraktas som betalning med ovanliga betalningsmedel, och att denna ägt rum mer än 60 dagar före konkursansökningen. Antag vidare, att sekundogäldenären betalar fordringen inom 30 dagar före konkursansökningen. Med det sätt att resonera som nyss berördes skulle i detta fall återvinning ske. Men om man istället tänker sig, att någon kontantbetalning inte alls ägt rum före konkur-

sen, skulle man få gå till fordringsöverlåtelsen och då komma till att någon återvinning ej kunde ske. Alltså: fordringsförvärvaren skulle bli sämre ställd, om han fick betalning för sin fordran av sekundogäldenären före konkursen än om han inte alls fått någon betalning utan väntade att kräva in den till efter konkursens början. Något sådant förefaller inte kunna godtas.

En andra möjlighet är att man låter återvinning ske så snart någon av de båda transaktionerna, d. v. s. fordringsöverlåtelsen och kontantbetalningen, sedd isolerad, är återvinningsbar. Har fordringsöverlåtelsen skett mer än 60 dagar före konkursansökningen men betalningen mindre än 30 dagar före denna tidpunkt, blir det återvinning. Detsamma gäller om betalningen skett före 30-dagarsfristen men fordringsöverlåtelsen skett inom 60-dagarsfristen.

Med detta alternativ tycks man emellertid kunna hamna i alldeles samma konstiga resultat som vid det första alternativet. Om fordringsöverlåtelsen skett mer än 60 dagar före konkursansökningen men kontantbetalningen inom 30-dagarsfristen, blir borgenären sämre ställd än om han inte alls fått någon betalning av sekundogäldenären före konkursen.

Såsom ett tredje alternativ kan då anföras, att man helt bortser från kontantbetalningen och endast ser till fordringsöverlåtelsen. Betalningen blir aktuell endast om det inte skett någon överlåtelse av fordringen. Har sådan ägt rum, håller man sig till den och bortser alltså från om fordringen blivit betald av sekundogäldenären eller inte och i förra fallet när betalningen skett.

Man får ta ställning till huruvida fordringsöverlåtelsen kan betraktas som en betalning med ovanliga betalningsmedel. Finner man att detta är fallet, skall återvinning ske, om överlåtelsen skett inom 60-dagarsfristen (och det subjektiva rekviritet är uppfyllt), eljest icke.

I detta sammanhang kan det kanske vara lämpligt att ägna några ord åt frågan, vilken tidpunkt som är avgörande vid bedömningen av om överlåtelsen faller inom eller utom 60-dagarsfristen. Vad som kan bli aktuellt är tydligen antingen tidpunkten för själva överlåtelsen från huvudentreprenören till underentreprenören eller den

tidpunkt då denna överlåtelse genom denuntiation hos sekundogäldenären (byggherren) vann sakrättslig giltighet mot huvudentreprenörens borgenärer (31 § skuldebrevslagen).

Här skall nu inte upptas frågan om i allmänhet det avgörande för återvinningsfristernas beräkning är själva avtalstidpunkten eller den tidpunkt då avtalet ev. vann sakrättslig giltighet. Läget härvidlag är nog olika allt efter vad återvinningsanspråket går ut på. Men om man, såsom nu är ifråga, skall uppfatta en fordringsöverlåtelse som en betalning (med ovanliga betalningsmedel), synes det svårt att komma ifrån att det måste vara överlåtelsens sakrättsliga fullbordan som är det relevanta. Fordringsöverlåtelse som betalning i detta sammanhang ligger uppenbarligen mycket nära ställande av säkerhet för gäld vid vars tillkomst sådan säkerhet ej betingats.<sup>[Not 3]</sup> Och beträffande ställande av säkerhet torde det vara helt klart att det avgörande inte är, att det sker en överenskommelse om säkerställelse. Utan det viktiga är att säkerställelsen blir sakrättsligt fullbordad. Då det är en icke löpande fordran som utgör säkerheten är det sålunda, såsom Welamson framhåller,<sup>[Not 4]</sup> denuntiationen hos sekundogäldenären som är det avgörande. Detsamma måste då gälla fordringsöverlåtelse i sådana sammanhang där denna är att betrakta som "betalning".

Om vi så ser närmare på det här ovan sist skisserade lösningsalternativet, d. v. s. att man, då en fordringsöverlåtelse förekommit, helt skall bortse från ev. kontantbetalning, talar onekligen mycket för att man skall gå tillväga på detta sätt. När en överlåtelse av en fordran skett och blivit sakrättsligt fullbordad, har fordringen utskilts från gäldenärens förmögenhet. Vad som sedan händer med fordringen kommer, kan det synas, inte gäldenären vid.

Det förefaller dock som om man även med denna lösning kan hamna i egendomliga resultat. Antag att fordringen blivit betald av sekundogäldenären och att detta skett tidigare än 30 dagar, t. ex. 35 dagar, före konkursansökningen. Hade betalningen vid samma tidpunkt verkställts av gäldenären själv, skulle (förutsatt nu att borgenärens, d. v. s. underentreprenörens, fordran var förfallen) någon återvinning inte ha kunnat ske. Det kan då tyckas konstigt att när

borgenären fått betalningen av annan - sekundogäldenären - man inte får fästa något avseende vid denna. En sådan regel skulle måhända också inbjuda till påståenden, svåra att komma till rätta med, att någon överlåtelse i själva verket aldrig ägt rum, att överlåtelserna aldrig i rätt ordning denuntierats hos sekundogäldenären e. d. Man kanske också kunde göra gällande, att om fordringsöverlåtelserna skulle vara återvinningsbar, därför att den skett inom 60-dagarsfristen, man kanske borde se på saken som om den aldrig skett.

Följden av detta skulle bli, att den betalning som sekundogäldenären gjort i själva verket får anses komma från gäldenären. Den skulle då vara att betrakta som gjord med pengar av gäldenären själv. Och därmed vore den inte återvinningsbar.

Häremot kan emellertid invändas att skälet till att återvinning skall ske av betalning med ovanliga betalningsmedel är att mottagandet av en sådan betalning är ett indicium på att borgenären annat att gäldenären var insolvent.

Återvinningsfrågan bör därför bedömas med hänsyn till läget då fordringsöverlåtelserna skedde, oavsett vad som senare inträffade eller kunde ha inträffat i form av en i och för sig ej återvinningsbar betalning av gäldenären själv. <sup>[Not 5]</sup> Man kan jämföra med det fall att gäldenären gör en betalning före förfallotid (ett fall som också går in under 29 §). Denna betalning torde kunna återvinnas även om konkursen inträffat på sådan tid att förfalldagen faller utanför 30-dagarsfristen i 30 §. <sup>[Not 6]</sup> En viss betänklighet väcker det nog dock under alla omständigheter från legalitetssynpunkt, om man beträffande en betalning, som skall anses härröra från gäldenären själv och som skett i pengar, skulle tillämpa en återvinningsregel, som uttryckligen anger att den avser annat än pengar.

Ett fjärde alternativ är, att man vid återvinningsfrågans bedömning i vart fall i första hand alltid skall se på kontantbetalningen, om en sådan ägt rum. Har den skett mer än 30 dagar före konkursansökningen så skall borgenären gå fri, vare sig det tidigare förekommit någon fordringsöverlåtelse eller icke, och i förra fallet, oavsett när den skett. Även om det sålunda verkligen - ostridigt - skett en över-

låtelse av fordran, som varit avsedd att utgöra betalning (och därtill med ovanliga betalningsmedel), och den ägt rum inom 60 dagar, så bortser man från detta, när kontantbetalning faktiskt skett mer än 30 dagar före konkursansökningen.

Skulle det emellertid förhålla sig på det sättet att kontantbetalningen ägt rum inom 30-dagarsperioden, skulle man gå vidare och undersöka, hur det förhålle sig med fordringsöverlåtelsefrågan. Om det skett en fordringsöverlåtelse och den ägt rum inom 60-dagarsfristen, skulle tydligen återvinning få komma till stånd. Men om den skett före 60-dagarsperioden, vore återvinning utesluten.

Mot denna lösning synes inte några sådana invändningar kunna resas som berördes i anslutning till de föregående alternativen. Lösningen ger uttryck för en mycket restriktiv tillämpning av återvinningsreglerna. Man väljer en smula principiöst - fränsett nu principen om restriktivitet - i alla lägen det resultat som är det fördelaktigaste för borgenären.

II. Kan då av avgörandet i det förut nämnda rättsfallet NJA 1969 s. 27 utläsas något om det här diskuterade spörsmålet?

Läget i detta fall var följande. Underentreprenören hade utfört arbete för visst belopp. Han krävde betalning hos huvudentreprenören. Denne utfärdade 22/4 1966 en fullmakt för underentreprenören att hos byggherren utkvittera och uppbära 15 000 kr. Fullmakten delgavs byggherren; den enda tidsangivelse härom som ges synes vara, att det i vart fall skett före den 29/4. Den 17/5 blev ett belopp om 10 000 kr. av entreprenadsumman tillgängligt. Därav fick underentreprenören 5 000 kr. Den 24/5 fick han på motsvarande sätt 3 000 kr. Huvudentreprenören försattes i konkurs den 11/7 på ansökan den 10/7. Konkursboet förde talan mot underentreprenören om återvinning av beloppet om 8 000 kr. Som skäl åberopades att en fordringsöverlåtelse, som utgjorde betalning med ovanliga betalningsmedel, förelåg och att utbetalning skett inom 60 dagar före konkursansökningen. HR och HovR ansåg, att någon fordran för huvudentreprenören mot byggherren ej förelegat, förrän då kon-

tantutbetalningen till underentreprenören skedde <sup>[Not 7]</sup> och att det var fråga om betalning av huvudentreprenören till underentreprenören genom överlåtelse av fordran, vilket utgjorde betalning med ovanliga betalningsmedel. Återvinningstalan bifölls.

HD:s majoritet yttrade:

Enligt bemyndigande av huvudentreprenören d. 22 april 1966, då underentreprenörens fordran varit förfallen till betalning, har byggherren d. 17 och d. 24 maj s. å. till underentreprenören av huvudentreprenören tillkommande återstående ersättning utbetalt de 8 000 kr. varom i målet är fråga.

I avseende å återvinning till huvudentreprenörens konkursbo bör den betalning som under sådana förhållanden genom byggherren lämnats till underentreprenören anses likställd med kontant betalning av huvudentreprenören.

På grund härav och då betalningen skett tidigare än 30 dagar före d. 10 juli 1966 då konkursansökningen ingavs, ogillades konkursboets talan.

En ledamot var skiljaktig beträffande motiveringen.

HD:s dom är inte alldeles lätt att förstå. Den synes bland praktikers män ha givits olika tolkningar, därvid man bl. a. också varit inne på något eller några av de ovan anförda lösningsalternativen.

Ett påfallande drag i HD:s dom är, att man inte tycks alls tala om någon fordringsöverlåtelse. Det sägs i domen, att byggherren "enligt bemyndigande" av huvudentreprenören utbetalat ett belopp av huvudentreprenören tillkommande medel. Det talas vidare om den betalning som "genom" byggherren lämnats till underentreprenören. Hur skall då detta uppfattas?

Man kan nog, till en början, avföra en möjlighet från diskussionen, nämligen att HD skulle anse, att en lyftningsfullmakt av förevarande slag inte kan vara att betrakta såsom något annat än en vanlig fullmakt. Som förut nämnts har i flera tidigare rättsfall lyftningsfullmakt uppfattats som en bindande fordringsöverlåtelse.

Vidare är det tydligen klart att de ovan upptagna andra och tredje alternativen inte varit aktuella för HD:s majoritet. För båda dessa

alternativ är det väsentligt, att man fastställer, att det skett en fordringsöverlåtelse och när den ägt rum. Också det första lösningsalternativet vill den som betecknat det som icke godtagbart naturligtvis gärna avvisa.

Däremot är HD-majoritetens motivering otvivelaktigt förenlig med det fjärde (sista) av de förut upptagna alternativen. Det innebär, att man i första hand skall se till kontantbetalningen, om en sådan ägt rum. Om den faller utanför 30-dagarsfristen, behöver man inte gå vidare: återvinning skall icke ske. Endast om den faller inom 30-dagarsperioden skall man se efter om det föreligger en fordringsöverlåtelse och om denna skett inom eller utom 60-dagarsfristen. Det ligger alltså i linje med detta alternativ, att man inte behöver ta ståndpunkt till frågan, huruvida det skett en betalning med ovanliga betalningsmedel genom fordringsöverlåtelse, för den händelse det faktiskt skett en kontantbetalning av den fordran som ev. skulle vara överlåten och denna betalning skett mer än 30 dagar före konkursansökningen. Vad som dock gör att man kan känna tvekan, om betraktelsesättet legat till grund för domen är, att man får intrycket, att det för HD över huvud inte är något annat alternativ som står till buds än att undersöka, när kontantbetalningen skett. Man skulle kanske, om det resonerats på sätt nyss utvecklats, ha väntat sig en lokution av typen, att i allt fall då kontantbetalning skett tidigare än 30 dagar före konkursansökningen återvinning inte äger rum.

Måhända måste man därför räkna med att HD funnit, att det i förevarande fall över huvud inte förelegat någon fordringsöverlåtelse. Det enda som då funnits att ta hänsyn till var själva kontantbetalningen. Eventuellt kunde det förhålla sig så att man funnit, att vad som åberopats i målet från återvinningsvarandens sida i HD endast var kontantbetalningen.

Vad som kan tyda på att HD:s dom är att uppfatta på detta sätt är, att HD om den av byggherren gjorda betalningen använder uttryckssätt, som passar på ett verkligt uppdragsförhållande mellan byggherren och huvudentreprenören. Man talar om att byggherren "enligt bemyndigande" av huvudentreprenören utbetalat belopp till



underentreprenören och vidare om att den betalning som under angivna förhållanden skett "genom" byggherren borde anses likställd med kontantbetalning av gäldenären. Dessa uttryckssätt stämmer inte så bra med tanken, att det skulle vara fråga om ett fordringsförhållande mellan byggherren och underentreprenören, där den förre är gäldenären, den senare - numera - borgenären.

Det är naturligtvis också klart, att inte varje såsom "fullmakt" betecknad handling utan vidare är att betrakta som en fordringsöverlåtelse så snart den förekommer i sådana entreprenadsammanhang som här är ifråga. Snarare får det väl antas, att presumtionen är för att det rör sig om en sådan rättshandling som beteckningen ger vid handen, d. v. s. en vanlig återkallelig fullmakt. För att fordringsöverlåtelse skall antas vara för handen måste krävas särskilda omständigheter, som visar att detta varit parternas avsikt. I de förut nämnda rättsfall, där fordringsöverlåtelse ansetts föreligga, har också sådana särskilda omständigheter åberopats. Det har ansetts utrett, att fullmakten tillkommit på begäran av borgenären och för att bereda denne säkerhet, i fullmakten har angivits eller det har ansetts utrett, att den utfärdats som säkerhet för ifrågavarande skuld e. d. I förevarande fall förelåg måhända inte sådana omständigheter på ett tillräckligt markerat sätt. Vissa förhållanden kan t. o. m. möjligen tyda på att parterna inte åsyftat någon klar fordringsöverlåtelse: här kan nämnas att huvudentreprenören och byggherren ansett sig oförhindrade att efter det lyftningsfullmakten utfärdats överenskomma, att endast viss del av förfallande belopp skulle utgå till underentreprenören. Även om betydelsen av en sådan åtgärd synes något oviss, kan den dock måhända tyckas visa hän på att fullmakten ej betraktats som någon verklig överlåtelse av fordringen. Även vissa andra omständigheter i målet kan tydas i samma riktning.

En omständighet kan kanske, å andra sidan, med nu ifrågasatta tolkning av domen, tyckas något svårförklarlig. HD konstaterar, att underentreprenörens fordran vid tidpunkten för "bemyndigandet" till byggherren, d. v. s. den 22/4, varit förfallen till betalning. För att man skall kunna tillämpa 30 §:ns återvinningsregel krävs ju, att den

betalda fordringen var förfallen. Men har det härvid något intresse, att fordringen varit förfallen vid tidpunkten för ett ev. uppdrag från gäldenären till annan att verkställa betalningen? Man skulle tycka, att det relevanta vore, om förfallotiden inträtt vid den tidpunkt då själva betalningen skett (d. v. s. här den 17 och 24/5). Emellertid är det kanske inte nödvändigt att tolka konstaterandet, att förfallotiden inträtt vid tidpunkten för bemyndigandet, på det sättet att det varit erforderligt för tillämpningen av 30 § att så skett. Man har kanske bara velat säga, att fordringen var förfallen redan vid bemyndigandet och följaktligen också vid den senare tidpunkt då betalningen faktiskt skedde.

Man kan nog vidare undra över att HD över huvud taget inte alls berör överlåtelsefrågan. Denna spelade dock en central roll i parternas argumentation och i underdomstolarnas domar.

Om man nu emellertid bör stanna vid att HD inte ansett någon fordringsöverlåtelse föreligga i förevarande fall, utsäger domen alltså ingenting om förhållandet mellan en fordringsöverlåtelse i betalningssyfte, som är att betrakta som betalning med ovanliga betalningsmedel, å ena, samt kontantbetalning av samma fordran, å andra sidan.

Frågan om fordringsöverlåtelse har inte alls varit aktuell. Vad som förevarit är en kontantbetalning av gäldenären (genom en mellanhand). Hade betalning ej skett, skulle underentreprenörens fordran ha utgjort en vanlig fordran mot konkursgäldenären, som fått bevakas i konkursen. Det enda - i och för sig viktiga - som framgår av avgörandet är, att en av konkursgäldenären verkställd betalning, som sker på sätt som här skedde, d. v. s. genom att en konkursgäldenärens gäldenär fått uppdrag och bemyndigats att verkställa betalning till borgenär, en sådan betalning är i återvinningshänseende att likställas med en direkt av gäldenären gjord betalning. Den är inte att betrakta som en betalning med ovanliga betalningsmedel. För att detta är hela innebörden av avgörandet talar också rubriken till rättsfallet: "Fråga om återvinning till byggnadsentreprenörs konkursbo av belopp som

enligt bemyndigande av entreprenören erlagts av byggherren till underentreprenör.” [Not 8]

Ett klagörande avgörande om förhållandet i återvinningshänseende mellan fordringsöverlåtelse och kontantbetalning av den överlåtna fordringen skulle m. a. o. ännu låta vänta på sig.

Som förut nämnts var en ledamot av HD skiljaktig beträffande motiveringen för domslutet att ogilla återvinningstalan. Reservanten anförde:

Betalningsöverenskommelsen d. 22 april 1966 har träffats mer än 60 dagar innan konkursansökan gjordes. I målet har icke gjorts gällande att överenskommelsen skulle vara att hänföra under återvinningsbestämmelse med längre tidsfrist än den i 29 § konkurslagen angivna.

Vid sådant förhållande kan återvinning av betalning som erlagts i enlighet med överenskommelsen endast återvinnas (sic!) med stöd av 30 § konkurslagen. Då de betalningar på sammanlagt 8 000 kr., som jämlikt överenskommelsen skett d. 17 och d. 24 maj 1966, ägt rum mer än 30 dagar före konkursansökans ingivande, är emellertid detta lagrum icke tillämpligt.

Ej heller detta votum är alldeles lätt att tolka. Till en början kan noteras, att reservanten - i motsats till majoriteten - tar upp “betalningsöverenskommelsen” av den 22/4 till diskussion. Det konstateras, att denna ägde rum mer än 60 dagar före konkursansökningen och att det inte gjorts gällande, att överenskommelsen skulle vara att hänföra under återvinningsbestämmelse med längre tidsfrist än den i 29 § angivna.

I förbigående må här anmärkas följande. Det nämndes förut, att i fall av fordringsöverlåtelse den avgörande tidpunkten vid återvinningsfristens beräkning enligt 30 § borde vara, inte själva överenskommelsen mellan parterna, utan den tidpunkt då överlåtelsen vann sakrättslig giltighet genom denuntiation hos sekundogäldenären. Då nu reservanten förklarar, att betalningsöverenskommelsen den 22/4 träffades mer än 60 dagar före konkursansökningen, tycks han emellertid fästa sig, icke vid tidpunkten för denuntiationen som måste ha

ägt rum någon eller några dagar efter den 22/4, utan vid tidpunkten för överenskommelsen mellan huvudentreprenören och underentreprenören.

Möjligen betyder detta, att reservanten har en annan mening i den här berörda frågan än den som ovan hävdats. Men det är väl också tänkbart, att reservanten under beteckningen “betalningsöverenskommelsen d. 22 april” avsett att inkludera hela komplexet av åtgärder, däribland också denuntiationen; även denna låg i förevarande fall utanför 60-dagarsfristen.

Vad angår den fråga som nu närmast intresserar förefaller det som om reservanten inte ansett det nödvändigt att verkligen slå fast, huruvida “betalningsöverenskommelsen” varit att betrakta som en överlåtelse eller inte. Det en smula oprecisa uttryckssättet - “betalningsöverenskommelsen” - tyder på detta. En förklaring till att överenskommelsen ändå ställts i relation till återvinningsfristen i 29 § kan då vara, att det just därför att den föll utanför 60-dagarsfristen inte varit nödvändigt att knäcka nämnda fråga: även om det skulle vara fråga om en fordringsöverlåtelse, så vore den i varje fall ej återvinningsbar. Hade överenskommelsen däremot fallit innanför 60-

dagarsfristen, skulle det ha varit erforderligt att avgöra, huruvida den utgjorde en överlåtelse eller ej. Reservanten går som nämnt här-efter vidare till kontantbetalningen. Det sägs att “vid sådant förhållande”, d. v. s. eftersom betalningsöverenskommelsen faller utanför 60-dagarsperioden, återvinning endast kan ske med stöd av 30 §, men att då betalningen ägt rum utanför 30-dagarsperioden detta lagrum icke var tillämpligt.

Såsom reservantens yttrande är avfattet förefaller det ganska frestande att motsättningsvis utläsa en princip om förhållandet mellan fordringsöverlåtelse och kontantbetalning. Innebörden skulle vara, att så snart antingen fordringsöverlåtelse skett inom 60 dagar eller kontantbetalning ägt rum inom 30 dagar, återvinning skall ske. Det skulle m. a. o. vara fråga om det ovan upptagna andra alternativet.

Motsatsslut bör man ju emellertid vara försiktig med och det riktiga är nog att hålla sig endast till vad som står.

Innebörden blir då blott, att om här var fråga om en fordringsöverlåtelse så var denna i vart fall inte återvinningsbar. Om det å andra sidan inte var fråga om någon fordringsöverlåtelse utan om en kontantbetalning av gäldenären, så var icke heller denna återvinningsbar. Något behov av att avgöra den närmare beskaffenheten av de förekomna transaktionerna förelåg därför inte. Skall yttrandet ha denna mer begränsade innebörd, måste kanske dock ifrågasättas, om särskilt andra stycket av yttrandet blivit helt adekvat avfattat.

Den väsentliga olikheten mot majoritetens motivering skulle sålunda vara, att, medan majoriteten tycks ha utgått från att någon fordringsöverlåtelse inte förelåg, reservanten ej ansett erforderligt att avgöra detta. Inte heller reservantens yttrande skulle alltså ge någon ledning för avgörandet av den fråga som här diskuterats, d. v. s. om förhållandet mellan fordringsöverlåtelse, som är att betrakta som betalning med ovanliga betalningsmedel, och kontantbetalning av samma fordran.

Valet synes mig böra stå mellan de två senare av de ovan upptagna lösningsalternativen, d. v. s. att man uteslutande tar hänsyn till överlåtelsen och helt bortser från om den överlåtna fordringen blivit betald eller inte, resp. att man avböjer återvinning så snart någon av överlåtelsen eller betalningen i och för sig icke är återvinningsbar. Den första av dessa lösningar synes vara den mest logiska och konsekventa. Mot den kan bl. a. anföras, att den inbjuder till försök till kringgåenden och konstiga, blott för den initierade tillgängliga manövrer av typen att en lyftningsfullmakt "i själva verket" inte var någon fordringsöverlåtelse eller att ett meddelande till sekundogäldenär aldrig avsetts att utgöra denuntiation "i egentlig mening".

Det senare av de båda alternativen kan tyckas bära prägel av nämndemanslösning. Till förtjänsterna hör att det är enkelt och lättillämpat och betyder ett minimum av verksamhetsfält för den fiffige.

För egen del har jag nog, ehuru med tvekan, en viss preferens för detta senare alternativ.

III. I det föregående har jag utgått från att om hänsyn efter en fordringsöverlåtelse skall tas till verkställd betalning det skall vara den för vanlig kontantbetalning av gäldenären gällande återvinningsfristen som blir tillämplig, sålunda, enligt 30 §, 30 dagar. Det vore naturligtvis emellertid tänkbart att, om man nu i återvinningshänseende fäster sig inte vid fordringsöverlåtelsen utan vid betalningen om en sådan skett, man ändå skulle ha att betrakta själva denna betalning såsom en sådan som var gjord med ovanliga betalningsmedel. I begreppet "betalningsmedel" skulle man då dra in det bakomliggande händelseförloppet, sålunda att betalningen skedde till fullföljd av en tidigare gjord fordringsöverlåtelse, som i och för sig då kunde ha skett mer eller mindre än 60 dagar före konkursansökningen. Resultatet skulle bli, att man på den gjorda kontantbetalningen tillämpade inte 30 utan 29 § KL. Avgörande bleve alltså, om kontantbetalningen erlagts inom 60 dagar före konkursansökningen.

Med detta synsätt vore det tydligen aldrig någon fördel för borgenären, att man fäste avseende vid betalningen istället för vid fordringsöverlåtelsen. Återvinningsfristen vore ju i båda fallen 60 dagar och betalningen måste alltid komma antingen samtidigt med eller senare än överlåtelsen.

Såvitt jag förstår finns det emellertid starkt fog för att man i varje fall inte går på denna linje.<sup>[Not 9]</sup> Här skulle det tydligen alltid bli så att det skulle vara till nackdel för borgenären att få betalning före konkursen. Det egendomliga resultat som berörts ovan under II i anslutning till det första alternativet skulle alltså inträda.

Av HD-majoritetens dom kan man tydligen inte få någon ledning i detta spörsmål. Man ansåg visserligen, att den av sekundogäldenären verkställda betalningen i återvinningshänseende borde likställas med en av gäldenären själv gjord kontantbetalning. Men majoriteten har ju, såvitt kan bedömas och som förut berörts, utgått från att betalningen ej föregåtts av någon överlåtelse. Möjligen skulle man däremot av reservantens yttrande kunna utläsa så mycket i saken som att, om en fordringsöverlåtelse skett och kontantbetalning sedermera ägt rum, så leder själva denna betalning i varje fall inte till återvinning om den skett mer än 30 dagar före konkursansökningen.

## FOTNOTER

- [1] Se Welamson, Konkursrätt (1961) s. 235 ff.
- [2] En utgångspunkt är här liksom i det närmast följande sålunda, att kontantbetalningen, om det skett en sådan, är att betrakta som likställd med en av gäldenären själv gjord kontantbetalning. Att betalningen gjorts inte av gäldenären utan av annan person - sekundogäldenären - till fullföljd av en överlåtelse betraktas alltså inte i och för sig som omständigheter, som medför att betalningen blir att se som betalning med ovanliga betalningsmedel. Till detta spørsmål återkommes nedan under IV.
- [3] Se Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs (1939) s. 121 f. samt NJA 1930 s. 656.
- [4] Welamson, Konkurs (3 uppl. 1971) s. 76, jfr Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse (1959) s. 142 f.
- [5] Se Welamson, Konkursrätt s. 235 ff.
- [6] Se Welamson a. a. s. 239.
- [7] Från denna fråga om tidpunkten för fordringens uppkomst bortses i förevarande framställning.
- [8] Se även Welamson, Konkurs s. 71 not 5 a. Jfr dens. Konkursrätt s. 233 f.
- [9] Jfr Welamson, Konkursrätt s. 235 f.