

Överlåtelse av återvinningsbar egendom

GERTRUD LENNANDER*

1. Inledning

En något främmande fågel bland återvinningsbestämmelserna är 4 kap. 18 § konkurslagen (1987:672). Här är det en utomstående tredje man som står i centrum, inte vare sig konkursgäldenären eller någon av hans borgenärer eller medkontrahenter. Regeln kan i första hand sägas handla om godtrosvärv, snarare än om borgenärsskydd.

Göran Millqvist, som denna artikel tillägnas, har i egenskap av sakrätts-specialist skrivit om godtrosvärv.¹ Bestämmelsen i 4 kap. 18 § konkurslagen förenar således våra intressen, sakrätt och konkurs.² Detta har fått bestämma ämnesvalet för artikeln.

Enligt 4 kap. 18 § konkurslagen har konkursboet, om egendom som kan återvinnas har överlåtits till tredje man, samma rätt till återvinning mot tredje mannen, om han kände till eller borde ha känt till de omständigheter som grundar rätten till återvinning.³ De förutsättningar som ställs upp i bestämmelsen är alltså *att* transaktionen mellan konkursgäldenären och dennes medkontrahent i och för sig är återvinningsbar *och att* tredje mannen

* Jur.dr, f.d. justitieråd i Högsta domstolen.

¹ Sakrättens grunder. En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom, 8 uppl. 2018 s. 67 ff.

² Bestämmelsen behandlas i Lennander, Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, s. 390 ff. och i Millqvist, Sakrättens grunder s. 89. Se även t.ex. Palmér & Savin, Konkurslagen, En kommentar (lösblad), s. 4:132 ff.; Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 12 uppl. 2017, s. 147 f.; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 uppl. 2013, s. 214 ff.; Lindskog, Betalning. Om kongruent infriande av penningskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 2 uppl. 2018, avsnitt 15.3.3.4.

³ Motsvarande bestämmelser finns i dansk, norsk och finsk rätt, vilka alla tillkommit i det nordiska lagsamarbetet på konkursrättens område. Den danska bestämmelsen innehåller dock ett andra stycke enligt vilket ond tro inte krävs om tredje mannen är närstående till gäldenären. Se § 79 i den danska konkursloven af 1977, § 5–11 st. 3 och § 5–12 st. 3 i den norska loven om fordringshavernes dekningsrett, 1984, och § 20 i den finska lagen om återvinning till konkursbo, 1991.

varit i ond tro om detta.⁴ För tredje mannens del är således det avgörande om han varit i ond eller god tro beträffande den bakomliggande transaktionen. Man kan därför, som antytts och som en ren karakteristik, säga att det rör sig om en slags godtrosvärvsregel.⁵ Till grund för stadgandet ligger enligt de ursprungliga förarbetena tanken att återvinningsrätten är en rättighet som konkursboet äger mot den till vilken gäldenären avhänt sig egendomen och denna rättighet utsträcks till att gälla även gentemot den som senare i ond tro förvärvat egendomen.⁶ Utgångspunkten är således, precis som vid godtrosvärv i allmänhet, att överlåtaren inte till en ondtroende förvärvare kan överföra en större rätt än han själv har; här begränsas medkontrahentens rätt av det återvinningskrav som kan hänföras till egendomen.⁷ Syftet med bestämmelsen är naturligen att medkontrahenten inte ska kunna omintetgöra en återvinning genom att göra sig av med egendomen till en ondtroende tredje man (utan att kunna betala någon ersättning för dess värde).

Som bör ha framgått utgör 4 kap. 18 § konkurslagen inte någon självständig återvinningsgrund, utan det är snarare fråga om en *påbyggnad* på de vanliga återvinningsgrunderna som är hänförliga till medkontrahentens disposition.

Det skulle vara överdrivet att säga att bestämmelsen innehar någon huvudroll i 4 kap. konkurslagen. Förhållandet är snarare det motsatta. Att bestämmelsen oftare åberopas än den leder till återvinning beror säkerligen till stor del på svårigheten för återvinningskäranden att visa ond tro hos tredje mannen. Han är utomstående och förvärvet behöver ju inte ha skett i någon nämnvärd anslutning till den grundläggande transaktionen. Ett annat problem utgör kravet på identitet mellan den egendom som medkontrahenten förvärvat och den egendom som tredje mannen in sin tur erhållit. Detta blir särskilt aktuellt om egendomen t.ex. utgörs av pengar. I vart fall får man hoppas att stadgandet har en preventiv effekt.⁸ När ond tro verkligen kan styrkas kan situationen också vara den att medkontrahenten har satts in som ett vilseledande mellanled och att tredje mannen är den verkliga medkontrahenten. I så fall kan någon av återvinningsgrunderna tillämpas direkt, utan omvägen över 18 §.

⁴ I det följande betecknas de agerande konkursgäldenären (alternativt gäldenären eller i vissa fall den blivande konkursgäldenären), medkontrahenten och tredje man.

⁵ Lennander, Återvinning i konkurs s. 34, 391 f. Millqvist, Sakrättens grunder s. 89. Lindskog, Betalning not 2990. Huser, Gjeldsforhandling & Konkurs, Bind 3, Omstøtelse, Oslo 1992, s. 644. Jfr Karlgren, SvJT 1937 s. 395; SOU 1965:14 s. 51; Brækhus, Konkursrett, Utvalgte emner, 3 oppl. Oslo, Bergen, Tromsø 1975, s. 156 f.

⁶ Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs ävensom till andra därmed sammanhängande författningar, afgifna af därtill utsedda kommitterade, 1911 (*cit. Förslag till konkurslag, 1911*), s. 234. NJA II 1921 s. 471.

⁷ Se Lennander, Återvinning i konkurs s. 391 f.

⁸ Jfr Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 148.

2. Konkursboets valmöjligheter. Kort om bestämmelsens innehåll

Om egendomen inte finns kvar hos konkursgäldenärens medkontrahent kan konkursboet i stället kräva ersättning av denne för egendomens värde med stöd av 4 kap. 14 § tredje stycket konkurslagen. Om egendomen har sålts kan boet göra anspråk på köpeskillingen (surrogatet), åtminstone om återvinning sker enligt 4 kap. 5 § konkurslagen. Se här *NJA 2010 s. 709*.⁹

Denna utväg är naturligtvis enklast, men den förutsätter att medkontrahenten är solvent. Den förutsätter också att konkursboet inte är intresserat av egendomen i sig och alltså inte har behov av att återfå den aktuella egendomen in natura. Om dessa två förutsättningar inte är uppfyllda kan det i stället bli aktuellt för konkursboet att vända sig mot tredje man, om denne bedöms vara solvent. Däremot torde det i övrigt knappast förhålla sig så att ett krav mot tredje man skulle kunna ge konkursboet bättre gottgörelse än ett krav mot medkontrahenten.¹⁰ Kravet mot tredje man bestäms av kravet mot medkontrahenten. Situationen kan däremot vara annorlunda i dansk och norsk rätt, där berikelseprincipen tillämpas, eftersom svarenden då som huvudregel ska lämna ifrån sig den vinst han gjort.¹¹ I dansk och norsk rätt ges också möjlighet till skadestånd enligt allmänna regler vid återvinning enligt motsvarigheten till 4 kap. 5 § konkurslagen.¹²

Enligt bestämmelsen har konkursboet "samma rätt" mot tredje man som mot medkontrahenten. Detta betyder *för det första* att samma omständigheter kan åberopas mot tredje man som mot medkontrahenten. Att rätten mot tredje man bestäms av rätten mot medkontrahenten framgår i och för sig redan av att regleringen avser "egendom som kan återvinnas". Det betyder t.ex. att om fristen gått ut i förhållande till medkontrahenten, hjälper det inte konkursboet att tredje man är närstående med en längre frist, och omvänt, att om fristen gått ut mot tredje man, så hjälper det inte denne för det fall att medkontrahenten är närstående med en längre frist. *För det andra* betyder det att rättsföljden är densamma. Detta framgår också av bestämmelsens placering bland reglerna om verkan av återvinning.¹³

⁹ Se härtill Lennander, Återvinning i konkurs s. 360 ff.; Lennander, JT 2010–11 s. 901 ff., särskilt s. 906 ff., där rättsfallet kommenteras.

¹⁰ Om tredje man kan erhålla jämkning för egen del kan däremot det omvända bli fallet. Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s. 355; och strax nedan.

¹¹ Se § 75 i den danska konkursloven och § 5–11 i den norska dekningsloven.

¹² Se § 76 i den danska konkursloven och Lindencrone Petersen & Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 14 udg. Khvn 2018, s. 659 f.; samt § 5–12 i den norska dekningsloven och Aasebø, Madsen & Sandvik, Dekningsloven med kommentarer, Oslo 2015, s. 279 ff.

¹³ Förhållandet är ännu tydligare i de danska och norska lagtexterna, där det framhålls att konkursboet har krav mot tredje man enligt vissa där angivna regler.

Sammanfattningsvis är alltså, bortsett från den egna onda tron, bedömningen av grundtransaktionen avgörande, när det gäller möjligheten till återvinning mot tredje man. Tredje mannens egna förhållanden i övrigt är betydelselösa, t.ex. hans egenskap av närstående. Sålunda hänför sig t.ex. beräkningen av återvinningsfristen endast till medkontrahentens transaktion. Att rättsföljden är densamma betyder bl.a. att även tredje man kan förpliktas utge värdeersättning.¹⁴ Dock kan tredje mannens egna förhållanden i viss mån ha betydelse just när det gäller rättsföljden, närmare bestämt beträffande jämkning och beträffande beräkning av krav på avkastning och på kostnadsersättning.¹⁵

I det sagda ligger också att man knappast kan uppställa något ytterligare *nackdelsrekvisit* i förhållandet boet – tredje man. Det torde här vara tillräckligt att medkontrahentens transaktion ska ha orsakat nackdel för boet.

Beträffande *bevisbördan* måste man skilja mellan bevisningen avseende den grundläggande transaktionen mellan konkursgäldenären och medkontrahenten och bevisningen avseende tredje mannens förhållanden, dvs. hans onda tro. I det förstnämnda hänseendet gäller de vanliga bevisbördereglerna, så att bördan som huvudregel ligger på konkursboet, med viss möjlighet till motbevisning för medkontrahenten etc.; denna motbevisningsmöjlighet kan tredje mannen också utnyttja, om han för bevisning angående medkontrahentens transaktion med konkursgäldenären. I det sistnämnda hänseendet, dvs. såvitt avser tredje mannens onda tro, torde dock boet ha hela bevisbördan, även om tredje mannen är närstående och oavsett vilken återvinningsbestämmelse som grundtransaktionen avsett.¹⁶ Något annat kan knappast anses föranlett av uttrycket "samma rätt".

3. Exempel på situationer där bestämmelsen kan aktualiseras

Som exempel på situationer där en tillämpning av 4 kap. 18 § konkurslagen kan bli aktuell kan följande nämnas.

Det *första* typfallet föreligger då medkontrahenten har erhållit viss egendom, lös eller fast, av gäldenären genom en återvinningsbar rättshandling, t.ex. en gåva eller en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel,

¹⁴ Förslag till konkurslag, 1911, s. 234 f. NJA II 1921 s. 471.

¹⁵ Se till det sagda t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 394 ff.; Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 147 f.

¹⁶ Jfr t.ex. NJA II 1921 s. 471 f.; Welamson, Konkursrätt, 1961, s. 283 f. Jfr också det finska rättsfallet HD 1998:52, där tredje man var närstående till gäldenären och där återvinningskäranden måste visa att tredje man var i ond tro. (Fallet anges i lagboken under § 20 i den finska lagen om återvinning till konkursbo.)

och sedan har överlåtit denna egendom till tredje man. Skälen för överlåtelserna kan variera.

Det kan också förhålla sig så att gäldenären har gett medkontrahenten B en återvinningsbar säkerhet, varefter B t.ex. avstår (överlåter) säkerhetsrätten till förmån för gäldenärens borgenär C (tredje man). B kan också ha återpantsatt säkerheten till en egen borgenär.

Beträffande det *andra* typfallet kan hänvisas till rättsfallet *NJA 2001 s. 474* där en situation i vilken egendomen används vid betalning illustreras. Situationen var där att gäldenären betalade en borgenär och att borgenären omedelbart använde pengarna till att betala en egen borgenär, C, dvs. tredje man. I det sammanhanget uppstår ett antal frågor, t.ex. vad som avses med överlåtelse och med egendom och om egendomsidentitet, vilka utvecklas nedan.

Som ett *tredje* typfall kan nämnas betalning av annans skuld. Även här används egendomen vid betalning. Antag t.ex. att gäldenären betalar en skuld till sin borgenär B genom att betala B:s skuld till C (tredje man). Om återvinning kan ske från B, t.ex. enligt 4 kap. 10 § konkurslagen, kan den bestämmelsen och 18 § tänkas åberopas mot tredje man. Eller antag att gäldenären (t.ex. ett aktiebolag) betalar A:s (aktieägarens) skuld till C (tredje man). Om återvinning kan ske från A med stöd av 4 kap. 5 eller 6 § kan dessa bestämmelser och 18 § tänkas åberopas mot tredje man.¹⁷

Det *fjärde* typfallet gäller tredjemanspant. Gäldenären/pantsättaren pantsätter egendom till tredje man/pantavaren för B:s skuld. Om detta t.ex. ses som en benefik transaktion i förhållande till B kan återvinning tänkas ske från denne med stöd av 4 kap. 6 § konkurslagen och från tredje man med stöd av 6 och 18 §§.¹⁸

4. Ingen vanlig borgenärsskyddsregel

Återvinningsinstitutet är generellt att hänföra till reglerna om borgenärsskydd. Regleringen inriktar sig på själva rättshandlingen. Verkan (inneböörden) av att återvinning sker är emellertid att den egendom som rättshandlingen avsett ska återbäras, eller med andra ord vindikation. Som nämnts är bestämmelsen i 4 kap. 18 § konkurslagen också placerad bland reglerna om verkan av återvinning. Det är här inte fråga om tredje mans skydd mot överlåtarens borgenärer, utan mot andra borgenärer i ett tidigare led. Ur tredje mans synvinkel är bestämmelsen snarare att ses som en regel avseende omsättningsskyddet (singularsuccession).

¹⁷ Se beträffande de här angivna fallen av betalning av annans skuld, Lennander, Återvinning i konkurs, s. 209 f.

¹⁸ Se om detta fall Lennander, Återvinning i konkurs, s. 324 ff.

Under förarbetena till 1975 års reform påpekade en remissinstans att det kunde tänkas fall där tredje mans handlande inte kunde anses klandervärdt. Som ett exempel angavs att tredje man visste att medkontrahenten fått egendomen i gåva av gäldenären, medan tredje mannen själv köpte den till fullt pris.¹⁹ Synpunkten bemöttes av departementschefen med hänvisning till jämningsmöjligheten.²⁰ Bedömningen av det klandervärda i tredje mannens handlande hänför sig emellertid inte i första hand till borgenärerna i det tidigare ledet utan situationen bör snarare jämföras med den som föreligger vid ett vanligt godtrosförvärv. I det nu aktuella fallet ligger det klandervärda i att tredje man varit i ond tro beträffande de återvinningsgrundande omständigheter som är förknippade med överlåtarens fång. Situationen är alltså helt jämförbar med läget vid godtrosförvärv i allmänhet.

5. En regel om godtrosförvärv

I 1862 års konkurslag, varigenom institutet återvinning i konkurs infördes, fanns inte någon motsvarighet till 4 kap. 18 § konkurslagen. En bestämmelse som skulle skydda en tredje man som förvärvat lös egendom, som var återvinningsbar, om han vid förvärvet "saknat kunskap om gäldenärens åtgärd att egendomen sig avhända samt villkoren och omständigheterna därvid", fanns dock med i 1859 års lagförslag. Förslaget möttes emellertid av invändningar, dels därför att det bara avsåg lös egendom, vilket ansågs kunna leda till problem att avgöra vad som gällde beträffande fast egendom, dels därför att frågan om förhållandet till tredje man ansågs böra bedömas efter allmänna regler om vindikation och inte i en speciallag. Till följd av dessa synpunkter ströks den föreslagna bestämmelsen. I stället hänvisades till 36 § 6 mom. angående verkan av återvinning, där det angavs att i fall då egendom, vartill borgenärerna hade återvinningsrätt, inte kunde återställas skulle konkursboet i stället ha rätt till ersättning efter egendomens värde. Som exempel på en sådan situation angavs i förarbetena att egendomen "kommit i annan mans hand genom sådant fång, att denne finnes berättigad egendomen behålla". Den ersättning som åsyftades i 36 § 6 mom. kunde alltså krävas av den återvinningsvarande medkontrahenten, medan förhållandet till tredje man, förvärvaren, reglerades av allmänna regler om godtrosförvärv.²¹

En bestämmelse motsvarande 4 kap. 18 § infördes emellertid därefter i 1921 års konkurslag (38 §, senare 40 a § i 1975 års regler). I förarbetena

¹⁹ Göta hovrätt, återgivet i prop. 1975:6 s. 253 f.

²⁰ Prop. 1975:6 s. 254.

²¹ Förslag till konkurslag, 1911, s. 233 f. Se även SOU 1965:14 s. 51.

till 1921 års konkurslag²² angavs att de invändningar som gjorts mot det tidigare förslaget inte kunde anses tillräckligt väl grundade. Det framhölls att betingelserna för konkursbos rätt att återvinna egendom som gäldenären avhänt sig, borde fastslås i konkurslagen då fråga var om återvinning från tredje man lika väl som då fråga var om återvinning från den till vilken gäldenären avhänt sig egendomen. Inte heller ansågs det lämpligt att genomgående tillämpa allmänna regler om vindikation (godtrosförvärv). I 38 § stadgades därför: "Har egendom, vartill konkursbo, enligt vad ovan är stadgat har återvinningsrätt, överlåtits till annan, äge konkursboet jämväl mot honom den rätt, där han ej var i god tro, då han åtkom egendomen."

De speciella dragen i den form av godtrosförvärv som det här är fråga om är att endast god tro erfordras för att skydda tredje mans förvärv, vartill naturligtvis kommer att ogiltigheten förutsätter att konkurs där ett återkrav aktualiseras inträffar inom viss tid. Situationen att god tro räcker för tredje mannens del är inte helt unik. Exempel på att skydd mot singularsuccessorer kan erhållas med åberopande av enbart god tro finns t.ex. i 34 § avtalslagen, där det anges att en skriftlig handling som upprättats för skens skull och som överlåtits till annan är gällande, om tredje man var i god tro vid förvärvet, och i 12 § lagen (2005:130) om dödförklaring som handlar om den situationen att det visar sig att den dödförklarade i själva verket lever. I så fall ska den egendom som tillträtts återbäras. Om egendomen överlåtits till annan är denne också återbäringsskyldig, om han inte var i god tro vid förvärvet. Jfr även 26 § kommissionslagen (2009:865).

Övriga rekvisit för godtrosförvärv behöver däremot inte vara uppfyllda.²³ Här åsyftas kraven på att förvärvet ska avse viss typ av egendom, att överlåtaren hade besittning till egendomen och att förvärvaren fick besittning till denna; vidare avses den lösenrätt för rätte ägaren som normalt är förknippad med ett godtrosförvärv.

Till att börja med avser stadgandet i 4 kap. 18 § konkurslagen således all slags egendom, fast såväl som lös, inklusive enkla fordringar och rättigheter.²⁴

Något besittningskrav beträffande överlåtaren ställs inte upp beträffande lös egendom. När det gäller fast egendom krävs inte heller att överlåtaren hade lagfart vid överlåtelsen (jfr 18 kap. 1 § jordabalken). Beträffande godtrosförvärv i allmänhet har detta besittningskrav (och lagfartskrav, vilket underförstås i det följande) en legitimerande funktion. Genom besittningen ger de yttre förhållandena ett objektivet stöd för uppfattningen att över-

²² Förslag till konkurslag, 1911, s. 234. Även SOU 1965:14 s. 51.

²³ Se angående dessa rekvisit t.ex. Millqvist, Sakrättens grunder s. 69 ff.; och Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 65 ff. (delvis avseende äldre rätt). Se beträffande fast egendom 18 kap. jordabalken.

²⁴ NJA II 1921 s. 471.

låtare hade rätt att förfoga över egendomen.²⁵ I det nu aktuella fallet är denna legitimerande effekt av mindre betydelse. Tredje mans onda eller goda tro ska vid tillämpningen av 4 kap. 18 § konkurslagen hänföra sig till omständigheterna i samband med den bakomliggande transaktionen mellan gäldenären och överlåtare. För denna bedömning måste det i princip sakna betydelse huruvida överlåtare hade besittning till egendomen när han överlät den till tredje man.

Inte heller krävs att förvärvaren fått besittning till egendomen. Här åsyftas alltså relationen till det konkursbo som åberopar 4 kap. 18 § konkurslagen. En annan sak är relationen till *överlåtarens* borgenärer. Om egendomen är sådan att besittning krävs för borgenärsskydd så har tredje man inte erhållit något skydd mot överlåtarens, medkontrahentens, borgenärer om han inte fått besittning till denna. Dessa borgenärer kan i sådant fall göra anspråk på egendomen, om medkontrahenten är insolvent vilket förmodligen är vanligt i de situationer där bestämmelsen aktualiseras.²⁶ Gäldenärens konkursbo får i stället rikta anspråk mot medkontrahentens konkursbo. Resultatet blir då detsamma som om medkontrahenten skulle ha haft egendomen kvar.

Slutligen har ansetts att konkursboet inte har någon rätt till lösen från en godtroende förvärvare.²⁷ En lösenrätt skulle också endast i undantagsfall kunna ha betydelse i en konkurs, där egendomen som regel ska omvandlas till penningmedel.

6. Närmare om rekvisiten överlåtelse, egendom och ond tro

Generellt kan sägas att bestämmelsen tolkas vidsträckt och att det är förutsatt att analogitillämpning ska kunna ske. Det kan också framhållas att rekvisiten överlåtelse och egendom hänger nära samman, eftersom bestämmelsen kräver identitet mellan den egendom som medkontrahenten förvärvat och den egendom han överlåter till tredje man.

6.1 Överlåtelse

Som en grundläggande förutsättning gäller att överlåtelsen ska ha gjorts av medkontrahenten och inte av konkursgäldenären. Situationen där egendom sålts efter utmätning omfattas t.ex. inte, bl.a. därför att det inte är med-

²⁵ NJA 2009 s. 889 på s. 902 f.

²⁶ SOU 1970:75 s. 173; prop. 1975:6 s. 253. Jfr SOU 1965:14 s. 52 f.

²⁷ Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 176.

kontrahenten som är säljaren.²⁸ Och vid förfoganden av gäldenären gäller i stället den särskilda bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen, eftersom gäldenären själv är ägare till egendomen.

Vilket ändamål överlåtelsen kan ha spelar ingen roll, dvs. huruvida ändamålet är försäljning, gåva, betalning etc. I sistnämnda hänseende kan noteras att det i *NJA 2001 s. 474* framhålls att det i en betalning som ett väsentligt moment kan sägas ingå en överlåtelse av ett penningbelopp.²⁹ Den transaktion som i rättsfallet ansågs uppfylla rekvisitet "överlåtelse" av ett penningbelopp, åtminstone analogt, gick till på följande sätt. Den blivande konkursgäldenären betalade en skuld genom att sätta in ett belopp på borgenärens checkräkningskonto i en bank. Kontot stod före betalningen på minus. Samtidigt som beloppet kom in på kontot togs det i anspråk för bankens räkning, vilket skedde i enlighet med ett avtal mellan borgenären och banken som gällde det aktuella kontot. Enligt domskälen kunde man uttrycka det så att borgenären genom kreditavtalet i förväg till banken överlät sin rätt till inkommande penningbelopp vid negativt saldo. Borgenären erlade alltså kort sagt beloppet som betalning av den skuld han hade till banken.

Det kan här erinras om att en insättning som görs på ett konto med kredit när kontot utvisar en skuld, och som alltså medför att skulden nedbringas och under förutsättning att beloppet inte tas ut igen, i återvinnings-sammanhang räknas som betalning och inte som kvittning.³⁰ I detta ljus kan uttalandet om negativt saldo i domskälen ses, tillsammans med saldots betydelse för identifikationsfrågan och inte minst att det motsvarade det faktiska förhållandet i fallet. Med dåtida domskrivningsteknik hade HD ingen anledning att uttala sig om vad som skulle gälla i andra fall, t.ex. om banken kvittade och kontot stod på plus när betalningen kom in.³¹

Frågan är emellertid hur långt kan man sträcka den analoga tillämpningen av 4 kap. 18 § konkurslagen? Denna fråga aktualiseras just vid *kvittning*. Antag att saldot på checkräkningskontot är positivt när insättningen sker och att omständigheterna i övrigt motsvarar de som förelåg i *NJA 2001 s. 474*. I och för sig skulle denna situation kunna behandlas på samma sätt, men identifikationskravet kan leda till att det inte blir fråga om en "överlåtelse av ett penningbelopp" i bestämmelsens mening eftersom det aktuella beloppet inte är detsamma som det som sattes in på kontot.

²⁸ Se t.ex. Palmér & Savin, Konkurslagen s. 4:133 f. Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s. 332 och 393.

²⁹ Jfr också hovrättslagmannen Eklyckes votum i hovrätten. Se vidare avsnitt 6.2. Jfr Lindskog, Betalning not 2989.

³⁰ Se t.ex. *NJA 1937 s. 351* och *NJA 1978 s. 194* samt Lennander, Återvinning i konkurs s. 207 f. med hänvisningar; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 171.

³¹ Jfr Lindskog, Betalning, not 2989.

Antag vidare att den blivande konkursgäldenären överlåter en fordran på tredje man till medkontrahenten och att denne därefter driver in fordringen genom kvittning.³² Antag således följande. Konkursgäldenären (KG) har en fordran mot sekundogäldenären (SG). KG överlåter fordringen till sin medkontrahent (MK) som själv är skuldsatt till SG. MK inkasserar sedan fordringen genom kvittning med sin skuld till SG. Kan man då säga att fordringen mot SG har "överlåtits till annan" (dvs. tredje man)?³³

Enligt min mening är detta knappast en situation som är avsedd att falla in under 4 kap. 18 § konkurslagen, vare sig direkt eller analogt. Tanken bakom bestämmelsen synes vara att det ska vara fråga om en rak kedja av överlåtelser, från konkursgäldenären till medkontrahenten till tredje man. I 2001 års fall erhöll medkontrahenten pengar som han "lät gå vidare till sin borgenär" (*NJA 2001 s. 474* på s. 484). I det nu aktuella fallet erhåller medkontrahenten en fordran för vilken han sedan får betalt. Om medkontrahenten kräver betalning för den fordran han erhållit av konkursgäldenären kan sekundogäldenären knappast ses som en utomstående. Ser man kvittningen som en fordringsöverlåtelse blir det fråga om en överlåtelse tillbaka till sekundogäldenären själv.³⁴

Stadgandet omfattar inte bara överlåtelse utan – analogivis – även upplåtelse av rättighet till egendom som gäldenären avhänt sig. Således omfattas inte bara t.ex. det fallet att medkontrahenten överlåter en panträtt som gäldenären upplåtit till honom utan även t.ex. det fallet att medkontrahenten själv upplåter en panträtt till egendom som han förvärvat från gäldenären. Under förarbetena till 1975 års konkursregler invände en remissinstans att det inte är självklart att upplåtelse ska räknas som överlåtelse, och att detta därför borde stå i lagtexten. Departementschefen framhöll emellertid att upplåtelse otvivelaktigt måste följa samma regler som beträffande överlåtelse och att detta dessutom gällde även sedan tidigare, utan att det stod i lagtexten. Något förtydligande i texten gjordes därför inte.³⁵

6.2 Egendom

Som tidigare nämndes omfattar bestämmelsen all egendom, inklusive enkla fordringar. Som också bör ha framgått omfattar rekvisitet "egendom"

³² Om tredje mannen är försatt i konkurs kan kvittning vara utesluten enligt 5 kap. 16 § konkurslagen.

³³ Problemet aktualiseras av Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016, s. 654 ff. Det illustreras också i Hovrätten för Västra Sverige, dom 2017-06-20 i mål T 3800-16, där det återopande av 4 kap. 18 § som konkursbona gjorde i tingsrätten frånfölls i hovrätten.

³⁴ Jfr i viss mån *NJA 1942 s. 467* angående återköp som görs av tidigare förvärvare (fråga om godtrosvärv av bil).

³⁵ Prop. 1975:6 s. 253 ff. (angående Domareföreningens yttrande).

även ett *penningbelopp*, se *NJA 2001 s. 474*, jfr 4 kap. 15 § konkurslagen. Även om en betalning av ett penningbelopp utgörs av en kontotransaktion (bokföringstransaktion) betraktas denna i detta sammanhang på samma sätt som om det hade varit fråga om en fysisk hantering av sedlar, jfr *NJA 2009 s. 500* på s. 508.

En situation som följer samma mönster som i *NJA 2001 s. 474* förelåg i *NJA 2009 s. 182*. Här hade J betalat ett belopp genom överföring till M:s konto i Sparbanken. M och banken hade en överenskommelse enligt vilken banken ägde rätt att från M:s bankkonto avräkna inflytande medel mot M:s skulder till banken. I enlighet med överenskommelsen tillgodogjorde sig banken betalningen. Betalningen till M hade emellertid skett av misstag och frågan i målet var om den kunde återkrävas från banken som var i god tro om misstaget. Det kan tilläggas att kontot även i detta fall synes ha stått på minus (eller noll) före betalningen.

Skillnaden i förhållande till 2001 års fall var att i 2009 års fall hade den förste betalaren J inte gått i konkurs utan i stället M. Någon tillämpning av 4 kap. 18 § konkurslagen aktualiserades därför inte utan valet stod mellan en tillämpning av skuldebrevslagens regler om enkla fordringar eller allmänna regler om godtrosförvärv av lösöre.

HD fann att det inte var rimligt att tillämpa reglerna om överlåtelse av enkla fordringar (som inte tillåter godtrosförvärv annat än vid dubbelöverlåtelse) i detta fall. En kvittning av tillgodohavandet mot en fordran som den kontoförande banken har hos kontohavaren borde enligt HD i stället behandlas på samma sätt som en överföring till någon annan. Innebörden av detta uttalande torde vara att kontobetalningar i detta sammanhang ska bedömas på samma sätt som kontanta betalningar.³⁶ Bestämmelserna i 3 kap. skuldebrevslagen kunde alltså inte anses tillämpliga på förfoganden över banktillgodohavanden i nu berörda avseenden. Eftersom banken varit i god tro ogillades talan.

Det svåra i dessa fall är naturligtvis att upprätthålla identiteten på egendomen. I *NJA 2001 s. 474*, som berördes ovan i avsnitt 6.1, ges ett exempel på en situation där detta lyckades. Eftersom de båda betalningarna där företogs i ett sammanhang kunde kravet på identitet mellan beloppen anses uppfyllt. Som framhålls i rättsfallet kan det dock i regel vara svårt att tillämpa 4 kap. 18 § då egendomen utgörs av en summa pengar och rättshandlingarna av betalningar.

Det som nu sagts utgör en tillämpning av samma synsätt som används t.ex. vid nackdelsbedömningen, när gäldenären erhållit medel av en tredje person för att betala en borgenär, se t.ex. *NJA 1930 s. 20* där gäldenären lånat pengar för att täcka en förskingring, eller när gäldenären betalar

³⁶ Millqvist, Sakrättens grunder s. 163. Lindskog, Betalning, avsnitten 1.3.4.1, 2.1.3.2 och 8.1.3.4. Jfr ovan i början av innevarande avsnitt. Se angående rättsfallet även Millqvist i Festschrift till Torkel Gregow, 2010, s. 307 ff.

hypoteksborgenären ur företagsintecknad egendom och egendomens omvandling till penningmedel och betalningen till borgenären sker i så nära samband att det hela kan ses som en sammanhängande transaktion, se t.ex. *NJA 1996 s. 624*.³⁷

6.3 Ond tro

Den onda tron ska föreligga vid tidpunkten för tredje mans förvärv.³⁸ Senare inträffad ond tro inverkar inte.

Rekvisitet är enligt lagtexten att tredje man "kände till eller borde ha känt till de omständigheter som grundar" rätten till återvinning mot medkontrahenten. Inga andra tillägg eller reservationer beträffande ondroskravet görs. Detta torde innebära bl.a. att konkursboet, i det fall återvinning kan ske från medkontrahenten med stöd av 4 kap. 5 § konkurslagen, har bevisbördan för tredje mannens onda tro oavsett om denne är närstående eller inte. Den bevislättning som enligt den bestämmelsen föreligger för konkursboet när det gäller medkontrahentens onda tro torde alltså inte kunna återropas när bevisningen gäller tredje mannens onda tro. (Se också ovan avsnitt 2 in fine.)

Den onda tron ska omfatta de faktiska omständigheterna hänförliga till transaktionen mellan konkursgäldenären och medkontrahenten, t.ex. att det var fråga om en betalning med osedvanliga betalningsmedel. Eftersom den onda tron ska omfatta de omständigheter som grundar rätten till återvinning mot medkontrahenten ingår här rimligen också tidpunkten för transaktionen.³⁹

Antag således att gäldenären någon tid före konkursen skänkt ett dyrbart konstverk till en arbetskamrat och att arbetskamraten därefter skänkt konstverket till en god vän till gäldenären. Om återvinning kan ske från arbetskamraten, medkontrahenten, enligt 4 kap. 6 § konkurslagen ska den gode vännens, tredje mans, onda tro omfatta att det i det förstnämnda fallet rörde sig om en gåva, eventuellt närståendeförhållande etc. Är medkontrahenten närstående, men tredje man inte insett eller bort inse detta, kan den längre fristen beträffande medkontrahentens förvärv inte återropas mot tredje mannen.⁴⁰ Tillämpas 4 kap. 5 § på medkontrahentens förvärv krävs ond tro hos tredje man beträffande transaktionens art, att gäldenären var

³⁷ Se Lennander, Återvinning i konkurs s. 118 ff. respektive s. 132 f.

³⁸ Huser, Omstøtelse s. 647; den finska prop., RP 102/90, s. 69. Detta framgick uttryckligen i den äldre svenska lagtexten, se 38 § i 1921 års konkurslag citerad ovan i avsnitt 5.

³⁹ Så enligt Lennander, Återvinning i konkurs s. 395; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 216 ("antagligen"); NOU 1972:20 s. 301; Aasebø, Madsen & Sandvik, Dekningsloven s. 277. Jfr emellertid den finska prop., RP 102/90, s. 69, där det sägs att om tredje man trott att transaktionen låg långt tillbaka i tiden så kan jämkning ske i stället.

⁴⁰ Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 147.

eller blev insolvent och om de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. En särskild fråga är om det, i de fall där återvinning kan ske från medkontrahenten med stöd av 4 kap. 5 §, krävs att tredje mans onda tro också omfattar den omständigheten att medkontrahenten varit i ond tro vid sitt förvärv. Här har olika uppfattningar framförts.⁴¹ Frågan är om ond trosrekvisitet i denna del ersatts av kravet på tredje mannens egna onda tro. Eftersom medkontrahentens onda tro är en förutsättning för återvinning bör nog slutsatsen enligt min mening trots allt bli att även denna ska omfattas av tredje mannens onda tro.

Undersökningsplikt torde föreligga på vanligt sätt (jfr angående denna *NJA 2017 s. 882*).

Det har redan antytts att ond trosrekvisitet kan vara särskilt svårt att uppfylla för konkursboet när det gäller tredje man. Det är därför inte långsökt att utgå från att tredje man i de situationer där ond tro kan styrkas ofta är "inblandad" i transaktionen på ett eller annat sätt. I vissa fall kan återvinning då ske direkt från tredje man (se avsnitt 10 nedan).

7. Måste både medkontrahenten och tredje man stämmas in i rättegången?

Eftersom ett bifall till en talan mot tredje man förutsätter att återvinningsrätt föreligger mot medkontrahenten kan man fråga sig vad som gäller i processuellt hänseende. Måste medkontrahenten först krävas för att boet ska kunna vända sig mot tredje man? Lagtexten talar för att så inte är fallet. Det kan också noteras att i *NJA 2001 s. 474* instämde bara tredje man.⁴² Det innebär att talan alltså inte behöver riktas först mot medkontrahenten. Inte heller behöver, omvänt, talan först riktas mot tredje man för att medkontrahenten ska kunna krävas. Boet har valrätt.⁴³ Det väsentliga är att erforderliga omständigheter föreligger.

I förarbetena anges att det är lämpligt att stämma in båda samtidigt.⁴⁴ Antagligen sker också detta i regel. Skälet är naturligtvis att bevisning angående medkontrahentens transaktion måste förebringas. Om medkontrahenten inte instämts får frågan avgöras prejudiciellt. Domen har då bara bevisbetydelse.

⁴¹ Jakande svar ges av Mellqvist och Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt* s. 147 not 123; jfr Renman, *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen* s. 217. Nekande svar ges av Walin, *Materiell konkursrätt*, 2 uppl. 1987, s. 248; Palmér & Savin, *Konkurslagen* s. 4:135.

⁴² Jfr angående motsvarande situation vid godtrosvärv av lösöre t.ex. *NJA 1993 s. 429*.

⁴³ Jfr Lennander, *Återvinning i konkurs* s. 354 f. med hänvisningar.

⁴⁴ *SOU 1970:75 s. 173. Prop. 1975:6 s. 253. Palmér & Savin, Konkurslagen* s. 4:138. Lennander, *Återvinning i konkurs* s. 396.

Antag att båda stäms in, hur bestäms då påföljden? Utgångspunkten är naturligtvis kärandens yrkande. När det är fråga om värdeersättning, dvs. ersättning i pengar, kan solidarisk ersättningskyldighet utdömas. Skulle naturaprestation yrkas från tredje man och värdeersättning från medkontrahenten måste rangordningen klargöras. Endast ett av kraven kan naturligtvis verkställas.

8. Ansvar mellan medkontrahenten och tredje mannen inbördes

Om en tredje man som köpt egendomen av medkontrahenten får lämna ifrån sig denna, eller betala värdeersättning, torde vanliga regler om ansvar för rättsligt fel gälla, vilket som regel bör leda till att förlusten ska stanna på medkontrahenten.⁴⁵ Om tredje man gör en förlust därför att han betalat fullt pris för egendomen i ett fall där medkontrahentens fång var gåva, något som är avgörande för uppgörelsen med konkursboet och leder till att tredje man inte kan kräva att återfå köpeskillingen när han återlämnar egendomen, får tredje man också vända sig mot medkontrahenten. I förhållandet mellan tredje man och medkontrahenten får medkontrahenten som utgångspunkt anses ha det tyngsta ansvaret. I förarbetena framhålls också att tredje man inte ska ställas sämre än medkontrahenten.⁴⁶ Det kan tilläggas att i förhållande till boet kan jämkning ske i detta fall.⁴⁷ Strängt taget kan det dock ifrågasättas om detta är rimligt,⁴⁸ åtminstone när det gäller en situation där tredje mans onda tro innebär att han faktiskt känt till att medkontrahenten fått egendomen som gåva av den blivande konkursgäldenären.

9. Överlåtelse i flera led

Bestämmelsen i 4 kap. 18 § konkurslagen är också avsedd att tillämpas när egendomen överlåtits i flera led, dvs. om tredje man i sin tur överlätit egendomen till ytterligare en tredje man.⁴⁹ Överlåtelsekedjan kan då bli t.ex. konkursgäldenären – medkontrahenten – tredje man 1 – tredje man 2.

⁴⁵ Lennander, Återvinning i konkurs s. 396. Jfr Millqvist, Sakrättens grunder s. 83 angående godtrosvärv av lösöre.

⁴⁶ SOU 1970:75 s. 173. Palmér & Savin, Konkurslagen s. 4:136.

⁴⁷ Prop. 1975:6 s. 253 f.

⁴⁸ Jfr Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 148.

⁴⁹ SOU 1970:75 s. 172; prop. 1975:6 s. 252 och 254. Se även t.ex. Palmér & Savin, a.a.,

Antag till att börja med att tredje man 1 vid sitt förvärv är i god tro, men att tredje man 2 är i ond tro. Kan återvinning då ske från tredje man 2? Enligt allmänna regler om godtrosvörvärv är principen att en förvärvare i en överlåtelsekedja som gör ett godtrosvörvärv därigenom *klipper av kedjan* och att den egendom som sålunda förvärvats genom hans godtrosvörvärv därefter är fritt överlåtbar. Om således tredje man 1 skulle vara i god tro är tredje man 2:s förvärv giltigt, oberoende av eventuell ond tro hos denne.⁵⁰ Skälet till detta är att egendomen annars inte skulle ha sitt fulla värde i godtrosvörvärvarens (tredje man 1:s) hand, eftersom den inte skulle kunna säljas till fullt marknadsvärde, om det var känt att han gjort ett godtrosvörvärv. Likaså skulle tredje man 1, om han sålt egendom som han köpt i god tro, kunna bli skyldig att återbetala köpeskillingen till sin köpare (tredje man 2), om denne frånvindiceras egendomen, trots att tredje man 1 själv var i god tro och tredje man 2 i ond tro.⁵¹ Enligt min mening måste motsvarande princip gälla vid återvinning enligt 4 kap. 18 § konkurslagen. Om således egendom som kan återvinnas har överlåtits av medkontrahenten till godtroende tredje man 1, som i sin tur överlätit den till tredje man 2, måste den senares förvärv vara skyddat på samma sätt som när det gäller godtrosvörvärv i allmänhet.

Antag därefter att tredje man 1 varit i ond tro och alltså inte har gjort något godtrosvörvärv. I detta fall blir frågan i stället om tredje man 2 har gjort ett godtrosvörvärv för egen del.⁵² Man kan då fråga sig till vilka omständigheter hans onda eller goda tro ska hänföra sig. Vid bedömningen av tredje man 2:s rättsställning har 4 kap. 18 § konkurslagen enligt förarbetena "motsvarande tillämpning".⁵³ Detta måste innebära att den onda tron först och främst ska avse de omständigheter som grundar rätten till återvinning mot medkontrahenten. Men vad gäller beträffande återvinningsrätten mot hans fångesman, tredje man 1? De omständigheter som grundar den rätten är dennes onda tro. Ska tredje man 2:s onda tro omfatta även detta? Kan tredje man 2 göra ett godtrosvörvärv om han (borde ha) känt till de grundläggande omständigheterna kring transaktionen mellan gäldenären och medkontrahenten men inte bort inse att tredje man 1 var i ond tro och alltså trott att denne gjort ett godtrosvörvärv och därmed klippt av kedjan? Eftersom den omständigheten att tredje man 1 varit i ond tro är en förutsättning för att egendomen ska kunna återvinnas, bör slutsatsen

s. 4:133; Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 215; Lindskog, Betalning not 2991.

⁵⁰ Hästad, Sakrätt s. 71; Millqvist, Sakrättens grunder s. 72 och även s. 82; Undén, Svensk sakrätt I Lös egendom, 10 uppl. 1976 (faksimil 1995), s. 138. Jfr NJA 1975 s. 708. Enligt reglerna om godtrosvörvärv godtas inte återköp av tidigare förvärvare, NJA 1942 s. 467.

⁵¹ Hästad, a.st.

⁵² Jfr beträffande godtrosvörvärv av lösöre t.ex. NJA 1993 s. 429.

⁵³ SOU 1970:75 s. 172.

enligt min mening bli att även denna omständighet ska omfattas av tredje man 2:s goda tro för att han ska kunna göra ett godtrosvärk för egen del.

10. Medkontrahenten har avsiktligt satts in som mellanled

Antag att gäldenären vill rädda ett värdefullt konstverk undan en förmodligen annalkande konkurs genom att skänka det till en närstående. Eftersom en sådan gåva vid den aktuella tidpunkten skulle kunna vara iögonfallande väljer gäldenären i stället att skänka konstverket till en pålitlig arbetskamrat som helt saknar kännedom om gäldenärens ekonomiska problem. Tanken är att denne senare ska överlåta verket till gäldenärens närstående, vilket också sker. I och för sig kan 4 kap. 18 § konkurslagen åberopas om gäldenären skulle försättas i konkurs, men här kan problem uppstå, t.ex. därför att fristen mot arbetskamraten enligt 4 kap. 6 § har gått ut eller därför att arbetskamraten, om 4 kap. 5 § åberopas, har varit i god tro beträffande gäldenärens insolvens.

Om medkontrahenten har satts in som ett mellanled för att dölja det faktum att tredje man är den egentliga partnern, finns emellertid möjligheten att bortse från medkontrahenten och i stället gå direkt på tredje man med åberopande av någon av de grundläggande återvinningsbestämmelserna.⁵⁴ Detta kan ha betydelse t.ex. i ett fall som det ovan beskrivna.

Man skulle t.ex. efter omständigheterna kunna se det hela som en gåva från gäldenären till tredje man och tillämpa 4 kap. 6 § konkurslagen på transaktionen. Här måste naturligtvis frister och närståendeförhållanden beaktas. Det kan t.o.m. visa sig att det kan vara mer fördelaktigt för konkursboet att ta vägen över 4 kap. 18 § konkurslagen, t.ex. om mellanhanden i motsats till tredje man är närstående till gäldenären.

Grundas återvinningstalan på 4 kap. 5 § konkurslagen, vilket kanske ligger närmast till hands, kan det fordras en plan från början som omfattats av tredje mans onda tro. Även här hänför sig den onda tron till den grundläggande transaktionen, men nu därför att tredje man själv varit mer eller mindre inblandad. Det kan naturligtvis, precis som då 4 kap. 18 § tillämpas, vara svårt för konkursboet att visa att tredje man varit i ond tro, särskilt om en längre tid har förflutit.

⁵⁴ Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 147 not 123; SOU 1970:75 s. 172; prop. 1975 s. 252; Lennander, Återvinning i konkurs s. 394; den finska prop., RP 102/90, s. 69; Ørgaard, Konkursret, 12. udg. Khvn 2018, s. 168, Brækhus, Konkursret s. 156. Jfr Palmér & Savin, Konkurslagen s. 4:136.