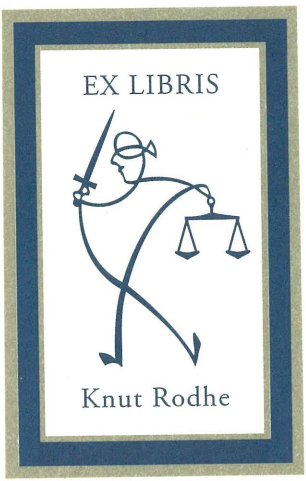
INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CXXXVI]

ULF GÖRANSON

ÅTERVINNING UTOM KONKURS

NORSTEDTS


EX LIBRIS
Knut Rodhe

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f435a

ÅTERVINNING UTOM KONKURS

Professor Knut Rodhe
vänskapsfullt för
förf.

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CXXXVI]

ULF GÖRANSON

ÅTERVINNING UTOM KONKURS

SVENSKT OCH RÄTTSJÄMFÖRANDE KRING ACTIO PAULIANA, ANFECHTUNG OCH FRAUDULENT CONVEYANCES

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET
10 0070994 1

NORSTEDTS

Mångfaldigande av innehållet i denna bok, helt eller delvis,
är enligt Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga
verk förbjudet utan medgivande av förlaget, Norstedts Förlag AB,
Stockholm. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande,
genom tryckning, duplicering, stencilering, bandinspelning etc.

ISBN 91-1-887141-0
© Ulf Göranson, Norstedts Förlag, Stockholm 1989
Norstedts Förlag AB ingår i Esselte Förlag AB och utger böcker även
under förlagsnamnen Almqvist & Wiksell och AWE/Gebers.
Formgivning: Rolf Hernegran
Graphic Systems AB,
Göteborg 1989

Förord

Vem har hört talas om *actio Pauliana*? Även om detta begrepp finns nämnt på några platser i juristutbildningens kurslitteratur, bl a hos Agell och Welamson, torde de flesta svenska jurister ha förlorat det ur minnet. Säger jag i stället återvinning, kanske intresset ökar något – åtminstone hos dem som sysslar med konkursrättslig materia. Men om den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen handlar denna studie inte.

Föremålet för min undersökning är i stället ett hos oss hittills tämligen okänt institut. Det förekommer i alla civiliserade rättsordningar utanför Skandinavien. Det reglerar möjligheterna att *utom* konkurs återvinna borgenärsskadliga transaktioner.

Intresset för ämnet väcktes redan under arbetet på doktorsavhandlingen om traditionsprincipen. Kravet på fysiskt besittningstagande för att uppnå skydd mot överlåtarens borgenärer hade dittills betraktats närmast som ett axiom i svensk sakrätt. Behövde det försvaras, sågs det som en nödvändig garant mot borgenärsskadliga förfoganden. Inte minst rättsjämförande studier gjorde mig starkt kritisk mot traditionsprincipen i dess svenska utformning. Det borde finnas andra och bättre sätt att angripa rättshandlingar som är till skada för borgenärer, sätt som inte i likhet med traditionskravet försvårar hedervärda dispositioner. Återvinningsmöjligheter utanför konkursförfarandet kunde vara ett. Kanske vore det värt att pröva även i Sverige.

Under arbetet på denna bok har jag haft förmånen att längre tider vistas vid främmande bibliotek och där även möta diskussionsvilliga forskare. Ett stort tack för visad beredvillighet vill jag uttrycka till vetenskapsidkare och tjänstemän vid Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht i Hamburg, T M C Asser Instituut voor internationaal recht i Haag, Institute of Advanced Legal Studies och King's College i London, University of Minnesota Law School och Law Library i Minneapolis samt inte minst till kolleger, bibliotekarier och kanslisekreterare i Uppsala. Juridiska

fakulteten i Uppsala har med välvilja anslagit medel för resekostnaderna.

Till professor J A Ankum, Universiteit van Amsterdam, står jag i tacksamhetsskuld inte bara för hans magnifika monografier på återvinningsområdet utan även för visat personligt intresse.

För generöst understöd av arbetet tackar jag varmt Institutet för rättsvetenskaplig forskning och för tryckbidrag Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Slutligen ett hjärtligt och speciellt tack till fakultetskollegan Ulf Jensen. Oegennyttigt upptäckte han för mig en av sina bäst bevarade datorhemligheter; jag kunde sedan med större gäldje slutredigera tryckoriginalet.

Aktualitetsgraden hos ett omfattande utländskt material blir av naturliga skäl varierad. Vad som må ha tillkommit efter mitt senaste besök vid Max-Planck-Institut i Hamburg hösten 1988 har endast i undantagsfall kunnat beaktas. Inte så att vi i Uppsala skulle sakna resurser för komparativa studier. Skilda angelägenheter har emellertid gjort, att tiden inte räckt till för förnyade systematiska genomgångar av tidskrifter och rättsfallssamlingar.

Uppsala i oktober 1989

Ulf Göranson

Innehåll

Förord 5

Innehåll 7

Förkortningar 13

1. Inledning 15
1.1 Kortfattat om ämnesval och metod 15
1.2 Avgränsningar 20

2. Svensk rätt 27
2.1 Konkurslagen 28
2.2 Äktenskapsbalken 30
2.3 Förslaget 1973 till utsökningsbalk 39

Avdelning A. Utländska rättsordningar 45

3. Den historiska utvecklingen 47
3.1 Romersk rätt 47
3.2 Utvecklingen under medeltiden och nya tiden fram till år 1800 50
3.2.1 Gränsdragningsfrågor 50
3.2.2 Skyldighet att först vända sig till gäldenären; krav på föregående exekution 51
3.3 Återvinningsanspråkets systematiska ställning 52
3.3.1 Sak- eller obligationsrätt 52
3.3.2 Kvasikontrakt eller kvasidelikt 54
3.4 Återvinningstalans parter. Sekundärförvärvarens ställning 55
3.5 Vissa omdiskuterade återvinningsrekvisit 57
3.6 Återvinningens rättsföljder 60
3.7 Utvidgad actio Pauliana 61

4. Nederländsk rätt 63
4.1 Inledning 63

4.2 Lagregleringen 65
4.2.1 Art 1377 i 1838 års Burgerlijk Wetboek 66
4.2.2 1896 års reform av art 1377 BW 66
4.2.3 Nya civillagen 67
4.3 Återvinningsparterna och förfarandet 69
4.3.1 Taleberättigad borgenär 69
4.3.2 Återvinningssvaranden 72
4.3.3 Sekundärförvärvarens ställning 75
4.3.4 Förfarandet. Preskription 77
4.4 Institutets systematiska inordnande 79
4.5 Återvinningsbara typer av rättshandlingar 80
4.5.1 Ensidiga rättshandlingar 80
4.5.2 Oneröst eller benefikt förvärv 81
4.6 Återvinningsrekvisiten 82
4.6.1 Frivilliga rättshandlingar 82
4.6.2 Borgenärsskada 87
4.6.2.1 Omedelbar och medelbar skada 87
4.6.2.2 Skada genom underlåtenhet 88
4.6.3 Vissa typfall av förmögenhetsminskning 91
4.6.3.1 Allmänt 91
4.6.3.2 Ensidiga rättshandlingar 94
4.6.3.3 Tredjemansavtal 95
4.6.3.4 Försäkringssituationer 96
4.6.3.5 Successionsrättsliga fall 98
4.6.4 Ondtrosrekvisitet 101
4.6.5 Bevisfrågor. Presumtionsregler 103
4.6.5.1 Gällande rätt 103
4.6.5.2 Nya civillagen 105
4.7 Återvinningens rättsföljder 110
4.7.1 Ogiltighet 110
4.7.2 Relativitet 113
4.7.3 Återvinningssvarandens ställning 115
4.7.4 Godtrosskydd vid benefika förvärv 120
4.7.5 Återvinningsborgenärens konkurrens med förvärvarens övriga borgenärer 121
4.7.6 Förvärvarens förhållande till återvinningsgäldenären 122
4.8 Gränsdragning mellan actio Pauliana och andra liknande ersättningsanspråk 123
4.8.1 Utomobligatoriskt skadestånd för ren förmögenhetsskada 123
4.8.2 Skenrättshandlingar 127

5. Fransk rätt 129
5.1 Inledning 129
5.2 Taleberättigad borgenär 130
5.3 Återvinningsbara rättshandlingar 131
5.4 Återvinningsrekvisiten 135

5.5 Återvinningens rättsföljder 139
5.6 Gränsdragning mellan l'action paulienne och andra liknande ersättningsanpråk 140

6. Tysk rätt 142
6.1 Inledning 142
6.2 Taleberättigad borgenär 144
6.3 Den allmänna återvinningsgrunden. Dolös skadeavsikt 145
6.3.1 Återvinningsbara rättshandlingar 146
6.3.2 Gäldenärens skadeavsikt 146
6.3.2.1 Direkt och indirekt skadeuppsåt 147
6.3.2.2 Bevisfakta för skadeavsikt 150
6.3.3 Förvärvarens onda tro 152
6.3.4 Borgenärsskada 154
6.4 De särskilda återvinningsgrunderna 155
6.4.1 Onerösa överlåtelser 155
6.4.2 Benefika överlåtelser 156
6.5 Återvinningens rättsföljder 156
6.5.1 Primärförvärvarens ställning 157
6.5.2 Sekundärförvärvarens ställning 158
6.5.3 Borgenärs rätt att rikta anspråk mot primärförvärvaren trots vidareöverlåtelse 158
6.5.4 Återvinningsborgenärens konkurrens med förvärvarens övriga borgenärer 159
6.6 Sakrättslig eller obligationsrättslig verkan av återvinning 159
6.7 Reformförslag 165
6.8 Gränsdragning mellan Anfechtung och andra liknande ersättningsanspråk 169

7. Anglo-amerikansk rätt 172
7.1 Den gemensamma grunden i common law 172
7.2 Engelsk rätt enligt Law of Property Act 1925 174
7.2.1 Inledning 174
7.2.2 Gäldenärens skadeavsikt och övriga subjektiva rekvisit 177
7.2.2.1 Voluntary conveyances 177
7.2.2.2 Onerösa rättshandlingar 178
7.2.3 Ett ledande rättsfall 185
7.3 Engelsk rätt enligt Insolvency Act 1986 188
7.3.1 Det ursprungliga reformförslaget 188
7.3.2 Reformförslagets slutliga utformning 190
7.3.2.1 Lagstiftningen 190
7.3.2.2 Återvinningsrekvisiten 192

7.4 Amerikansk rätt enligt Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918 195
7.4.1 Utvecklingshistoria 195
7.4.2 Återvinningsrekvisiten enligt UFCA 1918 197
7.4.3 Återvinningens rättsföljder 199
7.5 Amerikansk rätt enligt Uniform Fraudulent Transfer Act 1984 200
7.5.1 Återvinningsrekvisiten 201
7.5.1.1 Den allmänna ondtrosgrunden 201
7.5.1.2 De särskilda återvinningsgrunderna 202
7.5.2 Återvinningens rättsföljder 206

Avdelning B. Analys och diskussion av svensk och utländsk rätt 209

8. Återvinningsanspråkets systematiska ställning 211
8.1 Inledning 211
8.2 Kan en systematisk diskussion ge resultat? 214
8.2.1 Allmänna överväganden 214
8.2.2 Systematisk diskussion i svenskt perspektiv 217
8.3 Särskilda frågor 221
8.3.1 Återvinningens skydd mot förvärvarens borgenärer 221
8.3.2 Preskriberas återvinningsanspråk? 228
8.3.3 Återvinningsanspråk och företagshypotek 233
8.4 Slutsatser 239

9. Förfarandet. 244
9.1 Allmänt 244
9.2 Taleberättigad borgenär 248
9.3 Är utomprocessuell återvinning möjlig? 249
9.4 Vem är rätt återvinningssvarande? 251
9.5 Samband mellan återvinning och specialexekution 252

10. Gränsen mellan benefika och onerösa rättshandlingar 254
10.1 Allmänt om benefika rättshandlingar 254
10.2 Särskilt om blandade fång 256
10.3 Analogisk tillämpning av skattelag? 260
10.4 Undantag för sedvanliga skänker 262

11. Skade- och nackdelsrekvisit. Typfall. 264
11.1 Allmänt om kravet på borgenärsskada 264
11.2 Nackdelsrekvisitet i svensk rätt 266
11.3 Medelbar skada 268
11.4 Utbyte av egendom. Belastningar 268
11.5 Passivitet 271

11.6 Ensidiga rättshandlingar. Processhandlingar 271
11.7 Avstående från arv, testamente och gåva 273
11.8 Comfort letters, naturlig fordran och tredjemanspant 277

12. Ond tro och otillbörlighet 280
12.1 Från kollusion till presumtion 280
12.2 Otillbörlighetskravet i jämförande perspektiv 281
12.3 Förvärvarens onda tro 291

13. Primärförvärvarens ställning 292
13.1 Vederlagskrav vid onerösa och benefika rättshandlingar 292
13.1.1 Onerösa rättshandlingar 292
13.1.2 Benefika förvärv 294
13.2 Värdeersättning i stället för naturaprestation 294
13.3 Skyldighet att utge avkastning 295
13.4 Kompensation för nedlagda kostnader 295
13.5 Jämkningsregeln i 4:17 konklurslagen 297

14. Sekundärförvärvarens ställning 304
14.1 Sekundärförvärvarens ställning som singularsuccessor 304
14.2 Sekundärförvärvaren ersättningsskyldig endast för vinst? 305
14.3 Valfrihet att vända sig mot sekundär- eller primärförvärvaren eller båda 307

15. Återvinning utom konkurs även i svensk rätt? 308
15.1 Inledning 308
15.2 Lagstiftning nödvändig 309
15.3 Subjektiv eller objektiv återvinningsgrund 311
15.3.1 Allmänt 311
15.3.2 Tidsfrister och utomprocessuell återvinning 312
15.3.3 Frivillighet och ensidiga gynnanden 312
15.3.4 Jämförelse med ackord och utmätning 314
15.4 En närmare gränsbestämning mellan återvinning inom och utom konkurs 314
15.5 Borgenärsskada 319
15.6 Slutord 321

Bibliografi 325

Romerska källställen 332

Rättsfallsregister 333

Sakregister 337

Nya och gamla konkurslagen 342

Förkortningar

För sättet att citera rättsfall hänvisas till gängse handböcker.

AnfG	Anfechtungsgesetz
BA	Bankruptcy Act 1914
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BW	Burgerlijk Wetboek
Ds	Departementsserien
DsJu	Departementsserien, justitiedepartementet
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FAL	Lag (1927:77) om försäkringsavtal
FHL	Lag (1984:649) om företagshypotek
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
Fskr	Festskrift, Festschrift etc
Fw	Faillissementswet
GB	Giftermålsbalken (1920)
Harv L Rev	Harvard Law Review
HB	Handelsbalken
HR	Hoge Raad
IA	Insolvency Act 1986
Iowa L Rev	Iowa Law Review
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KL	Konkurslagen (1987:672)
KLP	Konkurslagens promulgationslag (1921:226)
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
Kwartaalbericht NBW	Kwartaalbericht Nieuw Burgerlijk Wetboek

LAG	Landgericht
LAP	Law of Property Act 1925
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NFw	Nieuw Faillissementswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Prop	Proposition
Rép civ	Répertoir de droit civil
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorderingen
S(s)	Section(s)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
Tex L Rev	Texas Law Review
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UB	Utsökningsbalken
UCC	Uniform Commercial Code
UCC L J	UCC Law Journal
UFCA	Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UFTA	Unifrom Fraudulent Transfer Act 1984
U L A	Uniform Laws Annotated
W	Weeklbad van het Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftswesen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ÄB	Ärvdabalken
ÄGB	Giftermålsbalken (1734)
ÄKL	Konkurslagen (1921:225)
ÄktB	Äktenskapsbalken

1. Inledning

1.1 Kortfattat om ämnesval och metod

Institutet återvinning utom konkurs är okänt i svensk rätt. Få svenska jurister förefaller ha hört talas om det och än mindre övervägt dess introducerande. Likväl är en reaktion jag mött, att det "kanske inte vore så dumt". Man skulle i vissa flagranta fall av borgenärskollusion slippa ta vägen om konkurs för att rätta till uppkommen skada. Sådana möjligheter att återbryta i sig giltiga avtal skulle också ha en preventiv effekt på samma sätt som återvinningsremedierna i konkurs. Efterkrigstidens mest omfattande näringslivsskandal – turerna kring Fermenta – faller genast i ögonen, även om bolagets huvudägare och främste företrädare, karusellens livaktigaste aktör, sent om sider i oktober 1987 försattes i personlig konkurs.

Denna studie av återvinning utom konkurs har emellertid inte som enda eller dominerande syfte att plädera för institutets införande i svensk rätt. Den utgör framför allt en självständig rättsjämförande undersökning av de skilda rekvisit och rättsföljder, som förekommer i ett antal utländska rättsordningars reglering av respektive *actio Pauliana, Anfechtung* och *fraudulent conveyances.* Jag tror också, att åtskilligt av vad som framkommer om dessa instituts tillämpning kan vara av värde och intresse för behandlingen av *svensk* konkursrättslig återvinning. Flera centrala frågor kommer att granskas kritiskt i bokens senare avdelning.

Återvinning i och utom konkurs har åtskilliga gemensamma drag. De bygger båda på grundtanken att uppsåtligt borgenärsskadliga transaktioner skall återgå. I konkursrättsliga sammanhang förekommer därutöver ett antal särskilda återvinningsfall, ofta av mer eller mindre objektivt slag för att lindra de bevissvårigheter som är förenade med grundstadgandets krav på ond tro. Även i utländska regler om återvinning utom konkurs finner man stundom vissa av dessa bevislättnader i form av presumtioner eller objektiva återvinningsregler. I den delen är variationen rik mellan de undersökta rättsordningarna.

Flera skäl har styrt koncentrationen från konkursområdet till det erkänt praktiskt mindre betydelsefulla institutet återvinning *utom* konkurs. Ett är redan nämnt. Det innebär en nyhet för svenska läsare. Ett annat är materialets omfattning. Skulle jag ha studerat även konkursrättens återvinningsgrunder, hade boken blivit vida mera omfattande. Från båda dessa utgångspunkter kan dock sägas, att redovisning och analyser av utländska förhållanden likväl inte saknar intresse för den inhemska konkursåtervinningen, när det gäller fall och situationer, som motsvarar hos oss kända. I den analyserande avdelningen kommer jag att göra omfattande jämförelser även med svensk återvinningsrätt. I åtskilliga fall blir det även anledning till ställningstaganden, som går utanför bokens komparativa syfte. Ett tredje skäl att inte spänna över hela det konkursrättsliga återvinningsfältet utgör *Gertrud Lennanders* stora studie,[1] som också innehåller visst utländskt material. Även om flera av hennes ståndpunkter förtjänar att diskutras och även om ny praxis kan fordra vidare analys, är hennes framställning av den höga halt att tiden knappast kan anses mogen för ytterligare en heltäckande svensk monografi i ämnet. Sist kan nämnas, att det mig veterligen inte förekommer någon brett upplagd undersökning av detta slag.[2] Den kritiske läsaren frågar sig då, varför studien är skriven på svenska. Mitt enkla svar blir, att det förefaller omöjligt att väcka ens det ringaste intresse bland inhemska jurister för en sådan produkt, om den hade klätts i främmande språkdräkt. Och dessutom har av naturliga skäl flera av reglerna kommit att betraktas från svenska utgångspunkter, vilket blir särskilt märkbart i bokens senare avdelning.[3]

Metodmässigt har jag i detta som i tidigare rättsjämförande arbeten valt att först presentera de främmande rättsordningarna på deras egna villkor. Det innebär att jag i bokens första avdelning ger sammanhållna länderöversikter i stället för att plocka ut enskilda bitar – exempelvis rekvisit och rättsföljder – och göra en direkt jämförelse. Det är min erfarenhet att sistnämnda metod, som förordas av många komparatister och som förvisso ger en mera koncentrerad framställ-

[1] Lennander, Återvinning i konkurs (1985).

[2] J A Ankums utomordentliga studier av den romerska rättens actio Pauliana och den nutida nederländska rättens återvinning utom konkurs ger positivrättsligt endast kortfattade utblickar till främmande lag.

[3] Jag tillåter mig att åberopa korridorkamraten Per Henrik Lindbloms prejudikat genom den nyligen timade publiceringen av det digra verket Grupptalan, s 40, med vilket jag i övrigt inte vågar göra jämförelser.

ning, starkt förvårar förståelsen av den främmande rätten. Redovisningen i bokens första avdelning är för den skull inte i första hand deskriptiv. Åtskilliga fenomen i de utländska rättsreglerna har kommenterats "på plats". Där förekommer även ett antal självständiga rättsfallsanalyser, medan jag mindre ofta har tagit egen ställning i de doktrindiskussioner, som förevarit.

Materialredovisningen är medvetet olikartat utformad. Nordisk rätt saknas av naturliga skäl, eftersom institutet saknas utom i Finland, där språket tyvärr hindrat mig att gå vidare. I diskussionen de lege ferenda om införande av återvinning utom konkurs i svensk rätt har jag dock noterat vissa positiva synpunkter, som framförts i våra närmaste grannländer.

Utförligast är presentationen av *nederländsk* rätt. Material i form av lag, lagförslag, praxis och doktrin är där omfattande. Den pågående civillagsreformen har dessutom medfört ett ytterligare uppsving i en redan intensiv och uppslagsrik rättslig diskussion. Vidare är nederländsk rätt enligt min mening en oförtjänt undanskymd källa för rättsjämförande studier, i synnerhet som kvaliteten i den förmögenhetsrättsliga handboks-, monografi- och tidskriftslitteraturen är påfallande hög. Rättsfallsmaterialet är rikhaltigt men svårforcerat, eftersom *Hoge Raad* är en kassationsinstans, vars avgöranden ofta är i det närmaste obegripliga utan de supplement, som generaladvokatens betänkande och rättsvetenskapsmäns praxisnoter utgör.

Om det nederländska avsnittet kan anses alltför vidlyftigt, kan redovisningen av *anglo-amerikansk* rätt synas alltför torftig. Modern litteratur på området är emellertid mager. Nyare engelsk praxis är tunnsådd och en just timad lagändring svårfångad. Det amerikanska materialet är däremot inte oväntat överväldigande, om en detaljerad rättsfallsgenomgång skulle äga rum. Jag har inte tagit mig före en sådan hopplös uppgift, sedan jag kunnat konstatera att ingen inhemsk jurist gjort det i senare tid. De encyklopediska verkens ohämmade uppräkning av prejudikat ger inga trådar att börja dra i, och den ganska omfattande tidskriftslitteraturen bjuder på få slagkraftiga resultat trots bidragens spatiösa omfång med notapparater av imponerande, ehuru "hopklippt", slag. Den amerikanska rätten är därför i huvudsak presenterad utifrån de två förefintliga modelllagarna på området.

Fransk rätt har beaktats ganska översiktligt. Anledningen är att likheterna med nederländsk rätt är mycket stora. *Tysk* rätt har där-

emot fått ett ganska stort omfång på grund av intressant, modern praxis och ett pågående reformarbete på insolvensrättens område.

Varje komparativ undersökning måste göra begränsningar vid urvalet av de i en studie ingående rättsordningarna. De upptagna talar för sig själva. Den franska är kanske väl löst påhängd, men de tre övriga representerar var sin krets av återvinningsinstitutet. Den gällande nederländska rätten har nära förbindelser med en lång romerskrättslig tradition, samtidigt som det pågående reformarbetet ger intressanta impulser. Västtysklands Anfechtung framstår som en mera självständigt utformad avläggare till det allmänna romerska arvet. Från svenska utgångspunkter kan för övrigt tysk rätt på ett område som detta inte förbigås. Anglo-amerikansk juridik slutligen är alltid stimulerande som exempel på mystifierande avvikelser. Jag har låtit mig nöja med dessa jämte en rättshistorisk introduktion. Nära till hands hade legat att fortsätta med Schweiz och Österrike för att därefter betrakta medelhavsområdet. Det har sagts mig, att italiensk actio Pauliana bjuder på särskilt värdefulla godbitar. Men ambitionen har helt enkelt inte sträckt sig så långt. De beskrivna rättsordningarna ger i sig en tillräcklig bredd för jämförelser.

Terminologiskt används i det följande *borgenären* som beteckning på den som gör gällande att han blivit skadad av sin gäldenärs rättshandling. Borgenären är alltså i alla sammmanhang den återvinningskärande parten. Återvinningssvarande är regelmässigt den som mottagit egendom eller på annat sätt dragit fördel av gäldenärens borgenärsskadliga agerande. Jag kallar denne gäldenärens medkontrahent för *förvärvaren,* där termen inte kan missförstås. Han är visserligen tredje man i förhållande till återvinningsborgenären, eftersom de inte står i avtalsförhållande till varandra. Den termen blir emellertid förvillande i de fall återvinningsegendomen varit föremål för ytterligare transaktioner. Förvärvarens successor är en annan form av tredje man. Förekommer diskussion om en sådan successors ställning, talar jag i stället om *sekundärförvärvaren* för att skilja honom från gäldenärens medkontrahent, *primärförvärvaren.*

I svenskt juridiskt språkbruk har termen *återvinning* kommit att reserveras just för fall av angrepp mot borgenärsskadliga förfoganden.[4] I här undersökta utländska rättssystem saknas en liknande pre-

[4] Från den *processrättsliga* termen återvinning i betydelsen rättsmedel kan bortses i det fortsatta, eftersom fara för förväxling inte föreligger.

ciserad term, åtminstone såvitt avser rättsföljden.[5] Allmänna uttryck och begrepp inom ogiltighetsläran har i stället fått täcka även denna specialform.[6] Jag har inte låtit mig avskräcka av denna "brist" utan använder ordet återvinning, när ett mera generellt uttryck inte varit nödvändigt.

Redan i medeltidsutvecklingen av den romerska rätten diskuterades, om actio Pauliana byggde på tanken, att den angripna rättshandlingen var i sig en nullitet eller på annat sätt *ogiltig* eller att den otillbörliga dispositionen gav upphov till ett *skadeståndsliknande* krav mot återvinningssvarande förvärvare. För att ge variation åt texten har jag inte alltid strikt vidmakthållit de terminoligiska skillnaderna i denna del. Uttryck som ogiltigförklara, angripa, göra sig betalt ur det överlåtna, rikta sig mot förvärvaren och även själva återvinna är inte menade att ta konkret ställning till en rättslig klassificering av återvinningsanspråket. Endast när en sådan diskuteras särskilt är ordvalet mera precist.

Slutligen kan tilläggas, att jag i framställningen inte berört den skillnad, som i svensk doktrin och praxis görs mellan "skada" och "nackdel".[7] Större möda har hos oss lagts ned på denna begreppsbildning än vad jag funnit i det utländska materialet. Kortfattat kan sägas, att det svenska nackdelsbegreppet, som introducerades genom konkurslagsreformen 1975, främst spelar roll för de objektiva återvinningsfallen, vilka i stort sett saknar motsvarighet vid återvinning utom konkurs. Den främsta skillnaden gentemot vårt äldre begrepp "skada" ligger i att kravet på gäldenärens insolvens har släppts. För flertalet av de situationer, som kommer att beröras i den fortsatta

[5] Termen *återvinning* har dock hos oss genomgått en betydelseförändring från att ursprungligen ha avsett själva objektet (så Lejman, 1939, s 8 ff) till att numera avse den angripna rättshandlingen (så lagberedningen i SOU 1970:75 s 114 och HD i *NJA 1984 s 816,* 822). – Vi bör kanske inte heller glömma, att grundbetydelsen bakom *actio Pauliana* är den processform, som skall leda till rättsföljden återvinning. I Nederländerna har dock olika avledningar skapats, så att man t ex talar om en "paulianös rättshandling" i betydelsen att den kan återvinnas. Sådana språkexperiment har jag inte vågat mig på, trots att sista handen vid detta manuskript läggs i en tid, då uttryck som "värstingar" är på var mans läppar. Det är nog inte lika lätt att få den juridiskt intresserade allmänheten att tala om "Paulianare", när utövare av borgenärsskadliga rättshandlingar diskuteras. I Småland skulle man snarast tro att det rör sig om en ny frikyrkosekt.

[6] Som exempel kan nämnas *vernietigen, attaquer, anfechten;* i anglo-amerikansk rätt är terminologin ännu allmännare.

[7] För en detaljerad genomgång, se Lennander kap 4; Walin, Materiell konkursrätt s 134 ff; Welamson, Konkurs s 60 ff.

undersökningen, krävs emellertid att gäldenären inte kan betala sina skulder, låt vara att betalningsoförmågan stundom av oss skulle definieras insufficiens och inte som insolvens. Jag använder därför genomgående termen *skada* för att i det analyserande kapitel 11 efter en närmare jämförelse söka komma begreppet in på livet. Att denna skada kan vara av omedelbart eller medelbart slag är en annan sak.

1.2 Avgränsningar

Institutet återvinning utom konkurs trodde jag, när arbetet påbörjades, var en lagom avgränsad uppgift för en rättsjämförande studie av modest omfång. Vid närmare påseende visade sig emellertid stora avgränsningsproblem torna upp sig.

Syftet med återvinning både inom och utom konkurs är välbekant. Sakrättsligt skyddade transaktioner som på i lag föreskrivet sätt åsidosätter borgenärers rätt kan göras om intet.[8] Borgenären eller i konkursfallet borgenärskollektivet skall framför förvärvaren få tillgång till det som gäldenären frånhänt sig. Förefintligheten av ett återvinningsinstitut spelar också en preventiv roll. Faran av att återvinning tillgrips kan tänkas avhålla en gäldenär från att undanskaffa egendom eller ensidigt gynna vissa fordringsägare i ett läge, då han ser sin ekonomi så försvagad att han inte fullt ut kan göra rätt för sig.

Vid närmare eftertanke visar det sig emellertid, att åtskilliga förmögenhetsrättsliga institut fyller samma funktioner som återvinning. Även delar av den offentliga rätten kan ha likartat syfte. Låt mig ge några exempel.

Den obligationsrättsliga *ogiltighetsläran* i dess varierade former är ett tydligt fall, som mycket väl kan utnyttjas av en förfördelad borgenär.[9] Antag att gäldenären frånlurats medel av en hårdför fordringsägare. I gangsterkretsar kan så ha skett under råntvång; eljest kanske regler om svek eller ocker blir tillämpliga för att göra rättshandlingen om intet. Det frånlurade återgår till gäldenären och blir där tillgängligt som exekutionsunderlag. Avhändelser genom

[8] Dispositioner, som med svensk terminologi ännu inte vunnit sakrättsligt skydd, omfattas inte av återvinningsregler. De är ju alltjämt gripbara för borgenären. Frågan om sakrättsligt skydd har dock sitt intresse i de fall olika regler gäller för konkurs- och utmätningsfall.

[9] Jfr Lennander s 35 f, där även vissa associationsrättsliga regler nämnts. Hon menar för sin del att den rådande överlappningen i förhållande till de rena återvinningsreglerna underlättar vid svåra gränsdragningar.

pacta turpia eller rena skenrättshandlingar behöver borgenären inte heller respektera. Likartade resultat uppnås även vid mindre förkastliga fall av oredligt handlande. För att ta exempel ur svensk rätt kan nämnas angriplighet enligt 33 § eller 36 § avtalslagen eller enligt förutsättningsläran. Ersättningsskyldighet i fall av obehörig vinst, condictio indebiti, culpa in contrahendo, negotiorum gestio och annan typ av kvasikontrakt kan stundom spela en jämförbar roll.[10]

I vart fall om gäldenären är försatt i konkurs kan alla dessa slag av mot borgenärskollektivet illojala transaktioner angripas. Konkursförvaltaren har möjlighet att väcka vanlig civil talan mot gäldenärens avtalsparter.[11] För en enskild borgenär, som utan samband med konkurs förgäves sökt få betalt för sin fordran, ställer det sig svårare; svensk rätt ger honom inte talerätt mot tredje man.[12] Någon motsvarighet till den franska *l'action oblique* finns inte hos oss.

Kontraktsrättsliga regler som motsvarar de nu uppräknade kan betecknas som allmängods i de västerländska rättsordningarna. Bland särskilt intressanta fenomen inom denna sfär kan nämnas den tyska rättens generalklausuler i §§ 138 och 242 Bürgerliches Gesetzbuch, som sedan länge blivit föremål för en mycket omfattande rättsbildning. Från det rättsområdet kan också nämnas den rika praxis, som utvecklats rörande ogiltighet och jämkning av standardavtal, *Allgemeine Geschäftsbedingungen,* enligt den särskilda lagen därom. Inte minst på det senare området finns också i Nederländerna ett stort material. Inom anglo-amerikansk obligationsrätt spelar den svårfångade läran om *consideration* – skyldigheten att utfästa vederlag för att ett bindande oneröst avtal skall anses ha kommit till stånd – en roll, som i enstaka fall kan vara till fördel för en otillfredsställd borgenär.

Det kan också nämnas, att hela läran om kvasikontrakt är vida mera utbyggd och tillämpad i kontinental och anglo-amerikansk rätt än hos oss. Regler om obehörig vinst intar en mycket central roll i alla rättssystem med genuint romerskrättslig tradition.[13] Åtminstone i

[10] Jag kommer inte här eller fortsättningsvis att systematiskt hänvisa läsaren till handbokslitteratur eller andra källor för de nämnda instituten. Ett undantag må dock göras för de nyss uppräknade genom att slå ett slag för ett nyutkommet verk, B Lehrbergs djuplodande avhandling om Förutsättningsläran (1989).

[11] Se Welamson, Konkurs kap 4 § 1 med hänvisningar.

[12] Se närmare härom Ekelöf, Rättegång II, § 12.III.3; Lindblom, Processhinder s 214 ff.

[13] Hur de spelat roll även i rena återvinningssammanhang kommer att visas redan i det historiska kapitlet nedan.

tysk rätt är culpa in contrahendo ett ofta utnyttjat sätt att erhålla kompensation, där andra institut inte förslår.

Går vi vidare i sökandet efter borgenärsremedier, kan man peka på regler i *familje- och successionrätten.* Två stadganden i den svenska äktenskapsbalken skall behandlas i nästa kapitel om svensk rätt.[14] Här skulle också kunna nämnas regler om återgång av bodelning och arvskifte i fall då ett dödsbo inte dessförinnan betalt eller ställt säkerhet för alla den avlidnes skulder.[15] Däremot har för vissa situationer meddelats förbud för borgenärer att göra gällande, vad som kunde betecknas som successionsrättsliga eftergifter från gäldenärens sida. Jämkning av testamente eller gåva kan alltså inte påkallas av den förfördelade arvingens fordringsägare; inte heller kan de i dennes ställe klandra testamente.[16] Detta direkta förbud mot vad fransk rätt betecknar som *l'action oblique* säger enligt min mening inget uttryckligt om att återvinning i konkurs skulle vara utesluten.[17] Utanför generalexekutionens område går det uppenbarligen inte.

Det förefaller självklart, att utländsk rätt har åtskilligt att bjuda till fordringsägares försvar även på detta område. Mina kunskaper är emellertid begränsade, och jag kommer inte att ge särskilt utförliga exempel på familje- och successionsrättslig reglering utom för Nederländerna. Däremot berörs på flera ställen frågan om återvinningsmöjlighet vid gäldenärs eftergift.

Ser vi till *associationsrätten,* finns vissa skyddsregler inbakade i den svenska aktiebolagslagen, bl a styrelseledamöters personliga gäldsansvar och ersättningsskyldighet för ren förmögenhetsskada.[18] Även borgenärsskadliga koncernbidrag och vinstutdelningar kan åtkommas på bolagsrättslig väg vid sidan av återvinningsreglerna. På senare tid har dessutom särskilt uppmärksammats transaktioner mellan samverkande bolag i ett koncernförhållande. Utvidgade regler om

[14] Se nedan *avsn 2.2.*

[15] 21:4 ÄB med återvinningsliknande följdstadganden. Jfr även de numera upphävda bestämmelserna i samma kapitel om dödsbodelägarnas ansvar för den avlidnes skulder, ifall de inte lät avträda boet till förvaltning av boutredningsman.

[16] 7:7, 14:6 ÄB.

[17] Lagmotiv och doktrin synes dock utesluta även konkursrättslig återvinning i dessa sammanhang, se Lennander s 176 f; Walin s 167 f, vilket alltså förefaller mig vara en alltför snabb slutsats, måhända dragen på grund av bristande insikt om just *l'action oblique.*

[18] Reglerna återfinns i bl a 13:2, 15:1 AB. Om hithörande frågor, se exvis Kedner & Roos, Aktiebolagslagen II s 308 ff, 363 ff; Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 305 ff; Rodhe, Aktiebolagsrätt, 10.B, 14.A.a.

ansvarsgenombrott har påfordrats. I ett utredningsbetänkande, som nyligen remissbehandlats, har föreslagit en försiktig utvidgning.[19] Bland situationer som där uppmärksammats är i detta sammanhang särskilt intressant att betrakta underkapitaliserade verksamheter, ett område där tysk återvinning utom konkurs sedan länge varit möjlig enligt ett specialstadgande i Anfechtungsgesetz.[20]

Mina kunskaper om främmande associationsrätt är inte av det slaget att jag kan ge preciserade exempel på likartade skyddsregler. Det är emellertid allmänt bekant, att svensk bolagsrätt inte intar en förstarangsställning i dessa och andra frågor. Den är snarast att betrakta som primitiv. Man kan därför utgå från att länder som de i denna studie undersökta kommit vida längre när det gäller att skydda bolagsborgenärer. Detaljerade bestämmelser för regleringen av koncernförhållanden återfinns exempelvis i nederländsk rätt.[21] Den påtvingade öppenheten i börsbolags redovisning, som återfinns särskilt tydligt i Förenta staterna, utgör också ett slags borgenärsvärn.

Inom *skadeståndsrätten* i allmänhet utgör ersättningsskyldighet för ren förmögenhetsskada ett område, där svensk rätt sedan gammalt varit på efterkälken. Vår märkliga anknytning till straffbar gärning i andra än specialreglerade fall har gjort institutet i det närmaste obrukbart som remedium för fördelade borgenärer. Annorlunda förhåller det sig utomlands.[22] Särskilt i Nederländerna och Frankrike har denna möjlighet blivit flitigt utnyttjad i här aktuella sammanhang och på sitt sätt överflyglat återvinningen, åtminstone i dess utomkonkursrättsliga form.

Ansvargenombrott är inte heller ett område, där svensk rätt utvecklat särskilt långtgående regler till skydd för borgenärer. Reformtankar inom associationsrätten har just berörts. De i nästa kapitel behandlade äktenskapsrättsliga stadgandena med regler om utvidgat gäldsansvar för förvärvaren kan dock ses som exempel på en sedan gammalt stadfäst möjlighet till ansvarsgenombrott i svensk rätt. Särskilt i Tyskland har en likartad men generell civilrättsregel om att borgenär i vissa fall kan utkräva sin fordran hos förvärvaren fått en

[19] SOU 1987:59. Ansvarsgenombrott m m.

[20] Se nedan *avsn 6.4.1.*

[21] Jag tackar professor F J W Löwensteyn, Leiden, för intressant information om dessa spörsmål.

[22] För en heltäckande och nyanserad framställning, se Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987), som även innehåller komparativa moment.

vidsträckt tillämpning.[23] Den har blivit så flitigt använd, att man nu föreslår dess avskaffande för att undgå överkompensation av vissa borgenärer.

Så långt en överblick av privaträttsliga institut, som fyller en återvinningsliknande funktion eller ger borgenären möjlighet till motsvarande kompensation. Men även den offentliga rätten i dess olika former skulle vara av värde att undersöka. *Exekutionsrättsliga* regler är särskilt näraliggande. Redan i avsnitt 1.1 gav jag skälen för att behandla endast återvinning *utom* konkurs. Det säger sig självt, att en undersökning av konkurs- och ackordslagstiftningens återvinningsregler inneburit tillgång till ett alldeles särskilt värdefullt jämförelsematerial.

I samband med konkursrättslig återvinning kan nämnas en svensk specialreglering i *117 § försäkringsavtalslagen.* Konkursbo har rätt att på återvinningsliknande sätt rikta sig mot försäkringsbolaget, för det fall gäldenären erlagt orimligt omfattande premier för en utmätningsfri försäkring.[24] Jag har inte undersökt, om det finns utomnordiska motsvarigheter till detta stadgande.

Även inom *utmätningsförfarandet* torde det finnas intressant material till belysning av borgenärers kompensationsmöjligheter i fall då egendom undandragits. Det räcker med att erinra om det aldrig genomförda förslaget till utmätningsåtervinning i svensk rätt.[25] Ingen av de utländska rättsordningarna i denna undersökning uppställer visserligen ett absolut krav på att utmätning skall ha visat sig resultatlös, innan borgenären kan vända sig mot förvärvaren. Det är likväl påtagligt, åtminstone i de kontinentala systemen, att det smidigaste beviset för gäldenärens bristande fullgörelseförmåga är förknippat med framgångslösa exekutionsförsök.

Åtskilligt av intresse kan ventileras i samband med själva utmätningen. Är den tillräckligt effektiv för att ge en rättvisande bild av gäldenärens ställning? Hur avgörs frågan, vilket nästa steg en borgenär skall ta, sedan utmätningen inte gett resultat? Skall han söka gäldenären i konkurs, eller är återvinning utom konkurs en framgångsrik väg? Hur konkurrerar en utmätningsborgenär med andra

[23] Om § 419 BGB, se nedan *avsn 6.8.*

[24] En försiktig utvidgning av stadgandet har föreslagits i försäkringsrättskommitténs delbetänkande Personförsäkringslag, SOU 1986:56; se specialmotiv till 7:7 lagförslaget s 662 ff. Anknytningen till konkurs och ackord är dock bibehållen. Efter avslutad remissbehandling skall förslaget nu bli föremål för nordiska överläggningar.

[25] Se nedan *avsn 2.3.*

fordringsägare? Vilka förmånsrätter måste respekteras inom ramen för skilda exekutionsformer? Och vilka instrument står till buds för exekutiva tillslag mot egendom hos tredje man, dvs gäldenärens medkontrahent?

Ytterligare ett väsentlig inslag i utmätningsförfarandet är de presumtionsregler för äganderätt som gäller.[26] Om dessa är tillräckligt starka, behöver borgenären inte respektera påstående om att egendom i gäldenärens besittning har överlåtits på annan. Även om så vore fallet och överlåtelsen i sig är återvinningsbar, hinner fordringsägaren sitt mål fortare genom att gäldenären inte förmår prestera hållbar motbevisning om den träffade dispositionens sakrättsliga verkan. Det är ju först efter det att sakrättsskydd uppkommit, som borgenären måste gå vidare med exempelvis återvinningstalan mot förvärvaren.

Till det nu sagda kommer dessutom frågor om ett rättssystems insolvensrättsliga grundsyn. Är huvudmålet som hos oss och alltjämt i Tyskland borgenärers förnöjande, eller är det som i Förenta staterna och numera även i Frankrike och England i stället livskraftiga rörelsers rekonstruktion.[27] Pejlingar av den i många länder pågående reformdiskussionen på dessa områden ger i vart fall vid handen, att utvidgade återvinningsmöjligheter hälsas med glädje.

Slutligen kan försiktigt påpekas, att åtskilliga allmänna processrättsfrågor vore förtjänta av en närmare undersökning. Inte minst gäller det hela bevisläran med frågor om bevisbörderegler, materiella beviskrav och presumtionsregler. Hur skall fastställas att någon av aktörerna handlat i ond tro? Även skilda processformer, inte minst de summariska, är av betydelse om man vill få en heltäckande bild av tillgängliga borgenärsremedier.

När det vidare gäller återvinningens preventiva effekt, borde särskit undersökas de *straffrättsliga* stadganden som kan finnas om bedrägeri i allmänhet men framför allt om specifika gäldenärsbrott, sådana som vi känner från 11 kap brottsbalken. I fråga om bevisbedömning och rekvisit borde straffrätten ha mycket att ge, inte minst i gränsdragningen mellan dolus och culpa. Straffrättsteorier kan också stimulera till debatt i frågan, huruvida det verkligen finns mätbara allmänpreventiva verkningar hos en viss rättsregel.

[26] Jfr 4:17–19 UB

[27] Om pågående insolvensrättsreformer i åtskilliga länder, se exvis Lennanders utmärkta redovisning i TfR 1987 s 545–589. För tiden därefter finns vissa nedslag ur den fortsatta reformdebatten i redovisningen nedan.

På *skatterättens* område slutligen torde finnas åtskilligt material om ansvarsgenombrott och liknande utsträckt ansvar för annans gäld. I svensk rätt kan nämnas ersättningskrav riktade mot ställföreträdare för arbetsgivare, som underlåter att i rätt tid inbetala preliminärskatt och socialavgifter.[28] Måhända är detta en speciellt sträng svensk regel. Jag vet inte, men tror det knappast.

Utan försök till fullständig redovisning har jag här gett en rad exempel på privaträttslig och offentligrättslig reglering, som hade varit av största intresse att väga in vid bedömningen av hur ett återvinningsinstitut verkar. För att ytterligare berika bilden borde även rättssociologiskt och rättsekonomiskt material beaktas, i den mån sådant över huvud taget finns tillgängligt.

En av den komparativa rättens viktigaste uppgifter är just att visa upp helhetsbilder av hur rättsliga institut fungerar både för sig och i samverkan med andra. Forskaren måste leva sig in den juridiska miljö han undersöker. För en borgenär, som söker kompensation för gäldenärens kollusiva minskning av exekutionsunderlaget, står alltså till buds ett stort antal mer eller mindre överlappande rättsregler. Den rättsjämförande undersökningen blir utan tvekan fattigare av att koncentrationen ligger på tillämpningen av blott ett institut och dess tillämpning.

Det myckna som här upptagits kommer alltså att möta blott styckevist i den fortsatta framställningen. Främst i kapitlet om nederländsk rätt har jag behandlat vissa av de nyss nämnda sidospåren till återvinningsreglerna. Det inses lätt, att en total kartläggning av ett så disparat rättsligt material inte låter sig göras, om man vill bibehålla kravet på viss säkerhet i redovisningen. Ytliga utvikningar blir lätt vilseledande. Förhoppningsvis kan de utkastade trådarna leda till att andra spinner vidare på dessa intressanta uppslag till fortsatta komparativa studier. Den förelagda uppgiften att undersöka institutet återvinning utom konkurs i några västerländska rättsordningar har – med alla sina begränsningar – för mig kommit att framstå som tillräckligt komplicerad. Med denna något uppgivna suck överlämnar jag den fortsatta framställning till läsaren.

[28] 77 a § uppbördslagen och 21 § lagen om uppbörd av socialavgifter.

2. Svensk rätt

Svensk rätt saknar, liksom dansk och norsk,[1] ett institut, som i överensstämmelse med den romerska rättens *actio Pauliana* och dess nutida motsvarigheter möjliggör för en borgenär att utom konkurs ogiltigförklara en otillbörlig rättshandling, riktad mot hans ekonomiska intressen. Återvinningsreglerna inom konkurs- och ackordsförfarandenas ramar har hos oss ansetts vara tillräckliga för att trygga borgenärernas möjligheter att komma åt skadliga dispositioner, som vunnit sakrättsligt skydd.

Att i några få ord här sammanfatta hela den svenska konkursrättens återvinningsinstitut har jag inte funnit meningsfullt. Inledningsvis skall dock något sägas om den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen, avsnitt 2.1. Från jämförelsesynpunkt är det nämligen det stadgandet, som ligger närmast den ursprungliga actio Pauliana och som därför kunde vara en inhemsk referens vid studiet av utländska rättssystems återvinningsregler utom konkurs. Till denna och andra återvinningsregler i svensk konkursrätt återkommer jag med vissa jämförelser i länderöversikterna men detaljerat och kritiskt i den analys och diskussion, som upptas i *avdelning B.* Därefter behandlas här två bestämmelser i äktenskapsrätten om förvärvares utsträckta ansvar för överlåtarens skulder, 2.2. De har en klart återvinningsliknande karaktär men är inte beroende av att gäldenären är föremål för konkurs- eller ackordsförfarande. Slutligen skall under 2.3 granskas ett reellt förslag till återvinning utom konkurs, avsedd att knytas till utmätningsförfarandet, som framlades

[1] I *Finland* däremot finns ett återvinningsliknande förfarande vid resultatlös utmätning, sedan 1973 reglerat i 3:35–36 utsökningslagen, således ej längre som Lennander anför 29 § 1895 års promulgationslag till samma lag. Förfarandet synes av rättsfallsrubriker på svenska inte utan praktisk betydelse. Språkbarriären, de obotfärdigas förhinder, har gjort att jag inte kunnat närma mig det finska materialet; se kortfattat Halila s 85. – I *Danmark* har diskuterats möjligheten till analog användning av konkursrättens återvinningsregler även utom konkurs. Enighet råder inte, och bekräftande praxis saknas, se Lennander s 39, 135.

av lagberedningen 1973 men förkastades av regeringen vid utsökningsbalkens tillkomst.

2.1 Konkurslagen

Här skall alltså inte hela det insolvensrättsliga återvinningskomplexet beskrivas. I den delen hänvisas till standardverken på området.[2] Men några kortfattade notiser kan kanske vara på sin plats som en orientering inför mötet med de utländska rättssytemen.

Stadgandena om återvinning återfinns numera i *4 kap konkurslagen.* De motsvarar 28–40 c §§ i 1921 års konkurslag, sådana de utformades genom 1975 års stora reform. Det ankommer i första hand på konkursförvaltaren att föranstalta om återvinning. Härutöver finns en subsidiär rätt för enskild borgenär att väcka talan. Vid *ackord* gäller i motsvarande mån konkurslagens regler. Det är emellertid inte gode mannen utan enskild borgenär, som måste ta initiativet, 16–18 §§ ackordslagen. I båda fallen skall – till skillnad från utländsk återvinning utom konkurs – det återvunna komma hela borgenärskollektivet till del.

Återvinningsgrunderna kan delas upp i två tydligt åtskilda kategorier. Först har vi den allmänna otillbörlighetsregeln med starkt *subjektivt* inslag:

> 5 §. En rättshandling, varigenom på ett otillbörligt sätt en viss borgenär har gynnats framför andra eller gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller hans skulder har ökats, går åter, om gäldenärens var eller genom förfarandet, ensamt eller i förening med annan omständighet, blev insolvent samt den andre kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig.
>
> Närstående till gäldenärens skall anses ha sådan kännedom som anges i första stycket, om det inte görs sannolikt att han varken hade eller borde ha haft sådan kännedom.
>
> Om rättshandlingen ägde rum mer än fem år före fristdagen, går den åter endast när den har gällt någon närstående till gäldenären.[3]

[2] Vid sidan av *Lennanders* redan nämnda monografi finns återvinningsfrågor rikhaltigt diskuterade av *Håstad,* Sakrätt avseende lös egendom, avsn 10.5, 11.3.4 m fl st; *Rodhe,* Handbok i sakrätt, § 21; *Walin,* Materiell konkursrätt, kap 9; *Welamson,* Konkurs, kap 3, med hänvsingar till hans stora monografi Konkursrätt, kap IV.

[3] Motiven till den nu gällande utformningen av 4:5 KL återfinns i NJA II 1987 s 283 ff. Se även NJA II 1976 s 158 ff, SOU 1970:75 och prop 1975:6 för 1975 års

Objektivt sett skall gäldenären alltså på ett otillbörligt sätt ha ensidigt gynnat borgenär, minskat sina aktiva eller ökat sina passiva. Hans förfarande skall ha medfört insolvens och sålunda varit till skada för en eller flera fordringsägare. Däremot krävs inte att gäldenären uppsåtligen sökt skada borgenär. Begreppet rättshandling i stadgandet skall tolkas vidsträckt och kan innefatta även underlåtenhet eller passivitet. En språklig ändring från "genom sitt förfarande" till "genom förfarandet" gjordes 1987.

Som en följd av rättshandligen skall alltså gäldenären ha blivit insolvent i den mening 1:2 konkurslagen stadgar, dvs annat än tillfälligt vara ur stånd att "rätteligen betala sina skulder". Det krävs emellertid inte att den otillbörliga rättshandlingen ensam leder till insolvens; så kan ha skett genom att andra faktorer samverkat. Härvid talas om att gäldenären har tillfogat borgenär medelbar eller indirekt skada.

Regeln fordrar borgenärens bevisning om att gäldenären blev insolvent, att insolvensen helt eller delvis uppstod genom gäldenärens agerande, att rättshandlingen var otillbörlig samt att förvärvaren var i culpös ond tro om dessa rekvisit. Som även utländsk erfarenhet visar, försvårar detta beviskrav regelns tillämpning. En viktig nyhet 1987 var därför en presumtionsregel, som till borgenärens fördel ålägger en närstående medkontrahent bevisbördan för att ha varit i god tro om gäldenärens insolvens och den skada eller nackdel, som rättshandlingen förorsakat. Presumtionen om ond tro bryts dock, om förvärvaren kan göra sannolikt att han saknat kännedom om de återvinningsgrundande omständigheterna.

Övriga materiella återvinningsstadganden i konklurslagen kan betecknas som *objektiva.* I dessa typsituationer saknas kravet på att förvärvaren skall ha varit i ond tro om rättshandlingens syfte eller effekter. De behöver inte heller i sig ha lett till eller förvärrat gäldenärens insolvens eller insufficiens. Däremot ligger som en i lagtext outtalad grund för reglerna, att det uppkommit nackdel för borgenär. På detta sätt specialreglerade är, hastigt uppräknade, gåva och blandade fång; eftergift vid bodelning; oskälig avlöning; viss överföring till pensions- eller personalstiftelse; icke ordinär betalning gjord i förskott, med osedvanliga betalningsmedel eller med avsevärd aktivminskning som följd; ställande av säkerhet för gammal skuld; vid utmätning erhållen egendom eller förmånsrätt.

reform; i väsentliga delar har återvinningsstadgandena alltjämt det innehåll de då fick.

För flertalet av dessa gäller en *absolut* verkande återvinning inom angivna kortare frister. Någon bevisning om gäldenärens bristande fullgörelseförmöga till följd av rättshandlingen behövs alltså inte. För samma typsituationer gäller längre frister för fall, där en närstående har förvärvat egendomen i fråga. I det läget kan förvärvaren emellertid freda sig geom att visa gäldenärens sufficiens – i några fall alltjämt solvens – trots den vidtagna åtgärden.

Det bör erinras om att grundstrukturen för de nuvarande återvinningsreglerna lades fast redan 1975. I samband med tillkomsten av 1987 års konkurslag gjordes vissa ytterligare ändringar utöver de just berörda. Denna typ av försiktig reformering gick främst ut på förlängningar av relevanta tidsfrister.

2.2 Äktenskapsbalken

Om en gäldenär står i begrepp att undandra sina fordringsägare viss egendom, faller det sig kanske allra naturligast, att han söker överlåta den på en närstående. Därigenom har han bl a goda möjligheter att fortsättningsvis utnyttja den bortskaffade egendomen. Och vem vill inte hellre gynna de sina än en bank, en varuleverantör eller skattemyndigheterna. I konkursrätten har sålunda återvinning starkt underlättats, om den angripna rättshandlingen är en transaktion mellan närstående. Svensk rätt har härutöver sedan gammalt i familjerättslig lag specialreglerat två fall av förfoganden mellan makar. Förekommer gåvor eller eftergift vid bodelning, kan en borgenär under vissa förutsättningar vända sig mot gäldenärens make, om denne gynnats av rättshandlingen.

I 8:3 äktenskapsbalken stadgas om *gåvotagande makes* ansvar för givarens gäld.[4] Rekvisiten är följande. Givaren/gäldenären skall ha stått i skuld till borgenären vid den tidpunkt, då gåvan genom registrering fick sakrättsligt skydd. Han skall vidare, när fordringen görs gällande, vara oförmögen att fullgöra sina förpliktelser mot borgenären. Gåvotagaren kan freda sitt förvärv genom att styrka gäldenärens sufficiens vid registreringstillfället. Borgenärens rätt att kräva förvärvaren är begränsad till fall, då gäldenären avhänt sig mera substantiella gåvor; "personliga presenter" är uteslutna.[5]

[4] Jfr i äldre rätt den likartade regleringen i 8:5 GB. I litteraturen har det gällande stadgandet kommenterats av bl a Agell s 85 f.

[5] I äldre lag talades om "sedvanliga skänker". Undantaget gällde då som nu endast gåvor som inte står i missförhållande till givarens ekonomiska villkor.

Borgenärernas skydd vid otillbörlig *bodelning* behandlas i 13:1 äktenskapsbalken.[6] Grundtanken är att make inte till skada för borgenär får eftersätta balkens i sig dispositiva regler för bodelning. Gäldenärens förfogande kan bestå i att han låter enskild egendom ingå i bodelningen eller mot balkens regler avstår egendom som skulle ha ingått. Ett tredje fall är att gäldenären byter ut en utmätningsbar tillgång mot utmätningsfri.[7] Endast den som hade fordran på gäldenären vid bodelningstillfället kan åberopa rätten att vända sig mot den gynnade maken. Även i detta fall kan den angripne freda sig med bevisning om gäldenärens sufficiens vid bodelningen. I 13:2 andra stycket äktenskapsbalken stadgas, att motsvarande regler gäller, om gäldenären gynnar avliden makes arvingar och testamentstagare på borgenärens bekostnad.

Utgångspunkten för 1980-talets familjerättsreformatorer var att bibehålla giftermålsbalkens regler om gåva och bodelning i stort sett oförändrade.[8] Alltjämt är det endast fordringar från tiden före rättshandlingen, som kan göras till föremål för det överflyttade gäldsansvaret. Mera självklar är den bibehållna regeln, att borgenären inte kan kräva gåvotagaren på mera än gåvans värde eller den gynnade maken på mera än avvikelsen från den legala bodelningsordningen. Att en gåvotagare får tillgodoräkna sig utgivet vederlag var tidigare nämnt i lagtexten. Detta väsentliga rekvisit har numera förpassats till motiven,[9] vilket är ägnat att väcka kritik. I lagtexten talas nämligen enbart om "gåva" och att mottagande make svarar "intill värdet av gåvan". Det är inte helt självklart, att dessa uttryck skall tolkas som avseende endast det rent benefika nettot.

Till skillnad mot vad som ofta förekommer i återvinningssammanhang görs i likhet med äldre lag ingen uppdelning mellan fall då förvärvaren var i god tro och då han var i ond tro om gäldenärens ekonomiska situation. Över huvud taget krävs för tillämpning av stadgandena ingen bevisning om subjektiva förhållanden. Gäldenären

[6] Jfr i äldre rätt det likartade stadgandet i 13:14 GB. Om nya lagen, se Agell s 127 f; Walin s 170 ff. – Samma regler gäller för sambor av skilda och samma kön, se 15 § 1987 års sambolag och generalhänvisningen i samma års lag om homosexuella sambor. För sambor finns däremot ingen motsvarighet till gåvotagares gäldsansvar enl 8:3 ÄktB.

[7] I sistnämnda fall kan borgenären dock inte komma åt enligt 11:8 ÄktB tillskiftad bostad och bohag.

[8] Motiven återfinns i familjelagssakkunnigas betänkande SOU 1981:85 s 238 ff, 344 f, 397 ff; i prop 1986/87:1 s 145 f, 195 ff; samt i NJA II 1987 s 34, 75 ff.

[9] Prop 1986/87:1 s 145; NJA II 1987 s 34.

behöver inte ha haft avsikt att skada borgenärer, när rättshandlingen företogs. Endast den skadliga följden, dvs gäldenärens oförmåga att fullgöra, behöver visas. Inte heller har med äktenskapsbalken introducerats tidsfrister, inom vilka borgenären måste göra gällande sitt anspråk. Den allmänna tioårspreskriptionen gäller alltså.

För gåvofallet har bibehållits en särregel om att förvärvaren är fredad från borgenärsanspråk, ifall den angripna egendomen utan gåvotagarens vållande gått förlorad. Denna särbehandling är märklig på flera sätt och saknar motsvarighet vid konkursrättslig återvinning.[10] Den förutsätter inte ens att förvärvaren var i god tro om gäldenärens skadeavsikt eller om transaktionens skadeverkningar. Även en ondtroende skyddas alltså. Snarast är här fråga om en grund, som åtminstone i godtrossituationer liknar läran om obehörig vinst. Det må vara att den fått ett erkännande i familjerätten; i svensk återvinningsrätt är den avvisad.[11]

Att särskilt trycka på avsaknad av culpa hos förvärvaren vid egendomens förlust kunde även föra tankarna till att regeln jämställs med utomobligatoriskt skadestånd, ett synsätt som stundom aktualiserats i utländska återvinningssammanhang. Som ännu mera märklig framstår i så fall regeln, eftersom inget undantag görs ens för fall, när förlusten ersatts av försäkring eller skadestånd.[12] Och varför skall gynnad make inte också vid bodelning åtnjuta motsvarande skydd mot borgenärsanspråk vid ofrivillig förlust? Det kanske i någon mån sammanhänger med att bodelningen som totalitet kan sägas resultera i ett generiskt anspråk till skillnad från en gåva, som regelmässigt är av individualiserat slag.[13] Men i vissa situationer är även bodelad egendom tydligt urskiljbar. Ett enkelt exempel är att gäldenären låter bestämd enskild egendom, kanske en Zorn-tavla eller en Haupt-byrå, överföras på andra maken. Sammantaget förefaller det nu behandlade särskyddet för gåvotagare tillkommet av en slump. Något skäl för dess bibehållande kan jag inte se, i synnerhet inte om gåvotagaren var i ond tro om gåvans syfte och effekter.

[10] 4:14 st 3 KL gör inget undantag för oförvållad förlust av egendomen. Se vidare Lennander s 330 ff.

[11] Lennander s 316 f. – Annorlunda och positiv inställning till läran om obehörig vinst i vissa återvinningssituationer förekommer utomlands, särskilt i Nederländerna och Tyskland.

[12] Även här motsatt utgång vid konkursrättslig återvinning, Lennander s 324.

[13] Jfr min utredning av det sakrättsliga individualiseringskravet i Traditionsprincipen, kap 16, där dock detta fall inte uppmärksammats.

Familjelagssakkunnigas motivering till här upptagna stadganden i 8 och 13 kap äktenskapsbalken är ganska intetsägande, vilket kanske inte bör kritiseras när det inte är fråga om en reformering av institutet. Den ledande tanken tycks vara, att borgenären inte skall behöva ta omvägen om konkursförfarandet för att få till stånd ett återvinningsliknande resultat. Väcks återvinningstalan inom ramen för inlett konkurs- eller ackordsförfarande, förfaller också rätten att göra gällande äktenskapsbalkens gäldsansvarsregler.[14] Till yttermera visso föreslog de sakkunniga, att borgenärens rätt att kräva den gynnade maken skulle begränsas till ett år efter rättshandlingen.[15] Den regeln ansågs "lämplig" med hänsyn till att en direkt konkurrens med den konkursrättsliga återvinningen inte vore önskvärd.

Inte heller remissinstanserna, lagrådet eller depratementschefen lade ned större möda på att diskutera här aktuellt gäldsansvar för gäldenärens make. Dock utsatte företrädare för skatteförvaltningen den föreslagna ettåriga preskriptionstiden för så hård kritik, att hela tanken på en tidsbegränsning förkastades.[16] Ser vi närmare på propositionens specialmotiv, kan följande noteras. I gåvofallet innehåller de inget substantiellt vid sidan av frågan om tidsbegränsning och det tidigare nämnda förbehållet för medkontrahentens vederlag.[17]

När det gäller *borgenärsskadlig bodelning,* är motiven fylligare.[18] Bland annat understryks faran av att viss egendom värderas felaktigt och att gäldstäckning sker med enskild egendom, när skulden är hänförlig till giftorättsgods. Däremot sägs att äktenskapsbalkens regler inte skall tillämpas, om bodelningen genom likvidering av skulder mellan makarna skulle innebära ett gynnande av make på andra fordringsägares bekostnad. Sådana förfaranden hänvisas till den konkursrättsliga återvinningen.[19]

Av betydelse är även det kortfattade motivuttalandet, att en skevdelning, som har sin grund i 12 kapitlets jämkningsregler, inte skall kunna åtkommas av borgenärerna inom ramen för 13 kapitlets utvid-

[14] 8:3 st 3 resp 13:1 st 3 ÄktB.

[15] SOU 1981:85 s 344.

[16] Prop 1986/87:1 s 146, 198; jfr remisskritik, ibid Bilaga 3 s 264 f.

[17] Prop 1986/87:1 s 145 f.

[18] Prop 1986/87:1 s 196 ff; NJA II 1987 s 75 ff..

[19] Se en av återvinningsgrunderna i numera 4:7 KL. För övrigt kan noteras, att rekvisiten i 4:7 KL och 13:1 ÄktB skiljer sig även på en annan punkt. Så talas i konkurslagen om att gäldenären skall ha eftergett sin rätt i *avsevärd mån,* ett rättsfaktum som inte behöver vara uppfyllt enligt ÄktB.

gade gäldsansvar eller ens med hjälp av konkursrättslig återvinning.[20] Jämkningsreglerna i balken innebär flera livligt diskuterade nyheter. De utgör också ett försvårande element i den praktiska hanteringen av bodelningsinstitutet.[21]

Min personliga aversion mot lagstiftning genom motiv – och för övrigt mot förarbetenas starka ställning i svensk rättstillämpning – gör mig odelat kritisk till uttalandet om jämkningsregelns absoluta företräde. På inget ställe i lagtexten görs en klar markering om att dess tillämpning skulle utesluta återvinning enligt balken eller konkurslagen. Lokutionen "på annat sätt än som anges i denna balk avstå egendom som skall ingå i bodelningen" har endast begränsad räckvidd,[22] vilket strax skall visas. Vi rör oss vid både jämkning och utvidgat gäldsansvar med tvingande lag till skydd för förfördelad. Vad är det som säger att en av vissa jämkningsregler gynnad make skall ha företräde framför gäldbunden makes borgenärer?

Beträffande skaderekvisitet har *Agell* i bodelningsfallet observerat en intressant tolkningsfråga, som ställer det nyss sagda i blixtbelysning. Kan de eftergifter, som avses i 13:1 äktenskapsbalken, anses innefatta, att gäldbunden make med den minsta nettoförmögenheten avstår från sitt anspråk på del i andre makens giftorättsgods?[23] En sådan disposition var angripbar enligt äldre rätts klara förarbetsuttalanden.[24] Agell menar för sin del, att en ändring i rättsläget inträtt med hänvisning till en av jämkningsgrunderna i 12:1 äktenskapsbalken. Där ges nämligen make bl a rätt att behålla allt sitt giftorättsgods, om den andre maken är försatt i konkurs när bodelning mellan levande skall förrättas.

Jag är inte beredd att oreserverat instämma med Agell, trots att han bygger sitt ställningstagande på följande mycket logiska resonemang. Om make med den största nettoförmögenheten slipper att

[20] Prop 1986/87:1 s 199; NJA II 1987 s 77: "Normalt bör det dock vara så att dispositioner som makarna företar inom de ramar som den familjerättsliga lagstiftningen drar upp inte bör betraktas som eftergift. Att makar kommer överens om jämkningar av bodelningen bör således inte innebära en sådan eftergift som kan föranleda ansvar enligt förevarande paragraf eller återvinningsreglerna."

[21] Åtminstone är det intrycket befäst vid Uppsala-fakulteten, särskilt av den verklige specialisten på området, lektor Göran Lind.

[22] 13:1 ÄktB.

[23] Agell, s 128, med samtidigt påpekande av att den motsatta situationen klart faller in under stadgandet: Gäldenär med störst nettoförmögenhet får inte låta andre maken överta mera än vad han är berättigad till enligt dispositiv rätt.

[24] NJA II 1921 s 199 f.

avstå egendom vid generalexekution mot den andre maken, borde samma förmån gälla vid individuella borgenärsangrepp. Mycket talar för att detta också varit lagstiftarens åsikt, men tankegången är, såvitt jag funnit, inte uttryckligt nämnd i förarbetena. Möjligen skulle stöd finnas i det nyss anförda motivuttalandet om att jämkningsreglerna i 12 kapitlet äktenskapsbalken skall respekteras vid tillämpning av 13:1 och vid konkursrättslig återvinning. Vid underlåtenhet att göra anspråk på rättmätig del i den bättre ställda makens giftorättsgods har bodelningen alltså – med en analogi från 12:1 – inte skett "på annat sätt än som anges i denna balk". Den idén finns hos vissa, att inte blott lagtext utan även förarbetsuttalanden kan läggas till grund för en intensiv tolkningsprocedur. Jag menar, att ett sådant förfarande är olämpligt. I den mån motiven skall ges betydelse, bör endast klara ställningstaganden vara vägledande. Intet mera.

För en närmare analys av den nu upptagna frågan om återvinningsliknande agrepp vid underlåtenhet att kräva del i andre makens giftorättsgods kan motiven till själva jämkningsmöjligheten i konkursfallet enligt 12:1 äktenskapsbalken vara en lämplig startpunkt. De är emellertid intetsägande och förefaller grundade på ett inte närmare utfört billighetsresonemang.[25] De ger alltså i sig ingen vägledning för den komplicerade avvägningen mellan stadgandena om jämkning och utvidgat gäldsansvar. Inte heller talar de för eller emot en möjlighet till analogisk användning. Före ett ställningstagande bör därför ytterligare ett antal omständigheter vägas in.

Ser vi först till de situationer som beskrivs i jämkningsregeln 12:1 och i gäldsansvarsregeln 13:1 äktenskapsbalken, föreligger en väsentlig skillnad. Enligt 12:1 har ännu ingen bodelning ägt rum, när ene makens konkurs föreligger. Hans insolvens är alltså klarlagd. Billigheten skulle då tala för att den andre maken inte mot sin vilja måste med sin egendom berika den andres borgenärer. Enligt 13:1 däremot förrättar makarna bodelning med den mer eller mindre tydliga avsikten att undanskaffa egendom från borgenärsanspråk. Gäldenärens betalningsoförmåga blir en följd av den träffade dispositionen,[26] vilket inte är fallet i den för jämkningsregeln anvisade situationen. Redan detta förhållande försvagar enligt min mening argumentet att 12:1 äktenskapsbalken skulle utgöra en mera generell norm än 13:1. I

[25] Prop 1986/87:1 s 188; NJA II 1987 s 69.

[26] 13:1 ÄktB är ju inte möjlig att utnyttja, om den gynnade maken kan visa att gäldenären inte blev insufficient genom bodelningen.

vart fall talar det inte till förmån för analogisk användning av den för inträffad konkurs fastställda regeln om jämkning vid bodelning.

Ser vi därnäst till gäldsansvarsregeln isolerad, krävs visserligen för tillämpning av 13:1 inte ond tro om borgenärsskada hos de agerande. Men skulle så kunna styrkas, framstår det stadgandets företräde framför makes i en annan typsituation tillagda jämkningsrätt som desto naturligare. Jag anser, att åtminstone i det läget utgör gäldenärens avstående från anspråk på del i andre makens giftorättsgods inte ett sådant avstående från egendom enligt balkens stadganden, som är fredat från borgenärsangrepp. Mot ett sådant resonemang kan hävdas, att här dras plötsligt in subjektiva rekvisit, som i svensk rätt egentligen återfinns bara i den allänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen. Jag vill då invända, att den nu diskuterade frågan egentligen rör möjligheten eller skyldigheten att på analogisk grund till den förmögnare makens skydd låta honom slippa dela med sig av sitt giftorättsgods vid andre makens insolvens. I ett sådant läge borde det stå rättstillämparen fritt att vid en avvägning av räckvidden hos 13:1 äktenskapsbalken föra in även en undersökning av skälen till en mellan makarna utförd skevdelning.

Av intresse i sammanhanget kan också vara tillämpningen av regeln om återvinning av eftergift vid bodelning enligt 4:7 konkurslagen. Som nyss anmärktes är rekvisiten annorlunda utformade än i 13:1 äktenskapsbalken. De båda stadgandena har också tillkommit genom skilda lagstiftningsåtgärder. I här aktuell fråga har konkurslagsregeln inte undergått materiell ändring sedan 1975.[27] Några nya förarbetsuttalanden av värde finns alltså inte. Ärendet speglar väl, att de nya lagverken äktenskapsbalken och konkurslagen bearbetats av skilda departementstjänstemän med bristande överblick över varandras ämnesområden.

Konkurslagsstadgandet om återvinning får alltså ses i belysning av den 1973 införda jämkningsregeln i 13:12 a giftermålsbalken, inte av motsvarande regel i 12:1 äktenskapsbalken. Denna äldre bestämmelse var mindre långtgående än den nuvarande. I förarbetena underströks, att jämkning till förmån för bättre lottad make skulle ske, om resultatet av bodelningen eljest blev uppenbart obilligt; utrymmet för regelns tillämpning var alltså mycket snävt.[28] Med

[27] I nya KL utsträcktes återvinningsfristen till tre år, NJA II 1987 s 287. Vid tillkosten av ÄktB tillades ett andra stycke med skydd för makes bostad och bohag.

[28] NJA II 1973 s 163 ff, särsk s 166, 168 f.

anledning av denna regel uttalade sig två år senare departementschefen kryptiskt i motiven till den reformerade dåvarande 32 § konkurslagen.[29]

Mycket tyder på att departementschefen var inne på linjen, att jämkningsreglerna inte fick åsidosättas genom återvinning. Med tanke på den synnerligen restriktiva tillämpning, som var tänkt för då aktuell bodelningsjämkning, är väl motivuttalandet motiverat. Jämkning tänktes tillåten främst vid kortvariga äktenskap eller i situationer, där den förmögne makens egendom var enskild, dvs att en miljonär gjorde anspråk på hälften av den andres ynka tusenlappar, eftersom de var giftorättsgods.[30] Om en begränsning av det utsträckta gäldsansvaret i 13:1 äktenskapsbalken stannar vid sådana fall, har jag inget att erinra mot jämkningsregelns genomslagskraft.[31] Men här diskuteras i stället ett generellt hinder mot gäldsansvar, när insufficient make låter den andre behålla hela sitt giftorättsgods. Och det hindret skulle vara fotat på en nyinförd, starkt utsträckt jämkningsgrund vid ena makens konkurs.

På själva jämkningsgrunden i 12:1 äktenskapsbalken kan slutligen läggas en allmän synpunkt. Den som är kritisk mot att borgenären inte skall kunna angripa gäldenärens underlåtenhet att göra anspråk på del i den andre makens giftorättsgods bör kunna rikta sin kritik direkt mot regeln om jämkningsrätt vid andre makens konkurs. Den är onekligen ganska märklig. Därmed har ju införts ett skydd, som eljest endast kan skapas genom äktenskapsförord före insolvens och således genom en bestämd viljeförklaring från makarna. Goda skäl talar väl i sig för att make inte genom bodelning skall tvingas avstå del av sin egendom för att täcka den andres gäld. Men intar man den ståndpunkten gentemot andre makens borgenärer, kan man börja ifrågasätta hela institutet egendomsgemenskap i den svenska tappningen. Särskilt anmärkningsvärd förefaller jämkningsgrunden, om det kan konstateras kollusiva överväganden mellan makarna. Att i det läget behöva respektera den icke konkursförsatte makens giftorättsgods vid bodelning förefaller märkligt. Möjligen skulle förfaran-

[29] "Om gäldenären med anledning härav /jämkning enl 13:12 a GB/ vid bodelningen fått mindre än han skulle ha erhållit vid en hälftendelning kan det inte anses att han eftergivit sin rätt. Däremot bör eftergift i princip anses föreligga om gäldenären med tillämpning av 12 a § borde ha erhållit mer än vad han faktiskt fick.", prop 1975:6 s 215 f; NJA II 1976 s 186.

[30] Se drastiska exempel ur departementets tankeverkstad, NJA II 1973 s 166.

[31] Samma bör då gälla för återvinning enl 4:7 KL.

det dock kunna agripas enligt den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen.

Det sist sagda skulle i vart fall kunna vara en utgångspunkt för att hävda en mycket restriktiv tolkning av jämkningsrätten enligt 12:1 äktenskapsbalken, vartill analogier således vore uteslutna. Ett sådant synsätt är försvarbart, eftersom den situation som här diskuteras – gäldenären är maken med den minsta nettoförmögenheten – torde vara den vanligaste i ett läge då det finns behov av att utnyttja gäldsansvaret enligt 13:1 äktenskapsbalken. Ett frikostigt överförande av jämkningsmöjligheterna även till den sektorn skulle alltså tala mot själva syftet med det återvinningsliknande stadgandet mot borgenärsskadlig bodelning.

Detta utförliga resonerande har rört möjligheten att med hjälp av 13:1 äktenskapsbalken utom konkurs "återvinna" en gäldbunden makes underlåtenhet att vid bodelning kräva del i den bättre ställdes giftorättsgods. Sådan passivitet – eller förmodligen oftare medvetet positivt handlande – var angripbar enligt giftermålsbalken. Komplicerade regler om jämkning vid bodelning har blivit en följd av den nya äktenskapslagstiftningen. Samtidigt finns ett stadgande om att en bodelning i överensstämmelse med balkens regelverk inte är angripbar. Min slutsats i fråga om avvägningen mellan dessa skyddsregler, den ena för make och den andre för gäldbunden makes borgenärer, är följande.

En bodelning, där en make på fallrepet utan åberopande av särskilda jämkningsgrunder låter den andre maken behålla sitt giftorättsgods ograverat, är inte entydigt företagen i enlighet med balkens regler. Den kan därför angripas. Jämkningsrätten vid inträffad konkurs bör inte tillämpas analogiskt på andra fall, i synnerhet om en hälftendelning inte skulle leda till resultat som på annan grund vore uppenbart obilligt.[32] För den som önskar försiktighet i rättstillämpningen skulle en särskild regel kunna införas praxisvägen om angriplighet i vart fall då det finns en subjektiv skadeavsikt bakom förfarandet. Kanske kan en sådan regel utformas som en presumtion: Det utsträckta gäldsansvaret kan tillgripas, om den gynnade maken inte gör god tro åtminstone sannolik.[33] På så sätt skulle vi ha en riktig, låt vara starkt begränsad, actio Pauliana utom konkurs i svensk rätt.

[32] Uppenbart obilliga fall skulle vara sådana som anfördes vid införandet 1973 av den mera restriktiva jämkningsregeln i 13:12 a GB, se ovan vid not 28.

[33] Jfr den viktiga introduktionen 1987 av en sådan presumtionsregel i den allmänna otillbörlighetsregeln vid konkursrättslig återvinning, 4:5 KL.

Sammanfattningsvis kan konstateras, att den svenska äktenskapsrättens återvinningsliknande regler för borgenärsskadliga transaktioner är lamt utformade, en smula invecklade och även öppna för kritik av både materiellt och systematiskt slag. De är annorlunda och mera begränsade än motsvarande stadganden i fall av konkurs eller ackord. De har heller inte gett upphov till någon omfattande praxis och förefaller sällan utnyttjade.[34] För den som vill plädera för återvinning utom konkurs, är 8:3 och 13:1 äktenskapsbalken ingen idealisk startplatta.

2.3 Förslaget 1973 till utsökningsbalk

I förslaget till utsökningsbalk 1973 förordade lagberedningen under justitierådet Walins ledning,[35] att återvinningsreglerna i konkurs även skulle bli tillämpbara vid utmätning. Lagberedningen hade i ett tidigare betänkande 1970 dragit upp riktlinjerna för omfattande utvidgningar av de konkursrättsliga återvinningsreglerna,[36] vilka med vissa modifikationer lagfästes vid 1975 års reformering av konkurslagen. Lagberedningen fann goda skäl tala för att enahanda regler skulle gälla till förmån för den eller de utmätningssökande, som inte fick betalt för sin fordran. Sådan borgenär borde inte i alla lägen vara tvungen att sätta igång det omständliga och kotnadskrävande konkursförfarandet för att få tillgång till ytterligare exekutionsunderlag. Visserligen kunde hot om konkurs stundom få en gäldenär och hans medkontrahent att frivilligt ställa undandragen egendom till förfogande. Den möjligheten ansåg emellertid lagberedning 1973 vara otillräcklig för det angivna förenklingssyftet.[37]

Återvinningsregeln upptogs i 5:26 förslaget till utsökningsbalk.[38] Som objektivt rekvisit anges där, att gäldenären har gett bort egendom eller företagit "annan rättshandling som kan vara föremål för återvinning vid konkurs". Sådan disposition skall vidare ha medfört, att gäldenären saknar utmätningsbara tillgångar, "som förslår till betalning av sökandens fordran". Eftersom konkursreglerna föreslogs bli tillämpliga, måste rättshandlingen ha ägt rum inom viss tid från

[34] Jfr BRÅ PM 1982:5 s 42 ff, 91 f.

[35] SOU 1973:22. Utsökningsrätt XII.

[36] SOU 1970:75. Utsökningsrätt X.

[37] SOU 1973:22 s 267 f.

[38] Se SOU 1973:22 s 266 ff. Lagtextförslaget, ibid s 27 f.

utmätningsansökningen, som i fristhänseende fick samma betydelse som konkursansökningsdagen.

Det underströks alltså, att dispositionen måste ha varit till nackdel för annan borgenär än gäldenärens medkontrahent, förvärvaren. Betalning av skuld, som är förenad med "betryggande och oangriplig pant i gäldenärens egendom" kunde därför inte återvinnas. Eftersom återvinning av tidigare utmätning inte avsågs med förslaget, måste enligt beredningens mening återvinningsförfarandet inledas, innan det aktuella exekutiva ärendet avslutades. Det återvunna beloppet borde vidare kunna jämkas, om det befanns att återvinningsobjektet var betalning för en fordran med lika rätt som sökandens.[39]

Enligt förslaget skulle det i princip ankomma på kronofogdemyndigheten att utröna, om återvinningsförutsättningar förelåg. Härtill vill jag anmärka, att i enskilda utmätningsmål så förmodligen ofta skulle ha fått ske efter initiativ från borgenären. Bestred "tredje man", dvs gäldenärens förvärvande medkontrahent, yrkandet om återvinning av egendom som han mottagit, skulle kronofogdemyndigheten förelägga sökande borgenär att inom en månad väcka talan mot förvärvaren. Medgavs ansökningen eller befanns bestridandet kunna lämnas utan avseende, skulle kronofogdemyndigheten besluta om återvinning.[40] – Lagberedningen anmärkte slutligen, att konkurs, som följer på utmätningen och den dit knutna återvinningen, kan medföra att vad borgenären sålunda fått ut av gäldenärens medkontrahent under givna förutsättningar är återvinningsbart i konkursen.

Trots att lagberedningens projekt sedermera avfördes från lagstiftningsprogrammet, kan det vara en lämplig introduktion till den fortsatta framställningen att här uppta förslaget till kritisk granskning. Av den gjorda redovisningen framgår, att beredningen inte riktigt eftersträvade en lika generell regel som flertalet av de i det följande berörda utländska stadgandena om återvinning utom konkurs. Det är också påtagligt, att beredningens förslag – utan att klart redovisa konsekvenserna – går längre än åtskilliga av de utländska motsvarigheterna, när det gäller att tillämpa objektiva återvinningsgrunder. Anknytningen i första hand till uppsåtlig borgenärsskada är inte lika klar.

Man kan först fråga sig, varför de föreslagna återvinningsreglerna måste anknyta till utmätningsförfarandet. I lagberedningens förslag

[39] SOU 1973:22 s 269 ff.

[40] SOU 1973:22 s 270 f.

var det visserligen naturligt att inarbeta dem i den planerade utsökningbalken. Men beredningens uppfattning av innehållet i utländsk rätt kan ha vilselett den i det sammanhanget. Redovisningen av främmande förhållanden är allt annat än tillfredsställande.[41] Så förekommer exempelvis beträffande England och Frankrike ett naket och missvisande påstående om att återvinning kan äga rum vid utmätning. Den tyska Anfechtungsgesetz har varit känd för beredningen, men därvid talas i stället om "återvinning utom konkurs". Märkligt nog saknas, såvitt jag kunnat se, allmänna överväganden om eller hänvisningar till den kontinentala actio Pauliana-regleringen. Dess ställning av generell ogiltighetsregel och dess inriktning på uppsåtliga förfaranden – låt vara att vissa rättsordningar genom presumtionsregler eller ett starkt uttunnat subjektivt rekvisit lättat på kollusionsbevisningen – gör förvisso actio Pauliana, Anfechtung och fraudulent conveyances till något annat än blott återvinning vid utmätning.

Skillnaden mellan förslaget och de i fortsättningen behandlade utländska rättsreglerna är inte bara av systematisk natur. Framför allt kan anknytningen till utmätning kritiseras. Bestämmelsen att det skulle åvila kronofogdemyndigheten att föranstalta om återvinning är betänklig, eftersom den saknar en supplerande regel om att det står borgenär fritt att själv initiera förfarandet. Inte heller ges utrymme för återvinning vid annan form av påvisbar betalningsoförmåga. Skulle återvinningen vara beroende uteslutande av myndighetsöverväganden utan möjlighet till enskild talan, kan man befara att bevisfrågor, tillfällig arbetsbelastning, bristande erfarenhet och juridisk insikt – alla för den förfördelade enskilde borgenären irrelevanta omständigheter – stundom kunde göra kronofogden mindre angelägen att agera. I åtskilliga fall kan det också tänkas, att kronofogdemyndigheten har sämre möjligheter än vissa enskilda borgenärer att utreda eller överblicka gäldenärens ekonomiska förhållanden. Gäldenärens bank eller en dominerande kreditleverantör kanske direkt eller genom andra affärskontakter får kännedom om förhållanden, som inte alltid till fullo anses lämpliga att förelägga kronofogdemyndigheten.

Ett annat frågetecken måste sättas vid den direkta kopieringen av konkursrättens återvinningsfrister för att få tillgång till de objektiva återvinningsgrunderna. Även om skyndsamhet är en god regel i rättsliga sammanhang, kan så förhållandevis korta frister vara både

[41] SOU 1973:22 s 267.

olämpliga och hindersamma vid återvinning utom konkurs. Det är ju tänkbart, att en borgenär känner till en angriplig rättshandling men önskar avvakta viss tid för att bereda gäldenären möjlighet att utan särskild inblandning lösa sina förpliktelser. Skall återvinningen vara knuten till dagen för utmätningsansökningen, kan det leda till att borgenären i onödan tvingas inleda ett exekutivt förfarande för att inte förlora sin möjlighet att rädda betalningen. Beroende på de skilda rekvisiten för olika återvinningsgrunder är det vidare troligt, att en sådan onödig utmätningsansökan görs för att borgenären skall vinna vissa bevislättnader, som går förlorade när han i ett senare skede måste visa ond tro hos kontrahenterna.

Ytterligare en avvikelse mellan det svenska förslaget och de utländska reglerna ligger i att anknytningen till konkursbestämmelserna skulle ha medfört en likabehandlingsprincip på ett osedvanligt tidigt stadium av en gäldenärs ekonomiska trångmål. Ett generellt drag i utländsk rätt är att återvinningens främsta objekt utom konkurs – vid sidan av uppenbart kollusiva onerösa förfaranden – är helt eller delvis benefika rättshandlingar, en inskränkning som det vittgående svenska förslaget inte alls hade.

Lagberedningen berörde själv något faran med en så "tidig" likabehandlingsprincip i samband med diskussionen om jämkning vid återvinning från någon som hade en fordran med samma rätt som sökanden. Enligt min mening är en lösning av konflikten med hänvisning till en generell jämkningsregel föga tilltalande och kanske heller inte särskilt väl övertänkt. Jag har för övrigt ingenstädes utomlands funnit spår av en sådan jämkningsmöjlighet i actio Pauliana-sammanhang. Likabehandlingsprincipen bör tillämpas endast där den hör hemma, dvs vid generalexekution. Redan där är den för övrigt hos oss, liksom på de flesta håll utomlands, starkt undergrävd av en omfattande separations- eller förmånsrättslig reglering. Lagberedningens analys är enligt min mening otillräckligt utförd för att genast förorda en möjlighet att annorstädes än inom konkursens ram angripa rättshandlingar, som gäldenären på grund av avtal har varit skyldig att företa.

Sammanfattningsvis vill jag säga om lagberedningens förslag 1973 till återvinning utom konkurs, att det var såväl för *inskränkt* genom tidsfrister och myndighetsmedverkan som för *vidsträckt* genom att göra åtskilliga i och för sig skadliga dispositioner återvinningsbara utan den grundläggande förutsättningen att de vidtagits i borgenärsskadligt syfte.

Remissinstanserna var dock i huvudsak positivt inställda. Endast Svea hovrätt och Sveriges advokatsamfund intog en avvisande hållning.[42] Hovrätten påpekade, att kronofogdemyndigheternas organisation gjorde dem mindre skickade att avgöra frågor om återvinning. Häri instämde advokatsamfundet med tillägget att återvinningsfrågor alltid borde avgöras av domstol, om återgången inte medgivits fullt ut av gäldenärens medkontrahent. Hovrätten underströk även vikten av att samma rättssäkerhet för förvärvaren borde gälla som vid konkursrättslig återvinning. Det var betänkligt, att kronofogdemyndigheten i egenskap av företrädare för staten som skatteborgenär samtidigt skulle avgöra återvinningsfrågor, om den fann invändningarna ogrundade. Advokatsamfundet var för sin del även kritisk mot att återvinning kunde medföra, att en utmätningssökande borgenär kunde träda annan borgenär med bättre rätt förnär.[43] Förslaget kunde också tänkas uppmuntra till oönskade underhandsuppgörelser mellan återbärande förvärvare och vissa borgenärer.

Det var emellertid en annan omständighet än den här upptagna kritiken, som var huvudskälet till att departementschefen 1980 beslöt att inte föreslå återvinningsregler vid utmätning. Avskrivningsförfarandet i de s k fattigkonkurserna enligt dåvarande 185 § äldre konkurslagen avskaffades 1979. En mera fullständig utredning skall därefter ske även i konkurser, där boets tillgångar inte förslår till att täcka konkurskostnaderna. Lagberedningens förslag till återvinningsmöjligheter efter resultatlös utmätning kom därför i ett annat läge, sedan det även i mindre konkurser skall undersökas, om det förekommer återvinningsbar egendom. Departementschefen betonade denna nyordning och betvivlade för sin del, att ett mera fristående återvinningsinstitut skulle få någon större praktisk betydelse. Lakoniskt frågade han sig, om en sådan reglering skulle "avhålla mindre nogräknade gäldenärer från otillbörliga transaktioner i ett ekonomiskt trängt läge utöver den verkan i detta hänseende som möjligheten till återvinning i konkurs har."[44]

[42] Prop 1980/81:8 s 347 f.

[43] Just den synpunkten verkar inte helt klar, om därmed inte menas att en eljest oprioriterad kan tränga sig före borgenär med allmän förmånsrätt; de särskilt prioriterade berörs knappast, om det inte är själva säkerställandet som är angripbart.

[44] Prop 1980/81:8 s 348. – Justitierådet T Gregow har godhetsfullt upplyst förf, att han efter att ha deltagit i lagberedningens förslag till återvinning utom konkurs förde pennan även vid justitiedepartementets avvisande av ett sådant instituts införlivande med svensk rätt.

Sålunda föll vid det tillfället lagberedningens förslag till en utvidgad möjlighet att angripa otillbörliga transaktioner, som visat sig vara till förfång för en eller flera borgenärer. Saken berördes emellertid flyktigt vid den genomgång av återvinningsfrågor, som presenterades av brottsförebyggande rådet 1982.[45] Där underströks nyttan av att ha tillgång till det konkursrättsliga institutets preventiva effekter utan att behöva använda så drastiska metoder som ett konkursförsättande ändock innebär. Särskilt värdefullt vore det att kunna angripa benefika rättshandlingar mellan närstående i vidare utsträckning än vad äktenskapslagstiftningens regler medger.[46] Vid tillkomsten 1987 av den nya konkurslagen skedde emellertid inte så omfattande förändringar av återvinningsinstitutet som förutskickats i betänkanden från rådet och från kommissionen mot ekonomisk brottslighet.[47] Förslag till återvinning utom konkurs kom heller inte att framläggas.

Jag återkommer avslutningsvis i denna studie med större utförlighet till ett för svenska förhållanden lämpligt förslag i ärendet.[48]

[45] BRÅ PM 1982:5.

[46] Ibid s 155 ff.

[47] Eko-kommissionens förslag, SOU 1983:60.

[48] Se nedan *kap 15.*

Avdelning A.
Utländska rättsordningar

3. Den historiska utvecklingen

Actio Paulianas historia från romersk rätt till nutid är väl dokumenterad, främst genom den nederländske rättshistorikern *J A Ankums* stora monografi.[1] För att visa att ingenting är nytt under solen och för att ge en bättre förståelse av de val, som träffats i positiva rättsordningar, kan en historisk framställning försvaras, även om den inte bygger på primärforskning.

Själva beteckningen *actio Pauliana* ger associationer till att institutet har som upphovsman en av den romerska kejsartidens främsta rättslärda, *Paulus*. Återvinning av borgenärsskadliga rättshandlingar i former som liknar de nuvarande är emellertid känd i den pretorskapade rätten redan på 100-talet f Kr. Attributet "Pauliana" dyker upp i ett enda udda digestfragment,[2] medan den huvudsakliga regleringen av institutet bevarats på annan plats i Corpus iuris. Benämningen förefaller ha tillagts av en fåkunnig kopiatör under det västromerska rikets nedgångsperiod. Icke förty blev det sedermera ett sammanfattande uttryck för återvinningslärans grundregel.[3]

3.1 Romersk rätt

Den betydelse för framväxten av institutet actio Pauliana, som processutvecklingen från klassisk till justiniansk rätt medförde, kan här lämnas åt sidan.[4] Den bild av institutet, som möter i 500-talets *Corpus iuris,* tecknar Ankum på följande sätt.[5]

[1] Ankum, J A, De geschiedenis der "actio Pauliana" (1962).

[2] D 22.1.38.4. Fragmentet innehåller ett Paulus-citat, vilket i någon mån kan förklara den felaktiga attribueringen.

[3] Ankum, Geschiedenis s 16, 63.

[4] Ibid s 26–64 ang bl a nedbrytandet av äldre processformer och deras uppgående i kognitionsprocessen samt om hur skillnaderna försvann mellan exempelvis *restitutio in integrum ob fraudem* och *actio revocatoria,* se särsk s 62 ff.

[5] För det följande, se Ankum, Geschiedenis s 99 ff.

Actio Pauliana stod borgenärer till buds både vid special- och generalexekution.[6] De grundförutsättningar för återvinningstalan, som alltjämt är generellt gällande, var redan utmejslade. Borgenären skulle ha lidit skada av en rättshandling, som gäldenären företagit. Gäldenären i sin tur skulle ha utfört handlingen med uppsåt att tillfoga skada, *eventus damni,* eller eljest i ond tro om den borgenärsskadliga effekten, *consilium fraudis.* I fall av onerösa rättshandlingar krävdes härutöver att gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, var medveten antingen om gäldenärens syfte att skada en eller flera borgenärer eller om rättshandlingens skadliga verkan i och för sig.[7]

Talerätt tillkom både den, vars fordran förelåg vid tidpunkten för den skadliga rättshandlingen, och den som därefter fått en fordran mot gäldenären. Däremot lämnar bestämmelserna i Corpus iuris öppet, om actio Pauliana stod till buds även för borgenär med hypotekarisk säkerhet och för den som hade en framtida eller villkorad fordran på gäldenären.

Inom ett år från rättshandlingen hade borgenären rätt att från en förvärvare i ond tro återvinna allt det oneröst överlåtna,[8] dock med skyldighet för återvinningsborgenären att avräkna vad förvärvaren erlagt till sin fångesman.[9] Efter den tidsfristen inskränktes återvinningsmöjligheten till den vinst, *lucrum,* som förvärvaren gjort.[10] Samma begränsning i återvinningsmöjligheten gällde vid benefika överlåtelser, om förvärvaren var i god tro om borgenärsskada.[11]

När det gäller borgenärens möjlighet att föra talan mot den ursprunglige förvärvarens successorer gjordes skillnad, låt vara ofullständig, mellan singular- och universalsuccessorer. De senares vinst kunde alltid åtkommas, i den mån fångesmannen kunnat angripas

[6] *Pignus in causa iudicati captum* kom till användning om gäldenären var solvent, dvs specialexekution, eller om han var insolvent och endast hade en fordringsägare. Vid insolvens och flera borgenärer tillämpades i justiniansk rätt *bonorum distractio,* generalexekution med skilda former av kuratel, dvs med en anakronistisk term konkursförvaltning.

[7] Se härom främst skilda fragment i titeln D 42.8 (Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur).

[8] D 42.8.1.pr, 10.pr.

[9] D 42.8.7 och 8.

[10] D 42.8.10.24. Mot sådana anspråk på grund av obehörig vinst gällde den allmänna preskriptionstiden 30 år. Preskription drabbade i romersk rätt både obligatoriska och sakrättsliga anspråk.

[11] D 42.8.6.11.

med actio Pauliana. Beträffande de förra ger Corpus iuris besked endast om det fall att en godtroende förvärvat från den som i ond tro erhållit saken från gäldenärens ursprunglige medkontrahent. En sådan godtroende i tredje led var skyddad från borgenärens anspråk.[12] Om även annan godtroende förvärvare, särskilt medkontrahentens förste singularsuccessor, skulle åtnjuta samma skydd berörs däremot inte i lagverket. Denna tystnad skulle komma att medföra varierande lösningar av frågan i den fortsatta romerskrättsliga utvecklingen under medeltiden.

Oklarhet råder vidare om den romerska rättens inställning till återvinningssvarande förvärvares skyldighet att avstå även avkastningen av det återvunna.[13] För nedlagda kostnader gavs rätt att göra avräkning, om de varit nödvändiga,[14] medan nyttiga och andra typer av kostnader lämnades oreglerade.

Betraktade romarna actio Pauliana som ett obligatoriskt eller ett sakrättsligt anspråk, en *actio in personam* eller *in rem*? Härom ger rättskällorna motstridiga upplysningar,[15] ett förhållande som kom att försvåra senare tiders utläggning av institutet.

Skilda källställen i Corpus iuris ger besked om en rad *typer av rättshandlingar,* som kunde angripas med actio Pauliana.[16] Någon strikt uppdelning mellan vad vi kallar återvinning i och utom konkurs gjordes inte. Grundregeln, att gäldenären skulle ha minskat sin förmögenhet, innefattade även fall, då gäldenären utbytt för exekution lätt gripbar egendom mot sådan som krävde ett mera komplicerat förfarande eller som var delvis belastad med annans säkerhetsrätt. Vidare kunde underlåtenhet, som förorsakade förmögenhetsminskning, drabbas. Däremot var bristande aktivitet från gäldenärens sida att öka sin förmögenhet inte återvinningsbar.

Bland särskilt uppräknade återvinningsbara rättshandlingar kan nämnas – förutom gåva och försäljning till underpris – vissa förmögenhetstransaktioner mellan makar, eftergivande av en fordran, avstående från panträtt eller från realisation av ställd säkerhet, underlåtenhet att kräva egen gäldenär före preskription, betalning av ännu inte förfallen skuld, avstående från nyttjanderätt

[12] D 42.8.9.

[13] För en sådan skyldighet talar D 22.1.38.4 och D 42.8.10.20, däremot talar D 42.8.25.4–6.

[14] D 42.8.10.20.

[15] D 22.1.38.4 anger *actio in personam,* medan Inst 4.6.6 påstår *actio in rem.*

[16] För de exakta källbeläggen hänvisas till Ankum, Geschiedenis s 102.

eller servitut, förlust av en process på grund av försuttna frister eller annan bristfällig processföring, betalning viss tid före "konkurs" och säkerställande av äldre skuld.[17] Mot dessa fall, där återvinning erkändes, fanns andra källställen, som uteslöt återvinning vid bl a avstående från arv samt vid betalning och efterställd pantsättning, ytterligare ett exempel på motstridigheten i det justinianska lagverket.

3.2 Utvecklingen under medeltiden och nya tiden fram till år 1800

Ankum ger i sin rättshistoriska avhandling en detaljerad beskrivning av hur actio Pauliana utvecklades av de medeltida juristskolorna och av nya tidens doktrinskapare.[18] Hans rön skall inte upprepas här. En översiktlig beskrivning av några tendenser och strömningar är dock nödvändig för att ge en bakgrund till den nutida situationen i de kontinentala rättsordningarna. Särskilt de i Nederländerna och Frankrike gällande reglerna om återvinning utom konkurs har ett nära samband med den romerskrättsliga utvecklingshistorien. Även tysk rätt är starkt influerad, medan de anglo-amerikanska stadgandena synes stå på egen grund.

3.2.1 Gränsdragningsfrågor

Gränsdragningen mellan actio Pauliana och andra institut till skydd för borgenärers rätt var ett bestående problem för uttolkarna av den romerska rätten. Frågeställningen är alltjämt högst aktuell, vilket speglas av skilda rättsordningars inställning till institutet återvinning utom konkurs. Som skall framgå nedan och som redan berörts i kapitel 2, förekommer det i alla undersökta positiva rättssystem även andra institut som fyller paulianaliknande funktion vid sidan av den rena återvinningsregleringen.[19]

Simulation eller skenrättshandling innebär tveklöst en borgenärsskadlig åtgärd. Att skilja den från sådana allvarligt menade rätts-

[17] För tydlighets skull bör påpekas, att dessa återvinningsgrunder inte kan ses som rent objektiva i den mening att subjektiva skade- och ondtrosrekvisitet helt bortfallit.

[18] Ankum, Geschiedenis s 104–263.

[19] Som exempel kan nämnas regler om ersättning för ren förmögenhetsskada och ansvarsgenombrott samt det franska institutet l'action oblique.

handlingar, som kan bli föremål för återvinning, synes idag inte vara omstritt. En klar gränsdragning mellan sken och verkliga transaktioner erhölls emellertid inte förrän på 1300-talet genom *Bartolus'* författarskap.[20] En simulerad rättshandling är alltid ogiltig och denna rättsföljd kan således åberopas både av gäldenären själv och av hans borgenärer, även av dem som tillkommit efter det att rättshandlingen företogs. Actio Pauliana däremot kan utnyttjas endast av den borgenär som kommit till skada, inte av gäldenären själv. Denna gränsdragning mellan sken och grunderna för actio Pauliana har förblivit oomstridd i den kontinentala doktrinen.[21]

Till den i vissa länder alltjämt omstridda frågan, huruvida återvinning är ett obligatoriskt eller sakrättsligt anspråk, återkommer jag strax.[22]

3.2.2 Skyldighet att först vända sig till gädenären; krav på föregående exekution

Redan glossatorerna, medeltidens äldsta rättsskola, slog fast, att den skadelidande borgenären aldrig kunde utnyttja actio Pauliana direkt mot den ondtroende förvärvaren utan att först ha sökt sitt från gäldenären. Återvinning betraktades som en *actio subsidiaria,* tillämplig först sedan gäldenären befunnits sakna tillgångar, med vilka fordringen fullt ut kunde fullgöras.[23] Denna ståndpunkt har sedermera inte ifrågasatts.

Med kravet på att borgenären först måste vända sig mot gäldenären sammanhänger i någon mån den mera omtvistade frågan, huruvida tillämpningen av actio Pauliana fordrar att gäldenärens oförmåga att göra rätt för sig manifesteras genom någon form av *exekutiv åtgärd.*

Glossatorerna företrädde den åsikten, att exekutivt ingripande var nödvändigt, innan actio Pauliana kunde utnyttjas.[24] Deras bestämda

[20] Ankum, Geschiedenis s 163 ff.

[21] För den fortsatta rättsutvecklingen, se Ankum, Geschiedenis s 196, 237 f. – Av visst intresse kan vara en jämförelse med diskussionen i svensk rätt under 1800-talet och 1900-talets första år, huruvida underpantsättning med hjälp av lösöreköpskontrakt var att betrakta som simulation eller verklig rättshandling. Säkerhetsöverlåtelse godtogs slutligen som verklig och allvarligt menad genom *NJA 1912 s 156,* se exvis Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s 58 ff, med hänvisningar.

[22] Se nedan *avsn 3.3.1.*

[23] Ankum, Geschiedenis s 116 med belägg från bl a *Azo* och *Accursius.*

[24] Ankum, Geschiedenis s 117.

inställning sattes emellertid i fråga av senare juristskolor. Bland dem kom fyra undantag från exekutionsregeln att utvecklas. Om gäldenärens insolvens var notorisk, krävdes ingen åtgärd, eftersom det allmänt kända inte behövde bevisas i rättegång. Exekutivt ingripande skulle vidare krävas, endast om förvärvaren gjorde invändning om att gäldenären ännu inte utsökts för borgenärens fordran. Ett tredje fall med anknytning till specifikt feodalrättsliga omständigheter kan här förbigås.

Den fjärde situationen, där exekution inte behövde föregå tillämpningen av actio Pauliana, är desto viktigare. Det gjordes skillnad mellan undanskaffad generisk och individualiserad egendom, en utveckling som tillskrivs bl a *Baldus*. Var föremålet för återvinningstalan en bestämd sak, krävdes inte att gäldenären först utsatts för exekutiv åtgärd. Inom nya tidens usus modernus, för att gå till den slutliga utformningen av institutet, godtogs alla dessa undantag. Dess företrädare var, för att låna Ankums karakteristik, den juridiska praktikens män med regeln *vitae non scholae discendum* för ögonen.[25]

3.3 Återvinningsanspråkets systematiska ställning

För medeltidens systematiker var det av vikt att från ett stort antal utgångspunkter bestämma den rättsliga karaktären hos de romerska aktionstyperna. Bland de skilda indelningssätten bör något sägas om tvistefrågorna kring återvinningen som en sak- eller obligationsrätt och som ett kvasikontrakt eller kvasidelikt.

3.3.1 Sak- eller obligationrätt

Var actio Pauliana en *actio personalis* eller en *actio realis*? Med andra ord, har vi att göra med en obligatorisk rätt eller med en sakrätt? Frågan kan, inte minst från svenska utgångspunkter, förefalla vara av främst begreppsmässig art. Emellertid döljer sig bakom den vissa reella rättsföljder, inte minst frågan om tredje mans ställning vid förvärv från gäldenärens ondtroende medkontrahent. I den delen kunde frågan omformuleras till att gälla den återvinningsbara rättshandlingens giltighet eller ogiltighet. En likartad skiljelinje återfinns i frågeställningen, huruvida talans objekt var den överlåtna saken eller de i överlåtelsehandlingen agerande personerna.

[25] Ankum, Geschiedenis s 116 f, 142 f, 165 ff, 197, 238.

Grundinställningen i de äldre rättsskolorna var,[26] att actio Pauliana var en *actio personalis.*[27] Sådan talan kunde riktas inte bara mot gäldenärens medkontrahent, primärförvärvaren, utan även mot dennes successorer. En förutsättningen var dock att primärförvärvaren liksom sekundärförvärvaren vid onerösa förvärv var i ond tro om borgenärsskada.[28] Glossatorernas inställning karakteriserar Ankum som att de betraktade actio Pauliana som ett rent *skadeståndsanspråk,* möjligt att rikta mot tredje man.[29] Det var således inte fråga om uppfattningen, att gäldenärens avhändelse utgjorde en ogiltig rättshandling.[30]

Vissa av medeltidens jurister hyste dock tvivel om att anspråket skulle vara rent obligatoriskt och bedömde det som en mellanform, kallad *actio personalis in rem scripta.*[31] Rättsföljden var emellertid densamma, dvs bristande skydd för ondtroende successor. Oavsett vilken inställning man hade till återvinningsanspråkets rättsliga ställning, klargjordes av bl a *Baldus* att förvärvaren måste återföra äganderätten på gäldenären. En *retraditio* var således nödvändig, för att den skadade borgenären skulle komma i tillfälle att skaffa sig fullgörelse ur den återvunna egendomen.[32]

Andra slutligen ansåg actio Pauliana grunda en sakrätt för återvinningskäranden, som dock under vissa förutsättningar kunde

[26] Härtill och till det följande, se Ankum, Geschiedenis s 119 ff, 194 ff, 235 ff.

[27] Stöd härför hämtades främst i den uttryckliga uppräkningen av *actiones personales* i D 22.1.38.4. Härtill lade bl a *Accursius,* att den borgenär som förde talan enlig actio Pauliana inte samtidigt kunde åberopa, att han alltjämt var rättmätig besittare eller ägare till egendomen i fråga. Äganderätten hade övergått från hans gäldenär till förvärvaren, låt vara "in fraudem"; se Ankum, Geschiedenis s 121.

[28] Den största stötestenen för dem som ansåg actio Pauliana utgöra ett rent obligatoriskt anspråk var att den upptas i Inst 4.6.6, som för övrigt behandlar sakrättsliga anspråk; se Ankum, Geschiedenis s 120 f.

[29] Ankum, Geschiedenis s 122. Samma inställning hade merparten av franska rättslärda under högmedeltiden, ibid s 144 f.

[30] Jfr ovan om klargörandet att actio Pauliana inte avsåg ogiltigförklaring på grund av skenrättshandling.

[31] Återvinningstalan var varken rent obligatorisk eller rent sakrättslig, en tankegång som funnits redan hos vissa glossatorer men som utvecklades med särskild kraft av ett antal konsiliatorer i början av 1300-talet; se Ankum, Geschiedenis s 167 ff. Flertalet av dessa vidhöll dock, att actio Pauliana var ett rent obligatoriskt anspråk.

[32] Ankum, Geschiedenis s 169.

utsläckas av en godtroende successor.[33] Betydande anhängare av den åsikten uppenbarade sig emellertid först under nya tiden, främst bland företrädare för usus modernus. Det förefaller emellertid ha varit svårt att riktigt förklara anspråkets sakrättsliga karaktär, när kravet inte alltid kom att riktas mot besittaren av objektet för återvinningstalan. Inte heller grundförutsättningen för framgång, att gäldenärens medkontrahent var i ond tro om borgenärsskadan, är lätt att förena med de sakrättsliga anspråkens godtrosexstinktion. Ankums allmänna slutsats är, att skillnaderna i teoretisk uppfattning faktiskt inte medförde så stora olikheter vid den praktiska användningen av institutet.[34]

3.3.2 Kvasikontrakt eller kvasidelikt

Vid sidan av diskussionen om den sak- eller obligationsrättsliga karaktären av actio Pauliana var redan de medeltida juristerna ivrigt sysselsatta med frågan, på vilken rättslig grund återvinningsanspråket vilade. Skulle den skadelidande borgenärens återtagande anses härledd ur ett fingerat kontraktsförhållande med förvärvaren, *ex quasi contractu,* eller berodde denna rätt på läran om ersättningsskyldighet för skadebringande handling, *ex quasi maleficio*?[35] Varierande svar gavs av skilda rättslärda. En ledande tankegång var dock, att i fall av återvinning från godtroende förvärvare, exempelvis vid gåva, föll man tillbaka på den kvasikontraktuella grunden, medan återvinning från ondtroende ansågs grundad på läran om kvasidelikt.

En vidare utveckling av frågeställningen gav de franska juristerna kring år 1300. Bl a framfördes teorier om att godtrosfallen inte skulle konstrueras som kvasikontraktuella utan ses som en återvinningsrätt *sui generis,*[36] medan ondtrossituationen borde bedömas som rena deliktfall.[37] Den franska uppfattningen påverkade vissa av konsiliatorerna, som dock i allmänhet inte fördjupade sig i den nu aktuella

[33] Den romerska rättens möjligheter till exstinktiva godtrosförvärv var dock ursprungligen starkt begränsade.

[34] Ankum, Geschiedenis s 198 ff, 239 ff. Stödet var främst uppräkningen i Inst 4.6.6, jfr ovan not 28.

[35] Härom och till det följande, se Ankum, Geschiedenis s 122 f, 146 f, 169 f, 202, 223, 242 f.

[36] Grunden härför var främst ett billighetsresonemang: "haec actio erit dativa ex aequitate", (Jacques de Révigny, cit av Ankum s 146).

[37] Ankum, Geschiedenis s 146 f.

frågeställningen. Samma förhållande synes ha präglat 1500-talets humanister.[38]

Den nederländska eleganta rättsskolan på 1600-talet hänförde återvinningsanspråket till delikträtten. Att grunda sig på skadeavsikten hos en ondtroende förvärvare var en naturlig inställning. Däremot löste de på ett nytt sätt frågan om återvinning från förvärvare i god tro vid benefik överlåtelse. Sedan denne underrättats om att transaktionen skett i syfte att skada borgenär och sedan förvärvaren således försatts i ond tro, låg deliktet i att han alltjämt behöll egendomen.[39]

Som vi tidigare sett, hyllade flera företräder för usus modernus tanken att actio Pauliana var av sakrättslig karaktär. De fick betydande svårigheter att förklara den rättsliga grunden, eftersom den inställningen inte kunde friställas från att avse ett anspråk, riktat direkt mot en sakrätt. I första hand prövades konstruktionen, att äganderätten till egendomen bevarades hos överlåtande gäldenär, eftersom transaktionen skett *in fraudem*. Tankegången förkastades dock av de flesta, och vissa sökte i stället stöd i en panträttskonstruktion, varigenom den överlåtna egendomen redan hos gäldenären fallit under borgenärens pretorianska panträtt, dvs en ospecificerad underpant. Bland dem som å andra sidan inte anslöt sig till tanken att actio Pauliana var en sakrätt, återfinner vi flera av de tidigare nämnda konstruktionerna med deliktläran i centrum.[40]

3.4 Återvinningstalans parter. Sekundärförvärvarens ställning

Det rådde sedan antiken inget tvivel om att actio Pauliana kunde riktas mot gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, och mot dennes universalsuccessorer.[41] Tidsfristen för fullständig återvinning var ett år efter rättshandlingen. Därefter stod borgenären till buds att rikta talan mot förvärvaren på grund av obehörig vinst.[42]

Vad beträffar förvärvarens singularsuccessorer var frågan om actio Paulianas utsträckning mera komplicerad. Under förutsättning att

[38] Ankum, Geschiedenis s 169 f, 202.

[39] Ankum, Geschiedenis s 223.

[40] Ankum, Geschiedenis s 242 f.

[41] Till det fortsatta, se Ankum, Geschiedenis s 123 ff, 147 f, 171 ff, 202 ff, 223 f, 243 ff.

[42] Grundstadgandet återfinns i D 42.8.1.pr, 10.pr och 10.24.

primärförvärvaren kunnat angripas, dvs förvärvat i ond tro eller utan vederlag, kunde enligt åtskilliga glossatorer även hans ondtroende singularsuccessor, sekundärförvärvaren, utsättas för återvinningstalan. Skedde singularsuccessionen benefikt, var emellertid meningarna delade i den mån frågeställningen över huvud taget berördes. Bland andra *Accursius* ansåg dock, att successor efter benefikt förvärv alltid kunde angripas på samma sätt som dennes fångesman. De som hyste uppfattningen att sekundärförvärvaren inte kunde nås av actio Pauliana, gav dock borgenären rätt att erhålla ersättning ur den köpeskilling primärförvärvaren erhållit.[43]

Högmedeltidens konsiliatorer förefaller i regel inte ha ägnat sekundärförvärvarens ställning större intresse. Onerösa förvärv i god tro skyddades, och vissa lade till och med så stor vikt vid den obligatoriska karaktären hos actio Pauliana, att sekundärförvärvare i ond tro inte drabbades av återvinningstalan.[44] Kunde sekundärförvärvaren inte nås på grund av god tro, stod det dock fritt att utkräva köpeskillingen av överlåtande primärförvärvare.[45] – På likartat sett resonerade flertalet av 1500-talets humanister, medan 1600-talets nederländska eleganta skola nästan helt lämnade problemet åt sidan. Inte heller företrädarna för usus modernus trängde värst djupare in i frågeställningen.[46]

Ett detaljproblem i samband med återvinningstalan efter vidareöverlåtelse rör uppskattningen av den *obehöriga vinst,* som borge-

[43] Enligt *Azo:* "... in solidum rei quod accepit tenebitur" (cit av Ankum s 125). – Synsättet ligger i linje med tanken att actio Pauliana inte var av sakrättslig natur, eftersom talan således kunde riktas även mot en icke besittare. Skyddet att erhålla del av köpeskilling förefaller emellertid bräckligt, eftersom säljaren i fråga kunde ha omvandlat köpeskillingen till något för återvinningskäranden ogripbart. – De franska medeltidsjuristerna kom i stort till samma slutsatser, men utvecklade grunden skickligare med analogier till skilda Digestställen; se Ankum, Geschiedenis s 148.

[44] Ankum, Geschiedenis s 171 ff. Ankum har i *Raphael Cumanus,* verksam under tidigt 1400-tal, funnit den ende från denna tid med utvecklade synpunkter i ämnet: Samma krav skall ställas på sekundförvärvaren som på primärförvärvaren, dvs ond tro vid onerösa förvärv men full återvinningsrätt vid benefika.

[45] Så exvis *Bartolus,* se Ankum, Geschiedenis s 172 f. Även i detta fall var den i föregående not nämnde *Cumanus* en föregångsman. Han underströk faran för borgenären att utsättas för primärförvärvarens chikan, ifall denne överlät saken till godtroende mot en för låg köpeskilling. För sådana situationer förespråkade Cumanus att egendomens verkliga värde skulle läggas till grund för det anspråk återvinningsborgenären kunde rikta mot primärförvärvaren.

[46] Ankum, Geschiedenis s 202 ff, 223 f, 244 f.

näären efter årsterminens utgång kunde göra anspråk på gentemot primärförvärvaren. Redan *Bartolus* introducerade i detta sammanhang en regel om att vinst skulle anses utgöra mellanskillnaden mellan det av primärförvärvaren till gäldenären erlagda priset och egendomens verkliga värde. Vinstberäkningen skulle alltså inte ta hänsyn till vad primärförvärvaren faktiskt erhållit vid sin vidareavyttring. En ytterligare fördel för borgenären var synbarligen, att han vid benefik vidareöverlåtelse kunde räkna sig till godo överlåtarens obehöriga vinst i form av hela egendomens värde.[47] Denna beräkningsgrund vann anhängare hos åtskilliga företrädare för de efterföljande rättsskolorna.[48]

Under usus modernus framfördes även teorin, att borgenären redan inom ettårsterminen hade rätt endast till ersättning för obehörig vinst vid benefikt förvärv i god tro. Från borgenärens utgångspunkt var vinstberäkning ofördelaktig i de fall primärförvärvaren köpt till fulla värdet. Också härvidlag modifierades regeln något under 1600-talet genom att borgenären fick tillgodoräkna sig vad överlåtaren lyckades erhålla utöver det verkliga värdet på egendomen.[49]

3.5 Vissa omdiskuterade återvinningsrekvisit

Grundregeln för actio Pauliana, att gäldenären skulle ha minskat sin förmögenhet till skada för borgenären, preciserades redan under glossatorernas tid med att sådant undandragande kunde ske både genom en *aktiv rättshandling* och genom en *underlåtenhet* att rättshandla.

Underlåtenheten ansågs lägga grunden för återvinning, bl a om gäldenären avstod från att bevaka en fordran så att den preskriberades eller om han försummade att förnya för honom förmånliga kontrakt. Det fanns emellertid begränsningar i omfånget av återvinningsbara underlåtenheter. Den viktigaste var *avstående från arv, legat* eller *testamente.*[50] Härvidlag byggde man på romerska succes-

[47] Det bör här anmärkas, att ett sådant anspråk inte preskriberades förrän efter 30 år.

[48] Ankum, Geschiedenis s 171, 204, 244.

[49] Ankum, Geschiedenis s 244.

[50] Härom och till det följande, se Ankum, Geschiedenis s 130 f, 178 ff, 208 f, 226, 248 ff.

sionsregler, som krävde successors accept, öppen eller konkludent, innan han ansågs vara ägare av det efterlämnade.

Inte minst av billighetsskäl kom denna för borgenären oförmånliga inställning att kritiseras av vissa företrädare för usus modernus, trots att deras uppfattning utgjorde en måhända medveten feltolkning av romerskrättsliga källställen.[51] De gjorde därvidlag skillnad mellan förtida avstående och avstående efter inträffat dödsfall. I det förra fallet medförde frånsägelse av successionsrätt endast förlust av förväntad, osäker egendom, som borgenären inte rimligen kunde göra anspråk på. Efter dödsfall kunde däremot successor noggrant uppskatta värdet av vad han avstod ifrån. I de fallen skulle det stå borgenären fritt att tillämpa actio Pauliana. Andra åter gick ännu längre och gav återvinningsrätt även vid förtida arvsavståenden genom en analogi till rätten hos fiscus att motsätta sig sådana rättshandlingar. Under 1700-talet uppkom dock inom samma skola en reaktion mot de båda äldre gruppernas utsträckning av återvinningsmöjligheterna.[52]

> Ett särfall, där actio Pauliana var uttryckligt utesluten, rörde en sons förtida utfående av morsarv.[53] Regeln syntes stå i strid med eljest återvinningsbara betalningar av ännu icke förfallna skulder. Glossatorerna förklarade skillnaden med hänvisning till *ratio sanguinis,* dvs det låg inget bedrägligt i ett förtida gynnande av en arvsberättigad anförvant. *Bartolus* introducerade emellertid en något konstruerad förklaring, som i korthet gick ut på att fadern endast handlade på moderns instruktion och enligt hennes entydiga vilja; sonens fordran på arv skulle på det sättet ses som redan förfallen till betalning. De olika förklaringarna stöddes båda av skilda sentida författare. Alla var emellertid eniga om att skyddet mot återvinning inte bestod, om egendomen utlades till en oskyld.

Betalning av förfallen skuld kunde i princip inte angripas med actio Pauliana. De romerska textställena är inte helt klargörande, och möjligheten att likväl åtkomma vissa betalningar sysselsatte åtskilliga äldre jurister. Redan *Azo* godtog återvinningsmöjlighet vid *gratificatio,* ensidigt gynnande av viss borgenär på andras bekostnad.

[51] Centrala är D 38.5.1.6 samt 42.8.6.2 och 4.

[52] Bl a underströks, att D 42.8.6.2 och 4 endast innehöll en regel om att förtida arvsavståenden var ogiltiga.

[53] D 42.8.19, som kräver en ytterligare notförklaring. Situationen var den att en fader hade emanciperat sin son från *patria potestas* och samtidigt gett honom det morsarv, som eljest under faderns livstid skulle ha stått under dennes dispositionsrätt.

Härtill lades mot slutet av 1200-talet en likartad regel för fall, då en borgenär med våld tilltvingade sig fullgörelse, *extorsio*. Under nästa århundrade utvidgades den regeln till situationen, då gäldenären under flykt greps av en borgenär med stöd av rätten till laga självtäkt. – Andra jurister frånkände däremot borgenären varje rätt till återvinning av nu aktuella betalningar. Det saknades nämligen angripbar skadeavsikt, och övriga borgenärer kunde inte anses lida skada av att en av dem erhöll berättigad betalning.[54]

Bland nya tidens företrädare för den nederländska eleganta skolan och för usus modernus fanns anhängare till samtliga tre inställningar: alla betalningar av förfallna skulder gick fria från återvinning, endast ensidiga gynnanden kunde åtkommas, endast de fallen jämte extorsio-situationer drabbades. Till dessa lades av vissa en fjärde precisering, som krävde att en ensidigt gynnad borgenär undgick återvinning, endast om fordringen genom betalningen blev helt fullgjord. En femte linje bestod i att göra skillnad, vid ensidigt gynnande, på sådana som mottog fullgörelse efter erhållen exekutionstitel och sådana som fick betalt blott efter privata påstötningar.[55]

I sammanhanget kan nämnas, att *datio in solutum* redan av glossatorerna behandlades som varje annan gäldenärens avhändelse. Under nya tiden lade några enstaka jurister vikt vid förhållandet, att sådan fullgörelse bör likställas med betalning och således generellt fritas från återvinning, om inte någon av de anförda specialsituationerna förelåg. Likartad behandling gav vissa det fallet, att gäldenären avbetalade sin skuld till en borgenär genom att överlåta egendom till denne mot underpris.[56]

Under medeltiden betraktades *säkerställande av gammal skuld* som återvinningsbar. Endast ett fåtal av nya tidens jurister mostsatte sig, att efterställd pantsättning skulle innebära tillräcklig borgenärsskada. De åberopade för denna sin avvikande inställning likheten med betalning av förfallen skuld.[57]

[54] Ankum, Geschiedenis s 131 ff, 180 f, 209 ff.

[55] Ankum, Geschiedenis s 227 f, 253 ff.

[56] Ankum, Geschiedenis s 134, 228, 257.

[57] Ankum, Geschiedenis s 134, 182, 228 f, 257 f.

3.6 Återvinningens rättsföljder

Den huvudsakliga rättsföljden av en framgångsrik återvinningstalan var naturligt nog att förvärvaren ålades att återställa egendomen till borgenären. Här skall uppmärksammas några ytterligare rättsföljder, som alltjämt diskuteras och som getts olika lösningar i de undersökta ländernas positiva rättsordningar.

Allt sedan glossatorerna slogs det fast, att förvärvaren hade rätt att av återvinningskärande borgenär i utbyte mot egendomen erhålla köpeskilling eller annan *motprestation,* som han själv erlagt till gäldenären. Men regeln hade en viktigt inskränkning. Endast om förvärvarens valuta fanns kvar hos gäldenären, och således var tillgänglig för borgenären när Pauliana-talan väcktes, kunde förvärvaren räkna sig dess värde till godo. Härmed sammanhänger också den stränga inställningen till förvärvarens möjlighet att kompensera sin eventuella förlust genom att själv väcka talan mot den borgenärsbedräglige gäldenären. Glossatorerna hade givit honom sådan rätt, men från 1300-talet och framåt var den vägen stängd under åberopande av att även förvärvaren handlat skadligt och därför måste stå sitt kast som "gärningsman".[58]

Hade återvinningskäranden framgång med sin actio Pauliana, var svarande förvärvare skyldig att av egendomen återställa, förutom det mottagna, den *avkastning* han uppburit.[59] Hur denna avkastning skulle beräknas var föremål för viss meningsskiljaktighet, eftersom flera digestställen gav motstridiga besked. Enighet rådde om att förvärvaren oavsett god tro var skyldig att återställa, dels avkastning som redan var upplupen vid tiden för hans eget förvärv, dels vad han erhöll ur egendomen efter det att borgenären väckt återvinningstalan.[60] Flertalet jurister stannade vid den begränsningen, men några ville gå längre och ålägga i vart fall ondtroende förvärvare skyldighet att utge även avkastning, som han uppburit under den mellanliggande tiden.[61]

Vid sidan av avkastningsfrågorna var återvinningssvaranden självfallet intresserad av att ersättas för nedlagda *kostnader* på egendomen.[62] Glossatorerna gjorde härvidlag inte bara den naturliga

[58] Ankum, Geschiedenis s 129, 176 f, 246 f.

[59] Ankum, Geschiedenis s 127 f, 174 f, 206 f, 247 f.

[60] Främsta belägget härför återfinns i D 42.8.25.4 och 5.

[61] Så i överensstämmelse med den mera allmänna formuleringen i D 22.1.38.4.

[62] Ankum, Geschiedenis s 128 f, 175, 207, 248.

skillnaden mellan nödiga och nyttiga kostnader. För de förra hade förvärvaren alltid ett berättigat ersättningsanspråk, för de senare endast om förbättringen skett med borgenärens goda minne.[63] En ytterligare distinktion, som inte upprätthölls i nya tidens rättsskolor, gällde skillnaden mellan kostnader nedlagda på själva godset och förbättringar som riktade sig mot egendomens avkastning. Kostnader för förbättring av avkastningen, menade glossatorerna, skulle enligt den äldre uppfattningen alltid ersättas av borgenären. Denna för återvinningssvaranden förmånliga regel tycks sedermera ha övergivits.

Slutligen kan nämnas, att återvinningssvarande förvärvare alltid kunde undvika det faktiska återlämnandet av egendomen genom att utge *skadestånd.* Ersättningsbeloppet skulle därvid inte utgöra egendomens värde utan vad borgenären hade att fordra av sin gäldenär. Sådan avlösning i penningar hade förvägrats förvärvaren av vissa jurister under 1300-talet. Redan glossatorernas men även senare rättsskolors uppfattning, att skadestånd fritt kunde träda i stället för naturaprestation, blev vägledande för framtiden.[64]

3.7 Utvidgad actio Pauliana

Begreppet *utvidgad actio Pauliana* introducerades av *Baldus.* Denna form av talan har – i vart fall från svenska utgångspunkter – inget direkt samband med återvinning i dess vedertagna form. Den innebär i stället ett sätt att lösa vindikationsfrågor vid *tvesala.* Institutet kommer därför inte att behandlas i den fortsatta positivrättsliga framställningen. För att fullständiga bilden av actio Pauliana har jag likväl velat presentera även dess utvidgade form. Dessutom är debatten därom alltjämt är mycket livaktig, särskilt i Nederländerna.

Antag en normal tvesalusituation med en överlåtare och två förvärvare. Den utvidgade actio Pauliana innebar följande för den förfördelade förste förvärvaren. Om hans eget förvärv var oneröst, gavs han med hjälp av detta institut rätt att vindicera den dubbelöverlåtna egendomen, eller återvinna den om vi vill utnyttja Pauliana-terminologin. Vid onerös dubbelöverlåtelse krävdes härutöver ond tro hos den andre förvärvare, som fått saken i sin

[63] I fall av nödiga kostnader kunde svaranden ha rätt att behålla tillförda objekt, om den återvunna egendomens värde inte starkt försämrades genom en sådan åtgärd.

[64] Ankum, Geschiedenis s 129 f, 175 f, 246.

besittning. Vid benefikt dubbelförvärv däremot vindicerades hos andre förvärvaren oavsett dennes goda tro. Genom den utvidgade actio Pauliana fick förste förvärvaren således möjlighet att rikta sin talan mot andre förvärvaren, oavsett konstaterad insolvens hos överlåtaren. Baldus innovation låg inte blott i denna möjlighet för förste förvärvaren att anställa återvinningstalan utan att ens behöva påvisa överlåtarens, hans naturagäldenärs, bristande möjlighet att ersätta honom. Den främsta systematiska nyheten fanns i skyddet för en förste förvärvare som – i avsaknad av besittningstagande – *de jure* inte förvärvat äganderätt till det dubbelöverlåtna. Någon rätt för honom att angripa andre förvärvaren, som genom tradition från rättmätig tidigare ägare erhållit full äganderätt, fanns inte tidigare. Den "bedragne" förste förvärvaren hade att hålla sig till enbart sin fångesman för skadeersättning. Baldus' lära kom inte oväntat att utsättas för mycken kritik, särskilt av renässansens humanister, men fick sedermera fullt genomslag genom företrädarna för usus modernus.[65]

[65] Ankum, Geschiedenis s 182 ff, 211 ff, 229, 259 ff.

4. Nederländsk rätt

4.1. Inledning

Alltsedan 1940-talet har i Nederländerna pågått ett intensivt arbete med att reformera civillagboken från 1838. I flera stycken har arbetet genomförts med framgång, bl a vad gäller familje- och personrätten. Andra områden har fördröjts, däribland den allmänna och särskilda förmögenhetsrätten.

Trots att parlamentet redan 1980 beslutade en lagtext, har debatten fortsatt i samband med den pågående promulgationslagstiftningen.[1] Reglerna om återvinning utom konkurs, *actio Pauliana,* hör till de flitigt diskuterade. Flera skilda varianter har övervägts, såväl i särskilda juristkommissioner och i det omfattande remissförfarandet som i generalstaternas lagutskott och kamrar. Efter politiska överenskommelser våren 1987 förefaller det nu klart, att stora delar av lagverket kommer att promulgeras 1991. Det är därför anledning att här beröra såväl den gällande rätten enligt *art 1337 Burgerlijk Wetboek (BW)* som förslagen till reglering av rättshandlingars angriplighet inom ramen för *titel 3.2* i det nya civillagverket, *Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW).*

Diskussioner med nederländska praktiker har gett vid handen, att actio Pauliana ganska sällan åberopas i konkreta tvister. Det hör således inte till vanligheterna att en part utom konkurs stämmer annan med yrkande om återgång av ett träffat avtal. Däremot spelar regelsystemet kring actio Pauliana en stor roll i utomrättsliga uppgörelser och i den rådgivning seriösa advokater ger sina klienter.

[1] Litteraturen om den nya civillagen och dess gång genom lagstiftingsinstanserna är numera mycket rikhaltig. Det utges till och med sedan några år en särskild juridisk tidskrift, *Kwartaalbericht Nieuw Burgerlijk Wetboek,* med information och debatt kring det pågående lagstiftingsarbetet. Lagförarbetena, sådana de tedde sig i början av 1980-talet, har samlats i monografiska volymer, inte helt olika våra NJA II, under titeln Parlamentaire Geschiedenis van het NBW. För rättstillämpningen i Nederländerna spelar dock lagmotiv inte alls samma roll som hos oss, i synnerhet som de i normala fall är förhållandevis svårtillgängliga. Om det pågående lagstiftningsarbetet, se ytterligare Göranson, SvJT 1989 s 102 ff.

Just faran av att en borgenärsskadlig transaktion kan åtkommas av tredje man återvinningsvägen gör att den undviks eller att parterna väljer en annan och säkrare väg för att uppnå önskad ekonomisk effekt av sitt mellanhavande.

Det skulle alltså ligga något avskräckande i att lagen innehåller regler om actio Pauliana. Vilken effekt stadgandet har till förekommande av borgenärsskadliga åtgärder och till höjandet av moralen i handel och vandel kan inte avgöras av strödda synpunkter från vissa praktiker, låt vara representanter för mycket välrenommerade byråer i Haag och Amsterdam. Några rättssociologiska eller liknande undersökningar finns mig veterligen inte. Det framgår emellertid av diskussionerna i samband med lagstiftningsarbetet, att actio Pauliana utgör en omhuldad del av det nederländska rättssystemet på förmögenhetsrättens område.

Vid sidan av lagtext och förarbeten till den vilande civillagen har den väsentligaste källan för genomgången av gällande nederländsk rätt varit *Ankums* stora monografi.[2] I övrigt kan ur handboksmaterialet nämnas *Asser-* och *Pitlo*-serierna, en nyutgiven kommentar av *Schoordijk* samt den omfattande lösbladsutgåvan *Contractenrecht*.[3] Härtill kommer tidskriftsartiklar ur de senaste årens juridiska debatt kring det pågående lagstiftningsarbetet.

Den fortsatta framställningen är uppdelad i följande huvudavdelningar, där utvecklingen av gällande rätt följs av redovisning och kommentarer till det vilande civillagsförslaget: lagregleringen, 4.2; återvinningsparterna och förfarandet, 4.3; institutets systematiska inordnande, 4.4; typer av rättshandlingar, 4.5; återvinningsrekvisiten,

[2] Ankum, J A, De Paulina buiten faillissement in het Nederlandse Recht sedert de Codificatie (1962). – Verket utgavs i nära anslutning till Ankums rättshistoriska avhandling, som bildar utgångspunkt för kapitel 3 ovan. Om dess positiva mottagande, se Top, Tijdschrift voor Privaatrecht 1964 s 147 ff.

[3] Mr C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. IV. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten. 5 druk door L E H Rutten (cit Asser–Rutten 4–II); D:o volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek. 7 druk door A S Hartkamp (cit Asser–Rutten–Hartkamp 4–II); Pitlo, A, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht. 8 druk door M F H J Bolweg (cit Pitlo–Bolweg); Schoordijk, H C F, Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B W (titel 1 t/m 5, titel 11); lösbladsverket Contractenrecht onder redactie van A R Bloembergen en W M Kleyn. V. De overeenkomst en derden. E. Art 1377: Actio Pauliana door T J Mellema-Kranenburg (cit Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg)).

4.6; återvinningens rättsföljder, 4.7; gränsdragning gentemot andra borgenärsskyddande institut, 4.8.

Som amärkts inledningsvis är framställningen i detta kapitel delvis mera detaljerad än i de övriga. En biavsikt har varit att förmå svenska jurister att ägna den nederländska rätten det intresse den förtjänar.

4.2. Lagregleringen

Tillkomsten 1838 av en samlad kodifierad civillag för Nederländerna, *Burgerlijk Wetboek (BW),* måste ses inte bara i sitt rättshistoriska utan också i sitt allmänhistoriska sammanhang.

> Under 1790-talets revolutionskrig drabbades den gamla nederländska statsbildningen av ett veritabelt sammanbrott. Styrelseformer och institutioner, som haft sin upprinnelse i 1500-talets frigörelse från spansk överhöghet, hade spelat ut sin roll. De ersattes utan märkligt motstånd av en nyordning, som helt naturligt tog sina starkaste influenser från Frankrike. De nederländska provinserna organiserades politiskt som en fransk intressesfär under namn av Bataviska republiken, avlöst av det holländska kungadömet för att slutligen 1810 direkt införlivas med det franska kejsardömet. Även den äldre, i stort okodifierade, rättsordningen öppnades för radikala nyordningar. På bl a civil- och processrättens områden skedde – visserligen under svärdet men samtidigt till synes välkomnat – en "förfranskning" av förvånande omfattning. Efter ett kort mellanspel av en särskild, i stort sett fransk, civillag för det autonoma kungariket Holland blev 1811 den franska Code civil gällande rätt även i de nederländska kejserliga departementen. Det kan i efterhandsperspektivet synas märkligt, att Nederländerna efter frigörelsen från Napoleon 1813 inte restituerade äldre rätt. Så skedde alltså inte, utan Code civil gällde tills Burgerlijk Wetboek promulgerades 1838. Det är också påfallande hur nära flertalet rättsregler i den omfattande civillagen[4] ansluter till förebilderna i Code civil.[5]

Regleringen av actio Pauliana i kodifierad nederländsk rätt kan tidsmässigt indelas i tre skeden: perioden 1838 till 1896 års reform, orsakad av krav på samstämmighet med en då företagen nyordning av konkursrätten, tiden därefter samt slutligen det pågående arbetet med en totalrevision av civillagen i syfte att skapa *Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW).* Den fortsatta framställningen lägger huvudvikt dels

[4] Över 2 000 artiklar.

[5] Ett viktigt undantag utgör dock sakrätten, där det äldre på romersk rätt grundade regelsystemet återinfördes och alltjämt präglar nederländsk rätt.

vid 1900-talsutvecklingen av det alltjämt gällande stadgandet i *art 1377 BW,* dels vid förslagen till återvinningsreglernas nya utformning i *artt 3.2.11 – 11c NBW.*

4.2.1 Art 1377 i 1838 års Burgerlijk Wetboek

Ursprungligen hade art 1377 BW följande lydelse:[6]

> Niettemin kunnen de schuldeischers in hun eigen naam opkomen tegen de handelingen, welke door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan zijn, mits zij zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet overeenkomstig den aard der handelingen waartegen zij willen opkomen.
>
> Indien de handeling onder enen bezwarenden titel is aangegaan, moeten de schuldeischers bewijzen, dat er van den kant der beide partijen bedrog heeft plaats gehad.
>
> Indien de handeling om niet heeft plaats gehad, is het voldoende, dat er bedrog aanwezig zij van de kant van den schuldenaar alleen.[7]

Ankum understryker i sin positivrättsliga undersökning av actio Pauliana, att den kortfattade formuleringen i art 1377 BW lämnade åtskilliga problem öppna vid tillämpningen av återvinningsregeln.[8]

4.2.2 1896 års reform av art 1377 BW

Många oklarheter hade rått rörande art 377 BW sedan dess tillkomst 1838. Under 1890-talets arbete på en ny konkurslag befanns det lämpligt att samtidigt förtydliga även återvinningsreglerna utom konkurs. Den alltjämt gällande lydelsen av art 1377 blev 1896:

> 1. Niettemin kan door ieder schuldeischer de nietigheid worden ingeroepen van alle door den schuldenaar onverpligt verrigte

[6] Äldre nederländsk stavning har behållits även i dagsaktuella editioner av Burgerlijk Wetboek.

[7] I stolpig, originalet dock näraliggande, översättning: Likväl (trots föregående artikels stadgande om obligatoriska rättigheters giltighet blott mellan parterna och om förbud mot skadliga tredjemansavtal) kan borgenärerna i eget namn angripa de handlingar, vilka av gäldenären företagits i bedräglig (sviklig) avsikt att förminska deras rättigheter, även om de i övrigt har företagits med iaktttagande av lagliga föreskrifter för varje slag av rättshandling, som borgenärerna önskar angripa.

Är rätshandlingen onerös, skall borgenärerna bevisa, att det på båda parters sida förekom bedrägeri (svek).

Är rättshandlingen benefik, är det tillfyllest, att det förekom bedrägeri (svek) blott på gäldenärens sida.

[8] Ankum, De Pauliana s 36 ff.

handelingen, hoe ook genaamd, waardoor de schuldeischers zijn benadeeld, mits bewezen worde, dat bij het verrigten der handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelede, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling van de schuldeischers het gevolg zoude zijn.

2. Regten, door derden te goeder trouw verkregen op de goederen, die het voorwerp waren van de nietige handeling, worden geëerbiedigd.

3. Om de nietigheid van door den schuldenaar gedane handelingen om niet in te roepen, kan de schuldeischer volstaan met aan te toonen, dat de schuldenaar op het oogenblik der handeling wist, dat hij daardoor zijne schuldeischers benadeelde, onverschillig of de begiftigde die wetenschap al dan niet deelde.[9]

Den nya lagtexten medförde åtskilliga klarlägganden i jämförelse med den äldre artikelns vaga och dunkla formuleringar. Inte minst gällde det den rättsliga karaktären av en ogiltighetstalan, vissa nödvändiga rekvisit för återvinning samt skyddet för godtroende tredje man.[10]

4.2.3 Nya civillagen

Redan inledningsvis nämndes det långvariga arbetet i Nederländerna med att skapa en totalt reviderad civillagbok. Jag har i annat sammanhang lämnat en kortfattad redogörelse för den verksamheten.[11] I den mån olika preliminärversioner av lagstadgandet i *Nieuw Burgerlijk Wetboek* är av intresse för förståelsen av den nya regleringen, kommer de att beröras i den fortsatta framställningen, där även aktuell doktrindebatt upptas. Här har jag ansett det onödigt

[9] I ordagrann, ehuru onjutbar, översättning: "Likväl (i motsats till...se ovan not 7...tredjemansavtal) kan varje borgenär få ogiltigförklarad alla sådana gäldenärens rättshandlingar, som denne inte är förpliktad att företaga och oavsett hur de benämns, om borgenärerna lider skada genom rättshandlingen. Borgenären skall visa, att gäldenären och den mot vilken rättshandlingen riktades eller på vars vägnar han handlade hade, vid rättshandlingens företagande, vetskap om att skada för borgenärerna skulle bli följden därav.

Av tredje man i god tro förvärvade rättigheter till viss egendom, som var föremål för den ogiltiga rättshandlingen, skall respekteras.

För ogiltigförklaring av gäldenärens benefika rättshandlingar är det tillfyllest, att borgenären gör sannolikt, att gäldenären vid rättshandlingens företagande visste, att han därigenom skadade sina borgenärer, oavsett om gåvotagaren hade sådan vetskap eller icke.

[10] Ankum, De Pauliana s 61 ff, ang reformförslag och den omedelbara kritiken mot dessa samt samordningen med den konkusrättsliga återvinningen.

[11] Göranson i SvJT 1989 s 102 ff.

detaljerat att presentera den kronologiska utvecklingen under fyrtio år av lagstiftningsmödor.

Den senaste versionen av den nya civillagen innehåller följande actio Pauliana-stadgande, art 3.2.11 NBW:

> 1. Indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, is de rechtshandeling vernietigbaar en kan de vernietiginggrond worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan.[12]
>
> 2. Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn.
>
> 3. Wordt een rechtshandeling om niet wegens benadeling vernietigd, dan heeft de vernietiging ten aanzien van de bevoordeelde die wist noch behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn, geen werking, voor zover hij aantoont dat hij ten tijde van de verklaring of het instellen van de vordering tot vernietiging niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was.
>
> 4. Een schuldeiser die wegens benadeling tegen een rechtshandeling opkomt, vernietigt deze slichts te zijnen behoeve en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling.
>
> 5. Rechten, door derde te goeder trouw anders dan om niet verkregen op goederen die het voorwerp waren van de vernietigde rechtshandeling, worden geëerbiedigd. Ten aanzien van de derde te goeder trouw die om niet heeft verkregen, heeft de vernietiging geen werking voor zover hij aantoont dat hij op het ogenblik dat het goed van hem wordt opgeëist, niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat is.

I översättning:

> 1. Om en gäldenär, då han företar en frivillig rättshandling, visste eller borde ha vetat att följden därav skulle medföra skada för en eller flera borgenärer i deras utsökningsmöjligheter, är

[12] Lydelsen förändrad genom förslaget till promulgationslag. I 1980 års version sades, att den skadelidande borgenären kunde ogiltigförklara, *vernietigen,* rättshandlingen; nu talas i stället om att rättshandlingen till sin karaktär är möjlig att ogiltigförklara, *vernietigbaar,* och att det står sådan borgenär fritt utnyttja sin möjlighet att ogiltigförklara.

rättshandlingen möjlig att ogiltigförklara. Ogiltigförklaring kan yrkas av envar borgenär som lidit skada i sina utsökningsmöjligheter, oavsett om hans fordran uppkommit före eller efter rättshandlingen.

2. En rättshandling, som inte är benefik, oavsett om den är ömsesidig eller ensidig och om den riktar sig mot en eller flera personer, kan på grund av borgenärsskada ogiltigförklaras endast om den mot vilken rättshandlingen företogs visste eller borde ha vetat att skada för en eller flera borgenärer skulle bli följden därav.

3. Om en benefik rättshandling ogiltigförklaras på grund av borgenärsskada, har ogiltigförklaringen i förhållande till den berättigade som varken visste eller borde ha vetat att skada för en eller flera borgenärer skulle bli följden därav ingen verkan, om han kan visa att han vid tiden för ogiltigförklaringen eller väckande av talan därom inte hade någon fördel av rättshandlingen.

4. En borgenär, som på grund av skada gör gällande sin rätt med avseende på en rättshandling, ogiltigförklarar denna endast till sin egen fördel och icke vidare än som krävs för att undanröja den skada han lidit genom rättshandlingen.

5. Rättigheter som tredje man i god tro och mot vederlag förvärvat till egendom, som varit föremål för den ogiltigförklarade rättshandlingen, skall respekteras. Gentemot tredje man i god tro, som utan vederlag har förvärvat rättighet i sådan egendom, har ogiltigförklaringen ingen verkan om han visar, att han vid den tidpunkt, då egendomen frångår honom, inte haft någon fördel av rättshandlingen.

Jag låter lagtexten här stå okommenterad. De ändringar och förtydliganden, som den nya civillagen innebär i förhållande till gällande rätt, kommer att behandlas utförligt i den fortsatta framställningen.

4.3 Återvinningsparterna och förfarandet

4.3.1 Taleberättigad borgenär

Som borgenär i återvinningssammanhang räknas alla, som på grund av en fordringsrätt har anspråk på fullgörelse från gäldenärens sida och som för denna fordran har rätt att tillgodogöra sig gäldenärens lösa och fasta egendom.[13] Till denna kategori räknades redan på

[13] Definition enligt *HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793,* se Ankum, De Pauliana s 130; Asser–Rutten 4–II s 295 ff; Pitlo–Bolweg s 274; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1808.

1800-talet inte blott borgenärer med penningfordringar utan även naturaborgenärer.[14]

Vidare fastlog Hoge Raad tidigt – i överensstämmelse med romersk uppfattning – att återvinningskäranden inte behövde ha varit borgenär vid den tidpunkt, då den skadliga rättshandlingen företogs. Även därefter uppkomna fordringsförhållanden kunde läggas till grund för actio Pauliana.[15] Inställningen har uttryckligt bejakats i senare rättspraxis,[16] dock under förutsättning att det vid rättshandlingens företagande fanns andra borgenärer som skadats av den.[17] Detta sistnämnda rekvisit har bortfallit i nya civillagen, där det klart stadgas, att talerätt tillkommer även den som blivit fordringsägare efter rättshandlingens företagande. Det torde dock fortfarande krävas, att den nytillkomne borgenären förmår visa, att gäldenären och i förekommande fall hans medkontrahent var i ond tro om borgenärsskada, redan då rättshandlingen företogs.

I litteraturen har redovisats skilda ståndpunkter rörande möjligheten att tillämpa actio Pauliana, då återvinningskärandens fordran inte är omedelbart utsökningsbar, *niet opeisbaar.*[18] Majoriteten förefaller tillerkänna även sådana borgenärer återvinningsrätt, i synnerhet om fordringen blott är begränsad av ett resolutivt villkor. I fråga om suspensiva villkor kan det däremot stundom ifrågasättas, om det verkligen föreligger en fordringsrätt.[19] Den omständigheten att fordringens förfallodag ännu inte inträtt hindrar inte återvinning. En förutsättning bör dock vara, att borgenären kan göra sannolikt, att han även på förfallodagen har lidit skada av den rättshandling, som angrips. Däremot anses inte en naturlig fordran berättiga till återvinning, eftersom den inte kan utsökas genom domstols förmedling.[20]

[14] *HR 14 april 1881, W 3705,* m fl rättsfall hos Ankum, De Pauliana s 46.

[15] *HR 14 april 1881, W 4635,* jfr nedan not 31.

[16] *HR 23 dec 1949, NJ 1950, 262:* "ook bescherming kan geven aan hem, die eerst schuldeiser werd na het plaats grijpen van de benadelende handeling".

[17] *HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793;* se Ankum, De Pauliana s 132 ff.

[18] Ankum, De Pauliana, s 130 ff; Asser–Rutten 4–II s 297; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 441; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1810.

[19] Ankum, De Pauliana s 130 ff. För möjligheten att även vid suspensiva villkor bruka actio Pauliana gör Ankum ett analogislut från art 1298 BW, vari sägs att borgenär har rätt att före förfallodag vidtaga nödvändiga åtgärder till tryggande av sin fordringsrätt. – Frågan har inte reglerats uttryckligt i nya civillagen. Dess förarbeten omtalar dock, att även villkorade fordringar är återvinningsbara, om borgenären kan göra sannolikt, att villkoret kommer att uppfyllas, Parlamentaire Geschiedenis 3 s 219.

[20] Ankum, De Pauliana s 131 f.

En detalj i Ankums framställning om återvinningsmöjligheter för borgenär med *pantsäkerhet* fordrar en kort kommentar. Ankum ställer sig tvivlande till talerätt men gör det påpekandet, att sådan borgenär tveklöst har rätt att angripa en rättshandling, som rör själva pantgodset, då säkerheten är hypotekarisk.[21] – Tvivlet förefaller mig föga välgrundat, eftersom en säkerhetshavare, för det fall säkerheten inte förslår till täckande av fordringen, har rätt att som oprioriterad få tillgång även till annan gäldenärens egendom. Här är väl främst fråga om att kunna visa skada, eftersom det knappast kan innebära en nackdel för en tillräckligt säkrad borgenär, om gäldenären avhänder sig annan egendom än säkerhetsgodset.

Envar skadelidande är emellertid inte berättigad till återvinning. Exempel på felaktig rättstillämpning ger Ankum i ett äldre fall, där *Hoge Raad* tillerkände även *borgenärens singularsuccessor* talerätt; varken förr, rättshistoriskt sett, eller senare är en sådan rättsregel känd.[22]

En i sammanhanget intressant partssituation föreligger, då en exekutivköpare av fast egendom finner att tidigare ägaren, som inte stått i direkt gäldsförhållande till exekutivköparen, i borgenärsskadligt syfte upplåtit rättigheter i fastigheten, som inte utsläcks vid den exekutiva försäljningen. En sådan köpare har ansetts vara borgenär i den meningen, att han kan anställa återvinningstalan rörande sådan rättighetsöverlåtelse.[23] Rättstillämpningen har dock hållit denna möjlighet inom snäva gränser och förvägrat talerätt, om

[21] Ankum, De Pauliana s 132. Här är att märka, att nederländsk rätt erkänner formlösa säkerhetsöverlåtelser och att således hypotekarisk panträtt i lös egendom är vanligt förekommande i andra former än det för oss kända företagshypoteket, som saknas. Gällande ordning kommer att behållas i nya civillagen med den ändringen, att säkerhetsöverlåtelsen för sin giltighet fordrar skriftligt avtal, vars datering skall bekräftas av notarie.

[22] *HR 21 febr 1873, W 3565;* se vidare Ankum, De Pauliana s 47 f.

[23] *HR 14 april 1881, W 4655,* som gällde upplåten hyresrätt; se Ankum, De Pauliana s 48. Regeln har måhända inte så stor komparativ bärighet, eftersom den ytterst bygger på en nederländsk exekutionsrättslig regel, att hypotekshavaren, inte fastighetsägaren-gäldenären, anses som säljare. I denna egenskap har hypotekshavaren-säljaren ansetts ha laggrundad fullmakt att agera på fastighetsägarens vägnar. När exekutivköparen förvärvar fastigheten, sker det sålunda teoretiskt sett från hypotekshavaren som fullmäktig för gäldenären, och köparen blir därigenom en gäldenärens fordringsägare.

inte en ursprunglig fordringsägare samtidigt gjort gällande borgenärsskada.[24]

Flertalet författare synes dela *Hoge Raads* restriktiva inställning, men den store lagreformatorn *Meijers* pläderade vid olika tillfällen för en utvidgning av actio Pauliana till flera fall, där en förfördelad borgenärs rättigheter övergått på en singularsuccessor.[25]

4.3.2 Återvinningssvaranden

Som närmare kommer att utvecklas nedan under 4.7 innebär en framgångsrik actio Pauliana-talan, att den angripna rättshandlingen förklaras ogiltig. Talan om återvinning har därför i nederländsk rätt mera entydigt än hos oss karakteriserats som en *ogiltighetsförklaring* av samma slag som krav på återgång enligt allmänna ogiltighetsregler, exempelvis svek. Sådan återgång kan göras gällande i eller utom rätta.[26] Här skall först uppmärksammas frågan, mot vem själva ogiltighetsförklaringen skall riktas. Därefter upptas några spörsmål om vem som är ersättningsskyldig motpart till den återvinnande borgenären.

Den nya civillagen har, såvitt svarandesidan angår, sammanfört skilda former av ogiltighetsförklaring. I art 3.2.14 lid 1 NBW stadgas, att utomrättslig ogiltigförklaring skall riktas mot dem som varit parter i den rättshandling, som angrips. Om gäldenären exempelvis överlåter egendom till underpris, skall borgenären alltså förklara överlåtelsen ogiltig genom en viljeförklaring riktad till både gäldenären och förvärvaren. Är rättshandlingen däremot ensidig, finns ingen medkontrahent. För sådana fall framgår av art 3.2.18b lid a NBW, att den mot vilken rättshandlingen riktats likväl skall anses som part i nyss nämnd mening. Som exempel kan nämnas den som felaktigt anger sig vara ställföreträdare och under sken av befintlig fullmakt sluter avtal med annan. Vid angrepp på denne *falsus procurator* skall även hans medkontrahent i avtalet anses som sådana part, mot vilken ogiltighetstalan skall riktas. Saknas denna typ av medkontrahent eller mottagare av en angripbar rättshandling, skall

[24] En exekutionsköpare av fast egendom förvägrades väcka talan mot exekutionsgäldenären, som före försäljningen belastat fastigheten med en ekonomiskt oförmånlig hyresrätt, *HR 15 mars 1940, NJ 1940, 848.*

[25] Så bl a i "noot" till ovannämnda *HR 15 mars 1940, NJ 1940, 848.* Se vidare Ankum, De Pauliana s 130 med not 3 och 4 samt Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1811.

[26] Se vidare härom nedan *avsn 4.3.4.*

som part anses den eller de, som drar omedelbar fördel av att rättshandlingen blir ståndande, art 3.2.18b lid b NBW.[27]

Görs ogiltigförklaringen genom väckande av talan, skall som svarande i rättegång om fastställelse instämmas parterna i den angripna rättshandlingen, art 3.2.15 NBW. De regler om partsställningen vid ensidiga rättshandlingar, som just relaterats beträffande utomrättslig talan, gäller även för den borgenär som går domstolsvägen.[28]

Mot dessa formella partsregler skall ställas frågan, av vem den förfördelade borgenären skall kräva ersättning. Själva ogiltighetsförklaringen ger ju inte borgenären tillgång till "färskt" exekutionsunderlag.[29] Om innehavaren av den omstridda egendomen inte frivilligt accepterar borgenärens utomprocessuella ogiltighetsförklaring, måste borgenären gå vidare med en fullgörelsetalan och få till stånd exekution i egendomen. I äldre rättstillämpning fordrades i detta hänseende, att borgenären väckte talan mot både gäldenären och dennes förvärvande medkontrahent.[30] Det faller sig naturligt, att de borgenärer, som redan hade en i sig icke omstridd fordran, fann det vara en onödig omgång att i återvinningsprocessen behöva ha också gäldenären som motpart. *Hoge Raad* beslöt redan i slutet av 1800-talet, att det saknades både lagenligt och ändamålsenligt stöd för ett sådant krav. Det räckte med förvärvaren som motpart till återvinningskäranden i en fullgörelseprocess.[31] Denna inställning, som också träffar fall av i nästa avsnitt behandlade sekundärförvärv på gäldenärssidan, är numera oomstridd.[32]

[27] Se, för vidare exemplifiering, Schoordijk s 173 ff. *Schoordijk* understryker, att själva ogiltighetsförklaringen inte skall riktas mot den som i slutvändan dragit fördel av den angripna rättshandlingen, s 174.

[28] Schoordijk s 175 ff.

[29] Möjligheten att ogiltigförklara rättshandlingen är endast en s k *wilsrecht;* se närmare om det begreppet nedan *avsn 4.5.1.*

[30] Ankum, De Pauliana s 49 ff, med vidare påpekande om en sedermera övergiven uppfattning, att medkontrahentens singularsuccessorer, oavsett ond tro, inte kunde angripas av actio Pauliana: "Een markwaardige opvatting, waarvoor behalve in het klassieke Romeinse recht geen aanknopingspunkten bestaan" (cit s 50).

[31] *HR 14 april 1881, W 4635,* där det underströks, att gäldenärens krav på eventuella överskott inte i sig kunde lägga grund för ett absolut krav på att även han instämdes i återvinningsprocessen; bevakningen av gäldenärens egna intressen var dessutom tillgodosedd genom interventionsregler.

[32] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1818 f.

> En kategori, som inte kan drabbas av actio Pauliana, är *konkursförvaltare.* I ett ganska färskt rättsfall har *Hoge Raad* slagit fast, att förvaltaren inte är att betrakta som gäldenär, såvitt avser åtgärder inom ramen för konkursboets avveckling.[33]

Utan att föregripa behandlingen nedan i avsn 4.7 om återvinningens rättsföljder, skall här endast noteras några nyheter om primärförvärvarens ställning i det vilande civillagsförslaget. Den godtroende mottagaren av en benefik rättshandling får ett utökat skydd genom art 3.2.11 lid 3 NBW. Endast såvitt mottagaren, primärförvärvaren, erhållit *fördel* eller vinning av rättshandlingen vid tiden för ogiltigförklaringen, skall han vara skyldig att utge egendomen eller dess värde. Redan i äldre rätt antogs det vara möjligt att göra ett analogislut till ett liknande stadgande vid konkursrättslig återvinning.[34]

Frågeställningen har nära samband med motsvarande regler för institutet obehörig vinst. Med svensk rätts inställning till den hos oss föga utvecklade läran om obehörig vinst lämpar det sig kanske bättre att tala om paralleller till reglerna om *condictio indebiti.* Med gängse romerskrättsligt synsätt är detta institut i Nederländerna en del av *verrijkeringsrecht.* Finns egendomen kvar hos mottagaren, torde man alltid kunna tala om att rättshandlingen inneburit en fördel för honom. På samma sätt kan man betrakta det fallet, att mottagaren använt egendomen för att betala en skuld eller förvärva något, som visserligen inte vid ogiltighetsförklaringen finns i behåll men som han redan tidigare tänkt skaffa utan att ha medel för. Har han däremot använt det i god tro erhållna till konsumtion av tidigare inte planerat slag, t ex en lyxsemester, föreligger enligt reglerna om obehörig vinst ingen ersättningsskyldighet.[35]

Schoordijk sammanfattar restitutionsskyldigheten så, att han anser ersättningsplikt inte föreligga för den som, betraktat i efterhandsperspektiv, kan sägas ha blivit påtrugad viss egendom: "Als door een paulianeuze schenking iemand naar achteraf blijkt een warde 'opge-

[33] *HR 12 april 1985, NJ 1986, 808.* Målet rörde statens krav på att en uthyrningsåtgärd skulle gå åter, eftersom den hindrade staten att göra sig betalt ur viss egendom, som omfattades av uthyrningen. *Heemskerk* anför i en "noot" till rättsfallet, att vissa borgenärer alltid kan bli lidande av specifika åtgärder från konkursförvaltarens sida; det är orimligt att låta dem bryta igenom förvaltarens allmänna ansvar för borgenärskollektivet.

[34] Art 46 Faillissementswet. Se Ankums uppfattning härom redan 1962, De Pauliana s 179.

[35] Schoordijk s 162 f.

drongen' heeft gekregen, dan is restitutie niet geïndiceerd."[36] Har egendomen gått förlorad utan att det kan läggas innehavaren till last, bör eventuell försäkringsersättning komma återvinningsborgenären till del, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda. Den godtroende mottagaren, som lämnat saken oförsäkrad, slipper dock ersättningsskyldighet enligt de förda vinstersättningsresonemangen.[37]

Schoordijk nämner inte uttryckligt tvånget för mottagaren att vara i god tro om borgenärsskada inte blott vid tiden för erhållande av egendomen utan även då han konsumerar den. Han gör emellertid en analogisk hänvisning till art 6.4.2.3 NBW.[38] Där ges för fall av condictio indebiti en inte helt entydig godtrosregel av följande innebörd. Den som under tid, då han skäligen inte bör vara medveten om sin återbetalningsskyldighet, agerar utan en gäldenärs fulla omsorg om egendomen skall vara befriad från att ersätta den värdeminskning, som egendomen likväl kan ha utsatts för. Såvitt jag tolkar stadgandet, bör det medföra en befrielse från återbetalningsskyldighet för exempelvis i god tro konsumerad egendom. Däremot skulle primärförvärvaren inte vara befriad från återbetalningsskyldighet till borgenären, om han kommit i ond tro om borgenärsskada före konsumtion av det benefikt erhållna. Någon närmare utläggning härom gör emellertid Schoordijk inte.

4.3.3 Sekundärförvärvarens ställning

Godtroende sekundärförvärvare av återvinningsbar egendom hade enligt 1800-talets rättstillämpning och doktrin endast begränsat skydd.[39] Beträffande lösöre gav visserligen *art 2014 BW* med sina vittgående möjligheter till exstinktionsförvärv den godtroende besittningstagaren en säker ställning mot återvinningskrav. I fråga om andra egendomsslag fanns ingen sådan möjlighet till godtrosförvärv, vilket i praktiken var särskilt märkbart för godtroende fastighetspanthavare. Om pantsättaren åtkommit fastigheten på sätt som

[36] Schoordijk s 162.

[37] Schoordijk s 163. – Jfr de svenska reglerna i 8:1 ÄktB, ovan *avsn 1.2.1.*

[38] Beträffande konkursrättslig återvinning finns däremot en direkt hänvisning till att hela afdeling 6.4.2 NBW är tillämplig.

[39] Ankum, De Pauliana s 51 ff. Regleringen var enligt *Ankum* obillig, ohistorisk och ologisk. I sistnämnda hänseende anmärker han, att sekundärförvärvaren till och med stod i ett sämre läge än gäldenärens medkontrahent, som i onerösa fall skyddades av sin goda tro.

kunde återvinnas, föll alltså av denne uttagna inteckningar och fastigheten återvanns fri från återvinningssvarandens belastningar.

Genom 1896 års reform förtydligades stadgandet i art 1377 BW med ett uttryckligt skydd för tredje mans i god tro förvärvade rättigheter i återvinningsegendomen. Actio Pauliana kunde alltså inte göras gällande mot den sekundärförvärvare, som i god tro erhållit den omstridda egendomen från gäldenärens medkontrahent, primärförvärvaren.[40] Lagändringen lämnade dock öppet, vilka kriterier som skulle ställas på sekundärförvärvarens goda tro och om den goda tron skyddade även vid benefika förvärv, där ju i första förvärvsledet mottagarens goda tro inte hindrar återvinning. *Ankum* utgår för sin del från att skyddet för sekundärförvärvaren skall konstrueras på samma sätt som skyddet för primärförvärvaren. Den goda tron skall alltså omfatta skadeföljden av gäldenärens agerande, och benefika förvärv skyddas inte, trots att sekundärförvärvaren varit i god tro.[41] För den senare slutsatsen kan analogier dras till den nederländska rättens lära om exstinktionsförvärv enligt art 2014 BW.

I nya civillagen regleras godtrosskyddet för tredje man, sekundärförvärvaren, i art 3.2.11 lid 5 NBW. En uppdelning har gjorts mellan benefika och onerösa förvärv. Godtroende sekundärförvärv mot vederlag behöver inte tåla något angrepp från återvinningsborgenären. En gåvomottagare däremot saknar skydd, om han inte kan visa att han saknat fördel av rättshandlingen. *Schoordijk* ger det exemplet, att sekundärförvärvaren i sin tur vidareskänker egendomen till sina barn. Är den rättshandlingen helt benefik, har givaren inte haft nytta av egendomen. Utgör sekundärförvärvarens gåva i stället substitut för en mera regelbunden understödsverksamhet, skall han ersätta återvinningsborgenären.[42]

En mera intressant notering gör Schoordijk beträffande förhållandet mellan actio Pauliana-stadgandet och mottagarens skyldigheter vid condictio indebiti-talan. I det senare fallet läggs genom en e contrario-tolkning av art 6.4.2.3 NBW en vårdplikt på den ondtroende mottagaren. Någon motsvarande skyldighet finns inte för en godtroende sekundärförvärvare, som mycket väl kan komma i ond tro efter sitt förvärv. Schoordijk menar dock, att en vårdslös handling,

[40] Om primärförvärvaren själv varit i god tro vid oneröst förvärv, är återvinningsmöjligheten utsläckt och kan inte återupplivas ens mot en om borgenärsskadan ondtroende sekundärförvärvare, se Ankum, De Pauliana s 135.

[41] Ankum, De Pauliana s 136 ff.

[42] Schoordijk s 168.

som leder till egendomens förstörelse, kan åtkommas genom den allmänna regeln om ersättningsskyldighet vid ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande.[43]

4.3.4. Förfarandet. Preskription

Ogiltighetsförklaring av en rättshandling med stöd av actio Pauliana kan enligt gällande rätt ske i och utom rätta. I rättegång måste ogiltighet yrkas. Det räcker inte med att åberopa tillräckliga omständigheter för att få en fastställelsedom på ogiltighet.[44] Utomprocessuellt skall återvinningsborgenären avge en "entydig viljeförklarig" av innehåll att rättshandlingen är ogiltig.[45]

Viljeförklaringen behöver dock inte vara konkret; även konkludenta handlingar kan godtagas.[46] Särskilt vanlig i sammanhanget är interimistiskt *derdenbeslag* mot av gäldenären överlåten lösegendom, som finns hos förvärvaren.[47] Borgenären behöver således inte före tillgripandet av civilprocessuella tvångsmedel underrätta återvinningssvaranden om sin ogiltigförklaring, vilket försvaras med att han inte skall behöva riskera att egendomen undandras genom överlåtelse till godtroende. Nyligen har motsvarande möjligheter utsträckts till att gälla även fast egendom, där tidigare den äganderättspresumtion, som inskrivning i fastighetsregistret medför, varit

[43] Schoordijk s 168. Jfr nedan *avsn 4.8.1.*

[44] Uttryckligen uttalat i *HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514* och *HR 13 mars 1959, NJ 1959, 579,* men även tidigare erkänt av flertalet författare, se Ankum, De Pauliana s 168 ff.

[45] *HR 15 mars 1940, NJ 1940, 848:* "een eenvoudige wilsverklaring tegenover de belanghebbende /is/ voldoende". Jfr hos oss ogiltighetsförklaring enligt AvtL och hävningsförklaring enligt KöpL.

[46] Ankum, De Pauliana s 170 f.

[47] För lägga sådan interimistisk kvarstad, *conservatoir beslag,* på egendom hos tredje man fordras domstolsbeslut, som utfärdas efter skriftlig eller muntlig summarisk process, *kort geding,* inför presidenten i regionaldomstolarna, *arrondissementsrechtbanken.* För att uppnå ett verkligt exekutivt förfarande med realisation av egendom, *excutoriaal beslag,* måste borgenären fullfölja ärendet inom kort tid, hittills sju dagar, för att erhålla en exekutionstitel. – I samband med nya civillagens införande kommer en viss förenkling och effektivisering att ske av exekutionsrätten. För här aktuella delar om civilprocessuella tvångsmedel, se art 700 ff Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) i lydelse enligt 1986 beslutad lag, Staatsblad 1986, 295, samt klarläggande genomgång av Verschuur, Kwartaalbericht NBW 1988 s 86–95.

ett hinder för borgenären att utöva civilprocessuella tvångsmedel mot tredje man.[48]

I nya civillagen stadgas uttryckligen möjligheten att i återvinningssammanhang använda både inom- och utomprocessuell ogiltighetsförklaring, artt 3.2.13–15 NBW. Det närmare regelinnehållet är redan berört i föregående avsnitt 4.3.2 om återvinningssvaranden.

Rätten att göra gällande actio Pauliana *preskriberas* enligt gällande lag fem år efter det att borgenären fått kännedom om den skadebringande handlingen, art 1490 BW.[49]

I nya civillagen har preskriptionstiden förkortats till tre år. Tiden skall inte längre räknas från det borgenären blev medveten om den skadebringande rättshandlingen utan från det att han, genom dess företagande, blev berättigad att göra gällande återvinning.[50] För åtskilliga andra ogiltighetsanspråk gäller enligt art 3.2.17 NBW, att preskription räknas från den dag, då den berättigade blev medveten om ogiltighetsgrunden. Avvikelsen från denna regel vid bl a actio Pauliana har motiverats med en vilja att något begränsa räckvidden och möjligheten till återvinning. I det urprungliga förslaget till den nya civillagen hade dessutom preskriptionstiden bestämts till blott ett år.[51]

Preskriptionsstadgandet tar sikte på möjligheten att göra ogiltighetsanspråket gällande i och utom rätta. I *rättegång* bevaras emellertid *invändningsrätten* på grund av ogiltighet utan avseende på treårsfristen. En återvinningsberättigad kan således utan tidsinskränkning åberopa borgenärsskada, om gäldenären skulle ha en fordran mot honom, art 3.2.15 lid 3 NBW. – Konstruktionen förefaller mera flexibel än vår preskriptionsreglering, som uttryckligen tillåter användande av en preskriberad fordran endast till kvittning, 10 § preskriptionslagen. I nederländsk rätt kan, från en mera allmän utgångspunkt, ogiltighet användas för att avvärja ett fullgörelseanspråk, trots att tidsfristen för att själv göra gällande ogiltigheten löpt ut. Till

[48] *HR 8 nov 1985, NJ 1987, 170; Hoge Raad* prövade endast frågan om kvarstadsrätten som sådan. Materiellt rörde saken försäkringsbolags återvinningsmöjlighet av gäldenärens, en bedragares, överlåtelse av värdefull fastighet på en son, som fått förvärvet inskrivet.

[49] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1896.

[50] Art 3.2.17 lid 1 d NBW: "drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen..."

[51] Kritik mot konstruktionen att preskriptionstiden räknas, inte från det borgenären blev medveten om borgenärsskada utan från det rättshandlingen företogs, har anförts av bl a Schoordijk s 178.

bilden hör dock, att nederländsk rätt innehåller en långt mera varierad katalog av preskriptionsregler än vår och att preskriptionstiden, som synes, i fråga om ogiltighet är kortare.[52]

Här kan slutligen nämnas en i sammanhanget mindre betydelsefull regel om förlust av talerätt, art 3.2.18 NBW. Om den berättigade förklarat sig *avstå* från sin rätt till ogiltigförklaring, är en sådan viljeförklaring orygglig. Samma gäller om han utsatt en *frist,* inom vilken han skall bestämma sig, och dessförinnan inte utnyttjat sin valrätt.

4.4 Institutets systematiska inordnande

I strid med både inhemska rättshistoriska grunder och rent romerskrättslig tradition ansågs från civillagens tillkomst återvinning leda till *ogiltigförklaring* av den angripna rättshandlingen. Det var således i 1800-talspraxis inte längre fråga om en talan grundad på kvasideliktets skadestånd.[53] Lagtextens vaga ord om att borgenären hade rätt att "angripa", *opkommen,* rättshandlingen gav ingen direkt vägledning, men analogier drogs till artikelns systematiska inordning i Burgerlijk Wetboek och till konkursrättens uttryckliga stadgande om att återvinning ledde till ogiltighet.

Ogiltigheten betraktades ursprungligen – för att använda skandinavisk terminologi – som *stark,* dvs den fick genomslag även mot godtroende tredje man.[54] I den kritiska litteraturen förordades ett förstärkt godtrosskydd, antingen genom att ansluta till ett traditionellt skadeståndsrättsligt synsätt eller genom att göra ogiltigheten *svag,* dvs utan verkan mot senare förvärvare i god tro om borgenärsskadan. Sådana förtydliganden inträdde genom 1896 års reform.[55]

En påtaglig rättsföljd av synsättet, att den angripna rättshandlingen anses som ogiltig, är borgenärens *separationsrätt* gentemot återvinningssvarandens borgenärer.[56] – En annan följd har nyligen bekräftats i praxis och rör möjligheterna att utnyttja *tvångsmedel.* Föreligger förutsättningarna för ogiltighetsförklaring, bryts presumtionen om att den som är inskriven i fastighetsregistret är ägare. En

[52] Den generella tiden för fordringspreskription är, som en jämförelse, hela 20 år, medan bl a anspråk på ränta, utdelning, hyra och arrende samt utomobligatoriskt skadestånd preskriberas efter fem år, art 3.11.10, 12 och 13 NBW.

[53] Jfr ovan *avsn 3.3.2.*

[54] Ankum, De Pauliana s 56 ff.

[55] Asser–Rutten 4–II s 302 f.

[56] Ankum, De Pauliana s 60; Asser–Rutten 4–II s 302.

återvinningsborgenär kan alltså få till stånd skingringsförbud i förvärvarens fastighet vid utsökning av fordran på överlåtande gäldenär.[57]

Trots det hittills upptagna betraktas actio Pauliana allmänt i Nederländerna liksom i de flesta rättsordningar som en *obligatorisk* rättighet. Ankum för sin del föredrar en något omständligare bestämning: "een persoonlijk wilsrecht om nietigheid".[58] Han vill därmed tillägga, att det står borgenären fritt att själv bestämma, om han vill utnyttja denna rättighet, förutsatt att återvinningsrekvisiten är uppfyllda.

4.5 Typer av återvinningsbara rättshandling

Innan jag närmare går in på rekvisiten för återvinning utom konkurs, skall jag kortfattat beröra ytterligare en fråga av mera systematisk slag, nämligen typindelningen av angripbara rättshandlingar. Ömsesidiga rättshandlingar i form av försäljning till underpris eller pantsättning för gammal skuld vållar inget större problem vid en jämförelse med nederländsk rätt. Något skall däremot sägas om ensidiga rättshandlingar samt gränsdragningen mellan onerösa och benefika förvärv.

4.5.1 Ensidiga rättshandlingar

Som ett speciellt begrepp behandlar nederländsk rätt s k *wilsrechten.* Med dessa rättigheter förstås, att den berättigade genom en ensidig rättshandling kan få till stånd en viss rättsföljd. Exempel härpå är anbudstagarens rätt att acceptera, köparens rätt att göra gällande kontraktsbrottspåföljd och den skadelidande borgenärens rätt att göra gällande actio Pauliana.

Eftersom tredje man inte har någon generell rätt att sättas i en gäldenärens ställe, saknas möjlighet att på exekutionsrättslig grund få tillgång till en nu aktuell rättighet, som gäldenären underlåtit att

[57] *HR 8 nov 1985, NJ 1987, 170. Hooge Raad* gick emot de mera försiktiga underdomstolarna, vilket kan tolkas som en viss antecipering av en beslutad men ännu ej ikraftträdd reformering av exekutionsrätten. Utgången kan synas föga förvånande men får ses i belysning av den begränsade räckvidd civilprocessuella tvångsmedel hittills haft i fastighetssammanhang. Jfr ovan not 47 f.

[58] Ankum, De Pauliana s 168; Beekhuis s 13 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1804; om sakrättsliga verkningar, se även ovan *avsn 4.3.3* och nedan *avsn 4.7.5;* om begreppet *wilsrecht,* se nedan *avsn 4.5.1.*

utöva. En sådan *wilsrecht* utgör varken en fordringsrätt i gängse mening eller en rätt som kan åtkommas med det processuella tvångsmedlet *derdenbeslag*. Om gäldenären avstår från att utöva den, uppkommer alltså inte en förmögenhetsminskning i den mening att den kan återvinnas.[59]

4.5 2 Oneröst eller benefikt förvärv?

Gränsdragningen mellan benefika och onerösa rättshandlingar – *om niet* respktive *onder bezwarende titel* – har avgörande betydelse i återvinningssammanhang, eftersom endast de senare kräver ond tro hos förvärvaren. Frågan har, såvitt jag kunnat överblicka litteraturen, inte gjorts till föremål för någon omfattande studie i Nederländerna. *Ankum* behandlar ett antal gränsfall, vid sidan av den gängse definitionen för gåva, att rättshandlingen skett i avsikt att mottagaren skall erhålla en förmögenhetsökning: mottagande av en andel i dödsbo med gäldsöverskott, om avsikten inte är att gynna dödsboborgenärerna; avstående från arv eller legat med motivet att man inte vill erhålla något från den avlidne; bortgivande av en bångstyrig kapplöpningshäst i syfte att mottagaren skall bli avkastad.[60] Som synes ges rättshandlingens subjektiva syfte en avgörande betydelse, vilket kan förefalla nödvändigt men samtidigt försvårar återvinningsborgenärens situation, om han är bevisskyldig för överlåtarens gåvoavsikt.

I fråga om *blandade fång* vänder sig Ankum mot en av andra nederländska förattare framförd tes, att hela fånget skall betraktas som benefikt. Det ger, som han med rätta påpekar, den effekten att rättshandlingen kan återvinnas, trots att medkontrahent som utgivit visst vederlag var i god tro.[61]

Att *avstå* från en tillkommande rättighet kan regelmässigt betraktas som en benefik rättshandling. I vissa fall har dock medkontrahenten utfäst sig att erlägga någon form av motprestation, i vilket fall avståendet bör betraktas som oneröst.[62]

Betalning har av vissa betraktats som onerös i alla de sammanhang, då betalningen grundas på en tidigare ingången förpliktelse. Ankum

[59] Ankum, De Pauliana, s 154 ff.

[60] Ankum, De Pauliana, s 122 ff. Se för ytterligare hänvisningar Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1869.

[61] Ankum, De Pauliana, s 125.

[62] Ankum, De Pauliana, s 126.

för sin del ansluter sig till en tysk teori om betalningen som en sidoförpliktelse, *Hilfgeschäft,* där frågan om onerös eller benefik karaktär skall bedömas efter huvudförpliktelsens art. Samma gäller för säkerställande i samband med överlåtelse, exempelvis lämnande av inteckning i samband med gåva respektive försäljning av fast egendom.[63]

Betalning av *annans skuld* eller ställande av *säkerhet för tredje mans* skuld kan gentemot den i skuldförhållandet förpliktade vara både benefik och onerös. Men även i förhållande till den berättigade kan en sådan rättshandling vara av båda slagen. I bägge fallen torde det bero på vilka motprestationer den betalande/säkerställande utfäst sig eller förväntat sig från den som drar fördel av hans agerande.[64]

Till rent benefika fall räknas fullgörelse av en *naturlig fordran,* dvs en sådan som inte kan utsökas men ändå inte faller under reglerna för pactum turpe o dyl.[65] Det saknas i dessa fall skäl att skydda mottagaren av sådan fullgörelse i vidare omfattning än mottagaren av en gåva. Har en naturlig fordran före fullgörelsen gjorts om till en civil, bör det förhållandet inte inverka på ondtrosbedömningen.[66]

4.6 Återvinningsrekvisiten

I det följande skall först behandlas kraven på att den angripna rättshandlingen skall vara frivillig och medföra skada för borgenärer. I det senare hänseendet upptas även under särskild rubrik några särpräglade fall av förmögenhetsminskning. Därpå diskuteras ondtroskravet samt frågor om bevisskyldighet och presumtion.

[63] Ankum, De Pauliana, s 126, 127 f, bl a med exemplet att någon efter en giltig gåvoutfästelse utger gåvobeloppet; han gör det visserligen till uppfyllelse av en förpliktelse men eftersom denna huvudförpliktelse är benefik skall även betalningen som sådan betraktas på samma sätt.

[64] Ankum, De Pauliana, s 127.

[65] Det vanligaste exemplet är preskriberad fordran, som väl den betalts inte kan återkrävas. Enligt art 6.1.1.3 NBW räknas hit även "tvingande moraliska förpliktelser", vars efterlevnad bör erkännas från allmän synpunkt, exvis betalning av rimligt underhåll till nödlidande närstående utan laglig skyldighet.

[66] Ankum, De Pauliana, s 127; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 80; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1869.

4.6.1 Frivillig rättshandling

Genom 1896 års reform klargjordes, att actio Pauliana inte var tillämplig, om den i sig borgenärsskadliga rättshandlingen bestod i tvingande fullgörelse av en förpliktelse.[67] Genom kravet i art 1377 BW att gäldenärens rättshandling skall vara frivillig, *onverplicht*, faller betalning av *förfallen skuld* entydigt utanför återvinningsmöjligheterna.[68] Det bör dock påpekas, att den bakom en i sig tvingande betalning liggande rättshandlingen kan vara återvinningsbar på "egen" grund.[69] Det enklaste exemplet är naturligtvis bindande gåvoutfästelse, följd av gåvobeloppets utanordnande.

Förskottsbetalning och betalning av fordran med *suspensivt villkor* anses däremot återvinningsbara, eftersom de inte vid tiden för erläggandet hade kunnat utsökas. *Ankum* gör en iakttagelse om det förhållandet, att skulden inte var förfallen vid själva betalningen men väl blivit det, då återvinningstalan anhängiggörs. I det fallet anser han borgenären berättigad endast till värdet av det avdrag, *interusurium*, som betalningsmottagaren medgivit på grund av förskotteringen.[70] – Resonemanget förs inte vidare till den intressanta frågan, om det verkligen bör vara tiden för talans väckande, som är avgörande. Varför skall inte i stället tiden för lagakraftägande återvinningsdom vara utslagsgivande, om över huvud taget distinktionen är nödvändig?[71]

Vid konkursrättslig återvinning uppstår problemet inte, för det fall man saknar en regel som säger, att förskottsbetalning bara är återvinningsbar, om betalningsfristen löper ut först efter konkursförsättandet. Parallellen till konkursfallen är måhända mindre användbar, eftersom gäldenärens verksamhet fryses i samband med konkursen. Vid här aktuell återvinning består ju gäldenärens rättshandlings-

[67] Se särskilt *HR 8 jan 1937, NJ 1937, 431,* vari *Hoge Raad* preciserade rikvisitet "onverplichte handelingen" till att avse rättshandling, som gäldenären inte enligt lag eller avtal var skyldig att företaga. Se vidare Ankum, De Pauliana s 100 f; Asser–Rutten 4–II s 298 f; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 443; Pitlo–Bolweg s 275; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1837, 1839; A Korthals Altes, Kwartaalbericht NBW 1988 s 71.

[68] Formuleringen om "een onverplichte rechtshandeling" är bibehållen i art 3.2.11 lid 1 NBW. *Schoordijk* understryker att rättsläget blir oförändrat i jämförelse med gällande rätt, s 156.

[69] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1837.

[70] Ankum, De Pauliana s 138. Jfr Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1840.

[71] Ankum ger inget ytterligare belägg för sin tes.

förmåga oförändrad, trots att rättshandlingen företagits och trots att återvinningstalan väckts. Inte ens vid den senare tidpunkten, talans väckande, uppkommer rättsföljder av det slag som en konkursansökan kan medföra.

Anställande av återvinningsprocess har emellertid i nederländsk rätt den betydelsen, att borgenären då, men först då, behöver ha lidit påvisbar skada. Det är inte ens nödvändigt att han vid tiden för den angripna rättshandlingens företagande var borgenär. Möjligen är det denna parallell, som försvarar den här diskuterade gränsdragningen gentemot fordringar, som förföll först efter betalningen men före det återvinning gjordes gällande. Helt övertygande förefaller mig emellertid inte argumenteringen. Det rimligare vore, att tiden för lagakraftägande dom anses bestämmande. Den stora bristen med en sådan lösning är emellertid, att återvinningssvaranden genom förhalning av rättegången eller obefogat överklagande kan skjuta avgörandet till efter betalningsterminen. Även generellt måste det anses olämpligt, att en inträffande händelse sätts i relation till den vaga tidpunkt, stundom även utanför parternas kontroll, som en lagakraftägande dom utgör.

I sammanhanget bör – till försvar för Ankums ståndpunkt – även anföras, att actio Pauliana kan göras gällande utan ordinär rättegång genom institutet *derdenbeslag*. Innebörden härav är att borgenären, i vårt fall återvinningssökanden, kan erhålla ett på summarisk process grundat kvarstadsutslag beträffande gäldenären tillhörig egendom, som finns hos tredje man. Rättsmedlet häremot är inte besvär utan återvinning i rent processuell mening, dvs skyldighet för tredje man att väcka talan mot kvarstadssökanden. På grund av vissa regler i nederländsk processrätt får käranden i återvinningsmålet en något sämre ställning än om han varit en regelrätt svarande i ett separationsliknande mål.[72]

Några andra fall av "frivillig rättshandling" skall upptas i det fortsatta. Om en gäldenär lämnar fullgörelse med annat än ursprungligt avtalat, exempelvis lösöre i stället för penningar, betraktas en sådan *datio in solutum* som frivillig i återvinningssammanhang.[73]

[72] Det finns här inte möjlighet att gå in på en närmare beskrivning av nederländsk processrätt. Jag hänvisar i stället till Ankum, De Pauliana s 134 med not 2. – För en beskrivning av det pågående *exekutionsrättsliga* reformarbetet i Nederländerna, se Verschuur, Kwartaalbericht NBW 1988 s 86–95, särsk s 91 ff. Jfr ovan not 47.

[73] Ankum, De Pauliana s 141; Schoordijk s 156 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1839, 1841.

Gäldenärs betalning i form av *överlåtelse till underpris,* där den ursprungliga fordringen således kvittas mot prisreduktionen, har starkt samband med datio in solutum. Likartat blir förhållandet, då gäldenären säljer en sak och som köpeskilling accepterar, att köparen övertar en förfallen skuld till tredje man.[74]

Fullgörelse av en *naturlig fordran* räknas i de flesta fall till de återvinningsbara frivilliga rättshandlingarna, liksom omvandling av en sådan förpliktelse till en civil. Undantag kan dock tänkas, då det gäller ömmande sitautioner av underhåll till närstående.[75]

Vid behandling av *säkerställande* är det väsentligt att skilja mellan den obligationsrättsliga pantförskrivningen och dess sakrättsliga fullbordande, *vestiging*. Enbart fullbordandet kan i sig inte angripas, eftersom det regelmässigt är utfäst – konkret eller konkludent – i samband med pantförskrivningen. Fullbordandet faller således inte in under kravet på rättshandlingens frivillighet.[76] Det är alltså av vikt, att borgenären först yrkar återvinning av pantförskrivningen, om så över huvud taget är möjligt.[77]

Däremot utgör säkerställande av *gammal skuld* en typiskt frivillig rättshandling, även om åtgärden från gäldenärens och säkerhetshavarens sida kan anses som realekonomiskt tvingande. Säkerställande, som krävs av kreditgivare för att inte säga upp ett lån eller som avfordras gäldenären i samband med låneomsättning och andra ändrande finansieringsavtal har likväl betraktats som frivilliga.[78] Sär-

[74] Ankum, De Pauliana s 142, med kritik av äldre rättspraxis, som ansett en sådan transaktion utgöra betalning av förfallen skuld, *HR 17 febr 1927, NJ 1927, 1031,* och således icke återvinningsbar. Här är ju i stället fråga om att gäldenären avhänder sig egendom, som kunnat utnyttjas av borgenärerna, utan att gäldenären erhåller en motsvarande förmögenhetsökning i form av konkret köpeskilling. I stället gynnas en borgenär på de övrigas bekostnad, ett förhållande som isolerat sett dock inte räcker för tillämpning av actio Pauliana utom konkurs. Av annan mening och positiv till utgången i 1927 års mål är *Meijers* i noot till rättsfallet.

[75] Ankum, De Pauliana s 139 ff; Schoordijk s 156; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1838; jfr ovan *avsn 4.5.2* in fine.

[76] Ankum, De Pauliana s 143; Schoordijk s 156 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1844.

[77] Om pantförskrivningen fullbordats i omedelbart samband betraktas dock rättshandlingarna som en enhet.

[78] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1843 med rikhaltiga praxis- och doktrinhänvisningar.

skilt uppmärksammad är möjligheten till återvinning av *säkerhetsöverlåten* lösegendom.[79]

Ur rättspraxis kan två typfall nämnas. – En kreditgivande bank hade satt som villkor för att inte säga upp kreditgäldenärens lån, att denne ställde säkerhet. I återvinningsmålet invände banken, att rättshandlingen – överlåtelse av befintliga och framtida kundfordringar – borde betraktas som förpliktande. *Hoge Raad* fann däremot, att säkerställandet, som uppenbarligen inte i den aktuella omfattningen var betingat då krediten en gång lämnades, var en frivillig rättshandling i återvinningsregelns mening. Säkerställandet hade skadat andra borgenärer än banken, som var i ond tro om effekten, och ogiltigförklarades därför.[80]

En gäldenär hade förpliktat sig att säkerhetsöverlåta kundfordringar till en bank. Eftersom det i nederländsk rätt för den typen av transaktion saknas krav på sakrättsligt moment, motsvarande vår denuntiation, fullbordades pantsättningen genom gäldenärens översändande till banken av förteckning på utestående fordringar. I avtalet hade överenskommits om att sådana listor skulle tillställas banken var fjortonde dag. Sedan banken börjat ana oråd på grund av gäldenärens "zorgelijke situatie", krävde den att få fordringsförteckningar översända med tätare mellanrum än varannan vecka. Gäldenären efterkom bankens uppmaning. Sådant säkerställande mellan de ursprungligen avtalade terminerna bedömdes som frivillig.[81]

Motsatt blev utgången, när säkerhetsöverlåtelsen hade betingats vid en tidpunkt, då gäldenären fortfarande var solvent, och det för övriga borgenärer inte gick att visa, att ond tro vid den tidpunkten förelåg mellan överlåtaren och säkerhetsförvärvaren. Inte heller utfästelsen att framdeles ställa säkerhet var därför återvinningsbar.[82]

[79] Institutet formlös säkerhetsöverlåtelse fick sin bekräftelse i nederländsk rätt genom rättsfallet *HR 25 jan 1929, NJ 1929, 616,* se härom Göranson, Traditionsprincipen, s 139 ff. Ändringen i nya civillagen, att säkerhetsöverlåtelse fordrar skriftform och notariellt bekräftad datering, torde inte göra skillnad i nu aktuellt hänseende. För säkerhetsöverlåtelse och actio Pauliana, se vidare Ankum, De Pauliana s 143 ff.

[80] *HR 8 jan 1937, NJ 1937, 431.*

[81] *HR 16 jan 1987, NJ 1987, 528. Hoge Raad* är kortfattad i sin kassationsmotivering, och frivilligheten i rättshandlingen kan endast fastslås tolkningsvis. Jfr *A Korthals Altes,* Kwartaalbericht NBW 1988 s 29 f, som understryker bankens misstag att inte kontraktsenligt förbehålla sig rätten att själv bestämma "fullbordanstäthet". Sådana klausuler är vanliga vid bankkredit och väntas efter detta prejudikat bli dominerande standard.

[82] *HR 13 jan 1938, NJ 1938, 566.* Även om regeln om medelbar skada, varom mera strax nedan, slutgiltigt knäsattes först genom ett utslag 1949, torde den 1938 behandlade rättshandlingen inte falla under det rekvisitet, eftersom ondtrosbevisningen brast i fråga om den ursprungliga säkerhetsutfästelsen.

Återvinningsborgenären är bevisskyldig för att rättshandlingen är frivillig, *onverplicht*. I doktrinen har starka röster höjts för att åtminstone presumera vissa typiskt frivilliga rättshandlingar som oförpliktade. Det skulle i de fallen åligga återvinningssvaranden att visa handlingens tvingande karaktär.[83] Den nya civillagens presumtionsregler upptar emellertid inte detta bevistema,[84] och 1987 års nyss anförda avgörande om säkerhetsöverlåtelse av kundfordringar lämnar i sig inte utrymme för en regel om omkastad bevisbörda.

4.6.2 Borgenärsskada

4.6.2.1 Omedelbar och medelbar skada

Borgenärens skada genom gäldenärens förmögenhetsminskning måste ta sig uttryck i att gäldenären efter rättshandlingen inte längre är i stånd att fullgöra sina förpliktelser mot borgenären. Borgenärens möjligheter att erhålla fullgörelse skall försämras eller gå alldeles om intet. Betalningsoförmågan måste vara en följd av men behöver inte nödvändigtvis vara själva syftet med gäldenärens agerande. Det väsentliga ligger i att borgenären helt eller delvis hindras i sin möjlighet att utsöka fordringen.[85]

Måste sådant hinder uppstå i omedelbart samband med den kritiska rättshandlingen? Eller räcker det att skadan uppkommer först senare, dvs blir konstaterbar först efter det att gäldenärens ekonomiska situation utvecklats i ännu mera negativ riktning?[86] Rättspraxis har fastslagit, att det räcker med att borgenärsskadan föreligger

[83] Ankum, De Pauliana s 128 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1848.

[84] Se *avsn 4.6.5* nedan.

[85] Den nya civillagen gör härvidlag ingen ändring, endast ett förtydligande: "benadeling van een of meer schuldeisers in hun *verhaalsmogelijkheden*" (kurs här), art 3.2.11 lid 1 NBW, jfr Schoordijk s 155. Begreppet "verhaal" saknar direkt motsvarighet i svenskt juridiskt språkbruk. Det har en allmän betydelse, innefattande möjligheterna att få betalt på frivillig eller tvångsmässig väg. Jag har funnit det något ålderdomliga "möjlighet att utsöka fordringen" bäst täcka det nederländska uttrycket.

[86] Detta är inte alldeles det samma som den hos oss kända uppdelningen mellan skada och nackdel i konkursrättsligt återvinningssammanhang. Den saken skall diskuteras ingående i nästa avdelning, se *kap 11*. Jag har därför medvetet avstått från att använda termen "nackdel"; medelbar skada täcker det senare begreppet men är vidare.

senast då återvinningsanspråket görs gällande.[87] *Medelbar skada* är alltså tillfyllest, en linje som vunnit doktrinens och lagstiftarens gillande.[88]

Till rättshandlingar, som utgör gränsfall men som betraktas som medelbart skadegörande, hör sådana som i sig medför risk för framtida förmögenhetsminskning eller utsökningshinder, exempelvis säkerställande för nya skulder och utbyte av lätt exigibel egendom mot mera svåråtkomlig. Dessa rättshandlingar är alltså inte absolut fredade mot återvinning, låt vara att övriga rekvisit måste vara uppfyllda.[89]

I litteraturen har konstaterats, att kravet på *ond tro* hos de rättshandlande om framdeles inträffande skada borgar för att obilliga återvinningar inte kommer till stånd.[90] – Utan att föregripa diskussionen nedan om ondtrosrekvisitet gör jag dock följande påpekande. Det är enligt min mening påfallande, att frågan om *när* den ondra tron skall föreligga inte närmare behandlats. Och vad skall gäldenärens vetskap omfatta? Räcker det med att gäldenären misstänker, att rättshandlingen skall leda till slutlig förlust? Eller skall det vara sannolikt, alternativt troligt, att affären medför förmögenhetsminskning? Det blir anledning att utförligt stanna vid den frågan i den analyserande avdelningen nedan.[91]

Vissa författare under 1800-talet menade, att gäldenärens betalningsoförmåga måste visas genom att ett misslyckat *utmätningsförsök* hade förekommit. Den åsikten saknade stöd i lagtext och kom heller aldrig till uttryck i rättspraxis. Kan borgenären på annat sätt visa gäldenärens insufficiens, räcker det.[92]

[87] Klart fastlagt i fallet *HR 25 dec 1949, NJ 1950, 262,* som rörde felslagna fastighetsspekulationer. *Hoge Raad* uttalade, att det är en nödvändig men också tillräcklig förutsättning, att borgenärens utsökningsmöjligheter, då han gör återvinningen gällande, är mindre än de skulle ha varit, om den angripna rättshandlingen inte företagits. – Jag går inte in på debatten, huruvida detta rättsläge klarlades redan genom *HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793.* Särskilt Ankum, s 133, ser 1949 års fall som en utvidgning av tidigare principer, medan vissa äldre författare uppfattat det mera som ett förtydligande av tidigare praxis.

[88] Ankum, De Pauliana s 101; Asser–Rutten 4–II s 301 (allmänt om skaderekvisitet s 299 ff); Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 446 (allmänt om skaderekvisitet nr 444); Pitlo–Bolweg s 275 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1852; Parlamentaire Geschiedenis 3 s 215.

[89] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1858.

[90] Ankum, De Pauliana s 101 f. – Om ondrtrosrekvisitet, se nedan *avsn 4.6.4.*

[91] Se nedan *kap 10.*

[92] Ankum, De Pauliana s 39 f.

4.6.2.2 Skada genom underlåtenhet

Gäldenärens förmögenhet eller tillgångar kan minskas antingen genom en ytterligare skuldbelastning eller genom avhändelse av egendom, dvs ökning av gäldenärens passiva respektive minskning av hans aktiva. Innan jag i nästa avsnitt diskuterar ett antal typfall av förmögenhetsminskning genom aktivt handlande skall först sägas något om återvinning vid skilda former av *underlåtenhet* på gäldenärens sida.[93]

Äldre litteratur intog en återhållsam inställning till möjligheten att tillämpa actio Pauliana vid gäldenärens förmögenhetsminskning genom underlåtenhet att rättshandla. Knappast någon tillerkände borgenären rätt att anställa återvinningstalan i de fall, då exempelvis gäldenären gått miste om en fordran genom försummelse att göra preskriptionsavbrott.[94] På likartat sätt frågas, om inte actio Pauliana skulle kunna tillämpas, då gäldenären på ett mera aktivt sätt underlåter att öka sina tillgångar. De flesta nederländska författare besvarar den frågan nekande.[95] Så anses exempelvis avstående från en gåva inte återvinningsbart.[96] Däremot blir det mera komplicerat, om man bör låta uppsägning av ett bestående rättsförhållande falla under actio Pauliana. I förstone synes även en sådan sitaution böra jämställas med underlåten förmögenhetsökning. *Ankum,* som håller fast vid kravet på förmögenhetsminskning, jämställer dock uppsägningen med minskning i de fall ett bibehållande skulle ha förmerat gäldenärens tillgångar.[97]

Mot övervägande antalet författare, som fordar positivt rättshandlande, hävdar *Ankum,* att även underlåtenhet att agera kan åtkommas, om *passiviteten* förminskar gäldenärens förmögenhet.[98] Som exempel nämns eftergift, preskription m m. Ankum tar främst stöd i sin rättshistoriska utredning men hänvisar också till vissa utländska rättsordningar. Argumentet att passivitet inte kan ogiltig-

[93] För en allmän orientering, se Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1825 f.

[94] Ankum är mycket kritisk till denna, som han ser det, inskränkning. Paulianatalan vid förmögenhetsminskning genom underlåtenhet var ju tillåten i äldre nederländsk rätt liksom enligt romersk rätt i dess skilda uttolkningar; Ankum, De Pauliana s 42 f. Jfr ovan *avsn 3.5* vid not 51 ff.

[95] Ankum, De Pauliana s 111 ff, med vidare hänvisningar.

[96] Mera härom nedan vid not 114.

[97] Ankum ger exemplet, att en gäldenär träder ur en förening och förlorar positiva föreningsrättigheter, a a s 113.

[98] Ankum, De Pauliana s 113 ff.

förklaras tillbakavisar Ankum, enligt min uppfattning med rätta, när det gäller *eftergift.*

Svårare förefaller det mig att ogiltigförklara den passivitet, som ligger i att gäldenären låtit en honom tillkommande fordran *preskriberas.*[99] Uteblivet preskriptionsavbrott kan svårligen ersättas av en dom, som avkunnas *efter* preskriptionstidens utgång. Utgår vi från den som reglerna om preskription är satta att skydda, måste avsikten vara, att han efter preskriptionstidens utgång skall vara fri från den aktuella förpliktelsen. Vi kan kalla preskriptionen absolut verkande. Det förefaller mig främmande att därefter återuppliva fordringen på den grund att hans fordringsägare, dvs gäldenären i återvinningssammanhang, genom underlåtet preskriptionsavbrott har minskat sin egen förmögenhet. För Ankums resonemang talar dock, att ondtroskravet även omfattar återvinningsgäldenärens medkontrahent, dvs den vars skuld preskriberats. Men även om han vet att hans fordringsägare står på konkursens brant, synes det mig strida mot allmänna synpunkter på fordringars upphörande att kräva, att denne gäldenär själv på ett eller annat sätt skall medverka till att fordringsförhållandet består efter fristen. På annat sätt kan man enligt min uppfattning inte få resonemanget att gå ihop.[100]

En anna form av passivitet, som nyligen i praxis betecknats som frivillig rättshandling trots avsaknad av direkt aktivitet hos återvinningsgäldenären, utgör *tredje man kreditering* av gäldenärens skuldbelastade bankkonto.[101]

> Omständigheterna i målet var rättsligt sett en smula komplicerade men alldagliga i den moderna penninghanteringen. Ett bolag i ekonomiska svårigheter hade kreditkonto hos en bank. Detta gäldenärsbolag hade samtidigt en fordran hos ett samverkande bolag, vars huvudägare och företagsledare var samma person som gäldenärsbolagets. Det samverkande bolaget, vars överlevnadsförmåga banken bedömde som större, erlade sin skuld till gäldenärsbolaget genom att först uppta ett lån i samma bank och därefter erlägga skulden med det upplånade beloppet genom en enkel kreditering till gäldenärsbolagets skuldbelastade konto hos banken. Bankens fordan på gäldenärsbolaget nedbringades alltså

[99] Situationen får inte förväxlas med vad som stadgas i art 1989 BW, att borgenären kan åtkomma gäldenärens avstående från att åberopa preskription till *egen* fördel. Här diskuteras alltså i stället det fallet att han låtit en honom tillkommande fordringsrätt preskriberas.

[100] Jfr Schoordijks kritik, s 159, av möjligheten att använda actio Pauliana i preskriptionssammanhang, grundad på bl a exekutionsmässiga svårigheter.

[101] *HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104.*

väsentligt, samtidigt som banken fick en lika stor fordran hos en solidare gäldenär.

Åtgärden bedömdes av *Hoge Raad* som återvinningsbar, främst på grund av att gäldenären och banken, båda i ond tro om den ekonomiska situationen, åsidosatt kravet på borgenärers likabehandling, varom mera nedan.[102] I detta sammanhang är däremot av vikt att understryka, att det passiva mottagandet av skuldbetalningen från det samverkande bolaget genom dess kreditering till återvinningsgäldenärens bank – således utan gäldenärens direkta agerande – ansågs som en *onverplicht* rättshandling.[103]

4.6.3 Vissa typfall av förmögenhetsminskning

I det följande skall ges exempel på förmögenhetsminskning, som behandlats i nederländsk praxis och litteratur om återvinning.

4.6.3.1 Allmänt

Borgenärsskada kan alltså uppkomma genom att gäldenären antingen ökar sina passiva eller minskar sina aktiva. Till den sistnämnda gruppen förs – vid sidan av rena avhändelser – även ställande av säkerhet, utlåning av medel och sådant byte av anställning som ger lägre lön. Beträffande dessa fall har särskilt påpekats, att i de två första exemplen det regelmässigt kan föreligga en risk för slutlig förlust.[104] Detta synsätt torde härledas ur möjligheten till återvinning även vid medelbar skada.

Förmögenhetsminskning genom att gäldenären ökar sina passiva har alltid erkänts i Nederländerna som återvinningsbar. Som exempel kan nämnas – förutom upptagande av ny gäld – ställande av borgen och tredjemanspant. Förklaringen är här, liksom vid vissa fall av aktivminskning, att det föreligger beaktansvärd risk för infriandeskyldighet, dvs att borgensmannen måste fullgöra sin utfästelse eller att tredjemanspanten tas i anspråk.

[102] Se nedan vid not 109.

[103] Jfr kommentar av *A Korthals Altes,* Kwartaalbericht NBW 1988 s 70, att ägarstrukturen i de båda bolagen i sig borde göra, att gäldenärsbolagets passiva mottagande av krediteringen från det samverkande bolaget rättsligt kunde tilläggas gäldenären som *aktivt* handlande, ett förhållande som *Hoge Raad* dock inte lade till grund för sitt avgörande.

[104] Ankum, De Pauliana s 116 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1858.

I normala fall av passivökning skall självfallet hänsyn tas till det av gäldenären *erhållna vederlaget.* Om ny skuld tas upp och gäldenären tillförs motsvarande värde i form av kassa eller nyförvärvad egendom, kan rättshandlingen inte återvinnas. Jämförelse kan göras med att han säljer egendom till marknadsmässigt pris och erhåller bevarad fullgod köpeskilling. Annorlunda förhåller det sig, om vederlaget helt eller delvis utnyttjas så att det inte längre är tillgängligt för borgenärerna. I det fallet har skada uppkommit.[105] Återvinningsborgenären har ansetts bevisskyldig för att gäldenären inte erhållit acceptabelt vederlag eller att han mottagit en köpeskilling, som understiger den marknadsmässiga.[106] Att vederlaget utgör fordran på tredje man i stället för kontantersättning innebär dock i sig ingen skada.[107]

I vissa fall av i sig värderiktiga motprestationer kan emellertid återvinning äga rum, nämligen om vederlaget inte utgör lika *bekvämt exekutionsunderlag* som det överlåtna. Den som säljer en fastighet och för den erhåller kontanter, har därigenom bytt ut en lättgripbar tillgång mot sådant, som inte faller sig lika smidigt att utmäta.[108]

Bakom detta resonemang måste antagas ligga tanken, att gäldenären lättare kan göra sig av med den kontanta köpeskillingen. Om i exekutionsögonblicket hela köpeskillingen skulle finnas kvar på ett bankkonto, saknas enligt min uppfattning skäl att återvinna fastighetsförsäljningen. Har viss tid gått, exempelvis under pågående stark inflation, är det dock tänkbart att borgenären har god grund för att vilja komma åt den värdemässigt stabilare fastigheten än att nöja sig med kvarvarande penningbelopp. Här tycks det dock föreligga fara för en sammanblandning av två återvinningsrekvisit, gäldenärens

[105] Ankum, De Pauliana s 117; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1859 med åtskilliga praxisexempel, där rättshandlingen förklarats gå åter: överlåtelse av hyresrätt till bank mot nedskrivning av skuld; försäljning av lantbruksegendom till barn, samtidigt som viss byggenskap ägt rum och värdeökningen därav endast tillföll köparna.

[106] *HR 13 juni 1975, NJ 1976, 98.* Ang den allmänna bevisskyldigheten för att skada uppkommit, se även *HR 10 dec 1976, NJ 1977, 617.* Inte heller för detta rekvisit innebär den nya civillagens presumtionsregler en hjälp för återvinningskäranden, se nedan *avsn 4.6.5.*

[107] *HR 3 okt 1980, NJ 1980, 643.* Målet rörde ett bilbolags försäljning av ett fordon till verkställande direktörens svärdotter. Trots att kundfordringen löd på ett pris, som något understeg det marknadsmässiga, förelåg inte skada. Bl a hänvisades till att en exekutiv försäljning av bilar regelmässigt medför ett lägre pris än det i handeln vanliga. Kundfordringen ansågs inte vara sådant utbyte av lättexigibel egendom mot svårrealiserad, som i sig innebär skada; se strax nedan.

[108] Ankum, De Pauliana s 118 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1853.

förmögenhetsurholkning och möjligheten att återvinna avkastningen av överlåten egendom.

Betraktat som ett skaderekvisit utgör *gynnande av en borgenär* framför andra en avvikelse från den allmängiltiga regeln om oprioriterade fordringsägares likabehandling. Skadan har alltså träffat borgenärerna i allmänhet, om gäldenären fullt ut ersatt en av dem och därigenom gjort det omöjligt för sig att tillfredsställa alla.[109] Här som eljest måste dock erinras om kraven på rättshandlingens frivillighet och ond tro hos medkontrahenten, rekvisit som begränsar tillämpbarheten i jämförelse med konkursrättens objektivt grundade återvinning av ensidiga gynnanden.

En speciell sitaution av ensidigt gynnande har nyligen uppmärksammats i praxis: En bank lyckades få sin fordan på ett konkursmässigt bolag utbytt mot en fordran på ett med gäldenärsbolaget samverkande och mera stabilt bolag. Denna förstärkning av bankens ställning möjliggjordes genom att det senare bolaget erlade en skuld till återvinningsgäldenären med pengar, som det lånade från samma bank.[110]

I artt 1888 ff BW stadgas om ett formaliserat slag av *förlikning* i dispositiva mål, *dading,* som kräver skriftform. En sådan förlikning har mellan parterna ställning av lagakraftvunnen dom, men påverkar inte tredje mans rätt.[111] I doktrinen har *dading* mestadels jämställts med en fastställelsedom och inte med ett tvång till viss fullgörelse. Utgående från konstruktionen med förlikningen som en fastställelse, skulle den inte innebära återvinningsbar förmgenhetsminskning; därtill måste krävas att parterna faktiskt disponerar enligt förlikningen. Det förefaller emellertid som om detta teoretiska betraktelsesätt inte hindrar att man ser till realiteterna, dvs tillåter angrepp på en förlikning som innebär orealistisk eftergift. För det fall det inte går att visa, att eftergiften utgör en förklädd gåva till motparten, måste som vid annat oneröst handlande båda parters onda tro styrkas av återvinningskäranden.[112]

[109] *HR 3 april 1911, W 9169.* Jfr *Ankum,* De Pauliana s 119, med åsikten, sammanfattningsvis, att borgenärsskada föreligger, om den exekutiva åtgärden blir resultatlös eller ger mindre utdelning för borgnären än vad som skett, om den ifrågasatta rättshandlingen inte företagits.

[110] *HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104.* Om de närmare omständigheterna, se ovan *avsn 4.6.2* in fine.

[111] Jfr svenska avgöranden i konkursrättslig jävsprocess.

[112] Ankum, De Pauliana s 157 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1836.

4.6.3.2 Ensidiga rättshandlingar

Återvinning bör kunna tillgripas, då gäldenären *uppsäger* ett rättsförhållande, som ger honom en fordringsrätt mot tredje man. Som exempel har nämnts avslutande av arbetsanställning, varigenom lönefordringar mot arbetsgivaren försvinner, samtidigt som arbetstagaren fortsätter verksamheten som tidigare mot en förskottsvis given ersättning eller liknande arrangemang.[113] – Exemplet synes mig en smula långsökt, i synnerhet från svensk utgångspunkt med dess allmänna exekutionsrättsliga begränsningar i löneutmätning och införsel. Konstruktionen ligger också mycket nära skenavtal, där bland doktrinföreträdare särskilt Ankum varit noggrann med gränsdragningen.

Ett annat, i mitt tycke mera realistiskt, fall av återvinningsbar uppsägning utgör avbrytande av en lönsam uthyrning.[114] Att frånsäga sig framtida intäkter innebär borgenärsskada. Den onda tron hos medkontrahenten torde inte vara så svårbevisad i de fall, ånyo simulationen närliggande, där denne fortfarande på ett eller annat sätt drar fördel av ett rättsförhållande med den uppsägande gäldenären.

Den härskande meningen i nederländsk doktrin är att *eftergift* av fordran utgör en ensidig rättshandling, som inte kräver den betalningsskyldiges accept för att gälla. Skulle gäldenären avstå från eftergiften och likväl fullgöra, har han förnyat skuldförhållandet och på så sätt aktivt minskat sin förmögenhet. Åtgärden är därför återvinningsbar enligt art 1377 BW.[115]

En *gåvoutfästelse* är i nederländsk rätt inte bindande för givaren, förrän mottagaren *accepterat* gåvan, *aanvaarding,* eller underrättats om en hos notarie registrerad utfästelse. Rätten att acceptera gåvan utgör en sådan *wilsrecht,*[116] som inte är återvinningsbar.[117] – Beträffande oåterkalleliga *förmånstagarförordnanden* vid livförsäkringar har i nederländsk praxis fastslagits, att fordringen på utfallande försäkringsersättning uppkommer först genom den förmånsberättigades accepterande, *aanvaarding.* Inte heller den som avstår från att avge

[113] Ankum, De Pauliana s 146.

[114] Ankum, De Pauliana s 146; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1857.

[115] Ankum, De Pauliana s 156.

[116] Se ovan *avsn 4.5.1.*

[117] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1856; jfr dock annorlunda synsätt vid avstående från legat, strax nedan *avsn 4.6.3.5.*

sådan accept och därför går miste om försäkringsbeloppet gör sig skyldig till en återvinningsbar förmögenhetsminskning.[118]

4.6.3.3 Tredjemansavtal

Gäldenärens överenskommelse med medkontrahenten kan innebära att denne skall *fullgöra,* inte till gäldenären utan *till tredje man.* Tredje man kan exempelvis göras till mottagare av den överenskomna köpeskillingen, och tredje mans förvärv kan vara antingen benefikt eller oneröst. Ett sådant arrangemang betraktas som oneröst tredjemansavtal, om det innebär fullgörelse av en mellan gäldenären och tredje man bestående fordran.[119] I detta fall har påpekats,[120] att rättshandlingen måste uppdelas i rättsförhållandet mellan gäldenären och medkontrahenten å ena sidan samt mellan gäldenären och den berättigade tredje mannen å den andra. Möjligheterna till återvinning i båda dessa led måste betraktas för sig, så att en ondtroende inte drar oskälig fördel av annans goda tro.

För det fall tredje mannens förvärv av transaktionsvalutan är benefikt, föreligger grund för återvinning utan ondtrosprövning och oavsett om medkontrahenten är i ond eller god tro. Är tredje mannen i ond tro om borgenärsskadan vid oneröst förvärv skall samma synsätt tillämpas. Även om således rättshandlingen består till förmån för den godtroende medkontrahenten, är tredje mannens mottagande av valutan ogiltigt och skall tillföras gäldenärens förmögenhet för att där utgöra exekutionsunderlag, återvinningskäranden till godo.

Motsvarande slutsatser drar Ankum för det fall att tredje man är i god tro, men medkontrahenten känner till borgenärsskadan. Med hjälp av actio Pauliana ogiltigförklaras gäldenärens försäljning och återvinningskäranden kan exekutivt göra sig betalt ur den överlåtna egendomen. Den godtroende tredje mannen får emellertid behålla köpeskillingen eller annan valuta, som han mottagit i avräkning mot fordringen på gäldenären. När medkontrahenten på grund av sin

[118] Ankum, De Pauliana s 157, med hänvisning till *HR 13 febr 1924, NJ 1924, 711.*

[119] Jfr även trepartsarrangemanget i det nyss (vid not 101) relaterade avgörandet *HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104.* Eftersom alla inblandade var i ond tro om borgenärsskada, aktualiserades inte de fortsättningsvis diskuterade komplikationerna.

[120] Ankum, De Pauliana s 158 f; se vidare Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1879.

onda tro går miste om den förvärvade egendomen, får han en fordran mot gäldenären på den utgivna köpeskillingen.

Resonemanget verkar helt övertygande, men det berör inte den starkt försämrade ställning, som återvinningen medför för gäldenärens ondtroende medkontrahent. Det föreligger inte någon form av retentionsrätt för denne, när återvinningsborgenären gör sig betalt ur den av honom förvärvade egendomen. Han blir därför stående med ett krav på återbetalning av den utgivna köpeskillingen, som måste anses vara mycket bräckligt, eftersom hans medkontrahent, återvinningsgäldenären, bevisligen skall vara ur stånd att fullt ut betala sina skulder.

4.6.3.4 Försäkringssituationer

I nederländsk rätt saknas uttryckliga *försäkringsrättsliga* lagbestämmelser, som berättigar till återvinning av livförsäkringspremier eller annan rätt på grund av livförsäkringsavtal.[121] *Ankum* gör en kortfattad men skarpsinnig uppdelning av olika moment, som kan aktualiseras då det görs en prövning av återvinningsmöjligheterna, främst i samband med oåterkalleliga förmånstagarförordnanden. Ankum påpekar, att det i likhet med fall av gynnande tredjemansavtal måste göras en skillnad mellan de båda rättshandlingarna, den gentemot försäkringsgivaren och den gentemot förmånstagaren. Man måste också skilja på de tre olika rättshandlingar gäldenären företar med avseende på försäkringen: försäkringsavtalet, förmånstagarförordnandet och premiebetalningarna.

Själva *försäkringsavtalet,* menar Ankum, kan inte angripas, eftersom det inte i sig innehåller ett för försäkringsgivaren utmätningsbart krav på framtida premieinbetalningar. – Här torde Ankum mena, att bristande premieinbetalningar endast har den rättsföljden, att de påverkar försäkringstagarens rätt till försäkringsersättning och att försäkringsgivaren inte kan tvinga försäkringstagaren att vidmakthålla försäkringen.

Ankum anför vidare, att en *försäkring på eget liv* inte förminskar borgenärernas rätt, eftersom den inte innebär en förmögenhets-

[121] Ankum, De Pauliana s 160 ff; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1880 ff. – Jfr Lennander s 107 f, 177 i anlsutning till 117 § FAL. Frågan är inte närmare berörd i det svenska reformförslaget SOU 1986:56, där det i specialmotiveringen till 7:7 ny FAL görs en blank hänvisning till konkursrättslig återvinning, s 664.

minskning.[122] – Han diskuterar däremot inte förhållandet, att försäkringen skulle vara utmätningsfri och på det sättet undandras borgenärerna. Det har inte varit möjligt för mig att inom ramen för denna studie tränga närmare in i nederländsk försäkringsrätt och dess förhållande till exekutionsrätten. Uttalandet förefaller mig dock något kortfattat i sitt sammanhang.

Ett *oåterkalleligt förmånstagarförordnande* innebär en förmögenhetsminskning för gäldenären och kan således före dödsfallet återvinnas, förmånstagaren till nackdel. Är förordnandet av benefik natur, krävs ingen bevisning om hans onda tro. Rör det sig exempelvis om en naturlig fordran på underhåll till förmån för en närstående, är bevisskyldigheten i den delen beroende på hur man uppfattar fullgörelse av en naturlig fordran. Skall sådan ersättning betraktas som en onerös rättshandling, fordras att återvinningssvaranden visar ond tro även hos den förmånsberättigade. Från allmän utgångspunkt kan det emellertid anses stötande att återvinningsvägen undandra en närstående försörjning genom en i och för sig rättsenlig återvinning. I sådant fall kan en extensiv tolkning av vissa beneficiestadganden möjligen göras, med följd att den förmånsberättigade tillförsäkras viss grundtrygghet.[123]

Vid *återkalleliga* förordnanden föreligger däremot ingen förmögenhetsminskning, eftersom det står försäkringstagaren fritt att återinsätta sig själv som förmånstagare eller att återköpa försäkringen. Återvinning kan därför inte komma i fråga.[124]

Efter försäkringstagarens död kan både det oåterkalleliga och det återkalleliga förmånstagarförordnandet återvinnas, om borgenärsskada uppkom genom att förordnandet gjordes. I fall av återkalleliga förordnanden kan man vidare fråga sig, om gäldenärens *underlåtenhet att återkalla,* när han vid en senare tidpunkt blev medveten om sin betalningsoförmåga, är återvinningsbar. Ankum förordar här möjlighet att tillämpa actio Pauliana. Gäldenärens agerande kan nämligen

[122] Ankum, De Pauliana s 163. Samma inställning intar flertalet, se Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1881.

[123] Ankum, De Pauliana s 163 f. I sammanhanget behandlar Ankum även mera detaljerade bestämmelser om konkursförvaltares rätt att återköpa försäkring eller att sätta sig själv, dvs konkursboet, som förmånstagare. Sådana möjligheter står inte till buds för den borgenär som utnyttjar actio Pauliana; han måste i stället göra *derdenbeslag* hos försäkringsgivaren.

[124] Ankum, De Pauliana s 164. Majoriteten av doktrinföreträdarna intar samma ställning till de båda typerna av förmångstagarförordnanden, se Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1883.

tolkas som en minskning av förmögenheten. Genom dödsfallet har gäldenärens förmögenhetsmassa förlorat det belopp, som skulle ha utfallit om gäldenären dessförinnan insatt sig själv som förmånstagare.[125]

Själva *premiebetalningen* innebär tveklöst en förmögenhetsminskning. Den kan angripas med actio Pauliana, om mottagaren, försäkringsbolaget, är i ond tro om borgenärsskadan. I fall av oåterkalleliga förordnanden, kan en borgenär också rikta krav på premiebelopp, om återvinningsrätten föreligger gentemot förmånstagaren. Rättsföljden blir ju densamma, om försäkringbeloppet utgörs av inbetalda premier: ingen försäkring kommer att betalas ut.[126]

Som synes saknar nederländsk rätt en uttrycklig reglering av sådan återvinningsliknande karaktär, som vi har i 117 § försäkringsavtalslagen för konkursfallet. De svenska bestämmelserna tar visserligen endast hänsyn till extraordinära premieinbetalningar men är å andra sidan inte beroende av medkontrahentens onda tro. Regeln är dock inte tillämplig vid oåterkalleliga förmånstagarförordnanden och har därför begränsad räckvidd. Den hindrar däremot inte en användning av återvinning enligt konkurslagen i den mån dess rekvisit är uppfyllda.

4.6.3.5 Successionsrättsliga fall

Slutligen skall uppmärksammas några *successionsrättsliga* fall, där återvinningsfrågor aktualiserats.

Arvtagare i ett *dödsbo med gäldsöverskott* svarar enligt nederländsk rätt för boets skulder, om dödsbodelägarna inte enligt särskild lagföreskrift låter registrera förhållandet hos domstol.[127] Innebär ett sådant successionsrättsligt förvärv en ökning av gäldenärens skulder, som är angripbar med actio Pauliana? Frågan har i doktrinen besvarats med hänvisning till skilda teorier om successionens natur. De som anser att det fordras någon form av accept från arvtagaren för att äganderätten till arvet skall övergå, finner som en naturlig

[125] Ankum, De Pauliana s 164 f, där det dock noteras, att andra författare sett det sistnämnda fallet, underlåtenhet att återkalla ett förmånstagarförordnande, som en bristande *förmögenhetsökning,* vilken inte är återvinningsbar.

[126] Ankum, De Pauliana s 165 ff; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1882.

[127] Se art 1070 BW angående skillnaden mellan *zuiver erfgenaam* med bibehållet gäldsansvar och *erfgenaam onder voorrecht van boedelbeschrijving.* Jfr de svenska reglerna om avträdande av dödsbo till särskild förvaltning i 21 kap ÄB.

följd att mottagandet av "negativt" arv kan återvinninas. Majoriteten av rättslärda anser däremot, att äganderätten övergår omedelbart i och med arvlåtarens död. Vid sådant förhållande kan arvet inte ogiltigförklaras, eftersom arvtagaren inte utfört någon angripbar rättshandling.[128]

Mot kravet att gäldenären måste ha utfört en aktiv rättshandling har, som tidigare redovisats,[129] i litteraturen anförts goda skäl. Även ren passivitet kan i vissa sammanhang leda till en förmögenhetsminskning, som är återvinningsbar. Här gäller det i stället att avgöra, om gäldenärens passiva mottagande av ett "negativt" arv utgör en av honom kontrollerbar handling, dvs om han haft valmöjlighet så att passiviteten kunnat vändas i ett aktivt handlande. Så förhåller det sig i arvfallet, även om man accepterar synsättet att äganderätten till arvet övergår på arvingen omedelbart i samband med arvlåtarens död. Vad gäldenären gör sig skyldig till genom sitt passiva mottagande är således att han *underlåter att avstå* från arvet. Vid utövandet av denna valrätt gör han sig alltså skyldig till en angripbar förmögenhetsminskning. Särskilt Ankum förespråkar detta betraktelsesätt.

Resonemang av typen när äganderätten övergår vid arv skulle hos oss förmodligen stämplas som osund begreppsjurisprudens. Frågan om möjlig återvinning kan inte få hänga på ett begreppsmässigt bestämmande om äganderättsförvärv genom arv. Vilka metoder vi i stället skulle välja kan inte utredas här. Ofta nog finns det, enligt min mening, en allmängiltig fördel med att kunna arbeta med ett bestämt äganderättsförvärvsbegrepp, där ändamålsenliga eller analogimässiga resonemang får vika för ett förutbestämt synsätt. Saknas å andra sidan, som i Nederländerna, en allmänt accepterad grund för att bestämma äganderättsövergången vid arv, ger emellertid ett sådant blocktänkande ingen vägledning.

I nederländsk rätt finns varierade och ganska komplicerade regler om *laglott.*[130] Kan ett avstående från laglott angripas med actio Pauliana? I litteraturen har före Ankum endast i ett fall frågan besvarats jakande, nämligen då arvtagaren på ett bindande sätt

[128] Härom och till det följande, se Ankum, De Pauliana s 147 ff.

[129] Se ovan *avsn 4.6.2.2.*

[130] Artt 960 ff BW. Som exempel kan nämnas, att ett ensamt barns laglott är hälften av arvfallen egendom, två barns är två tredjedelar, och tre eller flera barn är tillförsäkrade tre fjärdedelar av hela det arv, som blivit tillgängligt om testamente inte funnits. Laglottens storlek kan dock minskas, bl a på grund av gåvor under arvlåtarens livstid.

förklarat sig avstå från att göra laglotten gällande. Vid ren passivitet vill inte heller Ankum göra gällande, att gäldenären minskat sin förmögenhet på ett återvinningsbart sätt. Rätten att som arvtagare fordra laglott preskriberas nämligen inte förrän 30 år efter dödsfallet. Så länge arvtagaren sålunda håller öppet, huruvida han tänker utnyttja sin rätt eller inte, har förmögenhetsminskning inte inträtt.[131] Men även om ett uttryckligt avstående från laglott i sig innebär en angripbar förmögenhetsminskning, har enligt Ankums uppfattning de skadelidande borgenärerna ingen exekutionsrättslig möjlighet att utsöka denna försuttna rätt. En ogiltigförklaring av laglottsavståendet medför nämligen inte att det uppkommer en fordringsrätt, som kan göras gällande mot dödsboet eller de enskilda dödsbodelägarna.[132]

Jag går här inte närmare in på Ankums utförliga motivering. Den hänger delvis samman med nederländsk exekutionsrätt, som saknar direkt intresse i jämförande syfte.[133] Som han också understryker, saknas i Nederländerna möjlighet att som enligt fransk rätt utnyttja en *action oblique.* Borgenären har alltså inte rätt att i vissa sammanhang sätta sig i gäldenärens ställe och utöva de rättigheter, som denne i borgenärsskadligt syfte underlåtit.[134] Skulle en sådan möjlighet vara lagligen medgiven, föreligger inget hinder mot att borgenärerna finge tillgång till den laglott gäldenären avstått från.

När det gäller *legat,* anses ett uttryckligt avstående vara angripbart med actio Pauliana. Förmögenhetsminskningen är här reell, eftersom gäldenären genom testators död erhåller en fordringsrätt mot dödsboet eller de enskilda dödsbodelägarna.[132]

Jag går här inte närmare in på Ankums utförliga motivering. Den hänger delvis samman med nederländsk exekutionsrätt, som saknar direkt intresse i jämförande syfte.[133] Som han också understryker, saknas i Nederländerna möjlighet att som enligt fransk rätt utnyttja en *action oblique.* Borgenären har alltså inte rätt att i vissa sammanhang sätta sig i gäldenärens ställe och utöva de rättigheter, som denne i borgenärsskadligt syfte underlåtit.[134] Skulle en sådan möjlighet vara lagligen medgiven, föreligger inget hinder mot att borgenärerna finge tillgång till den laglott gäldenären avstått från.

När det gäller *legat,* anses ett uttryckligt avstående vara angripbart med actio Pauliana. Förmögenhetsminskningen är här reell, eftersom gäldenären genom testators död erhåller en fordringsrätt mot dödsboet eller de enskilda dödsbodelägarna.[132]

[131] Ankum, De Pauliana s 151; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1828. – En reservation måste dock göras för det närmare innehållet i nederländsk successionsrätt, som jag inte studerat. Det förefaller nämligen förvånansvärt, att arvtagaren under så lång period som 30 år skulle kunna hålla dem som tagit arv i ovisshet. Något slags interpellationsinstitut måste rimligen förekomma, som avskär möjligheten att därefter fordra laglott.

[132] Ankum, De Pauliana s 151 ff.

[133] Det kan dock nämnas, att Ankum menar att institutet *derdenbeslag,* exekution av egendom som befinner sig hos tredje man, inte kan tillämpas, när det gäller en så pass oidentifierad rätt som laglottsanspråk. Annorlunda vore det om laglotten av någon anledning varit bestämd till viss utpekad egendom hos dödsboet eller dess delägare, a a s 152. – Min översiktliga studie av de exekutionsrättsliga reformerna har gett intryck av att bestående tvångsmedel och exekutiva försäljningssätt kommer att ändras i borgenärsförmånlig riktning. Jag har emellertid inte lodat så djupt att jag kan lämna någon kommentar kring här aktuellt spörsmål. Jfr Verschuur i Kwartaalbericht NBW 1988 s 89 ff.

[134] Om *l'action oblique* i fransk rätt, se nedan *avsn 5.6.*

boet.[135] Vid ren passivitet från legatariens sida är meningarna i litteraturen delade. Ankum har för sin del uttryckligt tagit ställning till förmån för återvinningsmöjlighet. Under den trettioåriga preskriptionstiden anser han legatariens borgenärer direkt berättigade att genom *derdenbeslag* komma åt legatet. Skulle legatarien efter exekutiv åtgärd likväl avstå från legatet, får den rättshandlingen återvinnas.

Här inställer sig frågan, som lämnas obesvarad av Ankum, om det även vid legat står öppet för legatarien att välja mellan accepterande eller avstående, som fallet är i den ovan diskuterade arvssituationen. Skillnaden ligger väl i att legatet avser bestämd egendom eller penningsumma, lätt identifierbar bland dödsboets tillgångar. Att exekutiv åtgärd kan riktas direkt mot den egendomen förefaller naturligt, om man antar att äganderätten till legatet övergår omedelbart i samband med testators död. Den diskussion om äganderättsövergång vid arv, som tidigare berörts, förs inte i detta sammanhang, trots att det för en utomstående framstår som än mera naturligt, att mottagande av legat skulle förutsätta någon form av rättshandlande från den berättigades sida än fallet är vid arv och universella testamentsförvärv.

4.6.4 Ondtrosrekvisitet

I den *ursprungliga* versionen av art 1377 BW talades om *bedriegelijke verkorting,* svikligt minskande, av borgenärens exekutionsunderlag för att återvinning skulle komma till stånd. Det skulle ligga "bedrog" – bedrägeri eller snarare svek – på gäldenärens sida och också, i fall av onerösa avhändelser, på förvärvarens.

> Detta begrepp tolkades snävt i äldre litteratur, så att det faktiskt krävdes att gäldenären hade en sviklig avsikt med sin borgenärsskadliga rättshandling.[136] Rättspraxis mot slutet av förra seklet såg inte situationen lika strikt, vilket var till fördel för borgenärens återvinningsmöjligheter. Det räckte med att parterna hade vetskap om att deras handlande skulle få till följd att borgenären led skada. Men det krävdes inte att rättshandlingen som sådan kunde stämplas som bedrägeri.[137]

[135] Ankum, De Pauliana s 155 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1856. Till skillnad från *gåva* kräver "legatförvärv" ingen uttrycklig eller konkludent accept, *aanvaarding,* från mottagarens sida, jfr ovan vid not 115.

[136] Ankum, De Pauliana s 44 f.

[137] *HR 12 april 1900, W 7427:* "dat alsoo op grond van de bewoordingen van het artikel niet behoeft te worden gedacht aan op zichzelf bedriegelijke hande-

Ändringarna 1896 av lagtexten i art 1377 BW medförde, att det numera för återvinning krävs gäldenärens vetskap om att rättshandlingen var till skada för hans fordringsägare.[138] I fall av onerösa rättshandlingar fordras samma slags onda tro även hos gäldenärens medkontrahent. Ondtrosrekvisitet fordrar emellertid inte *skadeavsikt* hos gäldenären. Den faktiska följden, att borgenärens exekutionsmöjlighet förringas, är tillräcklig. Genom rättspraxis har även vad som kan synas vara krav på faktiskt vetskap mildrats. Det räcker med att gäldenären skäligen, *redelijkerwijze,* haft sådan kunskap.[139]

Om gäldenären överlåter egendom till flera, uppkommer frågan huruvida en onerös rättshandling kan återvinnas när en av medkontrahenterna är i god tro. Underrättspraxis har besvarat den frågan nekande. Den ene medkontrahentens goda tro räddar således även den ondtroende, om exempelvis gäldenären till underpris säljer en fastighet till två köpare.[140] – Rättshandlande genom mellanman innebär, att mellanmannens onda tro tilläggs huvudmannen i återvinningshänseende.[141]

I den *nya civillagen* har väsentliga ändringar gjorts beträffande ondtroskravet. Redan av lagtexten framgår tydligt, att gäldenären och i förekommande fall medkontraheten inte behöver ha faktisk vetskap om borgenärsskadan. Det räcker med *culpös ond tro,* "wist of behoorde te weten". Härutöver ges återvinningsborgenären i åtskilliga situationer en stark bevislättnad, eftersom ond tro hos de

lingen". Ankum hyllar denna rättspraxis' anslutning till en mera romerskrättslig uttolkning av rekvisitet skadeavsikt än den då förhärskande doktrinens. Att avgörandet bygger på artikelns nya formulering 1896 ändrar inte uppfattningen om domstolarnas för borgenärssidan förmånligare utläggning. I fallet *HR 24 jan 1896, W 6768,* hade Hoge Raad gjort liknande uttalanden kring den äldre konkursåtervinningen utan att domstolen avsåg att göra skillnad dem emellan; Ankum, De Pauliana s 44 f.

138 "...de wetenschap bezat..."

139 Ankum, De Pauliana s 121 f; Asser–Rutten 4–II s 301 f; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 448; Pitlo–Bolweg s 276 ff; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1866 ff.

140 Ankum, De Pauliana s 122 med kritik; även om saken inte kan återvinnas och bli exekutionsunderlag till förmån för borgenären, borde den ondtroende kunna förpliktas att utge ersättning motsvarande hans andelsvärde. – Synsättet ligger nära till hands för den som i likhet med Ankum vill förespråka att reslutatet av återvinningen inte i första hand är ogiltigförklaring av rättshandlingen utan en skadeersättning. Betraktas däremot gäldenärens överlåtelse till två eller flera medkontrahenter som en enhet, är det inte lika självklart att rättshandlingen kan uppdelas på det sätt Ankum gör gällande.

141 Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1867.

agerande presumeras. Dessa regler presenteras i det följande avsnittet.

4.6.5 Bevisfrågor. Presumtionsregler

Den nya civillagen innehåller åtskilliga ändringar i bevishänseende, ägnade att förstärka återvinningsborgenärens ställning i processen. Först upptas emellertid några drag i den alltjämt gällande regleringen.

4.6.5.1 Gällande rätt

Återvinningskäranden är bevisskyldig för samtliga tre grundrekvisit: rättshandlingens frivillighet, skada och ond tro om skadan. Det är i Nederländerna liksom annorstädes allmänt erkänt, att borgenären bär en tung bevisbörda i återvinningssammanhang. Beviskraven för de två första rekvisiten har något berörts tidigare och upptas här endast kortfattat.

Rekvisitet *borgenärsskada* kräver minst i bevishänseende. Misslyckat utmätningsförsök eller bristande betalningsvilja hos gäldenären räcker.[142] – Det ter sig stundom något svårare för återvinningsborgenären att visa, att rättshandlingen varit *frivillig*, att gäldenären inte var rättsligt förpliktad att företa den. Visserligen ger nederländsk processrätt domaren friare möjligheter än hos oss att skapa presumtioner för att visst rättsfaktum föreligger. Bevisskyldigheten för icke rättsfaktum går då över på svaranden.[143] I litteraturen har framförts långtgående krav på förändringar mot en generellt omkastad bevisbörda, så att det skulle åligga gäldenären att visa, att han var skyldig att företa den angripna rättshandlingen.[144]

Störst svårighet vid tillämpningen av actio Pauliana medför kravet för återvinningskäranden att visa *ond tro* hos gäldenären och i fall av onerösa rättshandlingar dessutom hos dennes medkontrahent, förvärvaren enligt här använd terminologi. *Ankum* förespråkar redan för gällande rätt presumtionsregler för alla fall av benefika överlåtelser

142 Ankum, De Pauliana s 128 med not 8.

143 Artt 1952 ff BW.

144 Ankum, De Pauliana s 129. Häri har Ankum inte vunnit lagstiftarens gillande vid utformningen av återvinningsreglerna i NBW.

och för vissa onerösa, exempelvis transaktioner mellan närstående.[145] I viss utsträckning har lagstiftaren följt hans rekommendationer.

Bevissvårigheterna träffar i synnerhet de onerösa rättshandlingarna, vilket understryker vikten av en klar gränsdragning gentemot benefika, där återvinningskäranden inte behöver bekymra sig om mottagarens onda tro. Praxis, som dock förefaller tunnsådd, har inte varit särskilt frikostig mot borgenärerna.[146] Eftersom benefika överlåtelser är angripbara utan att borgenären måste visa ond tro hos gåvotagaren, kunde det tänkas att borgenären hävdar att avtalet mellan gäldenären och förvärvaren är benefikt, medan dessa invänder att det i stället skulle betraktas som oneröst. Till denna i vissa fall komplicerade gränsdragning blir det anledning att återkomma.[147] I nederländsk praxis förekommer den inte flitigt.[148] Någon lättnad i återvinningsborgenärens bevisskyldighet även för rättsfaktum benefikt fång har jag inte funnit. Den nya civillagen introducerar dock en presumtion om ond tro på båda sidor, om det föreligger värdemässig obalans mellan det överlåtna och vederlaget.

Banks mottagande av kreditsäkerhet för gammal fordran utgör en ofta förekommande situation, där ond tro hos gäldenärens medkontrahent har visat sig svårbevisad. För att ett kreditinstitut skall anses vara i ond tro om borgenärsskada, torde krävas att det har full insyn i gäldenärens affärsverksamhet. Redan detta förhållande är svårt för återvinningsborgenären att styrka, inte minst med hänsyn till rådande banksekretess. Hittillsvarande praxis synes inte ha gått i riktning mot presumtioner, som lättar återvinningskärandens skyl-

[145] Ankum, De Pauliana s 129. I denna del kommer NBW att medföra klarlägganden och förenklingar för återvinningskäranden, varom mera nedan *avsn 4.6.5.2.*

[146] Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1869 i anslutning till *HR 8 jan 1937, NJ 1937, 431:* Överlämnande i efterhand av säkerhet bedömdes som en *onerös* rättshandling på den grund att mottagaren medgivit betalningsuppskov, om han erhöll säkerhet. – Det må påpekas, att sådan rättshandling visserligen är frivillig och skadlig men att samtliga rekvisit måste vara uppfyllda för framgångsrik återvinningstalan.

[147] Se nedan *kap 9.*

[148] Ankum, De Pauliana s 45 f, med påpekande att blandat fång – gåva av fastighet med vidhäftande gäldsansvar – i två refererade 1800-talsfall ansågs behålla sin karaktär av benefik rättshandling. Det anges dock inte någon relation mellan fastighetens värde och hypoteksskuldens storlek eller att relationen i sig skulle vara direkt avgörande.

dighet att visa säkerhetsförvärvarens vetskap om borgenärsskada.[149] Även i detta fall kommer den nya civillagen till hjälp.

4.6.5.2 Nya civillagen

Den kanske väsentligaste nyheten i civillagsförslaget är de *presumtionsregler,* som intagits i art 3.2.11a NBW. För en rad fall av rättshandlingar, som företagits inom en nyintroducerad *återvinningsfrist* om ett år, skall parterna anses ha varit i *ond tro om borgenärsskada.* Som fristdag räknas den tidpunkt, då återvinningsborgenären i eller utom rättegång gör gällande rättshandlingens ogiltighet. Presumtionen är öppen för motbevisning, och man talar därför helt naturligt om en omkastad bevisbörda. Inledning av art 3.2.11a NBW lyder:

> Indien de rechtshandeling waardoor een of meer schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen één jaar voor het inroepen van de vernietigingsgrond en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn tot die rechtshandeling had verplicht, wordt vermoed dat men aan beide zijden wist of behoorde te weten dat een zodanige benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn. – Om rättshandlingen, varigenom en eller flera borgenärer lidit skada, har företagits inom ett år före det borgenär gör ogiltighet gällande, och om gäldenären inte före den fristen var förpliktad att företa rättshandlingen, skall anses att båda parter visste eller borde ha vetat att skada i nu aktuellt avseende skulle bli följden av rättshandlingen.

Presumtionsstadgandet har omstöpts vid flera tillfällen, senast i samband med ett lagstiftningsprojekt till förekommande av ekonomisk brottslighet bland juridiska personer.[150] Presumtionsreglerna rörande ond tro får i det närmaste identisk lydelse även för konkursrättslig återvinning.[151]

[149] Se från senare tid *HR 10 dec 1976, NJ 1977, 617:* Tre månader före konkurs krävde långivande bank generell säkerhetsöverlåtelse av all lösegendom för att inte säga upp ett lån. *Hoge Raad* fann, att inte ens gäldenären, säkerhetsöverlåtaren, var i ond tro om att säkerställandet medförde borgenärsskada. – Bevisvärderingen har skarpt kritiserats i litteraturen, se Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1870. – Annorlunda utgång dock i *Hof Arnhem 20 okt 1959, NJ 1960, 333,* där det kunde konstateras, att parterna tidigare varit invecklade i skumraskaffärer. För ytterligare praxisexempel, se Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1872.

[150] Se bl a parlamentstrycket till Vierde gedeelte, ontwerp invoeringswet NBW, Kamerstuk 17 496, nr 9, och till lagstiftningen "in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen", Kamerstuk 16 631, nr 14. Lagstiftningsärendets skiftande turer är även något berörda av Croes, Kwartaalbericht NBW 1984 s 83.

[151] Se art 43 Faillissementswet.

En uppräkning av de i stadgandet omnämnda rättshandlingarna kan vara på sin plats för att ge en överblick av de fall, som i nederländsk rätt anses vara särskilt "ondtrosbenägna".[152] I art 3.2.11a NBW har de angivits punktvis under det ovan citerade första stycket.

I punkt 1 upptas rättshandlingar, där värdet av gäldenärens prestation väsentligt, *aanmerkelijk,* överstiger värdet av medkontrahentens. Formuleringen är inte avsedd för rent benefika överlåtelser; de behandlas i en följande artikel. Däremot träffas de *blandade fången.* Punkt 2 medför ondtrospresumtion vid fullgörelse eller säkerställande, som är *ensidigt gynnande.* Betalning av ännu inte förfallen skuld och pantsättning i efterhand är huvudexempel på sådana rättshandlingar.

Under punkt 3 faller rättshandlingar, som en fysisk person företagit med *närstående*[153] eller med juridiska personer, där en nära släkting har ett avgörande inflytande.[154] Motsvarande regler för juridiska personers rättshandlingar med närstående fysiska personer upptas under punkt 4, och juridiska personers agerande i förhållande till närstående juridiska under 5. I artikelns stycke 4 ges en regel, som går ut på att en tidigare företrädare för juridisk person alltjämt skall anses inneha sin position, om företrädarskapet upphört inom ett år före den återvinningsbara rättshandlingen. I punkt 6, slutligen, nämns särskilt rättshandlingar mellan företag i ett koncernförhållande.[155]

Uppräkningen av kombinationer är detaljrik och fyller högt ställda krav på legalistisk tydlighet. Såvitt jag kunnat räkna ut, går stadgandet inte längre än om man nöjt sig med ett enkelt konstaterande

[152] Till det följande Schoordijk s 169 ff; Croes, Kwartaalbericht NBW 1984 s 83 ff; Lhoëst – Verhagen-Maat, Kwartaalbericht NBW 1985 s 120 ff med särskild inriktning på de likalydande stadgandena i konkurslagen.

[153] Här aktuell släktskap sträcker sig till tredje led, dvs till föräldrars syskon eller syskons avkomlingar men inte till kusiner. Svågerlag räknas enahanda och upplöst äktenskap ändar inte släktskapsförhållande; se ang ledräkningen art 3 Boek 1 BW. Förslag om att inkludera även mera avlägsna släktingar har avvisats, Lhoëst – Verhagen-Maat, Kwartaalbericht NBW 1985 s 121.

[154] Inflytandet är närmare definierat: verkställande direktör, styrelseledamot, släktning, som ensam eller tillsammans med andra lika nära släktingar direkt eller indirekt kontrollerar minst hälften av den juridiska personens kapital.

[155] Den nederländska associationsrätten har rikare lagreglerade möjligheter än vår att skapa komplicerade koncern- och styrförhållanden. Lagstiftaren har därför introducerat en ny vag term, *groepsmaatschappij,* avsedd att täcka alla tänkbara former av direkt eller indirekt kontroll bolag emellan. Termen leder sitt ursprung till strävandena inom EG att unifieria associationsrätten men öppnar sig genom sin vaghet för kritik, se exvis Croes, Kwartaalbericht NBW 1984 s 84.

rörande rättshandlingar närstående juridiska och fysiska personer emellan. I ett särskilt stycke 2 till art 3.2.11a NBW fastslås, att med make jämställs annan nästående, *andere levensgezel.*[156] Till denna kategori räknas främst sammanlevande under äktenskapsliknande former, även fasta homosexuella relationer. Enligt motivuttalanden krävs visserligen inte gemensamt hushåll för att en parrelation skall falla under denna kategori, men samlevnaden utgör den vanligaste omständigheten för att påvisa en sådan relation. Det skall mellan parterna föreligga en känslomässig bindning, som går ut på att de anser sig ha "förenat sina levnadsöden". Det kan inte krävas full bevisning från återvinningskäranden om denna relations verkliga innehåll; beviskravet sannolikt, *aannemelijk,* skall räcka. Oftast är det tillfyllest att påvisa gemensamt hushåll för att medkontrahenten skall jämställas med make.[157]

Förutom den nu behandlade legaldefinitionen av närstående förekommer i de följande styckena andra liknande definitioner beträffande fosterbarn och företrädare för juridiska personer.

Presumtionsregeln i art 3.2.11a NBW utgör alltså inte en motsvarighet till vad vi kallar objektiva återvinningsgrunder. Den är i stället endast ett stöd för borgenären att komma över den svåraste tröskeln bland återvinningsrekvisiten, bevisskyldigheten för parternas onda tro. Fristens avsevärda längd, ett år, kan i någon mån ses som en förmedlande väg, om en absolut verkande regel är oönskad.

Som framgår av lagtexten, faller *utanför ondtrospresumtionen* att gäldenären visserligen företar en rättshandling inom ettårsfristen men att själva förpliktelsen att handla grundlades dessförinnan. Exempel härpå är att gäldenären åtagit sig att ställa säkerhet vid en senare tidpunkt, som säkerhetsförvärvaren själv bestämmer.[158] Om

[156] Denna formulering är bibehållen i det senaste för mig tillgängliga regeringsförslaget från juni 1987, Kamerstuk 17 469, nr 225. Däremot har i den eljest likalydande art 43 NFW (nya konkurslagen), som utfärdats 1986 men ännu ej trätt i kraft, gjorts en ändring tillbaka till en äldre formulering om varaktig hushållsgemenskap som rekvisit. Olikheten förklaras ej av förarbetsmaterialet och något parlamentsyrkande på ändring i konkurslagen har jag inte kunnat finna. – Jfr Croes' kritik mot denna äldre formulerings otydlighet, Kwartaalbericht NBW 1984 s 83 f.

[157] Departementschefsuttalande härom, även rörande bevisfrågan, i Kamerstuk 16 631, nr 14, s 4 f. Se vidare Lhoëst–Verhagen-Maat, Kwartaalbericht NBW 1985 s 120 f; Schoordijk s 171. Den senares antagande, att regeln är vid nog att omfatta nunnor i ett kloster, torde för normalfallet motsägas av motivuttalandet.

[158] Jfr sitauationen i *HR 16 jan 1987, NJ 1987, 528* (ovan vid not 101) där en bank *mot* innehållet i det ursprungliga avtalet krävde tätare översändande av

pantförskrivningen var bindande mer än ett år före fristdagen men pantsättningen fullbordas därefter, kan återvinningsborgenären inte utnyttja bevislättnaden.[159]

Med utgångspunkt i åberops- och bevisproblem, som gjort sig gällande i svensk rätt, skall jag uppehålla mig ganska detaljerat vid situationen med fullgörelse i efterhand.[160] Den belyser väl de svårigheter som uppstår, när man inte väljer objektiva återvinningsrekvisit utan går medelvägen med presumtionsregler. Problemet ligger i att presumtionen gjorts tidsbegränsad och att den träffar endast ett av tre grundrekvisit.

Antag att återvinningsborgenären känner till att gäldenären inom ettårsfristen ställt säkerhet för en äldre skuld. Sådan efterställd pantsättning hör till de rättshandlingar, som omfattas av presumtionsregeln i art 3.2.11a NBW (1 st 2 p). Skall borgenären också styrka, att gäldenären inte fullbordat pantsättningen på grund av ett äldre pantförskrivningsavtal? Eller måste återvinningsgäldenären visa, att det föreligger ett sådant avtal? Lagtexten ger ingen ledning. Av rekvisitets placering i det inledande momentet av artikeln, skulle det förefalla rimligast, att återvinningsborgenären i vart fall måste åberopa, att pantsättningen inte skett till fullföljande av ett äldre åtagande. Utgår vi från svenska processuella förutsättningar, ligger det nära till hands att den som har åberopsbördan också bär bevisbördan. Men bevisning om dessa förhållanden kan vara mycket svår att skaffa för den som yrkar återvinning.

Det må vara att även pantsättningen kan vara svår att konstatera, om den som i hittillsvarande rätt skett genom pulicitetslös säkerhetsöverlåtelse av lös egendom eller som i nya civillagen genom underpantsättning, som inte fordrar offentlig registrering.[161] Att dessutom

listor på gäldenärens kundfordringar, varigenom överlåtelse på banken i säkerhetssyfte fullbordades. Bankens underlåtenhet att förbehålla sig rätten att framdeles fordra tätare överlåtelser gjorde att rättshandlingen ansågs som frivillig; om ondtrosrekvisitet rådde ej tvist.

159 Hur bevisbördan i just denna fråga skall placeras, har jag inte sett kommenterat i litteraturen.

160 Jag erkkänner gärna, att insikterna i den nederländska rättens åberops- och bevisspörsmål inte är tillräckliga för en garanti om slutsatsernas hållbarhet fullt ut. Problemen är emellertid så allmängiltiga, att träffsäkerheten borde vara ganska stor.

161 Vid fastighetspant gäller som hos oss ett registreringstvång, som gör det lättare att konstatera att ett säkerställande skett. Den nya civillagens underpant i lösegendom kräver offentligt vidimerad datering, vilket underlättar tidsbestäm-

kräva av återvinningsborgenären att han har kännedom om och förmår redovisa för det bakomliggande pantförskrivningsavtalet, förefaller mig utgöra en svår belastning på effektiviteten hos stadgandet. Går vi ett steg längre och ålägger återvinningssvaranden i vart fall en "införandebörda", dvs skyldighet att i återvinningsprocessen göra rätten uppmärksam på att det finns ett äldre pantförskrivningsavtal, blir saken inte mycket lättare för återvinningsborgenären. Skulle ett blankt påstående därom tvinga honom att fullt ut bevisa ond tro hos återvinningsgäldenären och dennes medkontrahent, pantförvärvaren? I så fall förtas mycket av presumtionsregelns stödfunktion, eftersom det inte bara vid efterställd pantsättning utan även vid andra rättshandlingar skulle bli mycket lätt för svarandesidan att komma med grundlösa påståenden om äldre förpliktande överenskommelser, som först senare kommit att infrias.

Det hittills sagda kan synas tala för att låta återvinningssvaranden bära både åberops- och bevisbördan för en invändning om förekomsten av ett förpliktande avtal, ingånget före återvinningsfristen. Från allmän utgångspunkt är det också påtagligt, att den sidan lättast kan framskaffa bevisning om existensen av ett sådant rättsfaktum. Sedan gammalt finns emellertid i nederländsk rätt en generell frihet för domaren att från fall till fall göra överväganden om bevisbördans placering och om det materiella beviskrav, som han finner böra krävas. Det förefaller mig rimligt att i nu diskuterad sitaution överlåta till domarens skön att ställa upp regler för hur och av vem det skall visas, att den efterställda pantsättningen grundas på ett äldre, förpliktande avtal mellan parterna.[162] Min slutkommentar är dock, att övervägande skäl talar för att bevisbördan, åtmistone upp till sannolikhet, bör ligga på återvinningssvaranden och att denne också bör bära åberopsbördan.

Vid *benefika* rättshandlingar, slutligen, ger nya civillagen återvinningsborgenären den bevislättnaden, att gäldenären skall anses ha varit i ond tro om borgenärsskada beträffande rättshandlingar, som företagits inom ett år från det borgenären gör ogiltigheten gällande, art 3.2.11b.

ningen för den som på annat sätt fått kännedom om att en pantsättning verkligen ägt rum.

[162] Skulle åberops- och bevisbördan trots allt läggas på återvinningskärande borgenär, måste satsen negeras, dvs ett krav att visa att pantsättningen *inte* grundas på ett äldre pantförskrivningsavtal.

Enligt ett ytterligare, litet löst påhängt stadgande i art 3.2.11c skall som gäldenär betraktas även den tredje man, som förklarat sig ansvara för gäldenärens fullgörelse. Härmed avses i första hand den som gått i borgen eller ställt tredjemanspant.[1]

4.7 Återvinningens rättsföljder

I det följande presenteras de rättsliga följderna av en framgångsrik återvinningstalan. Först betraktas några allmänna regler om rättshandlings ogiltighet, varpå följer en redovisning av det i nederländsk rätt profilerade begreppet ogiltighetens relativitet. Därefter uppmärksammas återvinningssvarandens ställning från skilda utgångspuntker.

4.7.1 Ogiltighet

Den angripna rättshandlingen är inte ogiltig i sig; den är ingen nullitet. Det krävs att den skadelidande borgenären eller domstol på parts yrkande förklarar den ogiltig. Härom förekommer i Nederländerna en diskussion, som till synes mest är av terminologisk art. Vissa kallar ogiltigheten *relatieve nietigheid,* medan andra föredrar termen *nietigbaarheid.* Ankum för sin del har stannat vid *nietigverklaarbaarheid,* som visserligen väl täcker både rättsföljden och sättet på vilket den uppnås men likväl förefaller en smula konstlad.[2] Åtminstone i svensk språkdräkt är "ogiltigförklarbarhet" en omöjlighet. Ogiltigheten är således enligt skandinaviskt synsätt av *svag* natur.[3]

I överensstämmelse med äldre rätt innehåller också den nya civillagen ett stadgande, som utsäger att en rättshandlings ogiltighet har *tillbakaverkande kraft:* "De vernietiging werkt terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht"[4]. Även i förhållande till tredje man, som senare förvärvat rätt till egendomen, skall alltså ogiltigheten verka. Denna regel är dock inskränkt genom skyddet för tredje

[1] För närmare korshänvisningar till relevanta lagstadganden om tredjemansförpliktelser, se Parlamentaire Geschiedenis 3 s 221; Schoordijk s 172.

[2] Ankum, De Pauliana s 171 ff; Asser–Rutten 4–II s 302 ff; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 491; Pitlo–Bolweg s 276 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1888.

[3] Enligt nya civillagen "is de rechtshandeling vernietigbaar", art 3.2.11 lid 1 NBW.

[4] Art 3.2.17b lid 1 NBW.

man, både beträffande begränsade sakrätter[5] och vid äganderättsförvärv enligt en allmän exstinktionsregel.[6]

Ogiltighetens naturliga rättsverkan är att prestationerna skall återgå. I doktrinen föreligger dock enighet om, att förvärvaren kan undvika onödig skada genom att betala ersättning till borgenären i stället för att låta själva egendomen bli föremål för utsökning.[7] Det har däremot diskuterats hur länge förväraren kan vänta med att erbjuda återvinningskäranden sådan ersättning.[8]

Den *nya civillagen* med sin sammanhållna reglering av åtskilliga ogiltighetsgrunder har emellertid något fördunklat situationen. Där stadgas nämligen en möjlighet för domaren att helt eller delvis vägra rättsföljden återgång, om det skulle vara alltför betungande för parterna.[9] Den som på grund av sålunda utebliven återgång skulle dra obillig fördel av att prestationerna inte växlas åter, skall i stället åläggas skadeståndsskyldighet i pengar.

En förstahandstolkning av detta stadgande skulle vara, att det alltså inte står återvinningssvaranden fritt att avvärja återgången genom att erbjuda penningersättning.[10] Ett olägenhetsrekvisit har tillagts. Samtidigt framstår det som förvånande, att befrielse från återgång inte automatiskt skall avlösas av en penningförpliktelse. Enligt lagtexten ligger beslutet om den rättsföljden åtminstone i någon mån inom domarens skön. Nu är emellertid att märka, att det citerade stadgandet täcker alla former av ogiltighet och inte bara återvinning på grund av borgenärsskada. Stadgandets formulering och otydlighet har också utsatts för kritik i litteraturen. *Schoordijk* synes på goda grunder ha visat, att denna regel inte tar direkt sikte på rättsföljderna av actio Pauliana utan på de sakrättsliga verkningarna

[5] Art 3.2.11 lid 5 NBW, se ovan avsn .

[6] Art 3.4.2.3a NBW, som ersätter den klassiska art 2014 BW, kopierad på det kända stadgandet i art 2279 Code civil: "en fait de meubles, la possession vaut titre".

[7] Jfr 4:14 st 3 p 2 KL, som innehåller ett olägenhetsrekvisit, vilket hittills saknats i Nederländerna men som nu kommer att införas, se strax nedan.

[8] Ankum, De Pauliana s 177 med not 1; enligt Ankum kan förvärvaren avvärja förlust av egendomen genom att betala ersättning fram till dom på återvinning.

[9] "Indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden...", art 3.2.17b lid 2 NBW.

[10] Slutsatsen kunde möjligen bekräftas av en e contrario-tolkning av art 3.2.17c NBW, där en sådan rättighet tilläggs endast vid fall av mildare tvång, "misbruik van omstandigheden", enl art 3.2.10 lid 4 NBW.

av ogiltighetstalan.[11] Det är därför att vänta, att förvärvarens möjlighet att hindra återgången genom att erbjuda skadeersättning kommer att kvarstå även efter den nya civillagens genomförande.

Liksom den gamla civillagen saknar den nya en distinkt redogörelse för de närmare rättsverkningarna av den ogiltighet, som träffar en återvunnen rättshandling. I vissa fall kan detta leda till normkollision, eftersom nederländsk rätt även enligt den nya lagen saknar en möjlighet för borgenärer att sätta sig i gäldenärens ställe för att utöva en gäldenären tillkommande rätt.[12]

Schoordijk nämner ett praktiskt fall, där en dödsbodelägare avstår från sin arvslott i avsikt att skada sina borgenärer.[13] Antag vidare att de övriga dödsbodelägarna i god tro skiftar boet och låter registrera skiftet hos notarie, "bij een notariële akte". En sådan notariellt bekräftad skevdelning är inte i sig ogiltig utan kan blott ogiltigförklaras av den delägare, som inte deltagit i skiftet.[14] Eftersom återvinningsborgenären saknar rätt att få skevdelningen ogiltigförklarad, menar Schoordijk att han inte heller har rätt att tillgodose sina intressen ur de övriga dödsbodelägarnas lotter. Arvskiftet står sig alltså mellan dödsbodelägarna. I stället rekommenderar Schoordijk en talan gentemot de berättigade om ersättning på grund av obehörig vinst.[15]

Schoordijks påpekande kan förefalla välgrundat men är avhängigt av en regel, som han inte klart uttrycker. Hans lösning fordrar, att återvinningsborgenärens angrepp på de gynnade dödsbodelägarna måste göra halt inför ett i sig av honom oangripbart arvskifte. Ser vi till den av flertalet hävdade tesen om återvinningens relativitet (omedelbart nedan), kan man i stället fråga sig, om inte återvinningsborgenären vid utsökning har rätt att bortse från arvskiftet i den del det förnärmar hans rätt. Ett sådant synsätt hindrar ju inte att

[11] Se Schoordijk s 180 ff med vidare hänvisningar till diskussionen.

[12] Jfr den franska rättens *l'action oblique,* nedan avsn 5.6.

[13] Schoordijk s 163 f.

[14] Se härom art 3.7.3.1. lid 1 NBW, som alltså gör skillnad mellan nullitet vid skiftesfall, där en berättigad blir utan och ingen registrering sker, och ogiltighet efter yrkande, där en sådan skevdelning har registrerats offentligt. – Jfr de svenska reglerna av likartat slag i 7:7 och 14:6 ÄB, något berörda ovan *avsn 1.2* vid not 16 f.

[15] Om obehörig vinst, se art 6.4.3.1 NBW, där det ganska allmänt stadgas, att den som är obehörigt berikad på annans bekostnad i skälig omfattning är ersättningsskyldig för den skada vinsten orsakat (lid 1): "Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking."

arvskiftet parterna inbördes och gentemot andra är fullt giltigt.[16] Att borgenären på egen hand inte kan agera som dödsbodelägare är en sak. Om rekvisiten för återvinning föreligger befinner vi oss emellertid i en annan situation.

Den konkurrens mellan skilda borgenärer, som actio Pauliana alltid kan ge upphov till, gestaltar sig inte annorlunda i arvskiftesfallet än i andra.[17] Jag känner mig således inte helt övertygad om att avsaknaden av en *action oblique* i det av Schoordijk nämnda fallet skulle hindra borgenärens möjlighet. Det borde stå honom fritt att med hjälp av actio Pauliana få utsökning i den del av dödsbodelägarnas arvslotter, som rätteligen skulle ha tillfallit återvinningsgäldenären, ifall arvskiftet skett enligt legal eller testamentarisk ordning. Det förefaller dock nödvändigt att talan riktas mot samtliga gynnade dödsbodelägare i nödvändig processgemenskap. Att låta borgenären gå mot en enskild, som därefter måste regressa mot de övriga, vore alltför lättvindigt.

4.7.2 Relativitet

Ogiltigheten säges ha *relativ* verkan, vilket innebär att den endast kan utnyttjas av den borgenär som åberopat och yrkat den. I denna del betecknas relativiteten som *subjektiv,* eftersom ogiltigheten inte verkar till förmån för de borgenärer, som inte påstått återvinning. Ogiltigheten har också en *objektivt* relativ sida, i det att dess verkningar inte sträcker sig längre än vad som krävs för att tillgodose den borgenär, som lidit skada. Han kan således inte utsöka mer ur den av gäldenären överlåtna egendomen än vad som krävs för att tillgodose hans fordran.[18]

Grundläggande för ogiltighetens rättsföljd är att rättshandlingen skall betraktas som om den aldrig företagits. Egendomen skall alltså anses bibehållen i gäldenärens förmögenhetssfär. Denna huvudregel blir dock utsatt för modifikationer, när det gäller de närmare följderna av ogiltigförklaringen, exempelvis frågor om avkastning och

[16] Förmodligen bör en återvinningsmöjlighet föreligga i de fall skevdelningen ägt rum i ond tro hos dödsbodelägarna om borgenärsskada. Kanske Schoordijk finnder den lösningen självklar, eftersom han endast diskuterar godtrosfallet.

[17] Se vidare något om sådan konkurrens nedan *avsn 4.7.5.*

[18] Ankum, De Pauliana s 172 f; Asser–Rutten 4–II s 304 f; Asser–Rutten–Hartkamp 4–II nr 450 f; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1889. – I nya civillagen har intagits ett uttryckligt stadgande om relativitet, art 3.2.11 lid 4 NBW.

nedlagda kostnader.[19] Till restitution av förvärvarens vederlag och till skyddet för förvärvare i god tro, som i benefika sammanhang likväl kan drabbas av actio Pauliana, återkommer jag i följande avsnitt.

Schoordijk vänder sig med några *exempel* mot den förenklade formuleringen om att återvinningsborgenären kan agera som om rättshandlingen inte företagits.[20]

> Antag att återvinningsgäldenären köper fast egendom men bestämmer att säljaren skall överlåta fastigheten, inte på gäldenären själv utan på tredje man, som tillträder avtalet. Gäldenärens avsikt är att undandra egendom från sina borgenärer, varom fastighetsförsäljaren antas vara i god tro. Om gäldenären inte får full ersättning av den tillträdande köparen, föreligger en återvinningsbar borgenärsskada. Återvinningsborgenären önskar nu göra sig betalt ur den egendom, som tredje mannen – utan att utge full ersättning till gäldenären – förvärvat med äganderätt. Den stöter på stora svårigheter, som söker förklara borgenärens rättsställning med att rättshandlingen, genom vilken tredje mannen blev insatt som förvärvare, inte har företagits. Då skulle fastigheten rätteligen vara kvar i säljarens ägo och således ogripbar för borgenärerna. Säljaren i det onerösa avtalet med den fastighetsköpande gäldenären var nämligen inte i ond tro om borgenärsskadan. Det gäller alltså att endast komma åt gäldenärens krav på överlåtelse, inte till sig själv utan till tredje man. Men actio Pauliana kan inte användas till att sätta borgenären i gäldenärens ställning och den vägen få till stånd ett nytt överlåtelseavtal mellan fastighetssäljaren och gäldenären, vari gäldenären själv insätts som förvärvare av fastigheten. I stället måste det skapas en skyldighet för tredje mannen att överlåta fastigheten till gäldenären, så att fastigheten teoretiskt sett kommer att ingå i gäldenärens egendomsmassa. Ogiltigheten av gäldenärens insättande av tredje man i avtalet med fastighetssäljaren skulle alltså medföra ett slags fordringsrätt mot tredje mannen. Först i det läget har återvinningsborgenären möjlighet att göra *derdenbeslag*[21] hos tredje mannen, den i avtalet insatte fastighetsförvärvaren.
>
> En annan komplicerad situation, där förklaringen att den återvunna rättshandlingen aldrig företagits stämmer illa, gäller vissa andra fall av tredjemansavtal. Antag att gäldenären utan att tredje man direkt inträder i ett avtal, som i förra fallet, föreskriver att som fastighetsförvärvare skall inskrivas en släkting till gäldenären. Även här måste det skapas en fordringsrätt, som i teorin förpliktar

[19] Ankum, De Pauliana s 173. – För de fall förvärvaren varit i *ond tro* om borgenärsskada, vilket ju krävs vid onerösa transaktioner, tilläggs han inget särskilt skydd för avkastning och kostnader.

[20] Schoordijk s 164.

[21] Utsökning hos tredje man.

> tredje mannen att överlåta fastigheten till gäldenären, för att *derdenbeslag* skall kunna äga rum. Schoordijk synes mig vilja trotsa teorin om återvinningens relativitet. Han hävdar i stället att tredjemansavtalet – för att få till stånd en hållbar lösning – skall betraktas som ogiltigt. I vart fall måste återvinningsborgenären utgå från de konsekvenser, som en absolut ogiltighet mellan parterna skulle medföra. Han tillägger också, att återvinningsborgenären inte kan stödja sig på en befintlig rättsregel om att tredjemansavtal, som inte accepteras av tredje mannen, ger den rättshandlande möjlighet att insätta sig själv eller annan tredje man i det ursprungliga avtalet.[22]

Schoordijks tankegång förefaller mig inte i alla delar klar. Det är emellertid viktigt, att en pedagogiskt enkel förklaringsmodell inte tillåts rasera möjligheterna till återvinning i de fall en sådan rättsföljd, ogiltighet, lagligen står till buds. Det tycks dock som om de situationer han berör i och för sig kan förklaras med den enkla modellen att rättshandlingen inte företagits, om rättshandlingen löses upp i delmoment i stället för att ses som en helhet. Å andra sidan uppstår kanske ett rättsligt vakuum, om det blott sägs att man kan bortse från en viss rättshandling. Problemställningen kommer också nära de fall, som den nederländska återvinningsregeln inte täcker, dvs gäldenärens passivitet i skilda sammanhang. Återigen framstår frånvaron av en *action oblique* som besvärande, om önskan är att ge största möjliga skydd till borgenärer, som skadas av gäldenärens rättshandlingar.

4.7.3 Återvinningssvarandens ställning

Om rekvisiten för återvinning är uppfyllda, betraktas alltså – med reservation för de nyss behandlade komplicerade situationerna rörande avtal till förmån för tredje man – egendomen hos förvärvaren som alltjämt tillhörig hans fångesman, gäldenären. Borgenären kan därmed utsöka egendomen hos förvärvaren med hjälp av det exekutionsrättsliga institutet *derdenbeslag*.

Den angripna rättshandlingens subjektivt relativa ogiltighet innebär, att rättshandlingen mellan gäldenären och förvärvaren är ogiltig, betraktad från borgenärens utgångspunkt, men inte mellan parterna i den angripna rättshandlingen, gäldenären och förvärvaren. Den faktiska rättsföljden härav är viktig, eftersom förvärvaren inte kan åberopa ogiltighet som en grund för sitt anspråk på ersättning från fång-

[22] Art 6.5.3.6 lid 1 NBW.

esmannen, gäldenären, när han efter en borgenärs framgångsrika återvinningstalan går egendomen helt eller delvis förlustig. Förvärvaren kan således inte på retentionsrättslig grund hindra exekution i den återvunna egendomen genom att påstå sig ha en kvittningsgill motfordran på fångesmannen. Denna fordran skall i stället behandlas fristående från återvinningsborgenärens. Enligt doktrinen anses till yttermera visso borgenären ha försteg framför förvärvaren till gäldenärens övriga egendom, om återvinningsgodset inte skulle förslå att täcka borenärens återvinningskrav.[23]

Här möter vi således ett synsätt, som teoretiskt sett står i bjärt kontrast till de svenska konkursrättsliga återvinningsreglerna. Huvudregeln hos oss innebär ju en skyldighet att ersätta återvinningssvaranden vad han utgivit. Vi har emellertid det viktiga undantaget, att sådan ersättningsskyldighet inte föreligger, om förvärvaren varit i ond tro om borgenärsskadan och vederlaget inte "kommit boet till godo".[24] I praktiken får man alltså samma resultat, såvitt avser ondtrosfallet, eftersom tillämpningen av actio Pauliana förutsätter ond tro hos förvärvaren i de fall det rör sig om ett oneröst förvärv. Det hos oss tillämpade rekvisitet, att vederlaget inte skall ha kommit boet/gäldenären till godo, saknas emellertid i nederländsk rätt, vilket ger tillämpningen vidare ramar. Oavsett hur gäldenären brukat det från förvärvaren erhållna vederlaget, saknar förvärvaren kvittningsrätt gentemot återvinningsanspråket.

Skulle däremot förvärvarens valuta finnas i behåll hos gäldenären och denna valuta uppgå till det överlåtnas värde, föreligger ingen borgenärsskada, som berättigar till återvinning. I vissa fall kan dock delar av vederlaget eller ett otillräckligt vederlag finnas kvar hos gäldenären. I sådana situationer anses ogiltigheten, som en följd av återvinningen, drabba endast den del av transaktionen, där det saknas bevarat vederlag. Som exempel kan nämnas att gäldenären bytt ut egendom mot annan med lägre värde och att han, då actio Pauliana görs gällande, fortfarande har bytesobjektet kvar. Det är endast mellanskillnaden mellan de båda objektens värde, som medför återvinningsbar borgenärsskada.[25] I dessa sammanhang kan man

[23] Ankum, De Pauliana s 176.

[24] 4:14 st 2 p 2 KL.

[25] Ankum, De Pauliana s 177.

därför tala om ett slags kvittningsrätt för den återvinningssvarande förvärvaren.[26]

Ankum kommer till samma slutats, om bytesobjektet genom ytterligare transaktioner gått i utbyte mot annan, kvarvarande egendom, som kan utnyttjas som exekutionsunderlag. Ett steg vidare tar han, när han menar att samma avräkningsförmån skall tillkomma förvärvaren, om egendomen eller rent av köpeskillingen inte finns kvar hos gäldenären men tillfallit dennes förmånsberättigade fordringsägare. Den sista slutsatsen är inte närmare motiverad. Går man så långt, är olikheten mellan de svenska och nederländska bestämmelserna i det närmaste obefintlig, låt vara att de rättsteoretiska grunderna skiljer sig åt. Skulle däremot köpeskillingen ha utnyttjats av gäldenären för att tillfredsställa borgenärer med samma rätt som återvinningskäranden, vill Ankum låta hela den angripna dispositionen vara ogiltigt.[27] Inte heller denna passage är närmare utvecklad.

Lösningen med en åtskillnad mellan gäldenärens olika sätt att använda mottagen valuta kan i förstone synas en smula godtycklig, sedd från förvärvarens synpunkt. Varför skall han kunna dra nytta av att fångesmannen tillgodosett sina prioriterade borgenärer men inte de oprioriterade, ett förhållande som förvärvaren inte alls kan råda över? Men här har vi åter själva kärnfrågan om det i svensk doktrin mera på djupet diskuterade skade- eller nackdelsrekvisitet för att återvinning över huvud taget skall tillåtas. Om gäldenären tillfredsställt bättre prioriterade omedelbart före konkurs, kan knappast förfång ha skett för en oprioriterad borgenär, som inte skulle ha kunnat dra nytta av den egendomen. Vid återvinning utom konkurs kan det tyckas förhastat att genast dra samma slutsatser, eftersom förmånsrätten ännu inte utlösts. Sätter vi in situationen i det sammanhanget, att ett resultatlöst utmätningsförsök ägt rum, blir emellertid likheterna övervägande. Och det måste hela tiden erinras om att actio Pauliana för sin tillämpning fordrar att gäldenären inte fullt ut kan göra rätt för sig.

En återvinningsdom medför regelmässigt för förvärvaren att den av honom erhållna egendomen betraktas som tillhörig gäldenären och således kan utsökas för borgenärens fordran och slutligen säljas

[26] Det bör här för tydlighets skull tilläggas, att förvärvaren inte – som vid våra objektiva återvinningsfall i konkurs – kan freda sig med att gäldenären alltjämt var sufficient efter transaktionen.

[27] Ankum, De Pauliana s 177 med not 3.

exekutivt. Förvärvaren är dock därvid berättigad att erhålla ersättning för så mycket som blir över, sedan borgenärens fordran på gäldenären blivit täckt. Det är tydligt, att resultatet ofta blir det samma som i svensk rättstillämpning. Den skillnaden finns dock, att det indirekt kommer att föreligga ett krav på att gäldenären har kvar vederlaget från förvärvaren och att det kan utgöra exekutionsunderlag vid den tidpunkt borgenären gör gällande återvinning. Motsvarande lösning i svensk rätts behandling av konkursrättslig återvinning återfinns i rekvisitet "kommit boet till godo".

I sammanhanget blir en viktig fråga, om förvärvaren eller borgenären har försteg att ta ut sitt anspråk ur den exekutivt sålda egendomen. Antag att gäldenären bytt en bil värd 100 000 mot en som är värd 60 000. Borgenärsskadan, som kan återvinnas, utgör således 40 000. Förvärvaren av den värdefullare bilen skall vara tillförsäkrad värdet av den hos gäldenären befintliga motvalutan, 60 000. Om den av förvärvaren erhållna bilen vid den exekutiva försäljningen inbringar endast 90 000, frågas vem av återvinningsborgenären eller förvärvaren som skall bära förlusten på 10 000.

Enligt relativitetstänkandet kring ogiltigheten skall gäldenärens rättshandling, om jag rätt uppfattat det nederländska resonemanget, anses ogiltig endast såvitt avser ett belopp om 40 000, dvs mellanskillnaden. Det är endast däremot, som borgenären kan rikta sin attack, medan motvalutan, som finns i behåll hos gäldenären i form av den enklare inbytesbilen, skall lämnas oberörd av återvinningen. Det faller sig då naturligt, att det är borgenären som skall stå risken av att det återvunna inte täcker hans fordran. Ty rättshandlingen har inte ens från hans utgångspunkt varit angripbar, såvitt avser de 60 000 som förvärvaren lämnat i utbyte. I den delen är ju rättshandlingen helt giltig, varför förvärvarens krav på kvittning mot vederlaget måste beaktas i första hand. Lösningen ligger också väl i linje med allmänna exekutionsrättsliga överväganden. En borgenär kan aldrig vara säker på att utmätt egendom förslår att täcka hans fordran, ett synsätt som måste gälla även för nederländsk rätt.

Inte heller i den *nya civillagen* förtydligas reglerna om återvinningssvarandens anspråk på att hans vederlag skall respekteras. *Schoordijk* har som den senaste kommentatorn ställt sig på förvärvarens sida i ett försök att säkra dennes rätt till utgiven valuta.[28] Han anför därvid en analogi till den konkursrättsliga återvinningen och vill göra skillnad mellan de båda fallen, då vederlaget kommit kon-

[28] Schoordijk s 166 ff.

kursboet till godo och då det inte gjort det.[29] Har gäldenären – vid konkursrättslig återvinning boet – fått del av vederlaget, skulle återvinningssvaranden enligt Schoordijk ha rätt att först ta ut sitt, innan egendomen går till borgenärernas förnöjande. Har gäldenären inte haft någon fördel av vederlaget, måste återvinningssvaranden med sitt anspråk konkurrera på samma villkor som andra borgenärer.

Återvinningssvaranden kan emellertid härutöver ha ett anspråk på ersättning för den förlust han gör genom att rättshandlingen ogiltigförklaras. Antag att förvärvaren köpt en sak till ett pris, som understiger marknadsvärdet.[30] Förvärvet ogiltigförklaras, och borgenären utsöker det av återvinningssvaranden inköpta. Även om förvärvaren i det läget skulle tillgodoräknas den till gäldenären lämnade valutan, har förvärvaren gått förlustig den vinst han gjort genom det fördelaktiga priset. Det kan inte vara förenligt med återvinningsreglerna, att svaranden kan få företräde även till det beloppet. I nederländsk doktrin har i stället förordats,[31] att hans fordran på sådan ersättning skulle *efterställas* alla andra fordringar.[32]

Utöver den nu diskuterade mellanskillnaden kan egendomen ha undergått *värdestegring* under tiden mellan den ogiltigförklarade rättshandlingen och den slutliga utsökningen till återvinningsborgenärens förmån. Det synes råda enighet om att sådan värdestegring kan återvinningssvaranden kräva ut av gäldenären endast efter det att alla andra fordringsägare fått sitt.[33]

De nu behandlade vederlagsanspråken gäller endast *primärförvärvaren.* Har denne i sin tur vidareöverlåtit egendomen, och återvinningstalan därför riktas mot *sekundärförvärvaren,*[34] kan denne rikta vederlagsanspråk endast mot sin fångesman. Vad sekundärförvärvaren utgivit till den som i sin tur erhållit egendomen från gäldenären, kommer inte återvinningsborgenären vid.[35]

[29] Art 51 FW.

[30] Jfr art 3.2.11a lid 1 NBW, där denna situation utgör presumtion för ond tro hos parterna om borgenärsskada.

[31] Schoordijk s 167 med hänvisningar; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1889.

[32] I svensk rätt känner vi inte längre i förmånsrättssammanhang sådana efterställda fordringar. Jfr i äldre svensk rätt behandlingen av böter, viten m m enligt 19 § FRL i dess lydelse före 1979.

[33] Schoordijk s 167 f.

[34] Om sekundärförvärvarens ställning, se ytterligare ovan *avsn 4.3.3.*

[35] Inställningen klart markerad i *HR 28 maj 1982, NJ 1983, 310:* Varor hade av gäldenären sålts till underpris och därefter vidareöverlåtits. Återvinnings-

4.7.4 Godtrosskydd vid benefika förvärv

Om gäldenärens överlåtelse är av benefik natur, har förvärvaren ingen möjlighet att avvärja återvinning, ifall skade- och ondtrosrekvisiten är uppfyllda på den överlåtande gäldenärens sida. Även i det läget uppkommer frågor om återvinningssvarandens krav på ersättning för nedlagda kostnader och om skyldighet att utge även avkastning.

Med rätta anmärker *Ankum*, att återvinningen kan medföra obilliga resultat för en godtroende gåvomottagare. För gällande rätt förordar han därför en analogi till regler om motsvarande krav vid vindikation.[36] Den godtroende är därvid inte skyldig att utge avkastning och har vidare rätt att få ersättning för nedlagda nödvändiga kostnader på egendomen. Lagen reglerar emellertid inte fallet, då egendomen under tiden hos tredje man minskat i värde. För sådana situationer menar Ankum, att den godtroende bör skyddas mot fyllnadskrav upp till tidigare värdet. Den ondtroende bör däremot i det läget kunna freda sig med bevisning om att motsvarande värdeminskning skulle ha inträffat, även om egendomen kvarblivit hos fångesmannen/gäldenären.[37]

Frågeställningarna har före Ankum varit föga beaktade i Nederländerna; rättspraxis saknas. Hans ställningstaganden är skäliga men inte särskilt ingående motiverade. De förefaller anknyta till regler om obehörig vinst eller condictio indebiti. Andra lösningar är tänkbara, redan på den grund att man som grundläggande princip fastslår antingen skyddet för borgenären eller skyddet för den godtroende förvärvaren som vägledande norm. Sådana i lag grundade principer saknas emellertid i Burgerlijk Wetboek.

Finns det överlåtna inte längre kvar hos förvärvaren, står det återvinningsborgenären fritt att kräva ersättning, om förvärvaren var i ond tro om skadan.[38] Förvärvaren kan emellertid inte undgå ersättningsskyldighet genom att hänvisa borgenären att rikta sig mot sekundärförvärvaren. Den valmöjligheten står öppen för borgenären

borgenären behövde inte tåla avräkning för sekundärförvärvarens vederlag. Däremot anmärkte *Hoge Raad*, att sedan sekundärförvärvaren krävt ut sitt från sin fångesman, denne kunde rikta anspråk mot återvinningsborgenären på här ovan behandlade grunder. Utgången gick emot generaladvokatens hemställan, som förordade en smidigare inställning och som dessutom ansåg gäldenären göra en obehörig vinst genom att avlyftas skulder på sekundärförvärvarens bekostnad.

36 Artt 630 ff BW.

37 Ankum, De Pauliana s 178.

38 Jfr i fall av konkursrättslig återvinning art 51 lid 2 FW.

men hindrar inte återvinningstalan mot primärförvärvaren. Var primärförvärvaren däremot i god tro, vilket ju mycket väl kan vara fallet även vid benefika förvärv, bör han enligt Ankum skyddas mot ersättningskrav, som överstiger den obehöriga vinst han gjort genom vidareöverlåtelsen. Eventuell köpeskilling, som han i sin tur efter benefikt förvärv betingat sig vid vidareöverlåtelsen, kan återvinningsborgenären göra anspråk på, om medlen fortfarande finns kvar i förvärvarens förmögenhet. Likartad ersättningsskyldighet uppstår, då förvärvaren utnyttjat egendomen för att fullgöra honom åvilande förpliktelser.[39] För denna lösning i godtrosfallet finns även stöd i den konkursrättsliga återvinningsregleringen.[40]

Den nya civillagen har följt vissa av Ankums rekommendationer, då det gäller godtroende förvärvare av benefikt överlåten egendom. I lagtexten uttrycks det så, att förvärvaren är fredad mot återvinning, om han visar att egendomen inte kommit honom till nytta.[41] Formuleringen löser emellertid inte alla frågeställningar, och lämnar fortfarande öppet hur avkastning och nedlagda kostnader skall behandlas.[42]

Har en förvärvare före återvinningstalan belastat egendomen med en sakrättsligt giltig rättighet, skall denna stå sig, om den berättigade var i god tro. Ur själva egendomen kan således borgenären komma åt endast den obelastade delen. Resten blir upplåtaren skyldig att ersätta på grund av de regler som gäller om värdeminskning.[43]

4.7.5 Återvinningsborgenärens konkurrens med förvärvarens övriga borgenärer

I förhållande till *förvärvarens borgenärer* medför ogiltighetskaraktären hos actio Pauliana, att individualiserad egendom hos förvärvaren inte längre anses ingå i hans förmögenhet. Det föreligger alltså en *separationsrätt* gentemot förvärvarens fordringsägare. Är däremot föremålet

[39] Ankum, De Pauliana s 178 f. De nederländska reglerna om ersättning för *obehörig vinst* måste tyvärr här lämnas åt sidan. Det är således av vikt att medlen finns kvar hos mottgaren. Har han i god tro konsumerat dem finns ingen obehörig vinst att rikta sig mot, och ingen betalningsskyldighet kan åläggas på den grunden.

[40] Art 46 FW.

[41] Art 3.2.11 lid 5 NBW. Se även Parlamentaire Geschiedenis 3 s 218.

[42] Se härom ytterligare Schoordijk s 166 ff.

[43] Ankum, De Pauliana s 178 not 4. Så också uttryckligen i art 3.2.11 lid 5 NBW.

för återvinningen generiskt bestämt, har inget sakrättsligt skydd uppkommit för återvinningsborgenären.[44]

Slutsatserna förefaller naturliga, även om man kan fråga sig om separationsrätten står väl med uppfattningen om ogiltighetens relativa karatär. Gentemot förvärvarens borgenärer är den, med det separationsvänliga synsättet, i vart fall absolut verkande. I nederländsk rätt saknas en motsvarighet till vår redovisningslag. Att förvärvaren hållit en i sig återvinningsbar penningsumma avskild, skyddar således inte den återvinnande vid inträffad insolvens hos förvärvaren. Blotta avskiljandet omvandlar inte enligt nederländsk uppfattning ett i sig generiskt bestämt penningbelopp till individualiserad egendom.

4.7.6 Förvärvarens förhållande till återvinningsgäldenären

Ogiltigheten hos den återvunna rättshandlingen påverkar inte grunden för rättsförhållandet mellan gäldenären och förvärvaren. Deras avtal står fast, vilket bl a innebär att eventuellt överskott från återvunnen egendom skall redovisas till förvärvaren, inte till hans fångesman gäldenären. Dock får förvärvaren möjlighet att utnyttja generellt tillämpliga påföljder för det kontraktsbrott, som uppstår genom att gäldenären efter återvinningen inte kan anses ha fullgjort sina förpliktelser.

Rättsförhållandet mellan gäldenären och förvärvaren kan således upplösas, om förvärvaren efter återvinningen blir hävningsberättigad, närmast på grund av dröjsmål. Vissa författare har hävdat, att förvärvaren inte har någon rätt att ställa krav på gäldenären, om han varit i ond tro om borgenärsskadan.[45] – Till detta vill jag endast foga den kommentaren, att förvärvarens fordran, som tidigare framgått, inte kan anses förenad med retentionsrätt eller annan prioritering, varför den i många fall blir värdelös med tanke på medkontrahentens svaga ekonomiska sitaution. Dock kan det förekomma, att gäldenären på nytt får tillgångar och att hans ekonomiska situation ljusnar. Den tålmodige medkontrahenten kan alltså framdeles göra bruk av sina rättigheter.[46]

[44] Beekhuis s 14; Ankum, De Pauliana s 180; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1889.

[45] Ankum, De Pauliana s 181 f med hänvisningar.

[46] Jfr Ankum, De Pauliana s 183.

Vid benefika förvärv, som återvinns, saknar gåvotagaren kontraktsrättsliga sanktioner mot givaren. Med förnyad hänvisning till ogiltighetens relativa karaktär kan det hävdas, att givaren fullgjort en honom åvilande förpliktelse med egendom, som rätteligen tillhör förvärvaren, gåvotagaren. I dessa fall och i synnerhet om gåvotagaren var i god tro, anses av flera författare gåvotagaren ha rätt att från givaren utkräva den obehöriga vinst, som denne gjort genom återvinningen. På likartat sätt anses talan om obehörig vinst kunna riktas av en sekundärförvärvare gentemot förste överlåtaren, dvs gäldenären i återvinningsförhållandet. För framgång krävs dock, att mellanmannen, primärförvärvaren, inte kan fullgöra sin ersättningsskyldighet mot sekundärförvärvaren.[47]

4.8 Gränsdragning mellan actio Pauliana och andra likartade ersättningsanspråk

I detta avsnitt skall översiktligt presenteras två former av ersättnings- eller undanröjandeanspråk, som en förfördelad nederländsk borgenär kan utnyttja vid sidan av actio Pauliana.

4.8.1 Utomobligatoriskt skadestånd för ren förmögenhetsskada

En gränsdragningsfråga, som lösts först i senare tid, är förhållandet mellan actio Pauliana och den allmänna ersättningsskyldighet för *rättsstridigt handlande* (onrechtmatige daad), varom stadgas i den sedan 1838 oförändrade *art 1401 BW*.[48] Eftersom den nederländska skadeståndsregeln i motsats till den svenska skadeståndsrättens grundregel inte kräver brott för att ren förmögenhetsskada skall ersättas,[49] har det utvecklats en synnerligen rik rättstillämpning kring

[47] Ankum, De Pauliana s 181 f med not 3 (s 182). – En annan teori, som framförs av Ankum, s 182 f, är att förvärvaren kan göra bruk av en allmän *subrogationsrätt* gentemot gäldenären enligt art 1438 lid 3 BW, i nya civillagen art 6.2.2.7 NBW.

[48] *Art 1401 BW* lyder: Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt gengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden. – Varje rättsstridig handling, varigenom en annan åsamkas skada, gör den vars skuld orsakat skadan förpliktad att ersätta den. – I civillagsförslaget är regleringen av utomobligatoriskt skadestånd vida mer detaljerad, se titel 6.3 NBW. Förutsättningarna i här aktuellt hänseende är dock inte ändrade i sak.

[49] Utförligt och mera nyanserat om svensk rätt, se Kleineman, Ren förmögenhetsskada.

detta stadgande. Det är inte förvånande, att en så generellt utformad ersättningsplikt i och för sig täcker även borgenärsskadliga förfoganden från gäldenärens sida. Den har ju också den fördelen, att den saknar de särskilda återvinningsrekvisiten, för vilka käranden är bevisskyldig. Efter det att äldre rättstillämpning varit vacklande i gränsdragningsfrågan,[50] föreligger numera i det närmaste full frihet för en borgenär att pröva den väg till ersättning, som bäst passar honom.[51]

Det finns anledning att i sammanhanget med viss utförlighet referera ett ledande rättsfall i gränsdragningsfrågan mellan artt 1377 och 1401 BW, *HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514:*

> Gäldenären, ett textilbolag som kommit i ekonomiska svårigheter, avfordrades säkerhet för en tidigare upptagen bankkredit. Sedan banken sagt upp lånet, lämnade textilbolaget banken säkerhet i form av säkerhetsöverlåtelse av samtlig befintlig och framtida lösegendom. Proceduren upprepades efter ett halvår, då banken något sänkte kreditbeloppet. Efter ytterligare ett drygt år sade banken definitivt upp kreditavtalet, då textilbolaget efter betalningssvårigheter nödgats återställa egendom, som inköpts med äganderättsförbehåll. Mellan den andra, förnyade, säkerhetsöverlåtelsen och bankens definitiva uppsägning hade en utländsk säljare, borgenären, levererat tyger mot kontant betalning och utan äganderättsförbehåll. Betalning inflöt emellertid inte, och borgenären kunde inte göra sig betalt ur det levererade, eftersom den egendomen, liksom all annan, rätteligen tillhörde banken i egenskap av säkerhetsförvärvare. Vid ackordsuppgörelse fick leverantören ut endast en liten del av köpeskillingen.
>
> Borgenären stämde då banken med påstående att den av banken fordrade säkerhetsöverlåtelsen utgjorde en rättsstridig handling. Grunden härför påstods vara, att banken krävt samtlig lösegendom, även framtida, och således handlat utan att ta hänsyn till senare leverantörers intresse. Banken invände, i första hand, att borgenären hade kunnat fordra återvinning på grund av otillbörligt gynnande och därför inte var behörig att väcka talan om utomobligatoriskt skadestånd samt, i andra hand, att säkerställandet inte var rättsstridigt i sig.
>
> Underdomstolarna gav banken rätt, såtillvida att de ansåg en borgenär skyldig att yrka återvinning, om ett typiskt återvinningsrekvisit lades till grund för en mera generell ersättningstalan. *Hoge*

[50] Ankum, De Pauliana s 38 f, 93 ff.

[51] I aktuell nederländsk rättstillämpning utgör också grunderna för skadestånd enligt art 1401 BW ett förmodligen oftare tillämpat medel än ren återvinningstalan för att uppnå syftet att soulagera en förfördelad borgenär. Jfr motsvarande franska skadeståndsregler och de frikostiga tyska möjligheterna till ansvarsgenombrott, nedan *avsn 6.8.*

Raad däremot fann ingen grund för en sådan begränsning, "geen grond bestaat". Endast om actio Pauliana-stadgandet i art 1377 BW klart uttalat att dess tillämpning uteslöt ren skadeståndstalan, hade det förelegat en skyldighet att uttömma återvinningsmöjligheterna innan skadeståndsvägen prövades. Domstolen ansåg vidare, på grunder som här måste förbigås, att den omfångsrika säkerhetsöverlåtelsen med hänsyn till omständigheterna var att betrakta som rättsstridig. Skadeståndsskyldighet förelåg alltså.

Vid konkurrens mellan talan om ersättning för ren förmögenhetsskada, *onrechtmatige daad,* och återvinning enligt actio Pauliana, har nederländsk rätt – om inte förr så genom 1957 års avgörande – anslutit sig till uppfattningen i tysk rätt om s k *Anspruchskonkurrenz.* I Frankrike är inställningen till detta spörsmål inte lika klar.[52] Det står således den nederländske borgenären fritt att yrka den rättsföljd han önskar, oavsett att rekvisiten passar väl för ett annat, mera specialiserat krav. Däremot drabbar rättskraften hos ett återvinningsavgörande varje försök att sedermera anställa skadeståndstalan på samma grund.

Ser vi till rättsföljdssidan är det av vikt att erinra om att ersättning enligt art 1401 BW kan utdömas till *positiva* kontraktsintresset, medan återvinningskrav i normalfallet – vid sidan av sakens återställande eller erläggande av dess motvärde – endast ger ersättning för kostnader och ränteförluster, dvs negativa kontraktsintresset.[53] Redan före den nu stadfästa valmöjligheten tillät därför praxis borgenären att fyllnadsvis yrka ersättning till positiva intresset enligt art 1401, om sådana förluster uppkommit genom gäldenärens avhändelse av egendomen.[54]

Det förefaller mig dock inte så ofta kunna förekomma, att borgenären kan påstå sådan skada i en återvinningssituation, som skulle grunda ersättning enligt positiva intresset. Sätter man den av gäldenären avyttrade egendomen i centrum för resonemanget, kan lätt konstateras att borgenären aldrig varit ägare till egendomen i fråga. Hans enda rättighet är att den skall återlämnas till gäldenären för att hos denne utgöra exekutionsunderlag, alternativt överlämnas

[52] Om rättsfallet och den rikhaltiga litteraturen kring konkurrensfrågor samt om jämförelse med tysk och fransk rätt, se Ankum, De Pauliana s 89 ff, 97; Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1902 ff; Onrechtmatige daad III (van Maanen) nr 38.

[53] Grunderna för art 1489 BW om ersättningsskyldighet vid ogiltighetsförklaring av avtal.

[54] Ankum, De Pauliana s 38 f med praxisbelägg.

direkt till borgenären som fullgörelse av gäldenärens skuld. Vad beträffar just den egendomen, har borgenären aldrig tagit sådan befattning med den, att han exempelvis skulle ha gjort handelsförlust, som kan ersättas enligt positiv skadeståndsberäkning. Om man däremot resonerar så, att borgenären har gått miste om en fördelaktig affär genom att inte i rätt tid ha fått betalt av sin gäldenär, kan naturligtvis den borgenärsskadliga avyttring, som gjort gäldenären betalningsoförmögen, ha medfört skada som bör ersättas enligt det positiva intresset.[55]

Också rättsfakta skiljer sig åt. Exempelvis kan en godtroende vid benefikt förvärv inte åtkommas genom ren skadeståndstalan, eftersom han som gåvotagare inte agerat rättsstridigt.[56] I vissa fall sträcker sig art 1401 BW längre än återvinningsstadgandet, exempelvis då medkontrahenten men icke gäldenären själv är i ond tro. Så kan vara fallet, då en bank har klarare insikt i gäldenärens ekonomiska ställning än denne själv eller då medkontrahenten på ett för gäldenären vilseledande sätt kommit över egendomen.[57] Det är vidare tänkbart, att skadeståndsvägen står öppen, dels då förvärvaren är i blott culpös ond tro om borgenärsskadan,[58] dels då sekundärförvärvaren är i ond tro medan primärförvärvaren är ovetande om skadan.[59]

Belysande för hur art 1401 BW använts i fall av *ansvarsgenombrott* är avgörandet *HR 25 sept 1981, NJ 1982, 433:*

> Ett moderbolag, det svenska Osbypannan, hade för kreditgivning till sitt nederländska dotterbolag, Osby-Nederland, betingat sig kreditsäkerhet i form av säkerhetsöverlåtelse av så gott som samtlig befintlig och framtida lösegendom. Därigenom kom moderbolaget att omöjliggöra utsökningsmöjligheter för dotterbolagets framtida borgenärer.
>
> *Hoge Raad* bedömde åtgärden som rättsstridigt handlande med bl a följande motivering. Om sådant säkerställande betingas utan att moderbolaget ikläder sig eget ansvar för dotterbolagets skulder, föreligger under vissa omständigheter skadeståndsskyldighet

[55] Jfr normala påföljder för köprättsligt dröjsmål.

[56] En ondtroende gåvotagare har däremot handlat så att art 1401 BW kan tillämpas.

[57] Jfr Ankum, De Pauliana s 93. Ankum nämner inte uttryckligt, att det sistnämnda fallet regelmässigt hade kunnat åtkommas genom att den förfördelade borgenären yrkar rättshandlingens ogiltighet på grund av svek, om nederländsk rätt haft tillgång till en *action oblique.*

[58] Jfr dock nya civillagens förtydligande, att culpös ond tro är tillräcklig i återvinningssammanhang, ovan *avsn 4.6.4.*

[59] Ankum, De Pauliana s 93 f.

för modern gentemot nytillkomna "dotterborgenärer". Så är fallet, då moderbolaget har full insikt i och möjlighet till kontroll av dotterns verksamhet. Subjektivt måste modern ha i vart fall bort känna till, att kreditsäkringsavtalet berövade dotterbolagets framtida borgenärer merparten av deras utsökningsmöjligheter. Rekvisiten ansågs uppfyllda i målet, varför skadeståndsskyldighet ålades moderbolaget.

Jämför vi utgången i Osby-målet med en talan enligt actio Pauliana, förefaller skaderekvisitet, förhindrande av utsökningsmöjligheter, vara identiskt utformat. Domstolen har vidare haft att pröva endast säkerhetsförvärvarens, moderbolagets, onda tro. Men i förevarande mål torde det inte ha varit någon svårighet att påvisa samma onda tro om borgenärsskadan hos det säkerhetsöverlåtande dotterbolaget. Ett rekvisit, som däremot inte alls aktualiseras vid en talan enigt art 1401 BW, är frågan om rättshandlingens frivillighet. I åtskilliga sammanhang kan befrielse från bevisskyldighet därom vara till förmån för borgenären. I just detta mål torde dock omständigheterna ha varit ostridiga i den delen. En slutsats skulle alltså vara, att resultatet just i Osby-målet säkerligen blivit det samma, om den förfördelade borgenären vänt sig mot moderbolaget med stöd av art 1377 BW i stället för art 1401 BW.

En skadeståndstalan av här behandlat slag antas inte falla under den kortare, femåriga, *preskriptionstiden* för återvinning, även om den vilar på grundsatserna i art 1377 BW. I stället bör normal trettioårspreskription gälla.[60]

4.8.2 Skenrättshandlingar

Det föreligger åtskilliga likheter mellan skenrättshandlingar och sådana borgenärsskadliga dispositioner, som kan åtkommas med actio Pauliana. Båda fallen skall leda till ogiltigförklaring av en åtgärd som varit till någon form av nackdel för tredje man. Det finns emellertid starka skäl att hålla de båda situationerna skilda från varandra. I synnerhet är det viktigt att understryka, att den form av borgenärsskada, som är ett väsentligt rekvisit vid tillämpningen av

[60] Ankum, De Pauliana s 96 f, med stöd av preskriptionsregler i andra ogiltighetsfall och av tysk rätts överväganden; jfr Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1905.

actio Pauliana, saknar motsvarighet vid ogiltigförklaring på grund av simulation.[61]

Den redan under medeltiden fastlagda skillnaden mellan sken och actio Pauliana har emellertid inte fått helt klarläggande uttryck nederländsk praxis. Inte heller har finslipats skillnaden mellan verkliga simulationer och s k dissimulerade rättshandlingar, dvs diktade förfoganden som döljer verkliga.

Som exempel på denna systematiska vaghet har anförts följande konstruktion. En gäldenär, som avsåg att undandra borgenären egendom genom gåva, tveklöst åtkomlig med actio Pauliana, fingerade i stället en förfallen skuld till gåvotagaren, varpå fordringsgäldenären/gåvotagaren upplät hypotekarisk pantsäkerhet för den icke existerande fordringen. Praxis konstaterade rätt och slätt borgenärsbedrägligt uppsåt hos gäldenären och hans medpart.[62] Rätteligen skulle borgenären, för att erhålla återvinning enligt actio Pauliana, först ha visat gåvoavsikt och därefter blott gäldenärens onda tro om borgenärsskada. Medkontrahentens subjektiva rekvisit hade då inte behövt beröras.

Jag ansluter mig helt till denna Ankums systematiska anmärkning. Den reflexionen kan dock göras, att någon större bevislättnad kan det knappast bli fråga om för borgenären, om han först måste visa dissimulation. Ofta nog krävs det då bevisning om medkontrahentens inställning i subjektivt avseende. Det är dock inte säkert att medkontrahentens onda tro om dissimulation överensstämmer med ond tro om borgenärsskada, låt vara att skillnaderna blir ganska subtila.

[61] Som Ankum påpekar, synes det dock inte vara berättigat att vem som helst, som inte lidit något men av simulationen, har möjlighet att påyrka rättshandlingens ogiltigförklaring, De Pauliana s 73 f, 93 ff. Se vidare Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr 1914 ff.

[62] *HR 2 febr 1880, W 3459;* Ankum, De Pauliana s 37.

5. Fransk rätt

5.1 Inledning

Behandlingen av den franska rättens institut för återvinning utom konkurs har i denna undersökning gjorts översiktlig.[1] Likheterna med den hittillsvarande regleringen i nederländsk rätt är så stora, att jag inte funnit det försvarbart att med samma detaljrikedom presentera två så näraliggande rättsordningar.

Den franska rätten har i *l'action paulienne* en väl utvecklad och flitigt utnyttjad möjlighet till återvinning utom konkurs.[2] Stadgandet i *art 1167 Code civil* är emellertid mycket kortfattat och ganska intetsägande: "Ils (borgenärerna) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits." I ett andra stycke görs undantag för viss familje- och successionsrättslig specialreglering. Historiskt har institutet hämtats ur den romerskrättsliga *actio Pauliana.* Motsvarande reglering fanns således även under l'ancien régime, och stadgandet i Code civil förefaller ha tillkommit en smula slumpartat. De senaste hundra årens rättstillämpning, som varit mycket rikhaltig, har finslipat l'action paulienne, så att man i realiteten bör tala om en domstolsskapad rätt och inte i första hand en lagreglerad.[3]

I fransk doktrin beskrivs det grundläggande syftet med l'action paulienne som en rätt för borgenärer att söka bevara gäldenärens förmögenhet så att den utgör tillräckligt exekutionsunderlag. Gäldenärens bedrägliga rättshandlingar skall kunna återvinnas, om de inneburit skada för viss borgenär. Begreppet "fraude" blir naturligtvis

[1] Se närmare om avgränsningar ovan *avsn 1.2.*

[2] Framställningen bygger huvudsakligen på de civilrättsliga standardverken av Planiol & Ripert och av Mazeaud. Vidare har beaktats de systematiska verken Juris-classeur civil (i en äldre utgåva är avsnittet författat av Ponsard, i en yngre av Devèze och Saint-Alary-Houin) och Répertoir de droit civil i Encyclopédie juridique Dalloz (avsnittet författat av Starck).

[3] Planiol/Ripert no 927; Mazeaud II:1 nos 980 f; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 21, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 24 ff; Ghestin, Fskr Marty s 570 f.

centralt men måste – som i övrigt i denna studie – tolkas vitt. Det fordras inte, att gäldenären handlat brottsligt. Den borgenär som vill utnyttja återvinningsmöjligheten måste dock rikta in sig på gäldenärens subjektivt dolösa handlande. Rättsutvecklingen har närmast gjort "fraud"-begreppet till ett rent skaderekvisit. Borgenären skall dessutom visa ond tro hos gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, ifall den angripna rättshandlingen inte varit benefik.

Den fortsatta framställningen kommer i skilda avsnitt att beskriva de borgenärsgrupper som kan utnyttja återvinningsinstitutet, 5.2, de typer av rättshandlingar som kan åtkommas med l'action paulienne, 5.3, återvinningsrekvisiten med särskild betoning på ondtroskravet, 5.4, samt slutligen än mer kortfattat något om rättsföljderna, 5.5, och gränsdragningen mot andra borgenärsremedier, 5.6.

5.2 Taleberättigad borgenär

En grundförutsättning för möjligheten att återvinna ett skadligt förfogande är att borgenärens fordran vid ansökningen är klar och förfallen. Den skall dessutom ha uppkommit, innan gäldenären fullbordade den angripbara rättshandlingen. I särskilt graverande fall av klar skadeavsikt har domstolarna medgivit återvinning, trots att borgenärsbedrägeriet inträffat, innan borgenärens fordran förföll till betalning. Beviskraven på förvärvarens onda tro om borgenärsskada har därvid ställts högt. Det står självfallet i detta sammanhang borgenären fritt att söka visa, att den angripna rättshandlingen antedaterats.[4]

För att få tillgång till återvinningsmöjligheterna måste borgenären vidare klargöra, att han verkligen kan få ut något ur den egendom som är föremål för talan. En oprioriterad fordringsägare kan alltså inte med framgång söka återvinna en fastighet, som redan är intecknad till fulla värdet eller högre. Eftersom panthavarnas rätt måste respekteras, om det inte är deras säkerhetsförvärv som angrips, blir det således inget över för återvinningssökanden. Det åligger vidare borgenären att visa, att rättshandlingen inneburit skada för honom på något av de sätt som beskrivs nedan: gäldenären har genom åtgärden blivit insolvent eller allvarligt försämrat borgenärens tillgång till

[4] Planiol/Ripert nos 956 f; Mazeaud II:1 nos 990, 998; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 122 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 97 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 37 ff; Ghestin, Fskr Marty s 580 ff.

exekutionsunderlag.[5] – En ganska självklar anmärkning är att insolvensrekvisitet lättast visas, sedan gäldenären utsatts för ett framgångslöst utmätningsförsök.[6]

Det bör understrykas att tillgången till l'action paulienne inte är begränsad till de korta tidsfrister, som gäller för återvinning i de skilda franska konkursförfarandena.[7] Tvärtom är det så, att det i litteraturen allmänt hävdas, att borgenärerna skall ha förmånen av den allmänna och från svenska utgångspunkter mycket långa preskriptionstiden om 30 år.[8]

5.3 Återvinningsbara rättshandlingar

L'action paulienne tar sikte på alla slag av rättshandlingar. De senaste årtiondenas rättstillämpning förefaller ha vidgat användningsområdet så att institutet numera ses som ett generellt borgenärsremedium. Enligt vissa författare kan man tala om en allt större likhet mellan återvinningsregeln å ena sidan samt allmänna stadganden om "fraude" och den utomobligatoriska skadeståndsskyldigheten vid ren förmögenhetsskada å den andra.[9] Utnyttjandet av återvinning bör också ses i samband med den ganska särpräglade insolvensrättsliga regleringen i Frankrike både före och efter det omfattande reformarbetet under 1980-talet.[10]

Det är naturligt att åtskilliga rättshandlingar i sig kan skada en gäldenärs fordringsägare. För att göra dem återvinningsbara fordras emellertid dels en skadeavsikt, dels en påvisbara skada, som kortfattat beskriven innebär att gäldenären inte vid ett visst tillfälle kan fullgöra sina förpliktelser gentemot en eller flera borgenärer. Full-

[5] Planiol/Ripert no 928; Mazeaud no 988; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 138 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 89 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 32 ff

[6] Planiol/Ripert no 929.

[7] För jämförelse med återvinning i konkurs se Lennander, Återvinning s 47 ff, 128 och TfR 1987 s 586 samt där angiven litteratur. Här kan nämnas, att Planiol & Ripert, nos 969 f, diskuterar frågan, om konkursförfarandet erbjuder möjlighet att återvinna till förmån endast för viss borgenär.

[8] Planiol/Ripert no 966; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 31 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) no 41 med klart ställningstagande till förmån för trettioårig preskription av möjligheten att utnyttja l'action paulienne.

[9] Ghestin, Fskr Marty s 569 ff med hänvisningar.

[10] Om fransk insolvensrätt, se Lennander, Återvinning s 47 ff, 128 och TfR 1987 s 559 ff, 564, 568.

ständig bevisning om insolvens fordras inte.[11] Med svensk terminologi skulle det alltså ligga närmare till hands att tala om ett insufficienstillstånd än om insolvens.[12] Gäldenären – vid onerösa rättshandlingar även dennes medkontrahent – skall i subjektivt hänseende ha insett att den uppkomna skadan skulle inträffa. Om dessa rekvisit handlar nästa avsnitt. Här skall först uppmärksammas vissa generella gränsdragningsfrågor mellan olika typer av rättshandlingar.

Återvinning utom konkurs aktualiseras oftast vid *benefika* avhändelser. Skadeavsikten är lätt att påvisa, och ondtroskravet bortfaller beträffande förvärvaren.[13] Mera komplicerad är situationen vid *blandade fång*, eftersom det onerösa inslaget ställer krav på bevisning om förvärvarens onda tro. Redan förhållandet att motvalutan är bristfällig har dock medfört lättnader i fråga om ondtrosbevisningens styrka.[14] Bland onerösa avtal, som i sig försvårar gäldenärens betalningsförmåga eller som i övrigt har drag av borgenärsskadliga förfoganden, urskiljer sig följande typer, där möjligheten att påkalla återvinning är diskuterad eller entydigt utesluten.

Regelmässigt saknas utrymme för återvinning i de fall, då gäldenärens disposition medför antingen en motsvarande och för borgenären lika lätt tillgänglig ökning av gäldenärens tillgångar eller en berättigad minskning av dennes skulder. Den från svensk utgångspunkt intressantaste situationen i sistnämnda hänseende torde vara betalning till viss borgenär, som därvid *ensidigt gynnas* framför andra med lika rätt. Med utgångspunkt i en allmän regel om att gäldenären har frihet att betala klar och förfallen skuld utan hänsynstagande till eventuella tidsmässiga eller andra prioritetshänsyn, har återvinningstalan ogillats då den anställts av borgenär, som blivit lottlös genom åtgärden.[15] Annorlunda förhåller det sig, om det förekommit påvisbara kollusiva överenskommelser mellan parterna. Ett exempel

[11] Se exvis *Civ 10 dec 1974* (referat hos Mazeaud II:1 s 1040).

[12] Med hänsyn till att distinktionen mellan insufficiens och insolvens inte är lika klart utförd i fransk litteratur som i svensk behåller jag fortsättningsvis den senare termen.

[13] Allmänt om benefika rättshandlingar se Planiol/Ripert no 934; Mazeaud II:1 no 995; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 197 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 47 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 18 ff; Ghestin, Fskr Marty s 573 ff.

[14] Se nästföljande avsnitt vid not 32 ff.

[15] Planiol/Ripert no 948; Mazeaud II:1 no 985; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 68 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 59 ff; Ghestin, Fskr Marty s 578 ff.

härpå är att gäldenären skall återfå delar av betalningen vid ett senare, "ofarligt" tillfälle.

Även skilda former av *datio in solutum* har flitigt diskuterats i litteratur och praxis. Meningarna om sådana rättshandlingars ställning gentemot återvinningsanspråk skiftar. I den mån åtgärden kan likställas med ren betalning, förefaller återvinningsmöjligheterna obefintliga, trots att valuta lämnats i form av "ovanliga betalningsmedel". Kan å andra sidan visas ren skadeavsikt från båda inblandade parter, ljusnar läget för återvinningssökande borgenär.[16]

I praxis har man vidare intolkat skadeavsikt särskilt när sådan form av ersättning lämnats i nära samband med en för gäldenären oförmånlig bodelning. Det är knappast uppseendeväckande att datio in solutum-transaktioner underkänts, om den lämnade valutan till sitt värde överstiger den fordran som sålunda betalts, dvs ett slags blandat fång.[17]

Likartade "legitimitetsresonemang" har också förts i samband med att gäldenären ställt *säkerhet* senare än vid tiden för fordringens uppkomst. Särskilt har därvid intresset riktats mot säkerhetsförvärvarens syfte med mottagandet. Kan det fastställas att det i första hand varit att skada andra borgenärer, underkänns transaktionen. Föreligger däremot en naturlig, "legitim", avsikt att skydda den redan föreliggande fordringen, har säkerställandet stått sig.[18]

Det förefaller helt klart, att l'action paulienne inte kan användas för att stoppa gäldernärens *ökade skuldsättning* vid fortsatta ekonomiska engagemang. Det går alltså inte att förhindra, att denne genom i sig rimliga affärstransaktioner ådrar sig nya skulder. Till ett slags näringsförbud duger inte återvinningsinstitutet.[19]

[16] Ett illustrativt exempel, som också innehåller en tredjemansförpliktelse, ger *Civ 19 jan 1977, JCP 1977, G IV 63:* Ett fastighetsbolag överlät till starkt underpris bl a en lägenhet mot att bolaget avlöstes från en skuld till förvärvarens fader. För återvinning krävdes att denne fordringsägare hade vetskap om den bolagets "fraude" gentemot övriga borgenärer, som avhändelsen av lägenheten innebar.

[17] Planiol/Ripert no 949; Mazeaud II:1 no 986; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 72 ff; Rép civ, v^{o} L'action paulienne no 29; Ghestin, Fskr Marty s 580.

[18] Planiol/Ripert nos 935, 950; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 210 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 70 ff; Rép civ, v^{o} L'action paulienne nos 60 f.

[19] Planiol/Ripert no 945.

Vid skilda former av skiften – såväl inom familje- som associationsrätten – är det diskutabelt om *skevdelningar* kan angripas. Häremot förekommer dock i flera fall speciallagstiftning.[20]

Ytterligare kan nämnas, att *naturliga fordringar* inte kan återvinnas. Som ett typiskt uttryck för denna typ av rättshandlingar omtalas erkännande av utomäktenskapliga barn med åtföljande underhållsskyldighet.[21]

Hur långt man kan gå beträffande rättshandlingar, som i sig medför *försämrad betalningsförmåga*, är omdiskuterat. Särskild uppmärksamhet har ägnats begreppet "refus d'enrichessement". Huvudregeln för tillämpning av l'action paulienne är ju att gäldenären inte får försämra sin prestationsförmåga vid varje enskilt tillfälle; han får inte undanskaffa egendom. Men kan borgenärerna också angripa rättshandlingar, varigenom gäldenären inte utnyttjat ett tillfälle att *öka* sin förmögenhet?

Enighet förefaller råda om att återvinning är tillåten, om gäldenären vägrar att utnyttja sin rätt att påstå äganderätt efter hävd, *prescription acquisitive.*[22] Motsatsen, att gäldenären låter någon hävda hans egendom, är däremot omstridd som återvinningsgrund; möjligen kan det förfarandet åtkommas genom *l'action oblique*.[23]

Likaledes förefaller det tveksamt, om l'action paulienne kan utnyttjas, då gäldenären vägrar att ta emot en gåva.[24] Underlåter han att tillträda arv, står dock återvinningsmöjligheten öppen. Motiveringen är begreppsmässigt grundad. Arvfallen egendom tillkommer nämligen genast mottagaren i och med dödsfallet, och själva arvsavståendet blir därigenom en positivt verkande och mot borgenärerna riktad rättshandling.[25] Gåva kräver däremot accept från mottagarens sida för att bli giltig. Att underlåta att acceptera torde vara

[20] Planiol/Ripert nos 951 f; Mazeaud II:1 no 984; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 83 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 1 ff.

[21] Planiol/Ripert no 947; Mazeaud II:1 no 983; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 83 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 60, 119; Rép civ, v° L'action paulienne no 27.

[22] Planiol/Ripert no 941; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 47, (Devèze/Saint-Alary-Houin) no 68. Jfr art 2225 Cc, där denna borgenärsrättighet finns uttryckt.

[23] Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 36. Om *l'action oblique*, se kortfattat nedan *avsn 5.6.*

[24] Planiol/Ripert no 940.

[25] Planiol/Ripert no 942: Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 45; Rép civ, v° L'action paulienne no 18.

sådan "refus d'enrichessement", som normalt inte är angripbar återvinningsvägen.

5.4 Återvinningsrekvisiten

Det grundläggande återvinningsrekvisitet är att gäldenären utför en rättshandling med *skadeavsikt*. Vid onerösa rättshandlingar tillkommer kravet att också gäldenärens medkontrahent har sådan avsikt eller åtminstone är i ond tro om rättshandlingens effekter. Även om systematiken utförs olika av skilda författare, kan grundrekvisitet splittras i en objektiv och en subjektiv del: skadan respektive de agerande kontrahenternas avsikter eller insikter. Jag behandlar först frågan om borgenärsskadan.

Betraktar vi rättshandlingens *skadebringande effekter,* utkristalliserar sig två huvudtyper. Den första – och huvudsakliga – utgör gäldenärens påvisbara *insolvens*. Den skall ha uppstått genom att han avhänt sig egendom i sådan omfattning, att han inte kan betala sina skulder. Regeln förefaller ganska okomplicerad och självklar för ett återvinningsinstitut. Även om insolvensbevisning lättast sker genom ett resultatlöst utmätningsförsök, föreligger inget krav på ingångsatta exekutiva förfaranden mot gäldenären.[26]

Rättspraxis har emellertid uttunnat kravet på insolvens i flera hänseenden. Begreppet *appauvrissement* har i stället gjorts centralt och bildar den andra huvudtypen. Kortfattat kan den sägas innehålla endast krav på att gäldenären allvarligt *försämrat* sin betalningsförmåga. Särskilt gäller det vid belastning av egendom, i vilken borgenären har viss säkerhet. Som standardexempel nämns, att gäldenären upplåtit långvarig och underprissatt nyttjanderätt, som är sakrättsligt skyddad.[27] Till denna grupp bör även räknas på senare tid uppmärksammade fall med *"byte" av egendom.* Om gäldenären innehar förmögenhetstillgångar, som är lätt åtkomliga vid utsökning, står det honom inte fritt att i ond tro utbyta dessa mot egendom som lättare kan konsumeras eller på annat sätt göras svår- eller otillgänglig för borgenärerna.[28] Ett sådant synsätt gör självfallet l'action pau-

[26] Planiol/Ripert no 929.

[27] Planiol/Ripert no 937, 940 f; Mazeaud II:1 no 991; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 41, (Devèze/Saint-Alary-Houin) no 68.

[28] I rättsfallet *Civ 14 nov 1970* hade ett bolag överlåtit ägarlägenheter till sekreteraren åt bolagets ägare; de ingick sedermera äktenskap med varandra. Trots

lienne mycket användbarare för en utsatt fordringsägare än om en ren insolvensgrund hade bibehållits.[29]

Rättshandlingen behöver inte nödvändigtvis förorsaka skada i samma stund den företas. Praxis har uttryckligen godtagit *medelbar* borgenärsskada som återvinningsgrundande. Det räcker alltså att dispositionen framdeles kommer att skada borgenären.[30]

I *subjektivt hänseende* finns anledning att skilja mellan gäldenärens avsikter och förvärvarens insikter. Beträffande gäldenären är litteraturen enig om att huvudregeln innebär krav på en *dolös skadeavsikt*. Gäldenärens åtgärd skall ha tillkommit för att hindra borgenärerna att få betalt för sina fordringar.[31] I beaktande av att återvinningskärande borgenär har bevisbördan för denna gäldenärens skadeavsikt, förefaller ondtroskravet, åtminstone från svensk utgångspunkt, synnerligen svårbemästrat.

Den franska rättstillämpningen har emellertid i takt med att l'action paulienne utvecklats till ett mera användbart institut mildrat kravet på borgenärens skyldighet att bevisa denna skadeavsikt. Ur vissa avgöranden kan således utläsas en dragning mot ett objektivare synsätt. Det skulle därvid räcka med att borgenären kan visa, att gäldenären *känt till* att rättshandlingen gjorde honom insolvent eller ökade en redan inträdd betalningsoförmåga *och* att detta förhållande var till skada, "préjudice", för viss borgenär.[32]

Härigenom förefaller man ha kommit ned på en mera allmän ondtrosregel, låt vara att den alltjämt är av dolös karaktär. Det är således inte fråga om en enkel culpabedömning. Rättshandlingen måste ha ett drag av bedräglighet över sig för att vara angripbar. Mellan

att valutan i sig var fullödig, gavs borgenär rätt att återvinna transaktionen, sedan utmätning misslyckats (referat hos Mazeaud II:1 s 1041 f).

[29] Planiol/Ripert no 941; Mazeaud II:1 nos 992 ff; Ghestin, Fskr Marty s 577.

[30] Rép civ, v° L'action paulienne no 47 med särskild hänvisning till *Civ 7 jan 1982, D inf rap 175.*

[31] Planiol/Ripert no 930; Mazeaud II:1 no 994; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 35 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 65 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 10 ff; Ghestin, Fskr Marty s 571.

[32] Planiol/Ripert no 930; Mazeaud II:1 no 994; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 171 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 67 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 11 ff med särskilt understrykande av att insolvens behöver visas först när den bristande fullgörelseförmågan skall prövas; Ghestin, Fskr Marty s 571 ff, 576 samt sammanfattande s 583 med den något tillspetsade slutsatsen att ren skadeavsikt krävs endast vid tre typer av de ovan behandlade rättshandlingarna: byte till svårexigibel egendom, betalning av förfallen skuld med gynnande av viss borgenär och återvinning av "yngre" avhändelse.

"fraude" i återvinningshänseende och oaktsamhet i den allmänna grunden för ersättningsskyldighet vid ren förmögenhetsskada föreligger, som det vill synas, inte bara en formell och systematisk skillnad. Min bedömning ändras inte av att beviskravet sätts mycket lågt vid benefika handlingar. I sådana fall tycks man stundom resonera i termer som liknar vårt strikta ansvar,[33] trots att det påpekats att varje benefik avhändelse inte i sig utgör bevis om skadeavsikt.[34] Det är måhända vid de blandade fången, då gäldenären inte erhållit full valuta, som den allmänna skadeståndsrättens culpanorm kan aktualiseras. I vart fall torde betingat underpris vara ett allvarligt indicium för bedrägliga avsikter.[35]

Förutom att visa gäldenärens skadeavsikt måste återvinningsborgenären vid onerösa avtal även styrka ond tro hos dennes medkontrahent, *förvärvaren.* Benefika rättshandlingar kan däremot återvinnas utan prövning av förvärvarens insikter. Den regeln bygger på tankegången att medkontrahenten inte lider ekonomisk skada i här aktuellt avseende, när han går miste om något som han inte lämnat valuta för.[36] Annorlunda förhåller det sig alltså vid onerösa dispositioner. Det därvid uppställda kravet på förvärvarens onda tro förekommer visserligen inte i lagtexten. Hämtat från den romerska förebilden har det emellertid upprätthållits av stadgad praxis.[37]

De ondtrosresonemang, som i rättstillämpningen förts beträffande förvärvarens agerande, överensstämmer i stort med vad som gäller för gäldenären själv. Den av förvärvaren erlagda valutan spelar dock en betydelsefull roll i sammanhanget. Har han betalt fullt ut för den erhållna egendomen, krävs visad skadeavsikt för att få till stånd återvinning. Domstolarna förefaller ofta benägna att kräva "consert frauduleux". Är transaktionen emellertid objektivt sett inte ekonomiskt försvarbar för förvärvaren, räcker det med faktisk kunskap om

[33] Om benefika handlingar i detta avseende, se Planiol/Ripert no 934; Rép civ, v° L'action paulienne nos 43 ff; Ghestin, Fskr Marty s 573 ff.

[34] Rép civ, v° L'action paulienne no 44 med hänvisning till *Civ 23 apr 1981, D 1981 inf rap 421; Paris 25 febr 1986, D inf rap 236.*

[35] Se Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 175 f med påpekandet att även skyndsamheten i gäldenärens åtgärd talar för "fraude"; jfr Juris-classeur civil, art 1167 (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 85 ff.

[36] Kritiska synpunkter hos Ghestin, Fskr Marty s 574 f. Jfr Juris-classeur civil, art 1167 (Devèze/Saint-Alary-Houin) no 108, 116 ff med särskild utredning om möjligheten att återvinna gåvor, som överlämnas inför förestående äktenskap.

[37] Mazeaud II:1 no 995; Juris-classeur civil, art 1167 (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 109 f; Rép civ, v° L'action paulienne no 51.

gäldernärens ekonomiska situation efter rättshandlingens genomförande samt insikt om dess skadeeffekter. Är motvalutan otillräcklig, så att vi rör oss med ett blandat fång, sätts ondtroskravet lågt.[38] Det har påpekats, att svåra gränsdragningsproblem lätt uppstår mellan onerösa och benefika rättshandlingar och att dissimulerade avtal inte alltid är lätta att avslöja. Domstolarna förefaller dock sedan länge beredda att genomlysa vidtagna dispositioner och noggrant pröva deras verkliga innebörd och ekonomiska effekter.[39]

Har förvärvaren i sin tur överlåtit den omstridda egendomen, gäller för singulasuccessorn, *sekundärförvärvaren,* sentensen "mala fides superveniens non nocet". Var alltså primärförvärvaren själv i sådan god tro om rättshandlingens skadeeffekter, att återvinningstalan inte kunnat riktas mot honom, är det betydelselöst vilken insikt sekundärförvärvaren har eller har haft. Om däremot primärförvärvaren handlat i ond tro och återvinning kunnat ske hos honom, skall samma ondtrosprövning vidtas även beträffande dennes singularsuccessor.[40]

Det åvilar alltså återvinningssökande borgenär att visa skadeavsikt – alternativt ett lägre ställt beviskrav för en mera allmänt bestämd ond tro – hos gäldenären och vid onerösa avtal även hos förvärvaren. En närmare utredning om fransk bevisrätt och processuella förhållanden i övrigt skulle krävas för att komma rekvisitet närmare in på livet. Tyvärr ser jag ingen möjlighet att här gå längre. Den allmänna reflexionen kan dock göras, att det förefaller otroligt att annat än i undantagsfall kräva samma bevisning som exempelvis för att i en svensk civiltvist styrka svek. Eftersom l'action paulienne anses vara ett praktikabelt instrument i Frankrike, kan beviskraven omöjligen vara lika höga.[41] Processuella regler måste i rimlighetens namn göra

[38] Mazeaud II:1 no 995; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 190 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 85 ff; Ghestin, Fskr Marty s 576.

[39] Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 197 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) no 110. Särskilt har uppmärksammats det fall att ett barn erhåller en fastighet i gåva med förbehåll om nyttjanderätt för givaren. Innebär nyttjanderätten en reell belastning för gåvotagaren, har rättshandlingen betraktats som onerös.

[40] Planiol/Ripert no 959; Mazeaud II:1 no 997; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 214 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 120 ff; Rép civ, v° L'action paulienne nos 52 ff; Ghestin, Fskr Marty s 576.

[41] Vi känner för övrigt i Sverige till vilka problem likartade skaderekvisit – i andra sammanhang än återvinning – vållat vid uttolkningen av reglerna om gäldenärens invändningsrätt gentemot godtroende förvärvare i 17 § växellagen

det lättare för en fransk kärandepart att styrka det subjektiva rekvisitet än vad som gäller hos oss. Enligt tillgänglig litteratur förefaller själva bevisproblemet inte så överväldigande i Frankrike som det skulle framstå för en svensk betraktare. Såvitt jag sett, har frågan inte diskuterats annat än med påpekanden om att återvinningsborgenären har rätt att åberopa allehanda bevis för sin talan, även indicier. Att man skulle ha gått så långt som till rena presumtioner om svikligt handlande, har jag emellertid inte funnit. Dock ligger presumtionstänkandet nära vid rättshandlingar mellan närstående.[42]

5.5 Återvinningens rättsföljder

Återvinning sker till förmån för klagande borgenär. Till skillnad från återvinning i konkurs kommer den återförda egendomen inte hela borgenärskollektivet till del. Det finns dock vissa möjligheter för äldre borgenärer eller för fordringsägare med bättre förmånsrätt att intervenera i en pågående återvinningsrättegång. Något automatiskt verkande företräde ges de emellertid inte, eftersom här aktuell återvinningstalan anses som personlig och inte anställd till förmån för annan lika eller bättre berättigad borgenär.[43]

Talan riktas således mot förvärvaren, gäldenärens medkontrahent, som återvinningssvarande. Har egendomen vidareöverlåtits, skall borgenären vända sig mot sekundärförvärvaren. Rör tvisten ett konkret ting, som gäldenären avhänt sig, har borgenären vid bifall rätt att utfå saken utan ersättning. Återvinningssvaranden får hålla sig till sin fångesman, den bedrägligt disponerande gäldenären. Är även den som innehar omtvistad egendom insolvent, har återvinningskärande borgenär separationsrätt i svarandens bo. Avser talan däremot ett abstrakt ting, exempelvis en enkel fordran, måste kärande borgenär i insolvenssituationen konkurrera med återvinningssvarandens övriga borgenärer.[44]

och 22 § checklagen; de stadgandena bygger på konventioner med just franska förebilder.

[42] På senare tid synes det ha skett en skärpning i rättstillämpningen, se den äldre Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) no 196 i jämförelse med den yngre Juris-classeur civil, art 1167 (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 112 ff.

[43] Planiol/Ripert no 965; Mazeaud II:1 no 1005; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 261 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 36 ff, 139 ff.

[44] Planiol/Ripert no 961; Mazeaud II:1 no 1007; Juris-classeur civil, art 1167 (Ponsard) nos 238 ff, (Devèze/Saint-Alary-Houin) nos 135 ff.

Det skadeståndskrav förvärvaren i sin tur kan rikta mot sin fångesman, den disponerande gäldenären, är självfallet oftast illusoriskt, eftersom denne redan är insolvent. Återvinningstalan, som innebär att borgenären har att ersätta förvärvaren för av denne utgiven valuta, synes inte förekomma inom ramen för l'action paulienne. Jämför vi med den svenska konkursrättsliga regleringen kan det i förstone synas väl strängt.[45] Avräkningsrätten hos oss tar emellertid huvudsakligen sikte på de fall, där objektiva återvinningsgrunder tillämpats, och skyddar inte ondtroende förvärvare.

5.6 Gränsdragning mellan l'action paulienne och andra liknande ersättningsanspråk

Det är nödvändigt att skilja l'action paulienne från ett annat likartat borgenärsremedium i fransk rätt, *l'action oblique*. Detta institut innebär kortfattat, att en borgenär har möjlighet att inträda i gäldenärens ställe och kräva dennes medkontrahent på fullföljande av exempelvis ett avtal, som gäldenären av vårdslöshet avstått från. En förutsättning är att gäldenärens avstående innebär skada för hans fordringsägare. Den även här summariska lagregleringen återfinns i *art 1166 Code civil.*

Institutet har inte samma användningsfrekvens som l'action paulienne och skall heller inte närmare utvecklas i denna kortfattade genomgång av fransk rätt.[46] Som framkommit ovan i kapitlet om Nederländerna, har där i skilda sammanhang beklagats avsaknaden av l'action oblique. Tveklöst innebär en borgenärs möjlighet att utvidga gäldenärens exekutionsunderlag genom att "påtvinga" honom fördelaktiga dispositioner ett i sig verksamt medel mot borgenärsskada.

Å andra sidan måste understrykas, att övriga här studerade rättsordningar också saknar en generell motsvarighet till *l'action oblique.* För vissa specialområden har fastmer utfärdats förbud mot att träda i gäldenärens ställa och hävda hans rättigheter.[47]

[45] 4:14 KL.

[46] För närmare beskrivning av *l'action oblique* hänvisas till standardverkens framställningar, exvis Planiol/Ripert nos 894 ff; Mazeaud II:1 nos 955 ff; Jurisclasseur civil, art 1166; Rép civ, v° L'action oblique.

[47] Ett näraliggande exempel utgör de svenska stadgandena om klander och jämkning av testamente enl 7:7 och 14:6 ÄB, där borgenären hindras från att träda i den gäldbundne arvingens ställe; jfr ovan *avsn 1.2* vid not 16 f.

Här kan slutligen nämnas, att påvisbara *simulationsfall* faller utanför reglerna om l'action paulienne. Gränsdragningen synes inte ha berett rättstillämpningen allvarliga svårigheter. I litteraturen har vidare jämförelser gjorts mellan l'action paulienne och *utomobligatoriska skadeståndsregler* beträffande ren förmögenhetsskada. Den linjen har jag inte möjlighet att följa inom ramen för denna översikt. Kortfattat kan bara sägas, att det även på detta område föreligger stora likheter med nederländska förhållanden.

6. Tysk rätt

6.1 Inledning

I tysk rätt regleras återvinning utom konkurs i 1877 års *Anfechtungsgesetz (AnfG).*[1] Såvitt lagen upptar dolöst borgenärsskadliga rättshandlingar, bygger regleringen på den romerskrättsliga *actio Pauliana* inom ramen för i Tyska riket sedan medeltiden tillämpad Gemeines Recht. Denna hade emellertid utvecklat sig på olika sätt i skilda delstater, och på vissa håll tilläts över huvud taget inte enskild borgenär att föra återvinningstalan. Först under 1800-talet klarlades regleringen av återvinningsinstitutet genom lagstiftning. Den för framtiden viktigaste författningen tillkom 1855 i Preussen och blev mönsterbildande för 1877 års rikslag i ämnet. I samband med införandet av BGB år 1900 samt vid vissa process- och bolagsrättsliga reformer har lagen undergått smärre förändringar, senast 1980.[2]

Termen "Anfechtung" används både för återvinning i och utom konkurs och som en allmän beteckning på återgång av ogiltiga rättshandlingar.[3] För att skilja de båda återvinningsinstituten åt, talas om "Konkursanfechtung" respektive "Gläubigeranfechtung" eller "Einzel(gläubiger)anfechtung".[4]

Den fortsatta framställningen är koncentrerad kring Anfechtungsgesetz och dess tillämpning.[5] Först beskrivs de taleberättigade borge-

[1] Fullständig titel: Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens. – Endast förhållanden i Förbundsrepubliken beaktas i det följande.

[2] Jaeger s 11 f; Böhle-Stamschräder/Kilger Einf I.

[3] När vi talar om att en rättshandling lider av "svag ogiltighet" kallas det i Tyskland att den är "anfechtbar".

[4] Om återvinning i konkurs stadgas i §§ 29 ff Konkursordnung (KO), se Lennander s 43 ff med hänvisningar och på åtskilliga ställen i hennes vidare framställning; för tiden därefter i TfR 1987 s 586 f.

[5] Den naturliga inkörsporten i den aktuella litteraturen är Kilgers av Böhle-Stamschräder grundade lagkommentar. Bland övriga monografiska framställningar kan nämnas Jaegers klassiska kommentar från mellankrigstiden och Gerhardts mer rättsteoretiska habilitationsavhandling från 1969 samt Sericks magistrala flerbandsverk om säkerhetsrätter. Den livaktiga insolvensrättsliga

närerna, 6.2, varefter i skilda avsnitt upptas den allmänna och de särskilda återvinningsgrunderna, 6.3 och 6.4. Återvinningens rättsföljder upptas under 6.5.

Rent teoretiska frågor kring återvinningens natur har behandlas med viss utförlighet, 6.6. Är anspråket av sakrättslig eller obligationsrättslig natur? Eftersom klassificeringen har betydelse på rättsföljdssidan, har frågeställningen ett intresse också för den rena praktiken.

Sedan början av 1980-talet pågår i Västtyskland ett kommitté-arbete för att lagstiftningsvägen reformera insolvensrätten. Principförslag lades fram 1985 om bl a utvidgning av återvinningsmöjligheterna i konkurs med därav betingade nödvändiga förändringar även av här behandlat återvinningsinstitut. Förslagen preciserades 1988 i konkret lagtext. Reformtankarna presenteras under 6.7. Naturligt nog har intresset i Tyskland liksom annorstädes koncentrerats på konkursåtervinningen.[6] Det förefaller emellertid som om de senaste årens ytterst livliga tyska insolvensrättsdiskussion medfört ett uppsving även för utnyttjandet av återvinning utom konkurs. Särskilt stor betydelse får institutet av det faktum, att omkring 80 procent av de tyska konkursansökningarna inte leder till regelrätt konkursförvaltning på grund av gäldenärens bristande massatillgångar.[7] I de fallen blir det således inte heller tal om konkursrättslig återvinning. Intressant material om återvinning utom konkurs saknas därför inte i doktrin och praxis. Den fortsatta praxisredovisningen är också huvudsakligen inriktad på fall från de senaste åren.

Slutligen skall under 6.8 något sägas om gränsdragningen mellan återvinning och andra borgenärsremedier, särskilt möjligheten till utvidgat gäldsansvar enligt § 419 BGB.

diskussionen i Västtyskland under 1980-talet har beaktats utan anspråk på fullständighet.

[6] För sammanfattningar av insolvensrättsdebatten i Tyskland, se litteraturhänvisningar nedan i not 96.

[7] Att massabrist uppkommer i så stor utsträckning, beror på synsättet att separationsberättigade säkerheter tas ut, innan konkursmassans storlek bedöms. Till skillnad från svenska förhållanden ställs alltså gäldenärsbon, som på denna grund i Tyskland betraktas som tillgångslösa, inte under förvaltning. Det kan dock vara ägnat som tankeställare, att den andel av svenska konkurser, som på likartade grunder blir avskrivna enl 10 kap KL, är ännu större än den tyska, årligen över 90 %. I Tyskland är de publicitetslösa säkerhetsöverlåtelserna och äganderättsförbehållen "bovar i dramat", i Sverige företagshypoteken och skatteförmånsrätten.

6.2 Taleberättigad borgenär

För att göra återvinning gällande måste borgenären ha en utsökningsbar och förfallen fordran, *vollstreckbarer Schuldtitel* och *fällige Forderung*.[8] Gäldenärens oförmåga att göra rätt för sig skall regelmässigt påvisas genom att ett resultatlöst utmätningsförsök ägt rum. Det räcker dock att borgenären på annat sätt gör sannolikt, att exekutiva åtgärder inte förslår till fullgörelse av hans krav.[9]

Regleringen framstår i denna del som föga komplicerad och skall därför kommenteras kortfattat. Ser vi först till borgenären, har praxis fastslagit att även den är taleberättigad, som fått sin fordringsrätt mot gäldenären *efter* det att den angripna rättshandlingen företogs. Det behöver inte ens visas, att fordringen vid den tidpunkten fanns "im Keime", dvs att förutsättningar förelåg för en framtida fullbordad fordringsrätt. Senare borgenär har lidit skada, på sätt strax skall utvecklas, bl a om det vid tiden för rättshandlingen fanns andra borgenärer, som med anledning av gäldenärens disposition kunnat yrka återvinning.[10]

I begreppet "vollstreckbar" ligger, att borgenärens fordran genast skall kunna utsökas. Det innebär enligt praxis, att den i huvudsak lämnas obestridd av gäldenären eller blivit fastställd av domstol. Den disponerande gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, mot vilken återvinningstalan riktas, skall inte behöva värja sig med att föra bevisning om fordringens bestånd. För det rättsfaktum har borgenären att svara. Praxis har vidare fastslagit att borgenär med krav på naturaprestationer inte kan utnyttja återvinningstalan.[11] Slutligen skall borgenärens fordran vara förfallen, vilket utesluter krav som är suspensivt eller resolutivt villkorade.[12]

Gäldenärens betalningsoförmåga behöver inte betyda sådan tidsmässigt prognostiserad insolvens, som fordas för konkurs. Det räcker med att han senast vid återvinningsprocessens slutförande inte kan fullgöra borgenärens betalningsanspråk.[13] Gäldenären skall således med svensk terminologi vara insufficient. Betalningsoförmågan kan visas genom ett helt eller delvis resultatlöst utmätningsförsök. Det

[8] Jfr det svenska uttrycket "klar och förfallen gäld".

[9] § 2 AnfG.

[10] Närmare utvecklat i *OLG Frankfurt 29 okt 1985,* KTS 1986, 355, se nedan not 41.

[11] Böhle-Stamschräder/Kilger § 2 IV.

[12] Böhle-Stamschräder/Kilger § 2 III.

[13] Böhle-Stamschräder/Kilger § 2 V 1.

står också återvinningsborgenären fritt att i stället göra de obefintliga utsökningsmöjligheterna sannolika. Bland indicier för bristande fullgörelseförmåga kan nämnas – förutom gäldenärens erkännande, undanhållande eller betalningsinställelse – att gäldenärens tillgångar är svårgripbara, exempelvis att de befinner sig utomlands.[14] Även om således inte heller tysk rätt fordrar föregående exekutiva åtgärder för att medge återvinning utom konkurs, är det påtagligt att redan lagtexten understryker sambandet mellan *Anfechtung* och *Zwangsvollstreckung.*

6.3 Den allmänna återvinningsgrunden. Dolös skadeavsikt

Anfechtungsgesetz innehåller dels en återvinningsgrund, som fordrar borgenärens bevisning om gäldenärens och förvärvarens skadeavsikt, *Absichtsanfechtung,* dels ett antal särskilda återvinningsfall utan subjektiva inslag för närståendetransaktioner och för benefika handlingar, *Schenkungsanfechtung.* Dessa senare behandlas i nästa avsnitt, 6.4. Det subjektivt grundade actio Pauliana-stadgandet är kortfattat:

> Anfechtbar sind...Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat.[15]

Stadgandet innehåller tre rekvisit: "Rechtshandlung, Absicht, Benachteiligung", dvs gäldenärens rättshandling, gäldenärens skadeavsikt och förvärvarens onda tro därom samt den skada som tillfogas borgenären. Det är inte helt lätt att framställningsmässigt upprätthålla tydliga rågångar mellan dessa rekvisit. Särskilt frågan om skadeavsikt och ond tro griper in i de båda andra. Vissa typiska åtgärder och skadeeffekter har nämligen genom praxisutvecklingen kommit att verka bestämmande på frågan om styrkan av den bevisning, som återvinningsborgenären måste prestera för att visa det subjektiva rekvisitet. – Delar av den följande genomgången har betydelse även för förståelsen av de särskilda, objektiva återvinningsgrunderna.

[14] Böhle-Stamschräder/Kilger § 2 V 5 f.

[15] § 3 Nr 1 AnfG (egentligen § 3 *Abs 1* Nr 1, men så citeras det sällan i tysk litteratur).

6.3.1 Återvininngsbara rättshandlingar

Rättshandlingsbegreppet i återvinningssammanhang är vidsträckt. Det omfattar materiellt verkande viljeförklaringar, som åstadkommer sakrättsligt bindande förfoganden och förpliktelser. I första hand är siktet inriktat på omsättnings- och säkerhetstransaktioner. Men hit räknas också misstag, som binder avgivaren trots att förklaringen inte motsvarar hans verkliga vilja. Vidare, och av större intresse, anses vissa former av passivitet eller underlåtenhet som återvinningsbara. Hit räknas bl a bristande aktivitet vid fordringsindrivning och bevakning i preskriptionssammanhang. Slutligen ingår också processuella åtgärder med direkt materiell verkan, exempelvis underlåtenhet att agera och därav följande tredskodom samt försummelse att i rätt tid överklaga och att protestera mot summariska kravbeslut.[16]

Däremot anses gäldenärens förfogande över *annans* sak i egen besittning, exempelvis handpantsatt, säkerhetsförvärvat eller deponerat lösöre, inte kunna angripas med återvinning. Sådan åtgärd berör nämligen inte gäldenärens förmögenhetsmassa i egentlig mening.[17]

En ytterligare granskning av rättshandlingar, som typiskt sett medför skada, exempelvis ensidigt gynnande och datio in solutum, behandlas nedan i samband med frågan om återvinningsborgenärens bevisbörda för gäldenärens skadeavsikt.[18]

6.3.2 Gäldenärens skadeavsikt

Med avsikt att skada borgenären, "Absicht zu benachteiligen", förstås en överenskommelse mellan gäldenären och hans medkontrahent, förvärvaren, i syfte att försvåra borgenärens utsökningsmöjligheter. Här skall först uppmärksammas, hur rättstillämpningen behandlat frågan om *gäldenärens* subjektiva inställning. Till stora delar rör det sig även om olika sätt att mildra borgenärens bevisskyldighet för detta rekvisit.

[16] Serick III § 32 I 2; Kuhn, WM 1976 s 243; Böhle-Stamschräder/Kilger § 1 I, § 3 I 2. I fråga om de sist nämnda processuella fallen kan således återvinningen sägas likna den franska rättens *l'action oblique,* dvs ge borgenären en rätt att agera positivt i gäldenärens ställe.

[17] Jaeger § 1 Rnr 55.

[18] Se nedan *avsn 6.3.2.2* vid not 33.

6.3.2.1 Direkt och indirekt skadeuppsåt

Rättstillämpningen har hållit fast vid det subjektiva rekvisitet. För återvinning skall alltså påvisas, att gäldenärens *avsikt* var att skada en eller flera borgenärer genom att undandra dem viss förmögenhet. Det räcker inte – vid en tillämpning av den allmänna grunden – med att någon form av skada eller hinder faktiskt inträtt, att gäldenärens exekutionsunderlag objektivt sett undergått en försämring. Indirekt uppsåt är emellertid tillräckligt. Om gäldenären insett, att borgenärsskada kan bli följden av en rättshandling, äger borgenären rätt att påkalla återvinning.[19] Sådant indirekt uppsåt framgår bl a av målet *OLG Frankfurt 29 okt 1985*, KTS 1986, 355:

> En man överlät sin hälftenandel i en fastighet till sin redan hälftenägande hustru mot att hon övertog även mannens gäldsansvar; mellanvaluta erlades ej. Fastigheten såldes sedermera med visst överskott. Detta överskott återvanns till den del det avsåg överlåtarens andel. – Domstolen konstaterade, att skadeavsikten inte behöver vara enda skälet för rättshandlingen. Det är tillräckligt att skadan var "als möglich vorgesehen". Klart bedrägliga avsikter är inte erforderliga för återvinning.

Kanske har *Bundesgerichtshof* gått ännu längre i sin syn på skadeuppsåtet. I litteraturen har talats om blotta "dolus eventualis",[20] men domstolen har själv inte uttryckt sig lika klart, *BGH 23 maj 1985*, KTS 1986, 93:

> En näringsidkare var skuldsatt till en bank och till en annan näringsidkare. Med den senare avsåg gäldenären att inleda ett mera omfattande affärssamarbete och upptog därför ny kredit hos båda dessa borgenärer. För den nya krediten säkerhetsöverlät han viss egendom till näringsidkaren. Banken däremot fick ingen ny säkerhet. Gäldenärens nya projekt blev tyvärr framgångslöst, och banken sökte återvinning av den andre fordringsägarens säkerhetsförvärv. – Domstolen konstaterade inledningsvis, såvitt här är av intresse, att underinstansens ondtrosbedömning var felaktig. Endast det förhållandet, att säkerhetsöverlåtelse sker av en kraftigt skuldsatt näringsidkare, räcker inte för att visa skadeavsikt. Det krävs visserligen inte, att rättshandlingen har som "Beweggrund und Endzweck" att hindra en eller flera borgenärer i deras utsökningsmöjligheter. "Es genügt vielmehr sogenannter *bedingter*

[19] Serick III § 32 I 2b; Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5.

[20] Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5. – För tydlighets skulle bör anmärkas, att tysk dolus eventualis inte är direkt jämförbar med den svenska straffrättens säregna utveckling av detta institut; se härom Jareborg, Handling och uppsåt, passim men särsk avd I; dens, Uppsåt och oaktsamhet s 11 ff.

> *Vorsatz,* der vorliegt, wenn der Schuldner das Bewusstsein gehabt hat, seine Handlungsweise könnte sich zum Nachteil aller oder einzelner Gläubiger auswirken, und wenn er diese Folge mit in Kauf nimmt (min kurs)." Att en illikvid gäldenär ställer ny säkerhet i samband med upptagande av nytt lån utgör endast ett indicium på hans vetskap om inträdande borgenärsskada och om hans avsikt att förorsaka sådan.[21]

För att ha handlat med skadeavsikt skall gäldenären alltså ha varit medveten om att hans förfogande kan vara till skada för en eller flera borgenärer och ha tagit med denna effekt i räkningen, s k "betingat" uppsåt.[22] Jag måste erkänna, att jag inte tillräckligt djupt satt mig in i tysk processrättsterminologi för att avgöra de närmare gränserna för detta begrepp. På mig gör det emellertid inte omedelbart intryck av att vara fråga om "eventuellt" uppsåt utan snarare om indirekt.

Från de nu behandlade fallen, där gäldenären uppenbart satt en borgenär före övriga fordringsägare, måste skiljas situationen att det förekommit ett rent *ensidigt gynnande* utan bevisbar vilja att skada andra borgenärer. Praxis är härvidlag mera återhållsam. Ett färskt rättsfall får illustrera, *BGH 11 dec 1986*, NJW 1987, 1268:

> I samband med upptagande av ny kredit för ett kommanditbolag, vari återvinningsgäldenären var delägare, säkerhetsöverlät gäldenären den exigibla delen av sina framtida arbetsinkomster till sin hustru. Säkerställandet hade sin grund i att hustrun tidigare som gåva erhållit viss egendom av gäldenären och därefter för den nyupptagna krediten ställt denna och annan egendom som säkerhet. Återvinningsborgenären hade före den aktuella transaktionen varit delägare i samma kommanditbolag men lösts ut av bland andra återvinningsgäldenären. Genom ett därvid träffat avtal befriades borgenären från sin personliga betalningsskyldighet för vissa av kommanditbolagets skulder. Gäldsbefrielsen visade sig emellertid i vissa delar verkningslös, varför återvinningsborgenären tvangs att erlägga belopp, som hon förgäves sökte få ut från gäldenären. Denne hade i det läget tillträtt en ny anställning. Borgenären yrkade återvinning av den mellan gäldenären och hans hustru träffade säkerhetsöverlåtelsen av framtida lön. Gäldenärens arbetsgivare vägrade nämligen löneutmätning med hänvisning till den sakrättsligt giltiga överlåtelsen.[23] Den återvinningssvarande säkerhetsförvärvaren gjorde gällande, att gäldenären

[21] Återvinningskravet ogillades, eftersom det i vart fall inte var visat, att säkerhetsförärvaren hade insikt om gäldenärens eventuella skadeavsikt.

[22] Härvid hänvisades till "fast praxis", tidigare uttalad i *BGH* , KTS 1976, 132.

[23] Borgenären gjorde även gällande ansvarsgenombrott enligt § 419 Abs 1 BGB, vilket befanns ogrundat.

saknade nödvändig skadeavsikt, både när säkerhetstransaktionen företogs och när den sedermera fullbordades genom att gäldenären tillträdde den nya anställningen.

Samtliga tre instanser godtog invändningen, att gäldenären var i god tro om borgenärsskada.[24] Återvinningsyrkandet ogillades därför. – *Bundesgerichtshof* instämde i att det saknades stöd för att gäldenären hade skadeavsikt när han i överensstämmelse med god sed på kreditmarknaden ställde säkerhet för risken att hustruns eget säkerställande behövde tas i anspråk för kommanditbolagets skulder. Dessutom underströk domstolen, att lagstadgandet i Anfechtungsgesetz kräver avsikt att skada de vid tiden för rättshandlingen föreliggande borgenärerna. Med hänsyn till kommanditdelägarens begränsade ansvar för bolagets skulder ansågs, att gäldenären vid den tidpunkten endast hade som fordringsägare den kreditgivande banken, vars fordran säkrats både av gäldenären och av dennes hustru. I förhållande till banken kunde, enligt domstolens mening, gäldenärens säkerställande av eventuella regressanspråk på hustrun inte innebära någon skada.

Domstolen upptog därefter förhållandet, att gäldenären tillträtt arbetsanställningen och således fullbordat säkerhetsöverlåtelsen av lönefordringen vid samma tid som kommanditbolaget inledde konkursförfarande. Först gjordes en jämförelse med vissa mera detaljerade stadganden om konkursrättslig återvinning, där ett fullbordande av överlåtelse av framtida fordringar kan åtkommas, om fullbordandet sker efter betalningsinställelse eller, om det äger rum dessförinnan, då båda parter är i ond tro om borgenärsskada.[25] Samma rekvisit bör enligt Bundesgerichtshof gälla vid återvinning utom konkurs. Någon betalningsinställelse förekom inte, varför endast det senare fallet kunde prövas. Emellertid hade återvinningsborgenären inte ens påstått, att gäldenärens arbetsanställning i sig kunde inverka skadligt på övriga borgenärer. Domstolen konstaterade slutligen, inte utan viss udd, att ingen borgenär hade blivit bättre ställd, om gäldenären helt underlåtit att skaffa sig ett arbete.

Av särskilt intresse är enligt min mening, att vi här har att göra med en form av ensidigt gynnande av en borgenär, som inte samtidigt medför skada för övriga borgenärer. Så länge själva överlåtelsen av den framtida fordringen inte kan angripas – i detta fall skedde den för tidigt för att konstatera ond tro hos gäldenären och hans med-

[24] Alltför lång tid hade gått mellan väckande av återvinningstalan och säkerhetsöverlåtelsen för att presumtionsreglerna om ond tro i närståenderelationer skulle kunna tillämpas, se § 3 Nr 2 AnfG och nedan *avsn 6.4.1.* Borgenären kunde därför endast stödja sig på det doluskrävande grundstadgandet i § 3 Nr 1 AnfG.

[25] Se om dessa konkursrättsliga återvinningsgrunder § 30 Nr 1 Hs 2 och § 31 Nr 1 KO.

kontrahent och den förefaller dessutom ha stått väl med kraven på god kreditsed – kan i denna situation inte heller dess fullbordan attackeras. Skälet härtill är, att tysk rätt i sammanhanget fasthåller vid kravet på borgenärsskada som en grundförutsättning för återvinning.[26] Att vidta en åtgärd, som fullbordar en fordringsrätt, innebär ingen skada för annan borgenär, om det stått gäldenären fritt att helt avstå från den fullbordande åtgärden. Inte ens om enda avsikten är att ensidigt gynna en fordringsägare, tycks rättshandlingen vara återvinningsbar, eftersom de *övriga* borgenärerna inte blir bättre ställda genom att gäldenären avstår från fullbordan.

Komplexet är intressant också från rent motsatt utgångspunkt. Kan borgenärerna göra något åt att gäldenären avstår från att fullborda en fordringsrätt? Saken berörs av naturliga skäl inte i domskälen till just detta avgörande. Klart är att vi står inför en återvinningssituation, om gäldenären varit förpliktad att utföra vissa tjänster enligt ett redan vid överlåtelsen föreliggande avtal och därefter ensidigt uppsäger detta pågående avtalsförhållande.[27] En sådan uppsägning kan självfallet ha haft till syfte att skada övriga fordringsägare. Men förfarandet skadar också den genom säkerhetstransaktionen berättigade, och för återvinning krävs ond tro även hos medkontrahenten. Det vill ju till ett visst mått av chikan för att få medkontrahenten med på noterna. Det går dock att tänka ut fall, då en borgeär i fullt samförstånd går med på ett förslag, som drabbar honom negativt. En situation är att borgenären har annan real- eller personalsäkerhet. En annan är att borgenären hellre tar en förlust, om den samtidigt drabbar andra, än att först ta ut sitt och låta resten av fordringen tillkomma övriga säkerhetshavare, kanske de värsta konkurrenterna, som eljest skulle bli nödlidande på grund av gäldenärens insolvens.

6.3.2.2 Bevisfakta för skadeavsikt

Återvinningsborgenären har att styrka gäldenärens skadeavsikt. Det förekommer emellertid ett antal omständigheter, som i praxis tillagts mycket stark bevisverkan om att sådant uppsåt förelegat. Regelmässigt är dessa fakta tillräckliga för att visa ond tro också hos gäl-

[26] Jfr dock nedan *avsn 6.4.1* ang presumtionsregeln i § 3 Nr 2 AnfG vid närståendetransaktioner, om återvinning görs gällande inom ett år.

[27] Jfr ur svensk praxis de åtaganden om skogskörslor, som prövades från både sakrättslig och återvinningsmässig utgångspunkt i *NJA 1973 s 635*.

denärens medkontrahent, förvärvaren.[28] Det har dock understrukits, att sådana omständigheter inte utgör presumtioner i den meningen att bevisbördan omkastas. Det blir inte fråga om att återvinningssvaranden måste visa, att det saknats skadeavsikt vid rättshandlingens företagande.[29] Skillnaden tycks mig emellertid hårfin vid beaktande av uttalanden i praxis om att förvärvaren i vissa situationer är skyldig att klarlägga omständigheterna.[30]

Jag går inte in i detalj på de situationer, som ofta utgör tillräckliga bevis för skadeavsikt. En uppräkning får räcka i detta sammanhang. Det är troligt att en reform av den tyska återvinningsrätten går i riktning mot presumtionsregler för vissa av dessa fall på samma sätt som förekommit i Nederländerna.[31]

En särskilt uppmärksammad kategori gäldenärer utgör *underkapitaliserade* bolag, som ikläder sig nya skulder i förhoppning att affärerna skall reda upp sig. På likartat sätt förhåller det sig, då en näringsidkare vidtar reorganisationsåtgärder för att sanera sin ekonomi. Kan borgenären visa, att gäldenären inte haft fog för sina förhoppningar om en ljusning i det ekonomiska trångmålet, skall skadeavsikt anses föreligga.[32]

Den andra sammanhållna typen av rättshandlingar, som starkt indikerar skadeavsikt, utgör *frivilligt* företagna åtgärder till förmån för en eller flera borgenärer. I Tyskland talas härvidlag om "inkongruente Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte". Typfallen vid fullgörelse är betalning före förfallodag eller med ovanliga betalningsmedel. Vid säkerställande pekas särskilt på överlämnande av tidigare obetingad säkerhet för gammal skuld.[33] Praxis har strängt upprätthållit kravet på att efter kreditgivningen skedd fullbordan verkligen skall ha skett för uppfyllelse av en redan vid fordringens uppkomst gjord utfästelse. Att gäldenären felaktigt trott sig förpliktad är ingen hållbar invändning.[34] Säkerhetstransaktioner på grund av påtryckningar från kredit-

[28] Se ytterligare om förvärvarens onda tro i nästa *avsn 6.3.3*.

[29] Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5.

[30] Se *BGH 3 april 1968,* KTS 1968, 235 nedan *avsn 6.3.3* vid not 41 i samband med förvärvarens onda tro.

[31] Se vidare nedan *avsn 6.7* vid not 109 ff.

[32] Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5, 7.

[33] Däremot saknas i detta sammanhang ett självständigt dröjsmålsrekvisit.

[34] Se exvis *BGH 3 april 1968,* KTS 1968, 235: En allmänt hållen överenskommelse att framdeles ställa säkerhet jämställdes inte med ett bindande pantsättningsavtal.

givarens sida fredas inte.[35] Vad som gäller för sakrättslig fullbordan av realsäkerheter gäller i motsvarande mån även för ställande av personalsäkerhet.[36]

Kongruenta fullgörelser och säkerställanden är däremot inget som tyder på skadeavsikt. Till den kategorin räknas bl a kvittning, om den inte strider mot tidigare avtalad eller praktiserad ordning. Inte heller är det a priori angripbart att utbyta pant mot likvärdig säkerhet eller fullborda pantförskrivning med annat slags säkerhetsegendom än den ursprungligen avsedda.[37]

Även om den nu behandlade återvinningsgrunden i § 3 Nr 1 Anfechtungsgesetz bygger på det subjektiva rekvisitet skadeavsikt utgör de i rättspraxis stadfästa bevisreglerna ett stort steg i riktning mot objektiva återvinningsfall. De nyss uppräknade situationerna är just sådana – vid sidan av benefika avhändelser och närståendetransaktioner – där allmänt sett gäldenären är benägen att åsidosätta skyldigheten att likabehandla sina borgenärer. Utvecklingen i Tyskland visar, att domstolarna här som på flera andra områden varit framsynta i sin självständiga utveckling av lagstiftad rätt.

6.3.3 Förvärvarens onda tro

Som ytterligare delrekvisit för återvinning enligt § 3 Nr 1 Anfechtungsgesetz krävs, att gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, skall vara i ond tro om gäldenärens skadeavsikt. Vad som nyss sagts om gäldenärens egen onda tro gäller mutatis mutandis även för dennes medkontrahent. Helt likartat gestaltar sig ondtrosrekvisitet emellertid inte i alla situationer.

Objektet för förvärvarens onda tro är *gäldenärens avsikt* med rättshandlingen, inte handlingens faktiska konsekvenser. Förvärvaren skall veta, att gäldenären insett möjligheten av borgenärsskada och också avsett att tillfoga skada. Det har emellertid ansetts, att återvinningsborgenären endast behöver styrka eventuellt uppsåt. Klart är dock, att culpös ond tro – även i dess grova form – är otillräcklig. Däremot fordras inte insikt om på vilket sätt rättshandlingen närmare kommer att skada överlåtarens borgenärer.[38] Inte heller krävs

[35] Serick III § 32 I 2c; Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5.

[36] En av bolagsman i efterhand lämnad borgen för viss av bolaget ställd realsäkerhet återvanns i *OLG Hamburg 6 dec 1985,* ZIP 1986, 227.

[37] Serick III § 32 I 2c; Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 6.

[38] Serick III § 32 I 2b; Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 5, 11.

det att även förvärvaren för egen del önskat tillfoga övriga borgenärer skada.[39]

Det säger sig självt, att förvärvarens onda tro om gäldenärens skadeavsikt är det för återvinningsborgenären mest svårbevisade rekvisitet. De faktiska omständigheterna kring gäldenärens ekonomiska situation synes dock ofta vara sådana, att förvärvaren måsta ha varit medveten om hans skadeavsikt. Av ledning kan vara kännedom om utsagor under edlig förpliktelse, som gäldenären gjort i tidigare utmätningssammanhang.[40]

Härutöver medför åtminstone de typsituationer, som behandlats ovan,[41] motsvarande bevislättnad även beträffande förvärvarens onda tro. Ett exempel ur något äldre praxis kan räcka, *BGH 3 april 1968*, KTS 1968, 235:

> Mellan gäldenären och en kreditgivare hade träffats en allmänt hållen överenskommelse att framdeles ställa säkerhet. Avtalet var, enligt domstolen, inte en sådan pantförskrivning som tvångsvis kunde göras gällande av kreditgivaren, varför senare skedd pantsättning bedömdes som "inkongruent". I det läget ansågs förvärvaren inte kunna värja sig med blotta påståendet om att han – och gäldenären – var i god tro om gäldenärens skyldighet att fullborda pantsättningen. Det måste därvid åligga förvärvaren, återvinningssvaranden, att närmare klarlägga omständigheterna kring säkerhetstransaktionen.

Som tidigare understrukits, innebär pantsättning i efterhand, förskottsbetalning o dyl inte en ren presumtion om förefintlig ond tro. Däremot är som synes blotta faktum att transaktionen är av inkongruent slag tillräckligt, för att återvinningskäranden skall ha fullgjort sin bevisskyldighet, förutsatt att han inte möts av något slags motbevisning från svarandens sida. Skillnaden mellan denna bevislättnad och en presumtionsregel är alltså av mera principiellt slag än av praktiskt.

[39] Uttalat i bl a *BGH 23 maj 1985,* KTS 1986, 93, där återvinningsyrkandet dock underkändes redan på den grund, att gäldenärens skadeavsikt inte ansågs styrkt; se ovan vid not 20.

[40] *OLG Frankfurt 29 okt 1985,* KTS 1986, 355: Hustru, som förvärvade makes fastighetsandel, kände till att han uppgivit sig sakna varje tillstymelse till lösegendom; han ägde inte ens något i deras gemensamma hem. Eftersom han var köpman och i rörelsen hade fordringsägare, måste hon ha insett, att överlåtelsen av fastighetsandelen utan annan ersättning än gäldsövertagande skedde i skadesyfte.

[41] Se *avsn 6.3.2.2* ang framför allt "inkongruenta" rättshandlingar.

Förvärvarens onda tro måste ha förelegat senast då rättshandlingen fullbordades obligationsrättsligt eller i förekommande fall sakrättsligt.[42] – Även en omyndig kan vara i ond tro, om han tagit aktiv del i förvärvet.[43] Denna till synes perifera fråga har stor betydelse vid valet av återvinningsgrund. Enligt det hittills behandlade stadgandet kan återvinning göras gällande inom tio år; allmänna preskriptionsregler drabbar anspråket.[44] För de särskilda återvinningsgrunderna är tidsgränsen blott ett år.[45]

6.3.4 Borgenärsskada

Med skada för borgenären, *Benachteiligung,* förstås en konkret minskning av gäldenärens utsökningsbara tillgångar. Hit räknas självfallet även en ökning av hans passiva. Eftersom även *medelbar skada* är godtagen som återvinningsrekvisit vid tillämpning av det hittills behandlade grundstadgandet i § 3 Nr 1 Anfechtungsgesetz, innefattar rekvisitet att borgenärens utsökningsmöjligheter försvåras eller fördröjs och att så sker även på grund av efterföljande handlingar.[46]

Senare inträffade händelser kan alltså medföra, att en rättshandlings skadeeffekt visar sig först viss tid efter det att den företogs. Det förhållandet hindrar i sig inte återvinning, men det krävs att det subjektiva rekvisitet täcker även denna eventualitet.[47] Ytterligare fordras, att skadan uppkommer genom en av *gäldenären* vidtagen åtgärd. Det räcker således inte att exempelvis viss borgenärs utnyttjande av honom tillkommande säkerhetsrätt sätter övriga borgenärer i en sämre ställning. För framgång måste återvinningsborgenären visa, att gäldenären verkligen vidtagit ett förfogande med sin *egen* förmögenhet. Eftersom redan säkerhetsöverlåten egendom till skillnad från pantsatt inte anses ingå i säkerhetsöverlåtarens förmögenhet, kan i sig skadliga förfoganden med säkerhetsgods inte alltid åtkommas med hjälp av återvinningsreglerna.[48]

[42] Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 I 9,12.

[43] *BGH 25 april 1985,* BGHZ 94, 232.

[44] Se § 12 AnfG

[45] Se nedan *avsn 6.4*; för gåva till hustru dock två år.

[46] Jaeger § 3 Rnr 10; Serick § 32 I 2; Böhle-Stamschräder/Kilger § 1 IV 7, § 3 I 4 f. Ang medelbar skada, se vidare *avsn 6.4.3* nedan.

[47] Böhle-Stamschräder/Kilger § 1 IV 7 b, § 3 I 4.

[48] Uppenbart dolösa förfaranden kan dock åtkommas med hjälp av allmänna ogiltighetsregler, främst §§ 138 och 242 BGB, för de fall borgenärsintressena kan kanaliseras genom någon taleberättigad.

En köpares utnyttjande – enligt ett avtalat kontokurantförhållande – av sin skuld till säljaren för kvittning mot en kapitalfordran på säljaren var inte återvinningsbart, bl a med hänsyn till att kvittningen verkställts, icke av återvinningsgäldenären själv utan av säkerhetsförvärvaren. Fordringsrätten ansågs efter säkerhetsöverlåtelsen inte som del av gäldenärens förmögenhet, trots att gäldenären vidtagit den avtalsstridiga åtgärden att säkerhetsöverlåta den även till en kreditgivande bank.[49]

6.4 De särskilda återvinningsgrunderna

I § 3 Nr 2–4 Anfechtungsgesetz regleras de s k särskilda återvinningsgrunderna. De innebär främst en stark bevislättnad för återvinningsborgenären, eftersom förvärvarens onda tro presumeras. § 3 Nr 2 och 4 tar sikte på *närståendetransaktioner,* företagna inom viss tid före väckande av återvinningstalan. Skillnad görs därvid mellan onerösa och benefika rättshandlingar. *Benefika* överlåtelser utan avseende på släktskap upptas i § 3 Nr 3 Anfechtungsgesetz.

6.4.1 Onerösa överlåtelser

Onerösa avtal, som slutits med anhörig inom ett år före återvinningspåståendet är angripbara, såvitt de medfört skada för borgenär. Ytterligare skall rättshandlingen direkt ha orsakat skadan; medelbar nackdel godtas inte i detta fall.[50] Som närstående räknas gäldenärens make, egna eller makes släktingar i rätt upp- och nedstigande led samt hel- och halvsyskon jämte make till dessa. Regeln utgör egentligen en presumtion, eftersom det står förvärvaren till buds att visa, att ond tro om gäldenärens skadeavsikt inte förelåg.[51] Stadgandet är således inte objektivt i den meningen, att frågan om borgenärsskada kan lämnas därhän.

Närståenderelationen avser inte endast fysiska personer. Rättstillämpningen har med utgångspunkt i allmänna rättsregler om ställföreträdare fastlagt, att rättshandlingar mellan bolag, som kontrolleras av närstående, eller mellan bolag och på angivet sätt närstående

[49] *BGH 5 dec 1985,* KTS 1986, 310.

[50] Jfr den klara likheten härvidlag med svensk konkursrättslig återvinning.

[51] § 3 Nr 2 AnfG; Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 II 4,6.

bolagsmän drabbas av regeln.[52] Färsk praxis har tillämpat samma synsätt på närstående till företagsledare, som inte är bolagsman.[53]

6.4.2 Benefika överlåtelser

Benefika överlåtelser, företagna inom ett år före väckande av talan om återvinning, går åter utan hänsyn till närståendeförhållanden. Enda undantaget utgörs av sedvanliga gåvor. Kravet på uppkommen skada kvarstår dock. Har rättshandlingen företagits med gäldenärens make, är tiden utsträckt till två år; sedvanliga skänker skyddas därvid ej.[54] Vid benefika rättshandlingar kan förvärvaren inte freda sig genom bevisning om att ond tro om skadeavsikt saknades.[55]

Gränsdragningen mellan benefika och onerösa rättshandlingar kan stundom vara oklar. Blandade fång räknas till benefika, *BGH 10 jan 1985*, NJW 1985, 2031:

> Trots att mottagaren av en fastighetsandel åtog sig att svara för fastighetens skulder, som vid tiden för gåvan antagligen översteg andelens värde, bedömdes överlåtelsen som benefik. Bevisning om skadeavsikt krävdes alltså inte. Ett ägarhypotek uppstod emellertid, varför återvinning aktualiserades.[56]

6.5 Återvinningens rättsföljder

I förevarande avsnitt skall kort behandlas återvinningens rättsföljder med beaktande av förvärvarens ställning. Vidare uppmärksammas den litteraturdiskussion, som förts om borgenärens möjlighet att efter vidareöverlåtelse av den återvinningsbara egendomen rikta sitt anspråk mot den av primär- eller sekundärförvärvaren som bäst kan tillgodose hans anspråk. Slutligen upptas något om återvinningsborgenärens konkurrens med förvärvarens övriga borgenärer.

[52] Böhle-Stamschräder/Kilger § 3 II 8. Transaktioner mellan bolagsmän inbördes drabbas däremot ej.

[53] *LAG Hamm 29 april 1986,* ZIP 1986, 1262: Säkerhetsöverlåtelse från ett GmbH-bolag till dess direktörs hustrus dotters make, dvs företagsledarens "styvsvärson", ansågs vara en återvinningsbar närståendetransaktion.

[54] § 3 Nr 3 och 4 AnfG.

[55] Inte heller kan återvinningen avvärjas genom bevisning om gäldenärens solvens vid gåvotillfället.

[56] Jfr *BGH 23 febr 1984,* BGHZ 90, 207.

6.5.1 Primärförvärvarens ställning

Vid framgång i sin återvinningstalan, kan borgenären betrakta den angripna rättshandlingen som icke företagen. Han kan alltså rikta exekutiva åtgärder mot förvärvaren. Lagtekniskt har det angivits som en skyldighet för förvärvaren att till gäldenären återställa så mycket som krävs för borgenärens förnöjande.[57]

Vi erinrar oss, att återvinning vid *onerösa* överlåtelser inte kan riktas mot annan än den förvärvare som varit i ond tro om gäldenärens skadeavsikt. Häri ser vi skälet till att det inte stadgas något skydd för förvärvaren att gentemot återvinningsborgenären göra avräkning för sin egen motprestation till gäldenären. Ondtroende förvärvare, som sålunda förlorar den återvunna egendomen, kan rikta krav endast mot sin egen fångesman, gäldenären. På grund av dennes redan prekära ekonomiska situation är risken för att slutlig förlust skall drabba återvinningssvaranden mycket stor.[58]

Vid *benefika* överlåtelser spelar, som visats, god tro ingen roll för att avvärja återvinning inom viss kortare tid före återvinningsansökningen. Den godtroende mottagaren av sådan egendom har däremot i rättsföljdsdelen tillagts ett förhållandevis vittgående skydd. Han kan nämligen inte krävas på mera än vad som motsvarar hans vinst, om förvärvet inte återvunnits.[59]

Återvinningen drabbar även egendomens *avkastning*.[60] *Värdestegring*, som beror av förvärvarens insatser, tillkommer däremot inte återvinningsborgenären. Förvärvaren anses av vissa ha retentionsrätt till säkerhet för den honom förbehållna värdeökningen.[61]

Utsökning i den återvunna egendomen kan ersättas av att förvärvaren erlägger skadestånd. Denna rättighet är emellertid endast subsidiärt tillämplig, då egendomen inte längre finns i behåll eller det skulle vara förenat med olägenhet att utge den.[62]

[57] § 7 Abs 1 AnfG. Nyckelordet är "Rückgewähr".

[58] Det görs heller inget undantag för det fall att återvinning skett med stöd av presumtionsregeln i § 3 Nr 2 (närståendetransaktion).

[59] § 7 Abs 2 AnfG.

[60] Böhle-Stamschräder/Kilger § 7 III 4, 7.

[61] Böhle-Stamschräder/Kilger § 7 III 5.

[62] Böhle-Stamschräder/Kilger § 7 III 10a–b.

6.5.2 Sekundärförvärvarens ställning

De återvinningsanspråk, som kan riktas mot en arvlåtare, är dennes arvtagare skyldig att tåla. Andra universalfång behandlas på samma sätt. Mot övriga sekundärförvärvare gäller i allmänhet ett krav på ond tro vid det egna förvärvet om de återvinningsgrundande omständigheter, som i sin tur skulle ha gjort återvinning från primärförvärvaren möjlig. I närståendefall gäller samma omkastade bevisbörda, som ligger primärförvärvaren till last. Benefika rättsförvärv skyddas inte, i den mån återvinning kunnat ske hos sekundärförärvarens fångesman. En godtroende gåvomottagare åtnjuter dock skydd mot borgenärsanspråket, såvitt hans förvärv inte medfört vinst.[63]

6.5.3 Borgenärs rätt att rikta anspråk mot primärförvärvaren trots vidareöverlåtelse

Kan återvinningsborgenären rikta anspråk mot primärförvärvaren, trots att denne vidareöverlåtit egendomen? Frågan har diskuterats i litteraturen men inte fått ett entydigt svar i praxis. *Bundesgerichtshof* har dock i ett obiter dictum antytt, att den valmöjligheten skulle stå borgenären till buds, förutsatt dock att rekvisiten för återvinning är uppfyllda mot båda förvärvarna.[64] Ett äldre avgörande från mellaninstans har dock underkänt sådant anspråk.[65]

I litteraturen synes "die herrschende Meinung" hålla före, att det vore uttryck för en felaktig rättstillämpning om borgenären fritt finge välja den förvärvare, som förmodades lättast kunna tillgodose hans anspråk. Bl a *Frisinger* menar, att borgenärens anspråk på "Rückgewähr" enligt regleringen av återvinningens rättsverkningar i § 7 Anfechtungsgestetz skall bedömas varken som ett konkret stadgande om obehörig vinst eller som grundval för en allmän skadeståndsregel. I stället bör "Anfechtung" anses vara ett särskilt exekutionsrättsligt anspråk.[66] Av likartad mening är *Fleck*, som slår fast att borgenären

[63] § 11 AnfG.

[64] *BGH 16 febr 1972,* NJW 1972, 719.

[65] *OLG Hamburg 5 febr 1970,* MDR 1970, 598. Förhållandena var dock speciella, eftersom sekundärförvärvaren utan ersättning transporterat den omstridda fordringen på en särskilt förordnad förvaltare av gäldenärens egendom.

[66] Frisinger, MDR 1970 s 558, med hänvisning till Schmidt. *Schmidt* har upprepat sin inställning i JZ 1987 s 889. Uppfattningen om återvinning som ett specifikt exekutionsrättsligt anspråk synes allmänt omfattad; se vidare strax nedan *avsn 6.6.*

först måste söka uttömma fullgörelsemöjligheterna hos sekundärförvärvaren, innan han kan vända sig mot primärförvärvaren.[67]

6.5.4 Återvinningsborgenärens konkurrens med förvärvarens övriga borgenärer

Trots den ingående diskussion, som förts om återvinningsanspråkets ställning i rättssystematiskt hänseende,[68] saknas ett entydigt klarläggande i praxis om borgenärens ställning, då förvärvaren själv är insolvent. Har återvinningsborgenären företräde till den återvunna egendomen framför återvinningssvarandens övriga fordringsägare?

Spörsmålet synes av flera nyare författare vara jakande besvarat men på olika grunder.[69] Om det är fråga om en separationsrätt, *Aussonderung,* eller en form av förmånsrätt, *abgesonderte Befriedigung,* beror till inte ringa grad på inställningen hos dessa vilken sakrättslig omfattning eller verkan återvinningen har. Därom handlar nästa avsnitt.

Die herrschende Meinung i Tyskland är emellertid bestämd. Eftersom återvinning är ett obligatoriskt anspråk, ges den återvinnande endast en *oprioriterad bevakningsrätt* i förvärvarens konkurs.[70]

6.6 Sakrättslig eller obligationsrättslig verkan av återvinning

Skilda teorier har framförts om återvinningens natur.[71] Anledningen till den tvekan, som yppat sig i tysk rätt, hänger bl a samman med det något otydliga uttrycket "unwirksam" i lagens portalstadgande. Gäldenärens borgenärsskadliga disposition är således overksam i förhållande till den förfördelade borgenären.[72] Innebär en fram-

[67] Fleck, EWiR § 3b AnfG, 1/86, s 9 f.

[68] Se nästa *avsn 6.6.*

[69] En diskussionssammanfattning ges av Marotzke, KTS 1987 s 25.

[70] Böhle-Stamschräder/Kilger § 7 I 3; Wacke, ZZP 1970 s 429.

[71] Jfr Forssell, Tredjemansskyddets gränser s 167; Forssell har synbarligen inte tagit del av den tyska debatten efter 1956, då den återupplivades genom en längre uppsats av *Paulus*, AcP 155 (1956), särsk s 299 ff. Efter Paulus' artikel må särskilt nämnas *Gerhardts* habilitationsavhandling 1969.

[72] § 1 AnfG: "Rechtshandlungen eines Schuldners können ausserhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden."

gångsrik återvinningstalan, att den angripna rättshandlingen är i sig *ogiltig* och i så fall på ett absolut eller ett relativt sätt? Eller betraktas rättshandlingen som i sig *giltig* men med den *inskränkningen* att återvinningssvaranden, förvärvaren, måste i första hand tåla återvinningsborgenärens anspråk? Uppfattningen att återvinningen skulle medföra ogiltighet har oftast betecknats som sakrättslig, *dinglich,* eftersom ogiltigheten – absolut eller relativ – kan få verkningar även gentemot tredje man. Den andra principen, att återvinningen endast ger borgenären ett fordringsanspråk gentemot gäldenärens medkontrtahent, har följaktligen kallats obligationsrättslig, *schuldrechtlich.* Det är denna senare teori, som i dag är den förhärskande.[73] Bland dem som intagit en mellanställning anser vissa att återvinningen har vissa sakrättsliga verkningar och vissa partsbegränsade. De talar därvid om ansrpåket som exekutionsrättligt, en *haftungsrechtliche Unwirksamkeit.*[74]

Teoribildning av nyss antytt slag anknyter väl till tyska traditioner på förmögenhetsrättens område. Frågeställningen har också, som framgått ovan, varit mycket diskuterad i Nederländerna. Den rättssystematiska klassificeringen kan sägas styra rättsföljderna. Vet man att återvinningen ger upphov till ett "sakrättsligt" anspråk, följer därav att den kan få tredjemansverkningar. Vet man å andra sidan att återvinningen endast får ett obligationsrättsligt anspråk till följd, saknas utrymme för omedelbar verkan mot tredje man. Det är emellertid en i Skandinavien stundom företrädd missuppfattning, att valet mellan olika begreppsbestämningar i tysk rätt skulle ske a priori eller efter verklighetsfrämmande konstruktionsövningar. Diskussionen är i fråga om återvinning – som eljest – livskraftig och byggd på både praktiska och systematiska sakargument. En enbart teleologiskt inriktad tolkningslära skulle emellertid inte föra debatten till ett säkert mål, eftersom det som så ofta inte går att finna ett övergripande ändamål, som tillfredsställs av återvinningsreglerna. Motstående intressen av jämbördig tyngd står mot varandra.

Mot att rättshandlingen är att betrakta som en nullitet, att den är *absolut ogiltig*, talar ett starkt argument, som torde accepteras av alla. Skulle nämligen återvinningen leda till ett överskott på grund av att hela motvärdet av den angripna rättshandlingen inte behövs för att

[73] Marotzke, KTS 1987 s 2 f med hänvisningar; Gerhardt s 2 ff, likaledes med hänvisningar; senast Schmidt, JZ 1987 s 889 f.

[74] Läran lanserad av Paulus och Gerhardt (not 72). Se vidare Costede & Kaehler, ZZP 1971 s 399 ff, 414 ff samt Marotzke nedan.

tillgodose borgenärens krav, äger återvinningssvaranden, förvärvaren, behålla detta överskott. En sådan rättsföljd överensstämmer inte med verkningarna av en absolut ogiltighet. I det fallet skulle nämligen rättshandlingen betraktas som aldrig utförd och överskottet således tillfalla varken återvinningsborgenären eller förvärvaren utan gäldenären. Som emellertid ingen anser, att gäldenären skall ha något att vinna på en återvinning, kan ett sådant resultat inte godtas.[75] – Till detta kan läggas att det ju heller inte står gäldenären själv fritt att yrka återvinning; den talerätten tillkommer endast den förfördelade borgenären.

Teorin om *relativ ogiltighet* har i sin tur delats upp på frågan om relativiteten tar sikte på *person* eller *sak*. Ett slags personlig eller subjektiv ogiltighet av rättshandlingen är inte förenlig med möjligheten för borgenären att tillgodogöra sig det återvunnas värde genom exempelvis en exekutiv försäljning. Skulle rättshandlingen mellan gäldenären och förvärvaren vara ogiltig bara i förhållandet mellan parterna i återvinningstvisten men i övrigt betraktas som fullt verksam, kunde, som *Marotzke* understryker, denna rättshandlingens ogiltighet inte komma en exekutionsköpare till godo. Det skulle således inte gå att finna någon spekulant på den återvunna egendomen.[76]

Argumenteringen förefaller välgrundad, eftersom det – såvitt jag förstått tysk exekutionsrätt – inte finns det synsättet, som är förhärskande i Nederländerna, att det är exekutionsborgenären själv som är säljare av egendomen. Om så vore fallet, är Marotzkes argument inte bärkraftigt. Då hade nämligen egendomen avyttrats direkt av en därtill berättigad, nämligen återvinningsborgenären. Man kunde i det läget se återvinningen som ett genomgångsförvärv, som inte äventyrade exekutionsköparens rätt till erhållen återvinningsegendom.

Ogiltighetens relativitet är i stället, menar företrädarna för den sakrättsliga skolan, inriktad på *objektet* för återvinningen. Relativiteten tar sig det uttrycket, att återvinningsborgenären endast är berättigad att söka fullgörelse för så mycket som hans nödlidande fordran på gäldenären uppgår till. Har gäldenären genom en och samma rättshandling på ett återvinningsbart sätt överlåtit flera objekt – exempelvis 500 smågrisar eller 500 kundfordringar – skall endast tas i anspråk så mångar objekt som behövs för att hålla borgenären skadeslös.[77]

[75] Marotzke, KTS 1987 s 3 f med hänvisningar.

[76] Marotzke, KTS 1987 s 4 f.

[77] Marotzke, KTS 1987 s 5 f.

Bundesgerichtshof har dock nyligen uttalat, att återvinning *inte* utan vidare kan *jämställas med ogiltighet.*[78] För en svensk betraktare skulle detta i förstone tyda på att frågan därmed är löst. I tysk rättskällelära får emellertid enstaka prejudikat, låt vara från högsta instans, inte alltid omedelbar genomslagskraft, särskilt inte om domstolens resonemang saknar stöd av en "herrschende Meinung" i litteraturen. I förevarande fall synes dock Bundesgerichtshof med sitt avståndstagande från de sakrättsliga teorierna ha låtit rättstillämpningen gå hand i hand med doktrinen.

Företrädarna för den *obligationsrättsliga* skolan stöder sig på i huvudsak följande argument. Jag uppehåller mig med viss utförlighet vid det av *Marotzke* presenterade diskussionsläget. Det ger inte bara generellt viktiga upplysningar om synen på återvinningsinstitutet. Det speglar också något av det livaktiga juridiska debattklimatet i Förbundsrepubliken.[79] För egen del är jag här sparsam med kommentarerna, eftersom frågan behandlas i nästa avdelning, kap 8 och 13, där även svensk doktrins inställning relateras.

a. I lagtexten utsägs, att återvinningssvaranden skall till gäldenären återställa det genom rättshandlingen erhållna.[80] Ett sådant uttryck för en återställandeplikt vore onödigt, om återvinningens rättsföljd var ogiltighet, eftersom den skyldigheten framgår av de allmänna lärorna om ogiltighetens rättsverkningar.[81] – Häremot anför Marotzke, att borgenären likväl inte erhåller ett självständigt sakrättsligt anspråk genom själva återvinningsprocessen.[82] Ytterligare kan tilläggas, att Anfechtungsgesetz tillkom 1877 och således innan de allmänna förmögenhetsrättsliga instituten klarlades och finslipades genom utfärdandet av Bürgerliches Gesetzbuch 1896.

b. Åtskilliga stadganden i Anfechtungsgesetz talar om "Anfechtungsanspruch".[83] Just termen "Anspruch" brukas vanligen för fordringsrätter men inte för sakrätter. – Argumentet lider av att alltför stor vikt läggs vid terminologin i gammal lag.[84]

[78] *BGH 9 juli 1987,* ZIP 1987, 1062.

[79] För de följande argumenten och motargumenten hänvisas till Marotzke, KTS 1987 s 6 ff.

[80] § 7 Abs 1 AnfG: "...von dem Empfänger zurückgewährt ..."

[81] Se exvis § 985 BGB.

[82] Marotzke, KTS 1987 s 7.

[83] Se §§ 5, 10, 13 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Satz 1 AnfG.

[84] Marotzke, KTS 1987 s 10 f.

c. Den i § 12 Anfechtungsgesetz angivna tioårsfristen skulle vara meningslös, om det stod borgenären fritt att utom rättegång ogiltigförklara en skadlig rättshandling. I det fall nämligen, att rättshandlingen omfattar flera objekt än vad som behövs för borgenärens förnöjande, vore rättshandlingen genom borgenärens förklaring ogiltig. Han skulle därefter ha möjlighet att vid senare tillfällen tillgodogöra sig flera föremål, ingående i samma rättshandling, om så skulle behövas. – Häremot invänds, att utomprocessuell återvinning inte längre anses möjlig.[85]

d. Mot den sakrättsliga teorin skulle vidare tala, att återvinning i vissa fall inte hindras av att det redan vidtagits exekutiva åtgärder med avseende på den angripna rättshandlingen.[86] En utomrättslig viljeförklaring, att rättshandlingens föremål tillkommer återvinningsborgenären framför en utsökningsborgenär, skulle inte vara förenlig med exekutiva åtgärders ställning av *Staatsakte.* – Marotzke menar, att exekutionens ställning av myndighetsutövning inte hindrar, att den i realiteten ger upphov till privatsrättsliga följder, är *privatrechtsgestaltend.* Att den i vissa sammanhang kan anses *unwirksam* framgår dessutom av ett antal stadganden i Bürgerliches Gesetzbuch.[87]

e. Godtrosskyddet för sekundärförvärvare av den egendom, som gäldenären avhänt sig genom den angripna rättshandlingen, talar mot sakrättslig verkan.[88] Det räcker alltså inte att kunna förklara rättshandlingen overksam i första ledet och låta singularsuccessorns rätt bero på reglerna om exstinktiva godtrosförvärv.

Det är visserligen riktigt, säger Marotzke, att återvinningsrätten som sådan inte är sakrättslig.[89] Men därmed är inte visat, att rättsföljderna av återvinning saknar sakrättslig verkan. Redan det förhållandet att en singularsuccessor *kan* drabbas av återvinning talar i sak-

[85] Marotzke, KTS 1987 s 12.

[86] Se § 6 AnfG: "Die Anfechtung wird ddurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist."

[87] Se exvis § 135 Abs 1 Satz 2 BGB, Marotzke, KTS 1987 s 13. – Ett äldre argument till förmån för den sakrättsliga teorin förefaller inte heller Marotzke vilja hämta stöd från. Det går kortfattat ut på att den exekutionsform, som kallas Pfändung och som ger upphov till panträtt i gäldenärens egendom, rätteligen skulle ses som en privaträttslig pantsättning utförd av exekutionsmyndigheten i egenskap av gäldenärens ställföreträdare.

[88] Se § 11 Abs 2 AnfG.

[89] Härom finns dessutom ett tydligt motivuttlande, cit av Marotzke, KTS 1987 s 15.

rättslig riktning. Av större betydelse är emellertid, att reglerna i § 11 Anfechtungsgesetz har eller kan anses ha verkan för den korrekta partsställningen, när en borgenär gör gällande återvinningsanspråk. Den härskande läran kräver bestämd processeull form för sådant anspråk. Från vissa håll har med stöd av § 11 Anfechtungsgesetz gjorts gällande, att borgenären kan rikta sig direkt mot sekundärförvärvaren utan att behöva stämma in också dennes fångesman, primärförvärvaren.[90] Däremot kan företrädarna för den obligationsrättsliga teorin inte godta, att en framgångsrik återvinningstalan mot primärförvärvaren automatiskt skulle drabba även en sekundärförvärvare, om det visar sig att den förre redan vidareöverlåtit egendomen. Denna inskränkning vill emellertid Marotzke se som en tolkning av § 11 Anfechtungsgesetz. Eftersom han inte kräver annat än utomprocessuellt riktat anspråk, vore det en naturlig följd av kravet på processekonomi, att återvinningsborgenären direkt kunde rikta sitt anspråk mot sekundärförvärvaren, om han redan i förhållande till primärförvärvaren fått klarlagt, att rättshandlingen mellan denne och gäldenären är återvinningsbar. En självklar men väsentlig förutsättning är dock, att sekundärförvärvet i överensstämmelse med § 11 skett i ond tro eller benefikt.[91]

I denna del har Marotzke dock inte vunnit *Bundesgerichtshofs* gillande. Har egendom vidareöverlåtits innan exekutionen hunnit fullbordas mot återvinningssvaranden, måste nytt återvinningsutslag sökas mot den nya ägaren, sekundärförvärvaren.[92]

f. Språkligt kan "Unwirksamkeit" som det användes vid slutet av 1800-talet inte ge ett klart stöd för den sakrättsliga teorin. – Mot den språkliga tolkningen invänder Marotzke endast, att 1800-talets terminologiska val inte ger någon klar vägledning. För att få en bättre bild av begreppsbildningen måste både historiska och systematiska förutsättningar undersökas.[93]

[90] Jfr ovan *avsn 6.5.3.*

[91] Marotzke, KTS 1987 s 16 f.

[92] *BHG 5 febr 1987,* NJW 1987, 1703, i fall av vidareöverlåten fordringsrätt; målet rörde också fordringsgäldenärens möjligheter till befriande betalning. Se om målet utförlig kommentar med skarpsinning diskussion av skilda typfall – överlåtelse av saker resp fordringar – samt stark kritik mot BGH:s restriktiva inställning, Schmidt, JZ 1987 s 890 ff. Jfr även Henckel, EWiR § 11 AnfG 1/87 s 428.

[93] Marotzke, KTS 1987 s 17. Utöver det hittills refererade noterar Marotzke ytterligare en invändning mot återvinningens sakrättsliga verkan. Den tar emellertid sikte enbart på konkursrättsliga förhållanden – återvinningssvarandens

För egen del betecknar sig Marotzke som en anhängare till en modifierad *sakrättslig* skola, när det gäller synen på återvinningsanspråkets ställning. Han biträder visserligen det synsättet, att återvinning i första hand är en *exekutionsrättslig* reglering, som medför rätt till utsökning inom tredje mans förmögenhetssfär. Men han går alltså ett steg längre och betecknar rättigheten som ett relativt sakrättsligt anspråk på den egendom, som omfattas av utsökningsåtgärden.[94]

Mot Marotzkes inställning måste dock numera ställas ett redan nämnt avgörande av *Bundesgerichtshof*, där det i vart fall uttryckligt fastslagits, att återvinning inte utan särskilda ytterligare omständigheter medför ogiltighet i den allmänna mening, som avses med exempelvis § 138 BGB om s k Sittenverstoss.[95] Diskussionen om återvinningens rättsliga natur kommer förmodligen att fortsätta. Som *Schmidt* senast visat – och väl i viss del även Marotzke instämmer i – intar återvinningsanspråket en sådan särställning, att ett definitivt ställningstagande till dess sak- eller obligationsrättsliga natur inte är alldeles nödvändigt.[96]

6.7 Reformförslag

Den pågående reformeringen av tysk insolvensrätt inleddes 1978 genom tillkallandet av en *Kommission für Insolvenzrecht.* Kommissionen gavs en stark sammansättning av vetenskapsmän och praktiker. Dess förslag presenterades 1985 och 1986 i två betänkanden med kommissionens ställningstaganden i motiverade "Leitsätze", principformler som lätt kunde omarbetas till konkreta lagtextförslag.[97]

En av grundtankarna bakom reformförslaget är skakpandet av ett samlat "insolvensförfarande" med inslag av både konkurs- och ackordsregler och med siktet inställt på utvidgade möjligheter till reorganisation av i sig bärkraftiga företag. Kommissionen lade huvudvikt vid saneringstanken och bröt därigenom ganska radikalt mot hittillsvarande tysk konkursrätt, som i likhet med svensk haft

anspråk på erlagd motprestation (§§ 38 f KO) – och lämnas därför här åt sidan, se a a s 7 f.

94 Marotzke, KTS 1987 s 22 ff.

95 *BGH 9 juli 1987,* ZIP 1987, 1062; jfr ovan vid not 76.

96 Schmidt, JZ 1987 s 389 f; Marotzke, KTS 1987 s 25.

97 Se Erster och Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht. Justitieministeriets överarbetade reformförslag kom 1988, se nästa not och nedan vid not 102 ff.

borgenärernas tillgodoseende som främsta syfte.[98] Starka intryck togs av erfarenheterna i amerikansk insolvenspraktik. Vidare underströks problemet med den omfattande kreditsäkringen genom äganderättsförbehåll och säkerhetsöverlåtelser, som har medfört att oprioriterade borgenärer i Tyskland oftast blir lottlösa.[99] Ytterligare påpekade kommissionen de senaste årens ökade skuldsättning bland konsumenter och behovet av förbättrat skydd för arbetstagare vid företags insolvens.

På återvinningssidan berörde kommissionen endast regleringen i 1877 års successivt reformerade *Konkursordnung*.[100] Helt kortfattat sägs, att stadgandena i Anfechtungsgesetz bör ändras i motsvarande omfattning.[101] En allmän strävan i förslaget är en ökning av möjligheten att använda objektiva återvinningsgrunder för att komma till rätta med bevissvårigheterna rörande gäldenärens och förvärvarens onda tro. Förhållandevis korta återvinningsfrister föreslogs för onerösa transaktioner, där ett subjektivt rekvisit inte är erforderligt. Särskild uppmärksamhet riktades därvid mot "inkongruenta" rättshandlingar, främst förskottsbetalning, säkerhet ställd i efterhand och betalning med ovanliga betalningsmedel. En principiell nyhet utgjorde förslaget, att realsäkerhetshavares utnyttjande av säkerhet kort tid före insolvens skall kunna återvinnas.[102]

Alltsedan oljekrisens dagar har den tyska insolvensrättsdiskussionen varit livaktig.[103] Kommissionens betänkanden höjde temperaturen ytterligare. I vissa stycken befanns förslagen alltför långt-

[98] Kommissionsens ståndpunkter sammanfattade i justitieministeriets Diskussionsentwurf Gestetz zur Reform des Insolvenzrechts s A92 ff. För översikter av reformplanerna, se vidare exvis Drukarczyk, ZIP 1987 s 205 ff; Wagner, Insolvenzrecht s 27 ff; Lennander, TfR 1987 s 547 ff, 565 f, 577, 581 ff.

[99] Statistiken visar, att nära 80 % av alla tyska konkursansökningar avskrivs på grund av bristande tillgångar, sedan de realsäkrade tagit sitt. I dessa fall anordnas – till skillnad från hos oss – ingen som helst konkursförvaltning. Av intresse är också, att det tyska ackordsförfarandet nästan helt förlorat praktisk användning. Se Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s A1 ff. Jfr även kommentar ovan i not 7.

[100] §§ 29 ff i gällande Konkursordnung, se Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht s 399–443.

[101] Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht s 401.

[102] Ibid, Leitsätze 5.2.2 resp 5.5, motiverade på s 406 ff, 420 f.

[103] Förhandlingarna vid 54. Deutscher Juristentag 1982 kan betecknas som startskottet. Därefter har följt otaliga inlägg i den rika floran av både allmänna och på handels- och insolvensrätt inriktade juridiska tidskrifter. Åtskilligt av diskussionsmaterialet har presenterats av Lennander, se ovan not 96.

gående. Särskilt riktade kritiken in sig på det absoluta försteg, som givits åt sanering av gäldenärens ekonomi på bekostnad av fordringsägarnas rätt. Att sammanslå konkurs- och ackordsinstituten till ett enhetligt insolvensförfarande vann däremot allmänt bifall. Så bemöttes också möjligheterna att i vissa fall låta gäldenären själv svara för den fortsatta förvaltningen inom ramen för en i samförstånd med fordringsägarna uppgjord "insolvensplan".

Justitieministeriet presenterade hösten 1988 ett "diskussionsförslag" till ny *Insolvenzordnung*, som remitterades till åtskilliga intressenter. De kritiska rösterna i den dittillsvarande debatten har beaktats, även om grundstrukturen i kommissionens förslag är bibehållen.[104] Av vikt för denna undersökning är ministeriets tydligt påpekade intresse av att utöka återvinningsmöjligheterna efter inträdd insolvens. Dels visar erfarenheten att gäldenärer inför förestående konkurs är särskilt benägna att avhända sig egendom, underförstått för att återta eller på annat sätt utnyttja den efter avslutat insolvensförfarande. Dels kommer återvinning av ställda säkerheter både att gynna en bättre fördelning av gäldenärens tillgångar mellan hans fordringsägare och att ge vidgade möjligheter till fortsatt verksamhet efter saneringsåtgärder, en synpunkt som särskilt riktar sig mot det vittomfattande bruket av publicitetslösa säkerhetsrätter.[105]

Regeringsförslaget innehåller även en materiell och redaktionell reformering av 1877 års Anfechtungsgesetz.[106] Huvuddragen följer de föreslagna stadgandena för återvinning inom det nya enhetliga insolvensförfarandet.[107] Följande förändringar och förtydliganden i förhållande till gällande Anfechtungsgesetz har föreslagits.

Den *subjektiva återvinningsgrunden* i § 3 Anfechtungsgesetz talar enligt förslaget första stycke inte längre om gäldenärens avsikt utan

[104] Den allmänna motiveringen återfinns i Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s A1–A99.

[105] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s A29 f. – För tydlighets skull kan anmärkas, att tysk rätt saknar motsvarighet till vårt företagshypotek. Realsäkerhet i lös egendom vinns i stället genom ofta komplicerade kedjor av säkerhetsöverlåtelser och äganderättsförbehåll.

[106] Lagtexten återfinns i Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s 175 ff med specialmotiv s B306 ff.

[107] För återvinning inom det föreslagna insvolensförfarandet, se lagtexten i §§ 134 ff Insolvenzordnung med specialmotiv, Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s 67 ff, B115 ff. – Här kan inskjutas, att det inom ramen för gällande tyskt ackordsförfarande enligt 1935 års *Vergleichordnung* saknas möjlighet att återvinna borgenärsskadliga rättshandlingar till förmån för samtliga borgenärer på sätt som liknar den konkursrättsliga återvinningen.

om hans uppsåt, *Vorsatz,* att skada borgenären. Ingen ändring i förhållande till gällande rättstillämpning är avsedd, men det understryks att de i straffrätten tillämpade uppsåtsreglerna är användbara.[108] Förvärvarens onda tro om gäldenärens skadeuppsåt skall presumeras, om förvärvaren kände till att gäldenären genom rättshandlingen blev betalningsoförmögen och att dispositionen direkt eller medelbart var till skada för dennes borgenärer.[109] – Såvitt avser förvärvarens onda tro, innebär således förslaget en bevislättnad för återvinningsborgenären. Förvärvarens kunskap om de faktiska effekterna av rättshandlingen presumerar hans medvetenhet om skadligt uppsåt. Om en radikal förändring av gällande rätt är det dock inte fråga.[110]

För *oneröса närståendetransaktioner* utsträcks den särskilda återvinningsgrunden till att omfatta direkt skadliga rättshandlingar företagna inom två år från talans väckande.[111] Liksom hittills rör det sig om en presumtion rörande förvärvarens onda tro.[112] Han kan alltså freda sig genom att visa god tro om gäldenärens skadeuppsåt.[113] Som en nyhet har bevisskyldigheten för tidpunkten då rättshandlingen företogs lagts på förvärvaren. Därigenom undgår man, enligt motiven, faran för antedaterade rättshandlingar.[114]

Återvinningsfristen för *benefika* rättshandlingar utsträcks från nuvarande ett år till fyra.[115] Även i detta fall läggs bevisbördan för att avhändelsen skett tidigare på återvinningssvaranden. Det hittillsvarande undantaget för sedvanliga gåvor tas bort med hänsyn till att rättstillämpningen i vissa fall varit alltför frikostig.[116]

[108] Jfr ovan *avsn 6.3.2.*

[109] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B124 f, B309. – Här kan påpekas, att förslaget stadgar en återvinningsfrist på tio år i stället för gällande trettio. Ändringen motiveras med att hittillsvarande frist är oskäligt utdragen.

[110] Jfr ovan *avsn 6.3.3.*

[111] § 3 Abs 2 Entwurf AnfG.

[112] Jfr ovan *avsn 6.4.1.*

[113] Skulle det vara så, att *gäldenären själv* saknade skadeuppsåt när han företog rättshandlingen, ligger självfallet bevisskyldigheten även för detta faktum på förvärvaren; gäldenären är ju inte part i återvinningsrättegången.

[114] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B125 f, B309.

[115] § 4 Entwurf AnfG. Jfr ovan *avsn 6.4.2.*

[116] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B126 f.

Genom särskild reglering bestäms tydligare *tidpunkten,* då en återvinningsbar rättshandling skall anses företagen.[117] Den äger i här aktuell mening rum, när dess rättsverkningar inträder. Kräver transaktionen flera led för sin fullbordan, har den inte företagits förrän det sista ledet genomförts. Underlåtenhet ges rättsverkan först vid den tidpunkt, då ett positivt handlande inte längre kan hindra passivitetens rättsföljd. Särskild betydelse har den nya regeln om tidsbestämning vid säkerhetsöverlåtelse av framtida fordringar. Först då dessa uppkommer, anses överlåtelsen ha ägt rum. Suspensiva villkor skall dock inte anses framskjuta tiden för rättshandlingen. Krävs myndighetsregistrering för sakrättslig verkan, som fallet är vid fastighetspant, skall förfogandet anses ha ägt rum, inte då registrering sker utan då ansökan därom inges till myndigheten.[118]

Den föreslagna tyska insolvensrättsreformen innebär, som framgått, inga omvälvande förändringar för möjligheterna till återvinning utom konkurs. De hittillsvarande huvudprinciperna i Anfechtungsgesetz har bevarats. Som främsta nyhet måste betecknas den bevislättnad som i vissa situationer skall tillkomma återvinningsborgenären och de utsträckta tidsfristerna i fall av benefika gäldenärstransaktioner. Rent objektivt grundade återvinningsmöjligheter vid exempelvis säkerhet ställd i efterhand och betalning med ovanliga betalningsmedel har inte föreslagits utanför det organiserade insolvensförfarandets ram.[119] Sådana förfogandens ställning i bevishänseende torde emellertid inte förändras i och med den nya lagens tillkomst. De talar starkt för gäldenärens skadeuppsåt och förvärvarens onda tro.[120]

6.8 Gränsdragning mellan Anfechtung och andra liknande ersättningsanspråk

Vid sidan av allmängiltiga regler om svek och simulation har i tysk rätt utvecklats ett institut för *förvärvarens gäldsansvar,* som fått vidsträckt betydelse som borgenärsremedium, *§ 419 Bürgerliches*

[117] § 8 Entwurf AnfG.

[118] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B142 f, B312.

[119] Se härom Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht s 406 ff; Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B119 ff.

[120] Jfr ovan *avsn 6.3.2.2.*

Gesetzbuch (BGB).[121] Stadgandet innebär, att borgenären har rätt att söka ut sin fordran på gäldenären hos den, till vilken gäldenären överlåtit alla eller väsentliga delar av sina tillgångar. Den bakomliggande tankegången är att skulder innebär en förmögenhetsbelastning, och att skulderna följer tillgångarna även i en förvärvares hand. Från att vid tiden för BGB:s tillkomst ha avsett konkreta situationer med grund i bl a illvilliga förfoganden med jordbruksfastigheter eller transaktioner för dödsfalls skull, tydligen inte helt ovanliga under sent 1800-tal, har stadgandet sedermera genom en frikostig rättstillämpning fått en generell användning.[122] Särskilt har borgenärer utnyttjat möjligheten att vända sig mot förvärvare av hela rörelser. Även vid fastighetsöverlåtelser har § 419 BGB kommit till flitig användning, när utsökningsunderlaget hos gäldenären visat sig otillräckligt.

Eftersom det pågående reformarbetet på insolvensrättens område med stor sannolikhet kommer att resultera i att § 419 BGB upphävs, avstår jag från en närmare beskrivning av dess hittillsvarande tillämpning. Det må vara nog med upplysningen, att regeln i avsaknad av subjektivt dolösa rekvisit varit ett hanterligare instrument för borgenärer att få till stånd fullgörelse än att yrka återvinning.[123] Av större intresse är de argument, som anförts i reformförslaget för en radikal inskränkning av denna vidsträckta möjlighet att göra gällande ett utsträckt gäldsansvar.

Som rättstillämpningen kommit att tolka stadgandet i § 419 BGB framstår det som unikt vid en jämförelse med övriga västerländska rättsordningar. Enligt de undersökningar, som kommissionen och justitieministeriet företagit, saknas ett motsvarande institut för ansvarsgenombrott helt i fransk och anglo-amerikansk rätt; i Schweiz och Österrike tillämpas det långt mera strikt än i Tyskland.[124] Regeln

[121] Om tillämpning och uttolkning av § 419 BGB, se exvis de allmänna lagkommentarerna till BGB; Larenz, Schuldrecht, samt Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B322 ff.

[122] Jfr likartat tankegods i 8:3 och 13:1 ÄktB, behandlade ovan *avsn 2.2.* Skillnaden mellan denna reglering och återvinning låter sig lätt förklaras av denna olikartade grundsyn på instituten.

[123] Som ett enstaka sentida exempel ur en mycket rik praxis kan nämnas *BGH 23 maj 1985,* KTS 1986, 93: Gäldenären hade överlåtit all sin egendom och medgivit säkerhetsförvärvare fri realisationsrätt. Efter transaktionen saknade gäldenären exigibel förmögenhet, eftersom hans förfoganden inte givit honom ny sådan. Målet är närmare kommenterat av Henckel, EWiR § 3 AnfG 2/85.

[124] Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts s B324.

som sådan passar inte för den moderna kreditgivningens villkor. Till skillnad från förhållandena under 1800-talet är numera en fysisk eller juridisk persons framtida inkomster, inte hans förmögenhet, grunden för varje seriös bedömning av kreditvärdigheten hos en gäldenär.[125]

Att ålägga en "totalförvärvare" ansvar för överlåtarens gäld innebär vidare enligt reformmotiven en alltför stor fördel för vissa borgenärsgrupper och motverkar därför en modern insolvensordnings strävanden till sanering av överlevnadsdugliga företag. Dessutom har den gällande regleringen medfört omständliga förfaranden vid kontraktsskrivning och rent av lett till skenartade dispositioner, allt i avsikt att avskära överlåtarens borgenärer från tillgång till egendomen i förvärvarens hand. Ekonomiskt välmotiverade överlåtelser har stundom helt förhindrats på grund av rädslan hos presumtiva köpare för framtida krav från säljarens fordringsägare. De utvidgningar i återvinningsmöjligheterna både inom och utom det nya insolvensförfarandet, som lagförslaget innehåller, ger förfördelade borgenärer rätt att rikta sig mot gäldenärens förfoganden i fall där ansvarsgrundande skada verkligen uppkommit.[126] Ministeriet menar därför, att § 419 BGB saklöst kan avskaffas.

Grundläggande för kritiken mot här behandlat gäldsansvar i den särpräglade utformning det fått i tysk rätt är alltså den medvetna omsvängningen i synen på insolvensregleringens huvudsyfte, låt vara mindre radikal än i insolvensrättskommissionens betänkanden. Det gäller inte längre att till varje pris gynna de borgenärer, som blir lidande av att gäldenären inte fullt ut kan göra rätt för sig. I stället kommer rekonstruktion och sanering av gäldenärens ekonomiska situation i förgrunden. Genom ett med utvidgade tidsfrister och förenklade bevisregler reformerat återvinningsinstitut ges samtidigt möjlighet att på ett mera nyanserat och rättvisande sätt angripa borgenärsskadliga transaktioner.

[125] Ibid s B323.

[126] Ibid s B323 f.

7. Anglo-amerikansk rätt

7.1 Den gemensamma grunden i common law

Common law saknar direkt recipierad motsvarighet till de kontinentaleuropeiska rättsordningarnas romerska *actio Pauliana.*[1] Däremot har sedan medeltiden genom rättsfiguren *fraudulent conveyances* funnits ett instrument för att ogiltigförklara borgenärsskadliga förfaranden. Trots att engelsk och amerikansk positiv rätt i dag till dels skiljer sig starkt från varandra när det gäller detta återvinningsliknande intstitut, har jag sett det lämpligt att ge en allmän introduktion av den gemensamma grunden för de båda rättsordningarna.[2] Rent terminologiskt har jag valt att jämställa de behandlade anglo-amerikanska instituten med återvinning och använder alltså den beteckningen, trots att den saknar direkt motsvarighet i engelskt juridiskt språkbruk. På engelska talar man i stället om att rättshandlingen är "voidable", en term som motsvarar den skandinaviska rättens återgång vid svag ogiltighet.[3]

I följande avsnitt behandlas först *engelsk* rätt enligt den fram till 1987 gällande regleringen i section 172 Law of Property Act 1925, 7.2, och den nuvarande regleringen i sections 423–425 Insolvency Act 1986, 7.3. Anledningen till att jag bevarat ett parti om den äldre regleringen är de oklarheter, som vidlåder det nya stadgandet. Man har därför att utgå från att åtskilligt i äldre rättstillämpning alltjämt bevarar sin aktualitet. Därefter upptas *amerikansk* rätt, sådan den möter i två uniforma lagverk, Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918, 7.4, och Uniform Fraudulent Transfer Act 1984, 7.5. Endera av

[1] Parallellen mellan regleringen av fraudulent conveyances och det romerska källstället *D 42.8.1.1* (förmodligen avses *1.pr,* eljest svårbegripligt) har uppmärksammats av bl a Kerr, s 310 not (b). Andra åter förnekar inflytelser från kontinental rätt, exvis Cork Committee para 1200.

[2] En översikt av innehållet i anglo-amerikansk återvinningsrätt i och utom konkurs, som den gestaltade sig i början av 1980-talet, meddelas av Lennander, Återvinning s 49 ff; moderniseringen av engelsk insolvensrätt på området är nämnd av henne i TfR 1987 s 586.

[3] Jfr tyskans "anfechtbar".

dessa lagar har inkorporerats med delstatslagstiftningen i ett trettiotal stater. De övriga tillämpar således fortfarande common law-reglerna.

Förhistorien till dagens reglering av *fraudulent conveyances* i England och USA sträcker sig till en lag från 1376.[4] Där förklarades gåvor mellan vänner ogiltiga, förutsatt att givaren behöll saken och njöt avkastningen av den samt att syftet med gåvan var att minska borgenärernas exekutionsmöjligheter. Stadgandet förnyades genom parlamentsakter 1379 och 1487.[5] Sin slutliga lagdräkt före innevarande sekel fick reglerna om fraudulent conveyances 1571 genom vad som regelmässigt går under namnet *Statute of Elizabeth*.[6]

I denna 1571 års "Act against fraudulent deeds, alienations..." var det inte längre fråga om återgång av enbart benefika rättshandlingar. Alla "feigned, covinous and fraudulent" överenskommelser förklarades ogiltiga, om de vidtagits i syfte att försena, hindra eller bedra borgenärer. Sådana avtal betecknades enligt lagens inledning som "more commonly used and practised in these days than hath been seen or heard of heretofore". Transaktioner av detta slag låg enligt lagtexten i vägen för rättvisans behöriga gång och betraktades som ett kullkastande, "overthrow", av alla sanna och ärliga rättshandlingar, utan vilka inget samhälle kan bestå och utvecklas. Inte heller Statute of Elizabeth avsåg dock att angripa avtal, som gjorts *bona fide* och mot *good consideration*.[7] Lagen var således verkningslös, om gäldenärens medkontrahent lämnat fullt vederlag och handlat i god tro om de borgenärsskadliga verkningarna.

De allvarligt syftande och ärligt menade avtalens grundläggande betydelse för samhällslivet understryks alltså 1571 i ganska bombastiska ordalag. Även om den engelska lagstiftaren klätt tangegången i egna stadganden, finns det ingen anledning att antaga, att dessa bygger på annan grund än den som är allmän för den europeiska rättsutvecklingen sedan romersk tid. Någon närmare analys av de politiska och ekonomiska förhållandena i det gryende elisabetanska stormaktsväldet skall inte göras här. Det kan bara poängteras, att man inte vågar dra några säkra slutsatser av formuleringarna i lagens inledning om att dylika bedrägliga avtal aldrig förr varit så vanliga.

[4] 50 Edw 3 c 6.

[5] 2 Ric 2 Stat 2 c 3 respektive 3 Henr 7 c 4.

[6] 13 Eliz 1 c 5.

[7] S 5 Statute of Elizabeth.

Nog är det ett universellt fenomen, att de flesta stadganden i likartat syfte motiveras på detta sätt.[8]

Till praxisutvecklingen i anslutning till Statute of Elizabeth återkommer jag i nästa avsnitt,[9] där återvinningsrekvisiten genomgås i anslutning till 1925 års reglering i Law of Property Act. Här skall bara nämnas, att den väsentligaste ändringen fram till våra dagar ligger i behandlingen av ondtrosrekvisitet. Vad som ursprungligen tolkades som krav på medkontrahentens faktiska visshet om rättshandlingens skadeeffekt gentemot överlåtarens borgenärer, har sedermera omvandlats till vad vi skulle kalla culpös insikt, *constructive notice*.[10]

7.2. Engelsk rätt enligt Law of Property Act 1925

7.2.1 Inledning

Som nyss anmärktes, har reglerna om *fraudulent conveyances* i Statute of Elizabeth 1571 och Law of Property Act 1925 ersatts av stadganden i Insolvency Act 1986.[11] Med hänsyn till prejudikatlärans ställning i engelsk rätt skulle det inte vara möjligt att presentera återvinning utom konkurs enbart med utgångspunkt i den senaste lagstiftningsprodukten. Jag har i stället valt ett kronologiskt synsätt och utgår i det närmast följande från rättsläget, så som det gestaltade sig fram till 1987. Regleringen 1925 avsåg nämligen i första hand att bekräfta dittills gällande rätt.[12] I stället för att fördjupa mig 1571 års lagtext tar jag alltså som utgångspunkt 1925 års.

[8] Jfr inledningen till den första Bills of Sale Act 1854, 17 & 18 Vict c 36, och för den delen även till 1835 och 1845 års svenska lösöreköpsförordningar; härom se bl a Göranson, Traditionsprincipen s 201 f, 210 ff, 325 ff.

[9] Se särsk det grundläggande *Twyne's Case* från 1602, nedan *avsn 7.2.2* vid not 32. – Hur den amerikanska rätten kom att utveckla common law på ett självständigt sätt under 1800-talet beskrivs kortfattat nedan i *avsn 7.4.1.*

[10] Kerr s 300, 302 samt 334 med not (i). Jfr nedan *avsn 7.2.2* vid not 27 och 68 f.

[11] Se nedan *avsn 7.3.* Om engelsk återvinningsrätt i och utom konkurs före den senaste lagstiftningen, se Lennander, Återvinning s 56 ff; om den senare reformdiskussionen, dens i TfR 1987 s 586.

[12] Som närmare kommer att utvecklas nedan, särskilt i *avsn 7.3.2,* innebär förmodligen 1986 års lagstiftning inte någon inskränkning i dittillsvarande återvinningsmöjligheter. Därför skulle äldre praxis inte ha förlorat sitt värde som rättskälla. Den nya lagtextens introduktion av ett nytt begrepp i stället för fraudulent conveyances, "transactions at an undervalue", lämnar emellertid utrymme för tvekan på åtskilliga punkter.

Section 172 Law of Property Act 1925 (LPA 1925)[13]

(1) Save as provided in this section, every conveyance of property, made whether before or after the commencement of this Act, with the intent to defraud creditors, shall be voidable, at the instance of any person thereby prejudiced.

(2) This section does not affect the operation of a disentailing assurance, or the law of bankruptcy for the time being in force.

(3) This section does not extend to any estate or interest in property conveyed for valuable consideration and in good faith or upon good consideration and in good faith to any person not having, at the time of the conveyance, notice of the intent to defraud creditors.

Stadgandet innehåller åtskilliga komplikationer såväl beträffande de objektiva och subjektiva rekvisiten som rörande bevisbördefrågor. Oklarheterna vid tillämpningen av Statute of Elizabeth kom därmed att bestå även efter 1925. Några exempel kan räcka i detta inledande parti.

Är rättshandlingen en *voluntary conveyance*[14] och har gäldenären därigenom råkat i betalningssvårigheter, talar en synnerligen stark presumtion för att den gjorts i avsikt att skada dennes borgenärer. Vid rent *onerösa* transaktioner fordras däremot en klarare ådagalagd skadeavsikt hos överlåtaren. I vilken utsträckning borgenärens bevisbörda härför lättas av vissa i äldre praxis fastlagda presumtionsregler har inte helt klarlagts i rättstillämpningen. Som framgår av subsection (3) är återvinning utesluten, om gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, lämnat full valuta och varit i god tro om rättshandlingens syfte. De för anglo-amerikansk rätt typiska instituten *consideration* och *good faith* spelar stor roll för förståelsen.

Utgör gäldenärens förfogande en gåva av icke renumeratorisk karaktär, har praxis fastslagit att förvärvarens subjektiva uppfattning om gäldenärens skadeavsikt är betydelselös för borgenärens återvinningsmöjlighet. Gåvotagaren kan inte sägas lida direkt skada av att rättshandlingen blir overksam. Den förvärvare som med god-

[13] 15 & 16 Geo 5 c 20.

[14] Begreppet *voluntary conveyance* får anses närmast likställt med *benefik* rättshandling, eftersom dess motsats i återvinningssammanhang är dispositioner där det lämnas acceptabel motprestation. Den typiskt anglo-amerikanska läran om "consideration" spelar härvidlag en viktig roll, eftersom begreppet definieras som överlåtelse utan "valuable consideration", se exvis uppslagsordet i Words and phrases legally defined; Williams' Contract s 660 f. Att utbyta *voluntary conveyance* mot "frivillig" eller "oförpliktad rättshandling" skulle enligt min uppfattning vara missvisande, varför jag i fortsättning behållit den engelska termen oöversatt. Se vidare den rättsjämförande diskussionen nedan *kap 9*.

trosinvändning vill freda onerösa avtal från återvinning har enligt stadgad praxis bevisbördan härför.

Åtskilliga typer av rättshandlingar, förutom rena överlåtelsetransaktioner, har förklarats återvinningsbara enligt reglerna om fraudulent conveyances. Som exempel kan nämnas en säljares ovilja att utkräva köpeskilling, en gäldenärs överflyttande av sina tillgångar som apportegendom till ett av honom grundat bolag, en fastighetsägares inrymmande av en hyresgäst till men för exekutionsborgenär, som utgått från att han kunnat få tillgång till fastigheten obelastad av nyttjanderätter. I motsats till de typiskt konkusrättsliga återvinningsreglerna uppställer section 172 Law of Property Act 1925 inga tidsgränser, inom vilka rättshandlingen måste angripas av förfördelad borgenär.[15]

Den som vid tidpunkten för transaktionen har en klar och förfallen fordran mot gäldenären är naturligtvis taleberättigad. I praxis har härutöver tillåtits återgångstalan även från dens sida, vars fordran vid tillfället var villkorad.[16] Vidare synes i regel som återvinningssvarande instämmas både gäldenären och förvärvaren. I vad mån man här skall tala om nödvändig processgemenskap eller om så sker exempelvis för att fordringsförhållandet mellan de disponerande måste klarläggas ytterligare, har jag tyvärr på grund av bristande engelska processrättsinsikter inte kunnat klart fastställa.

I det fortsatta presenteras närmare de omständigheter som anses presumera gäldenärens *skadeavsikt*, framför allt vid onerösa transaktioner, 7.2.2. I samband därmed behandlas kortfattat kravet på medkontrahentens onda tro. *Rättspraxis* i anslutning till fraudulent conveyances är inte oväntat mycket rikhaltig. Flertalet fall är emeller-

[15] Den engelska litteraturen på området är förhållandevis tunn. Den rikhaltigaste om än i vissa delar föråldrade beskrivningen återfinns hos Kerr, Fraud and mistake, s 298–415 (1952); till det hittills sagda se s 308 ff, 335 ff, 342. Se även Cork Committee, paras 1200–1205, 1210–1220; Vaines s 472, Williams s 7 f, 14, 336 f.

[16] Se närmare *Cadogan v Cadogan* [1977] 3 All ER 831, CA: En man hade inför förestående bodelningsliknande förrättning bortgivit egendom i syfte att beröva hustrun del i den. Sedan han avlidit och hustrun av anledning som här måste förbigås förklarades sakna talerätt mot hans dödsbo, tilläts hon likväl väcka talan med stöd av reglerna för fraudulent conveyances mot gåvotagaren. Hon befanns, med ändring av Chancery-domarens beslut, vara "creditor" i återvinningsregelns mening, trots att hennes fordran vid gåvotillfället inte var klarlagd, per Buckley LJ, s 837.

tid ålderstigna och speglar knappast moderna förhållanden.[17] Jag har inte funnit det möjligt att göra självständiga analyser eller genomgångar av det omfattande materialet. I stället har jag valt att under 7.2.3 närmare referera och kommentera ett relativt färskt mål med intressant diskussion om institutets subjektiva rekvisit.

7.2.2. Gäldenärens skadeavsikt och övriga subjektiva rekvist

Som framgår av section 172 Law of Property Act 1925 görs i behandlingen av de engelska återvinningsreglerna enligt före 1987 gällande lag en tydlig skillnad mellan onerösa och mera benefikt inriktade rättshandlingar. Jag erinrar än en gång om att det fortsatta inte skall betraktas som enbart rättshistoria utan som en beskrivning av främst det praxisutvecklade återvinningsinstitutet. Till den svårbedömda frågan om rättskällevärdet hos äldre rätt efter införandet av Insolvency Act 1986 återkommer jag i avsnitt 7.3.

7.2.2.1 Voluntary conveyances

Redan Statute of Elizabeth 1571 och dess medeltida föregångare tog i första hand sikte på att till överlåtarborgenärernas förmån underkänna *voluntary conveyances*, transaktioner av närmast benefik natur. För återvinning behövde det borgenärsbedrägliga syftet med sådana dispositioner inte vara känt för förvärvaren.[18] Däremot måste klandrande borgenär kunna visa, att gäldenären hade vidtagit rättshandlingen i syfte att undandra exekutionsunderlag.

Genom skilda, starkt verkande presumtionsregler lättade rättstillämpningen snart borgenärernas bevisbörda. I vissa typfall kan man snarast tala om en omkastning till överlåtande gäldenärs och till förvärvarens nackdel. Den främsta av dessa presumtioner för gäldenärens "intent to defraud" är alltjämt att han är "indebted". Uttrycket har givits skilda tolkningar men får anses klarlagt genom *Freeman v Pope*.[19] Där uttalades följande. Om en skuldsatt person genom voluntary conveyance avyttrar viss egendom, som eljest bort tagas i anspråk för att tillfredsställa borgenärer, skall han anses ha agerat i avsikt att "delay and defeat creditors", om dessa efter rättshandlingen inte längre kan hållas skadeslösa. Det krävs således inte klar-

[17] Den systematiska praxisencyklopedin The Digest innehåller omkring 1 000 rättsfallsnotiser under rubriken s 172 LPA 1925, de allra flesta dock från tiden före 1800-talets mitt och knappast några från de senaste decennierna.

[18] Kerr s 307 f, 335.

[19] (1870) LR 5 Ch 538.

lagd insolvens hos gäldenären men väl påvisbara betalningssvårigheter, dvs snarast en form av insufficiens.

Gäldenärens faktiska avsikt att skada sina borgenärer behöver alltså inte visas; det räcker med att hans handlande givit menliga effekter.[20] Har överlåtaren en tid efter den aktuella rättshandlingen blivit insolvent, ligger bevisbördan för hans betalningsförmåga vid avhändelsetillfället på honom, om insolvensen inte förorsakats av en oväntad ekonomisk förlust.[21]

Även om överlåtaren vid tiden för avtalet inte stod i skuld till någon, synes återvinningsregeln kunna användas till förmån för framtida borgenärer, om det kan ådagaläggas att gäldenären vid sin disposition haft för avsikt att denna skulle förringa en blivande fordringsägares rätt.[22] *Medelbar* borgenärsskada är således erkänd som återvinningsgrund. Presumtionsreglerna kan dock inte tillämpas i en sådan sitaution, varför borgenären blir "fullt" bevisskyldig för gäldenärens faktiska skadeavsikt.[23]

Även *blandade fång* kan angripas, om motvärdet är för litet. I *Strong v Strong*[24] sålde en far all sin egendom till en son mot en årlig livränta, vars värde ansågs icke motsvara det överlåtna. Värdeskillnaden måste dock vara avsevärd för att presumera "fraud" enligt *Copis v Middleton*.[25]

7.2.2.2 Onerösa rättshandlingar

Övergår vi så till att undersöka återgångsmöjligheterna vid transaktioner, där förvärvaren lämnat valuta, är rättsregelns innehåll mera svårtolkad och omstridd. Tredje stycket i section 172 Law of Property Act 1925 stadgade i likhet med tidigare lag, att en onerös rättshandling, med vilken gäldenären avsett att skada sina borenärer, inte kan återvinnas om medkontrahenten agerat i god tro. För det första måste vi här söka klarlägga vari det onerösa ligger, vad som menas med motvaluta i uttrycken *good* respektive *valuable consideration*.

[20] Kerr s 308 ff; Reed s 168

[21] Kerr s 312 f.

[22] Kerr s 303, 321 f; Reed s 168 f.

[23] Kerr s 317 ff, 323 ff samt närmare rörande kretsen av taleberättigade s 378–387. Jfr ovan not 16; se även Ratford s 95 f.

[24] (1854) 18 Beav 408, 52 ER 161.

[25] (1818) 2 Madd 410, 56 ER 386. Jfr Kerr s 365, som menar att man i dessa fall inte kan tala om vederlag, "consideration", i gängse mening.

Kerr menar, att undantaget för "good consideration" i Statute of Elizabeth 1571 avsåg att skydda från angrepp endast sådana överlåtelser, som gav avyttraren full valuta.[26] Regeln i 1925 års lag skulle däremot vara gynnsammare för förvärvaren, eftersom "good" här ställs i något slags motsatsförhållande till "valuable". Därigenom skyddades även rättshandlingar med motprestation i form av en "meritorious consideration", dvs grundade på "natural affection" till förmån för bl a släktingar.[27] Jag har dock inte kunnat finna, att Kerr ens i sin egen framställning påvisat något stöd ur praxis för en sådan åsikt. Äldre rättsfall drar i vart fall ingen klar gräns mellan dessa fall och andra benefika transaktioner.[28] Inte heller resonemangen i nedan refererade rättsfall[29] talar för Kerrs slutsatser.

Vidare kan enligt 1925 års lag en skadehandling inte återvinnas, om förvärvaren är i *god tro* vid avtalstillfället. Detta subjektiva rekvisit är dubbelt. Dels skall förvärvaren inte ha "notice of the intent to defraud creditors", dvs inte känt eller bort känna till medkontrahentens skadeavsikt.[30] Dels fordras härutöver att förvärvet skett "in good faith". Uttrycket är visserligen bara en översättning av *bona fide* i Statute of Elizabeth 1571 men anses innehållsmässigt synnerligen oklart.[31] Snarast torde det innebära, att förvärvaren måste utgå från att "allt gått rätt till" och att rättshandlingen som sådan är hedervärd. Från bevissynpunkt måste det viktiga påpekandet göras, att borgenären visserligen ansågs bevisskyldig för överlåtarens avsikt att skada hans intressen, men att förvärvaren själv måste styrka sin eventuella invändning om god tro i båda de nyss relaterade hänseendena.

Vad närmare angår överlåtarens *intent to defraud,* räcker det vid onerösa transaktioner inte för återvinningsborgenären att som i de benefika fallen blott påvisa gäldenärens betalningsoförmåga i och med avhändelsen. Att vederlag lämnats utvisar ju, att "there may be purposes in the transaction other than the defeating and delaying of

[26] Kerr s 334, 341 f.

[27] Ibid.

[28] Här bortses från den särskilda regel, som stadgade att rättshandlingar, även gåvor, för giftermåls skull alltid betecknades som onerösa, om äktenskapet fullbordades. Se därom Kerr s 344 ff och nedan not 79. Insolvency Act 1986 har undanröjt detta föråldrade synsätt, se nedan *avsn 7.3.2.2* vid not 90.

[29] Nedan *avsn 7.2.3* vid not 62 ff. Ett *obiter dictum* av Cairns LJ kan dock med välvillig tydning anses hysa viss förståelse för arrangemang till tryggande av familjemedlemmars ställning, se efter not 72.

[30] Ang culpabedömningen se ovan vid not 10 och nedan not 69 f.

[31] Se nedan i anslutning till *Lloyds Bandk Ltd v Marcan,* vid not 67 ff.

creditors".[32] Eftersom gäldenärens förmögenhetsställning inte försämrats, om denne fått full valuta, i vart fall i penningar, har det ifrågasatts, att rättsregeln över huvud taget vore tillämplig vid *kontantaffärer.* Förr finge borgenärerna skylla sig själva att de inte varit tillräckligt vigilanta, när de inte gittat lägga beslag på de influtna medlen utan låtit gäldenären göra sig av med dem.[33]

Annorlunda förhåller det sig, om vederlaget är *kvittning* av en icke förmånsberättigad fordran på gäldenären. Det har påpekats, att borgenärens rätt till återvinning av en vederlagstransaktion måste bygga på "actual rather than constructive fraud" och att detta spörsmål i sin tur alltid är "a question of fact more than of law".[34] Likväl har uppställts en rad "marks or badges of fraud", vars förekomst utgör en presumtion om att rättshandlingen företagits såväl i skadeavsikt som *mala fide.* Presumtionen täcker således det subjektiva gäldenärsrekvisitet i subsection (1) och ett av de båda subjektiva rekvisiten i subsection (3) av section 172 Law of Property Act 1925, men inte frågan om förvärvarens onda tro om överlåtarens skadeavsikt.

Utgångspunkten för all diskussion om nu aktuella omständigheter, som presumerar skadeavsikt och ond tro, är det klassiska *Twyne's Case:*[35]

> En gäldenär hade två borgenärer, varav den ene stämt på betalning. Till den andra borgenären, Twyne, överlät då gäldenären all sin egendom *solvendi causa* under titel av "gift" utan att ge transaktionen publicitet. Gäldenären behöll till yttermera visso det avyttrade hos sig och disponerade utåt sett alltjämt över det, som om han haft kvar full äganderätt.

Domstolen, Star Chamber, fann avtalet overksamt gentemot den andre borgenären samt fastslog sju väsentliga omständigheter som talade för gäldenärens skadeavsikt och, för den delen, medkontrahentens onda tro: överlåtelse av all gäldenärens egendom, överlåtarens bibehållna fysiska besittning, transaktionens hemliga natur, överlåtarens återlösningsrätt, rättshandlande efter det att gäldenären stämts på betalning eller utsatts för inledande exekutiva åtgärder, *trust*-liknande förhållande mellan parterna till överlåtarens fördel samt vissa misstänkliggörande klausuler i kontraktet om att "the gift was made honestly, truly and *bona fide*".

[32] Kerr s 350.

[33] Kerr s 337 f, 341, 350. Jfr Cork Committee para 1211.

[34] Kerr s 350.

[35] (1602) 3 Co Rep 80b, 76 ER 809.

Till dessa "klassiska" presumtioner från 1602 års *Twyne's Case* lägger *Kerr* med stöd av senare praxis följande två:[36] falska uppgifter om vederlagets storlek samt bristande överensstämmelse mellan det avyttrade och lämnad valuta.

I äldre tid var styrkan hos de i *Twyne's Case* fastslagna presumtionsreglerna mycket påtaglig; de var i det närmaste omöjliga att motbevisa. Sedermera har rättstillämpningen emellertid avgjort fall med liknande omständigheter, särskilt om de uppträtt isolerat, utifrån en friare bevisvärdering. Frågan om gäldenärens skadeavsikt har kommit att betraktas som fact, som kan motbevisas.[37] Av de uppräknade "badges of fraud" skall några närmare skärskådas.

Den först nämnda omständigheten, att gäldenären *överlåter all sin egendom* synes ha förlorat mycket av sin presumerande styrka, om dispositionen inte skett som "a mere cloak for retaining a benefit to the grantor".[38] Så ansågs ha skett i *Re Fasey:*[39]

> En skuldsatt entreprenör överlät alla sina tillgångar till ett nybildat bolag, som i sin tur lovade att gottgöra hans borgenärer. Av aktierna i detta bolag behöll han själv vissa, och resten tillföll hans solicitor som ersättning för skulder till honom. Bolaget fullföljde emellertid inte sitt betalningsåtagande. Borgenärerna kunde inte med åberopande av överenskommelsen mellan gäldenären och bolaget utsöka sina fordringar direkt hos detta. Däremot föll transaktionen under regleringen i Statute of Elizabeth 1571, eftersom den skadat fordringsägare. Gäldenärens ställning i det av honom konstruerade bolaget ansågs innebära, att bolaget genom ställföreträdaren var i ond tro om skadeavsikten. Att transaktionen gynnat en borgenär, gäldenärens solicitor, framför andra påverkade visserligen inte utgången.[40] Men det utgjorde heller inget hinder mot tillämpning av stadgandet.[41]

Att rättshandlingen företagits *pendente lite* har av *Kerr* sammanfattningsvis betecknats som "suggestive of fraud", först när den omständigheten kan kopplas med andra av de nyss nämnda. Om förvärvarens vederlag verkligen motsvarar det överlåtnas värde, är förhållandet att fordringsmål pågår eller utmätning väntas "not a strong

[36] Kerr s 351.

[37] Diamond s 301; Goodeve s 152; Kerr s 350–378, 672; Reed s 164 f.

[38] *Alton v Harrison* (1869) LR 4 Ch 622, 625 per Giffard LJ.

[39] [1923] 2 Ch 1.

[40] Ensidiga gynnanden kan inte åtkommas med den nu diskuterade återvinningsregeln; så må ske endast i konkurs. Jfr nedan vid not 80.

[41] Se Kerr s 351 ff. Jfr Halsbury's Laws of England 4, para 791.

mark of fraudulent intention".[42] Förmodligen har det nedan behandlade rättsfallet *Lloyds Bank Ltd v Marcan*[43], som tillkommit efter den senaste utgåvan av Kerrs monografi, inneburit en skärpning av praxis. Med tanke på den i det målet omtvistade rättshandlingens avgränsade skadeeffekter – intecknad fastighet belastades inför förestående utmätning med sakrättsligt giltig nyttjanderätt – och den avgörande vikt som lades vid *pendente lite*-omständigheten är det rimligt att påstå, att rättspraxis fastlagt en borgenärsvänligare tolkning av just den presumtionsregeln.

Bland "badges of fraud" skall slutligen närmare granskas den omständigheten, att överlåtaren efter förfogandet har kvar den *omedelbara besittningen* till egendomen och i förekommande fall även en rätt att *återlösa* den.[44] Äganderätten till lösöre övergår enligt engelsk rätt på förvärvaren vid det tillfälle parterna överenskommer. Regelmässigt skall så anses ha skett i samband med avtalsslutet.[45] Kvarblir godset emellertid för längre tid i säljarens vård, antyder detta enligt *Kerrs* på praxis stödda åsikt, att avtalet inte har någon "real operation according to its apparent character and effect". Man skulle nämligen därav kunna sluta, att parterna inte eftersträvat en allvarligt menad överföring av äganderätten eller att transaktionen innebär en dold förmån för överlåtaren.[46] Likartade praxisstödda uttalanden finner vi hos *Goodeve* och *Reed.* Bibehållen besittning är endast "evidence of fraud" men inte "conclusive proof".[47] Förhållandet innebär, att "a strong though not conclusive presumption arises of fraud and a secret trust for the grantor's benefit".[48]

Kerr söker dra en gräns i besittningsfallen mellan "absolute" och "conditional transfer of property"[49] Denna uppdelning, som inte är synbar i äldre rättsfall, motsvarar närmast skillnaden mellan omsätt-

[42] Kerr s 354 med redogörelse för åtskilliga rättsfall, av vilka endast ett fåtal medfört bifall till återvinningstalan, s 355–362.

[43] Vid not ff.

[44] Termen *constitutum possessorium* förefaller okänd i engelskt juridiskt språkbruk.

[45] Jfr ss 17, 18 Sale of Goods Act 1979. Se närmare om äganderättens övergång i engelsk rätt, Göranson, Traditionsprincipen kap 9 med hänvisningar.

[46] Kerr s 366.

[47] Goodeve s 152

[48] Reed s 164 f.

[49] Kerr s 368 ff.

ningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse.[50] Särskilt beträffande de senare är numera rättsläget sedan lång tid "stabiliserat" till överlåtarborgenärernas förmån genom Bills of Sale Acts 1878 och 1882. I denna lagstiftning, som emellertid inte påverkar muntliga avtal, fordras registrering av kontrakt, som innebär att säljaren kvarblir i besittning av köpgodset. Vidare bör här påpekas den fram till 1987 gällande "reputed ownership"-doktrinen vid Bankruptcy,[51] som med vissa inskränkningar stadgade, att all egendom i konkursgäldenärens omedelbara besittning skulle tillföras konkursboet.[52]

Bortser vi från nu nämnda speciallagstiftning, har i vissa fall av föregiven omsättningstransaktion överlåtarens kvarhållande av godset enligt ett äldre, ledande men omdiskuterat rättsfall tillåtits vara tillräcklig presumtion för "fraud" enligt Statute of Elizabeth 1571.[53] Dess prejudikatvärde anses numera försvagat så att oförändrade besittningsförhållanden måste backas upp av andra omständigheter för att bli "conclusive presumtion of fraud".[54] Stöd för denna slutsats finns i åtskilliga 1800-talsrättsfall,[55] medan jag inte kunnat hitta något mål under innevarande sekel, där frågan ställts på sin spets.

Inget talar för att rättstillämpningen med stöd av section 172 Law of Property Act 1925 skulle i nu aktuellt hänseende ha intagit en strängare attityd i återvinningsförenklande riktning. Två förklaringar härtill kan anföras. För det första reglerar Bills of Sale-lagstiftningen det område, som närmast motsvarar de svenska lösöreköpen. Även om registreringskravet är avsett att ge viss publicitet och stadga främst åt säkerhetsöverlåtelser, påverkas också omsättningstrans-

[50] För sistnämnda kategori kan det inte i sig anses "fraudulent" att överlåtaren har kvar den omedelbara besittningen, eftersom detta ligger i avtalstypens natur, Kerr s 371 ff; Reed s 165. Se exvis *Reed v Wilmot* (1831) 7 Bring 577, 131 ER 223 och *Belding v Read* (1865) 3 H & C 955, 159 ER 812.

[51] Ursprungligen 21 Jac 1 c 19 (1623), ss 10, 11; sedermera s 38 Bankruptcy Act 1914. Regeln avskaffades genom införandet av Insolvency Act 1986.

[52] *Reputed ownership*-regler saknades även tidigare, om gäldenären var ett *company,* vars konkurs, *winding-up,* inte reglerades av Bankruptcy Act utan av särskilda regler i bolagslagstiftningen.

[53] *Edwards v Harben* (1788) 2 Term Rep 587, 100 ER 315: En gäldenär överlät all sin egendom men tilläts ha den kvar och manifesterade transaktionen blott genom överlämnande av en korkskruv. Domstolen uttalade, att varje omsättningsöverlåtelse är "fraudulent and void .... unless possession accompanies and follows the deed".

[54] Kerr s 368 ff, särsk s 372.

[55] Se Kerr a st.

aktioner, grundade på skriftliga avtal. Ett viktigt undantag från registreringskravet gäller dock för transaktioner "in the ordinary course of business". För det andra förekommer i engelsk rätt, åtminstone i doktrin och lagförslag, en stark avoghet mot regler, som lägger avgörande vikt vid fysiska besittningsförhållanden i tredjemanskonflikter. Särskilt regeln om "reputed ownership" var länge utsatt för nedgörande kritik, innan den slutligen avskaffades 1986.

Dröjer vi ytterligare något vid besittningsförändringar som tecken på "fraud", har i ett tidigare 1800-talsfall underkänts, att förvärvaren insatts i ett slags *sambesittning* med överlåtaren.[56] Men inte heller en sådan konstruktion anses längre isolerad vara tillräcklig för överlåtelsens overksamhet gentemot säljarborgenärerna.[57] Mellan sammanlevande makar torde den gemensamma tillgången till godset vara i det närmaste betydelselös som presumtion för "fraud". I *Ramsay v Margrett*[58] konstaterades, att bohag mycket väl kan vara i endera makens "possession", om han kan visa "legal title" till saken. I rättsfallet hade hustrun "separate estate",[59] och bohag som hon mot vederlag förvärvat från mannen – av en solicitor uppsatt kvittens kunde företes – var fredat från dennes borgenärer. Regeln har upprätthållits i modern tid.[60]

Sammanfattningsvis kan alltså fastläggas, att tillämpningen av section 172 Law of Property Act 1925 har krävt överlåtande gäldenärs "intent to defraud creditors" och att återvinningsborgenären bär bevisbördan för sådan avsikt. Praxis har genom tiderna uppställt ett antal presumtioner för bedrägligt syfte med rättshandlingen. Förekom en sådan omständighet som talar för "fraud", ålåg det – åtminstone enligt äldre uppfattning – gäldenären och förvärvaren att visa avtalets hedervärdighet. Styrkan av dessa presumtioner synes emellertid vid onerösa transaktioner ha gradvis försvagats till förmån för en inställning, där samtliga omständigheter i målet blir avgörande för bedömningen, huruvida den klandrade rättshandlingen varit "fraudulent" eller ej. Skadeavsikt har förklarats inte nödvändigtvis innebära "deceit or dishonesty". Det är tillräckligt att

[56] *Wordall v Smith* (1808) 1 Camp 332.

[57] För ytterligare rättsfall, se Kerr s 375 ff.

[58] [1894] 2 QB 18.

[59] Närmast mostsvarande enskild egendom.

[60] *Koppel v Koppel* [1966] 2 All ER 187, CA.

den aktuella rättshandlingen berövar borgenärerna utsökningsunderlag, som eljest skulle ha varit tillgängligt.[61]

7.2.3 Ett ledande rättsfall

Till närmare belysning av den engelska rättens återvinningsmöjligheter enligt section 172 Law of Property Act 1925 skall närmare diskuteras det ledande rättsfallet i modern tid, *Lloyds Bank Ltd v Marcan:*[62]

> Gäldenären Marcan ägde en fastighet, i vilken banken hade panträtt.[63] På grund av gäldenärens oförmåga att ersätta banken för ett borgensåtagande inledde banken exekutivt förfarande mot Marcan i avsikt att sätta sig i besittning av fastigheten. Den nyttjades vid tillfället av gäldenären som bostad, och där drev han också en handelsträdgårdsrörelse. Sedan det exekutiva förfarandet uppskjutits, hyrde Marcan ut fastigheten till sin hustru enligt ett avtal om upplåtelse under 20 år mot en avgift, som skulle fastställas av utomstående till högsta gängse belopp. Eftersom banken väntat sig att fastigheten inte skulle vara belastad av någon nyttjanderätt, ansökte den om hyresavtalets ogiltigförklarande. Fråga uppkom därvid, dels om uthyrningen var en sådan "intent to defraud" som fordras för tillämpning av återvinningsstadgandet, dels om ägarens hustru varit i ond tro om denna avsikt.

I första instans fann domstolen,[64] att ägarens avsikt med avtalet var att han och hans familj oavsett den exekutiva åtgärden skulle bevaras i sin besittningsrätt till fastigheten. Trots att det inte kunde visas att ägaren insett eller bort inse, att fastigheten som exekutionsunderlag därigenom blev mindre värd för banken, var åtgärden i sig tillräcklig för att falla under section 172(1) Law of Property Act 1925. Det förhållandet att hyresavgiften framstod som låg och att hyresgästen knappast hade egna ekonomiska möjligheter att erlägga den, var inte i sig tillräckligt. I stället fäste domstolen avgörande vikt vid två omständigheter. Dels hade uthyrningen skett *pendente lite*, sedan ägaren fått kallelse till det slutsammanträde, där den exekutiva åtgärden skulle beslutas. Dels hade han vidtagit rättshandlingen i avsikt att

[61] Ang sistnämnda definition av det subjektiva gäldenärsrekvisitet, se *Lloyds Bank Ltd v Marcan* refererat genast nedan.

[62] [1973] 2 All ER 359, [1973] 1 WLR 339.

[63] Bankens "right to possession" enligt upplåten panträtt, *mortgage,* kan utövas antingen som "receipt of rents", om fastigheten är uthyrd, eller som "vacant possession". Banken förväntade det sistnämnda, som utan tvivel skulle underlätta en senare realisation av fastigheten.

[64] Chancery Division, Pennycuick V-C.

beröva banken fri tillgång till fastigheten.[65] Innebörden av uttrycket "intent to defraud creditors" ansågs, bl a med hänsyn till rättstillämpningen i anslutning till Statute of Elizabeth 1571, vara icke den moderna läsarten uppsåtligt bedrägeri, "actual deceit or dishonesty", utan det vidsträcktare "depriving creditors of timely recourse to property which would otherwise be applicable for their benefit".[66]

När det därefter gällde att fastställa, huruvida ägarens hustru, den insatta hyresgästen, varit i ond eller god tro, kan anmärkte domstolen först, att parterna var ense om att hon bar bevisbördan för sitt godtrospåstående. För det första skall rättshandlingen för att fredas, ha företagits "in good faith", oavsett om vederlaget är "valuable" eller "good consideration". Uttrycket är en direkt översättning av "bona fide" i Statute of Elizabeth, men dess innebörd framstår som oklar. Pennycuick V-C avstod från att själv ta närmare ställning;[67] han hänvisade i stället till Kay LJ i *Mogridge v Clapp.*[68] Enligt dennes mening innebar "good faith" i ett likartat sammanhang "belief that all is being regularly and properly done". Gäldenärens hustru, den insatta hyresgästen, uppfyllde inte det kravet.

För det andra skall för återvinning förvärvaren/medkontrahenten inte vid tiden för rättshandlingen ha "notice of intent to defraud". Sådan insikt behöver inte vara faktisk, *actual*, kunskap; det räcker med culpös ond tro, *constructive notice.*[69] Eftersom hyresgästen själv medgivit, att avtalet tillkom för att hon och familjen skulle fortsätta att bebo fastigheten och nyttja den i rörelsen och för att banken inte skulle kunna sätta sig i besittning av den, ansågs hon ha faktisk kunskap om nyttjanderättsupplåtarens/makens kollusiva syfte. I vart fall, tillade Pennycuick V-C en smula försiktigt, hade hon *constructive notice* om fastighetsägarens avsikt med hyresavtalet,[70] som följaktligen förklarades ogiltigt.

[65] [1973] 1 WLR 339, 346 f.

[66] Ibid s 344.

[67] "I do not propose to express any conclusion on the...extremely obscure requirement...", s 347.

[68] [1892] 3 Ch 382, 401, CA.

[69] Stöd för denna culpösa ondtros-konstruktion kan hämtas i s 205 (1) LPA 1925. Jfr Kerr s 334 not (i).

[70] [1973] 1 WLR 339, 347.

Domslutet fastställdes sedermera av Court of Appeal,[71] där två vota är av ytterligare intresse för att fastställa innebörden av rekvisitet "intent to defraud creditors". Russel LJ konstaterade för sin del, att varje rättshandling, som faller under stadgandet, i sig utgör en fullt laglig åtgärd. Vad lagregeln söker förhindra är åtgärder "not honest in the context of the relationship of debitor and creditor". I fråga om frivilliga dispositioner kan man dessutom sluta sig till att en sådan avsikt föreligger, när gäldenären vidtar åtgärder som medför att tillgångar eller deras motvärde undandras borgenärerna. I det aktuella målet var syftet med gäldenärens handlande ostridigt. Han avsåg att beröva banken möjlighet att tillträda fastigheten obelastad av nyttjanderätt och därigenom försämra bankens ställning som borgenär. I förhållandet mellan gäldenär och borgenär var åtgärden "less than honest: it was sharp practice..." Sistnämnda bedömning ändrades inte av att gäldenären fått råd av advokat att agera på sätt han gjorde. Både enligt gällande rätt och enligt Statute of Elizabeth hade gäldenären således "intent to defraud the bank..."[72]

Cairns LJ var mer tveksam i sitt votum. Han önskade för sin del inte tunna ut det subjektiva rekvisitet så mycket som Pennycuick V-C gjort. Även om det för återvinning inte fordras *deceit,* är enligt Cairns LJ "dishonest intent" hos gäldenären ett nödvändigt faktum, i vart fall om dennes medkontrahent lämnat vederlag. I fråga om *voluntary conveyances* är det dock lättare att sluta sig till ett kollusivt syfte. Och när det gäller rent benefika transaktioner som avsiktligt gynnar gäldenären själv och inte kan ses som ett familjearrangemang *bona fide* eller blott gynnande av vissa borgnärer framför andra, skall rättshandlingen betraktas som "fraudulent". I målet var visserligen hyresbeloppet "honestly fixed" och dessutom ostridigt, att gäldenären inte varit medveten om att fastigheten var mera värd för banken outhyrd. Men likväl förelåg "intent to defraud", eftersom uthyrningen skett när gäldenären visste att banken faktiskt sökte "vacant possession". Han måste även ha insett att den outhyrda fastigheten för banken var mer "convenient...than merely...possession of the rents and profits", i synnerhet som det låg i hans eget intresse att hustrun och inte banken hade besittningsrätt till fastigheten.[73]

Med hjälp av detta ledande nutida rättsfall och av det tidigare anförda rörande "fraud"-presumtionerna kan man dra vissa slut-

[71] [1973] 3 All ER 754, CA, [1973] 1 WLR 1387, CA.

[72] [1973] 1 WLR 1387, 1390 f

[73] Ibid s 1392

satser om vad som fordrades för angriplighet enligt section 172 Law of Property Act 1925. Även om det andas viss försiktighet hos Cairns LJ, tillåter övriga vota i *Marcan*-målet, sammanställda med Kerrs synpunkter, den konklusionen, att stadgandet är vidsträckt och flexibelt. Översatt till svenska förhållanden skulle jag vilja påstå, att redan *culpösa* förfaranden med en påvisbar *skadeeffekt* är åtkomliga. Å andra sidan ger en ytlig genomgång av praxismaterialet vid handen,[74] att domstolarna inte sällan sökt finna något slags faktum eller anknytning till försvarbara transaktioner, som gör att rättshandlingen står sig mot tredje man.

Dessa i sig motsägelsefulla påståenden kan dock förklaras av att vi rör oss på ett fält, där ingen skarp skiljelinje finns mellan rätts- och bevisfrågor. Men det problemet möter i alla sammanhang, där generalklausulliknande rättsregler skall tillämpas. Domstolarna synes handha de förekommande presumtionerna för "fraud" med måttfullhet och, om uttrycket tillåts, med viss frimodighet. De lättar tveklöst borgenärens bevisskyldighet om gäldenärens skadeavsikt men tillåts inte verka undantagslöst till någondera sidans förmån. Ofta krävs det ett antal "skumma moment" för att domstolarna skall fastslå "fraudulent intent". Däremot utgör enligt min åsikt den omkastade bevisbördan för medkontrahentens goda tro en betydelsefull men kanske välvald fördel för borgenärerna.

7.3 Engelsk rätt enligt Insolvency Act 1986

7.3.1. Det ursprungliga reformförslaget

Det engelska stadgandet mot *fraudulent convyencees* kom nyligen att ges en helt annorlunda språkdräkt genom antagandet av Insolvency Act 1986. Lagstiftningen hade föregåtts av flera kommittéers arbete på insolvensrättens reformering. I det sista förslaget, Cork-kommitténs betänkande 1982, motiverades återvinningsregeln med att personer måste vara "just before they are generous and that debts must be paid before gifts can be made."[75] Något förslag till ny författningstext publicerades emellertid inte.

Cork-kommittén vänder sig mot åtskilliga oklarheter i section 172 Law of Property Act 1925, beträffande både de objektiva och de

[74] Genomgången har huvudsakligen skett med hjälp av referaten i The Digest.

[75] Cork Committee para 1202, med citatet hämtat från *Freeman v Pope* (1870) LR 5 Ch 538, 540, dock utan hänvisning i betänkandet.

subjektiva rekvisiten. Alla typer av rättshandlingar, även rena penningbetalningar, bör kunna angripas.[76] Gäldenärens disposition skall tydligare uttryckas avse att "defeat, hinder, delay or defraud creditors, or to put assets belonging to the debtor beyond their reach, and that such intent may be inferred whenever this is the natural and probable consequence of the debtor's actions, in the light of the financial circumstances of the debtor at the time, as known, or taken to have been known, to him."[77] Om nu angiven avsikt med rättshandlingen föreligger, skall denna kunna ogiltigförklaras, även om vederlag lämnats. Undantag bör göras endast om vederlaget mottagits i pengar eller därmed jämförbar valuta och uppgått till fullt motvärde av gäldenärens prestation.[78] Slutligen avser kommittén att alltjämt skydda godtroende förvärvare, om denne samtidigt som han lämnat full valuta också kan betraktats som en *bona fide purchaser*.[79]

Kommittén diskuterar även, om nu aktuellt stadgande skulle utsträckas till att omfatta rättshandlingar som ensidigt gynnar viss borgenär på andras bekostnad. Häremot talar, att engelsk rätt sedan länge knäsatt en regel om att gäldenären har fritt val att betala sina förfallna skulder i den ordning han själv väljer.[80] "It is not fraudulent, though it may be unfair, to prefer one creditor to another; in certain circumstances it may not even be deserving moral censure. We are firmly of the view that a remedy designed to protect creditors from dishonesty should not be capable of being invoked where dishonesty is not proved to be present." Vidare skulle en sådan utsträckning kunna få svåröverskådliga konsekvenser, när en gäldenär börjar inse att han kanske inte kan tillfredsställa alla sina borgenärer. Före klarlagd insolvens kunde sålunda ett tillstånd av "cessation of payments" befaras inträda, vilket från allmänna synpunkter vore

[76] Cork Committee para 1211, 115 (a).

[77] Ibid para 1215 (b)

[78] Ibid para 1215 (c)

[79] Ibid para 1215 (d). – Kommittén tar genom formuleringen om pengar eller jämförbar valuta avstånd från den rättsregel som säger, att benefika rättshandlingar inför förestående äktenskap skall anses ha fått "valuable consideration" genom att äktenskapet fullföljs. (Se härom exvis Kerr s 346 ff). Sådan dispositioner bör i dagens sociala sammanhang ses som gåvor och inte som "commercial bargains and where fraud is present, [we consider it] just and equitable to prefer the debtor's unpaid creditors to his innocent spouse", Cork committee para 1216.

[80] Se exvis *Middleton v. Pollock* (1876) 2 ChD 108, vari Jesser MR uttalade, att Statute of Elizabeth "has no regard whatever to the question of preference or priority among the creditors to the debtor".

skadligt. Kommitténs slutsats är därför, att den allmänna exekutionsrättsliga regeln om borgenärernas lika rätt, *pari passu distribution,* bör förbehållas konkursinstitutet och först där bli aktuellt vid en tillämpning av återvinningsregler.[81]

7.3.2 Reformförslagets slutliga utformning

7.3.2.1 Lagstiftningen

Sedan Cork-kommittén presenterat sina förslag till insolvensrättsreform, följde en allmän debatt om de stora linjerna, bl a upphävandet av skillnaden mellan registrerade bolags *winding-up* och övriga rättssubjekts *bankruptcy.* Reglerna om *fraudulent conveyances* spelade ingen egentlig roll i den diskussionen.

Från många håll befarades, att ingen reformlagstiftning alls skulle komma till stånd. Emellertid förelades det brittiska parlamentet förslag, som 1985 utmynnade i en Companies Act för bolagens insolvensfrågor och en Insolvency Act för de övriga subjektens. Insolvency Act 1985 täckte i stort sett samma område som 1914 års Bankruptcy Act. Tydligen som ett utslag av lagstiftningsglädje beslöt parlamentet redan året därpå – innan de nyssnämnda lagarna trätt i kraft – att alla insolvensrättsliga stadganden skulle åtminstone lagtekniskt sammanföras i ett lagverk, en s k consolidated act. Denna nya *Insolvency Act 1986 (IA 1986)* trädde i kraft den 29 december 1986 men gavs inte retroaktiv verkan.[82]

Genom Insolvency Act 1986 upphävdes section 172 Law of Property Act 1925. Motsvarigheten till de gamla reglerna om *fraudulent conveyances* återfinns i sections 423–425 IA 1986. Terminologin bjuder på vissa nyheter. Det är inte helt lätt att skaffa sig en klar blick över det nya regelverket, som i likhet med äldre lag föranleder åtskilliga tolkningssvårigheter.[83] Det torde ta åtskillig tid innan rättstillämpningen slagit fast, om den nya lagstiftningen endast ersätter gammal eller om den också skall medföra väsentliga rättsliga nyord-

[81] Cork Committee paras 1217 ff.

[82] Både Companies Act 1985 och Insolvency Act 1985 blev således med mycket kort varsel överspelade.

[83] Ännu saknas mera omfattande litteraturkommentarer till de nya stadgandena. Här kan nämnas Fletcher & Crabb, Insolvency Act 1986, London 1986, s 45–353 ff; Berry & Beiley, Bancruptcy: Law and practice, London 1987, s 268 ff; Sealy & Millman, Annotated guide to the 1986 insolvency legislation s 429 ff. Hos ingen av dessa författare förekommer emellertid självständiga ställningstaganden av värde.

ningar. Vid sidan av Cork-kommitténs tidigare redovisade ståndpunkter saknas motsvarighet till våra förarbeten, som kunde underlätta en utländsk betraktares tolkning. Det behöver inte särskilt framhållas, att sådant material, om det hade funnits, saknar värde som rättskälla för engelska domstolar.

Section 423 Insolvency Act 1986. Transactions defrauding creditors.

(1) This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters into such a transaction with another person if –

(a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration;

(b) he enters into a transaction with the other in consideration of marriage; or

(c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself.

(2) Where a person has entered into such a transaction, the court may, if satisfied under the next subsection, make such order as it thinks fit for –

(a) restoring the position to what it would have been if the transaction had not been entered into, and

(b) protecting the interests of persons who are victims of the transaction.

(3) In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purpose –

(a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or

(b) of otherwise prejudicing the interests of such a person in relation to the claim which he is making or may make.

I följande subsections (4) och (5) lämnas legaldefinitioner om behörig domstol respektive parterna. Med "victim" förstås den som lider skada av den angripna rättshandlingen och med "debtor" gäldenären till den skadelidande.

I section 424 ges talerätt åt den som lidit skada av rättshandlingen. Har gäldenären sedermera försatts i någon av de båda konkursformerna är emellertid endast konkursförvaltningen taleberättigad. Enskild får heller inte anställa återvinningstalan, om han är bunden av genom lagstiftningen introducerade ackordsbestämmelser.

Section 425 ger i subsection (1) exempel på de åtgärder en domstol kan vidta i återvinningshänseende. I den förhållandevis detalje-

rade uppräkningen omnämns bl a möjligheten att återkräva egendom, dess motvärde, avkastning eller vad som trätt i dess ställe, helt eller delvis, från mottagaren. Vidare upptas rätten att rikta sig mot löftesmän för den åsidosatta rättshandlingen och mot säkerhet, som må ha ställts för dess fullgörande.[84] I subsection (2) meddelas skydd mot återvinningsverkningar för den *sekundärförvärvare,* vars eget förvärv skett "in good faith, for value and without notice of the relevant circumstances, or prejudice..."

Allmänt måste sägas, att den citerade paragrafen och de två efterföljande lämnar mycket övrigt att önska vad gäller klarhet och överskådlighet. Texten förefaller vara ett hastverk. Sättet att framställa de för återvinning nödvändiga rekvisiten ger en svensk läsare intryck av märklig oreda. Som jag strax kommer till, verkar lagstiftaren dessutom ha helt utelämnat det grundläggande återvinningsfallet, då både gäldenären och förvärvaren handlar i dolös skadeavsikt.

7.3.2.2 Återvinningsrekvisiten

Terminologiskt har med Insolvency Act 1986 introducerats begreppet *transactions at an undervalue.*[85] Lagstiftaren har sålunda vänt om den tidigare regleringen, som skyddade från återvinning för det fall rättshandlingen företagits "upon valuable...or upon good consideration and in good faith".[86]

Någon väsentlig rättsändring synes i förstone inte avsedd med denna åtgärd, om frågan om lämnat *vederlag* betraktas isolerad. Med större tydlighet än i tidigare lag synes ha uttryckts, att återvinningsregeln riktar sig mot helt eller delvis benefika överlåtelser från gäldenärens sida. Möjligen skulle uttrycket "money or money's worth" indikera, att vederlaget måste ha lämnats i penningar eller därmed jämförliga betalningsmedel. Sålunda skulle alla rättshandlingar, som inte utgör kontantaffärer, kunna angripas. Uttrycket är emellertid nytt, såvitt jag kunnat överblicka den äldre återvinningsregleringen. Det är därför ovisst, vilken självständig ställning som kan tilläggas lagstiftarens terminologiska val. Allmänt sett är det på-

[84] Det anmärks särskilt, att uppräkningen inte hindrar domstolens allmänna frihet enligt s 423(2) IA 1986 att vidta lämplig åtgärd för att återställa borgenären i en situation som om den angripna rättshandlingen inte företagits.

[85] S 423(1) IA 1986. För de konkursrättsliga återvinningsreglerna återfinns motsvarande stadgande i ss 238 (companies) och 339 (övriga).

[86] S 172(3) LPA 1925.

tagligt, att hela regleringen klätts i en från äldre lag avvikande språkdräkt.

Som jag tolkar den nya lagen, har den knappast medfört någon utvidgning, när det gäller återvinningsbara rättshandlingar. Att utom konkurs komma åt ensidiga gynnanden förefaller inte möjligt.[87] Möjligen skulle betalning med ovanliga betalningsmedel kunna agripas. Ett sådant antagande är dock avhängigt av hur man tolkar formuleringen "money's worth" i subsection 423(1)(c).

Både förskottsbetalning och ställande av säkerhet för gammal skuld faller förmodligen utanför tillämpningsområdet.[88] Fråga är om sådana rättshandlingar kan sägas innebära att vederlag inte lämnas. En förskottsbetalning gör ju att en framtida skuld avlyfts, men i själva betalningsögonblicket finns det ingen anledning för gäldenären att minska sina passiva. Säkerhet ställd i efterhand kan ses på två sätt, dels som ensidigt gynnande och dels som en frivillig rättshandling utan direkt motprestation från säkerhetsförvärvarens sida.[89] Med det förra betraktelsesättet förefaller återvinning omöjlig, med det senare öppnas en viss möjlighet. En komplikation, som den uppmärksamme läsaren säkert insett, är dock att jag i denna undersökning inte gått till botten med den ytterst komplicerade läran om "consideration". Ett säkrare handlag på det fältet hade kanske gett entydigare besked. Engelska jurister, som jag diskuterat den nya lagtexten med, har dock varit svarslösa och allmänt kritiserat förhållandet, att den gamla rättens oklarheter inte skingrats.

I samband med rekvisitet att för återvinning fordras bristfälligt vederlag, kan följande i sig mycket diskuterade detalj noteras. Det tidigare tvivlet om äktenskaps ställning som "good consideration" har undanröjts, genom att benefik överlåtelse inför förestående giftermål uttryckligen stämplats som en "undervalue"-handling.[90]

De största förändringarna mot äldre lag synes gälla gäldenärens *skadeavsikt* och kravet på *förvärvarens onda tro*. Fraud-terminologin är helt utesluten utom märkligt nog i stadgandets rubrik. Gäldenären skall ha företagit den angripbara rättshandlingen med syfte,

[87] Vid konkursrättslig återvinning finns dock detta remedium mot "preferences", ss 239 och 340 IA 1986.

[88] En e contrario-tolkning av i föregående not nämnda konkursrättsliga stadgandena styrker denna tolkning.

[89] Annorlunda måhända om en kreditgivare säger upp lånet under avtalsenligt åberopande av minskat värde hos befintlig säkerhet.

[90] S 423(1)(b) IA 1986. Jfr Ratford s 95: att rättshandlingen företagits av "natural love and support" hindrar inte att den anses ha skett "at an undervalue".

"purpose", att få till stånd borgenärsskada, på sätt jag strax återkommer till.[91] Man får förmoda, att det annorlunda språkbruket i denna del inte innebär en ändring i sak. Vi erinrar oss i anslutning till det ovan refererade *Marcan*-målet, att dolös skadeavsikt inte krävts i hittillsvarande rättstillämpning. Den nya insolvenslagen innehåller emellertid enligt sin ordalydelse inte någon öppning mot *culpösa* förfaranden med faktisk skadeeffekt, som den i praxis stadfästa. Det förefaller mig trots allt inte troligt, att praxis i anslutning till äldre lag skulle förlora sitt prejudikatvärde i denna fråga.

Det mest förvånande med den nya insolvenslagen är avsaknaden av ondtrosrekvisit på förvärvarsidan. För onerösa transaktioner krävde äldre rätt, att förvärvaren var i culpös ond tro om gäldenärens skadeavsikt och att rättshandlingen inte företagits "in good faith". I anslutning till återvinningspresumtionerna, "badges of fraud", har rättstillämpningen visserligen kastat om bevisbördan, så att förvärvaren gavs möjlighet att freda rättshandlingen mot återvinning. Nu saknas helt regler på detta område. Skall det betyda, att rent kollusiva onerösa förfaranden inte längre kan återvinnas? Saknas alltså ett actio Pauliana-stadgande i engelsk rätt? Det förefaller föga troligt men är samtidigt den tolkning, som ligger lagtextens tystnad närmast. Eller förhåller det sig så, att förvärvarens goda tro inte längre skyddar honom från återvinning i någon situation, där de övriga rekvisiten är uppfyllda? Även det synes märkligt, eftersom stadgandet därigenom blir särdeles strängt. Måhända ligger lösningen i det nyskapade "undervalue"-rekvisitet.

Som stadgandet nu ser ut, förefaller det svårt att under dess ordalydelse inrymma en situation liknande den som rådde i det ovan refererade *Marcan*-målet.[92] Kortfattat grundades angripligheten på att gäldenären hade skadeavsikt, som förvärvaren var i ond tro om, och att rättshandlingen inte företagits "in good faith". I den nya regeln saknas bestämmelser om de två senare rekvisiten. Redan detta förhållande manar till stor försiktighet, när det gäller tolkningen av det nya återvinningsstadgandet i engelsk rätt. Utan tillgång till utvärderande inhemska kommentarer lämnar jag Insolvency Act 1986 med ytterligare två, kortfattade noteringar.

Den förorsakade *borgenärsskadan* har i 1986 års lag fått en annorlunda och mera utförligt beskrivande utformning. Egendom skall genom gäldenärens rättshandling undandras befintliga eller tillkom-

[91] S 172(1) LPA 1925 talade om gäldenärens "intent to defraud".

[92] Se ovan *avsn 7.2.3.*

mande borgenärer. Men det är också tillfyllest, att deras rättigheter på annat sätt förnärmas; "prejudice" är det nya nyckelordet.[93] Med hänsyn till den långvariga praxisutvecklingen av de äldre skadereglerna förefaller begreppet "predjudice" inte innebära en utsträckning.

En nyhet, lagstiftningsmässigt, är det uttalade godtrosskyddet för *sekundärförvärvare.*[94] Det ansluter dock nära till rådande praxis men förefaller systematiskt malplacerat och starkt kontrasterande mot lagtextens tystnad beträffande primärförvärvarens ställning.

7.4 Amerikansk rätt enligt Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918

7.4.1 Utvecklingshistoria

I Förenta staterna är regler om återvinning utom konkurs föremål för delstatlig rättsbildning.[95] De bygger på common laws åldriga institut *fraudulent conveyances* men förekommer på tre lagtekniskt skilda sätt. Ett tjugotal stater saknar lagstiftning i frågan; det blir således fråga om en ständig vidareutveckling av common law med utgångspunkt i Statute of Elizabeth 1571 och *Twyne's case* med de däri knäsatta presumtionerna om skadeavsikt och ond tro.[96] Övriga stater har lagstiftat i ärendet enligt de två modellagar, som skapats av The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

Återvinningsrekvisitet vid dolösa rättshandlingar – "intent to hinder, delay, or defraud" – återfinns i båda modellagarna, oförändrat formulerat sedan 1571. Ett drygt tjugotal stater har antagit lagstiftning i anslutning till 1918 års *Uniform Fraudulent Conveyance Act,* medan knappa tio 1987 hade utfärdat delsatslag, som bygger på 1984 års *Uniform Fraudulent Transfer Act.*[97] I detta avsnitt skall den äldre uniforma lagen behandlas relativt kortfattat, medan nästa

[93] S 423(3) IA 1986.

[94] S 425(2) IA 1986.

[95] Den amerikanska *konkursrätten* är till skillnad från förmögenhetsrätten *federalt* reglerad. Återvinningsreglerna om "fraudulent transfers and obligations" meddelas i s 548 Bankruptcy Code, senast ändrad 1984. För en färsk översikt kan hänvisas till Grimmond, 71 Iowa L Rev (1986) s 1438 ff; se även Lennander s 49 ff.

[96] Se ovan *avsn 7.2.2.2.*

[97] Några av dessa, bl a Kalifornien, hade tidigare lagstiftning med den äldre uniforma lagen som förebild.

avsnitt om den senaste lagstiftningen blir fylligare. Icke kodifierad common law lämnas – efter några korta rättshistoriska notiser – i stort utanför framställningen.[98]

En för amerikanska rättsförhållanden särpräglad utveckling av common laws regler om *fraudulent conveyances* kan spåras till ett grundläggande rättsfall från 1818, *Reade v Livingston*.[99] Fråga var där om utfyllnad av begreppet "contstructive fraud", dvs presumtion om gäldenärens borgenärsskadliga uppsåt.

> Sedan Livingston satt sig i skuld till Reade, upprättade han en trust till förmån för sin hustru. Reade utsökte vad som gick ur Livingstons kvarvarande tillgångar och krävde resterande belopp ur trusten. Gäldenärens invändning, att trusten inrättats till fullföljande av en före äktenskapet gjord muntlig utfästelse om *nuptual agreement,* lämnades utan avseende. Hela rättshandlingen förklarades "absolutely fraudulent and void".[100]

Presumtionen om skadlig avsikt utsträcktes här förhållandevis långt. Grunden var nämligen inte att gäldenären var eller blivit insolvent genom trustarrangemanget. Det var enligt domstolen tillräckligt, att gäldenären var skuldsatt vid det tillfälle, då den benefika rätshandlingen företogs.[101] Denna stränga inställning motiverades med att det vore "better and safer not to allow a party to yield to temptation, or natural impulse, by giving him the power of placing property in his family beyond the reach of existing creditors. He must be taught by the doctrines of the Court, that the claims of justice are prior to those of affection".[102]

Domstolen utsträckte således presumtionen om skadligt uppsåt till fall av blott skuldsättning utan indikation om framtida insolvens. En sådan extensiv tolkning av begreppet "fraudulent" kom också att kritiseras i 1800-talsdoktrinen.[103] Den accepterades heller inte i alla

[98] I litteraturen har understrukits, att den uniforma lagstiftningen påverkat rättstillämpningen även i de stater, som ännu inte kodifierat regleringen av fraudulent conveyances, se Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 196.

[99] 3 Johns Ch 481 (NY 1818).

[100] 3 Johns Ch 481, 492.

[101] "...it must be a case of fraud in law, arising from the act of a voluntary disposition of property, while indebted..."

[102] 3 Johns Ch 481, 505.

[103] Så exvis Story § 365, som menade att andra omständigheter måste till för att presumera skadeavsikt hos gäldenären. Se vidare litteraturredovisning senast hos Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 530 ff.

delstaters rättstillämpning. Praxis kom över huvud taget att bli motstridande och svåröverskådlig.[104]

En mindre långtgående utläggning av återvinningsmöjligheterna innefattar ett krav på gäldenärens insolvens för att presumera skadeavsikt i ett antal typfall, de s k badges of fraud. Huvudrekvisitet beträffande rättshandlingen var dock alltjämt dess helt eller delvis benefika natur. I sådana fall räckte det med en "unjust diminuation" av gäldenärens tillgångar för att presumera skadeavsikt och således få till stånd återvinning.[105]

Utifrån 1818 års *Livingston*-mål diskuterades också frågan, om den därigenom stadfästa presumtionsregeln kunde brukas till förmån även för borgenärer, som tillkommit efter det att den ifrågasatta rättshandlingen företogs. Domstolen hade, obiter dictum, uteslutit dessa från den skyddsvärda kretsen.[106]

Dessa och andra spörsmål kom att närmare regleras i det uniforma lagstiftningsprogram, som utmynnade i *Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918 (UFCA).*

7.4.2 Återvinningsrekvisiten enligt Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918

Liksom regleringen i engelsk rätt är återvinning utom konkurs i USA främst inriktad på icke oneröса transaktioner. I engelsk rätt har detta numera kommit till entydigt uttryck genom det svårtolkade begreppet "undervalue".[107] I USA framträder det indirekt genom att en förvärvare inte behöver tåla några angrepp från överlåtarborgenärernas sida, om han lämnat rimlig valuta och agerat i god tro om gäldenärens borgenärsskadliga syfte.[108] Det är således benefika överlåtelser och blandade fång, som kan drabbas, om direkt skadeuppsåt hos förvärvaren inte kan visas.

Rent dolösa rättshandlingar – "with actual intent...to hinder, delay, or defraud either present or future creditors" – skall bedömas

[104] Översiktlig redovisning i Proceedings 1918.

[105] Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 530 ff.

[106] En för common law specifik fråga huruvida skadeavsikten är att beteckna som *law* eller *fact*, likaledes stammande ur *Livingston*-målet, lämnas här åt sidan. Se vidare McCoid, 62 Tex L Rev (1983) s 646 f.

[107] Begreppet "undervalue"-transaktioner introducerades i Insolvency Acts 1985 och 1986, se ovan *avsn 7.3.2.*

[108] S 9 UFCA: "...except a purchaser for *fair* consideration without knowledge of the fraud at the time of the purchase...(min kurs)"

som "fraudulent" och är därigenom angripbara.[109] Till bevisbördefrågor återkommer jag strax.

Som "fraudulent" behandlas också tre närmare specificerade fall, där gäldenärens subjektiva uppfattning om borgenärsskada är utan betydelse: rättshandling som företagits av en gäldenär som var eller därigenom blev insolvent; överlåtelse och skuldsättning av en underkapitaliserad näringsidkare; förmögenhetsbelastande rättshandling, utförd av gäldenär i ond tro om att han framdeles kommer att ådra sig skulder, som han inte kan betala.[110]

Dessa tre typfall fordrar för återvinning det ytterligare rekvisitet, att gäldenären inte skall ha fått "fair consideration". Begreppet betyder enligt legaldefinition rimlig motvaluta, lämnad "in good faith".[111] Det senare begreppet är svårtolkat men ligger nära vad vi skulle betrakta som en standardregel om gott handelsskick. Återvinnig kan med ett undantag yrkas även av den som blivit borgenär efter det att rättshandlingen företogs. Grunden, att gäldenären var eller blev insolvent genom rättshandlingen, kan däremot endast utnyttjas av den som redan vid tiden för transaktionen hade en fordran på gäldenären.

Utan att tränga in i alla den amerikanska processrättens mysterier utgår jag från att konstruktionen med tilläggsfaktum för de särskilda återvinningsgrunderna är betingad av skillnaden mellan rättsfakta, som krävs för att käranden skall ha fullgjort sin åberopsbörda, och rättsfakta, som utgör svarandens "defense". Om, som hos oss, bevisbördan oftast skall bäras av den part som har åberopsbördan för visst faktum, framträder skillnaden klarare.

Har borgenären lyckats i svårigheten att visa gäldenärens faktiska skadeavsikt, behöver han inte bekymra sig om att visa rättshandlingens benefika karaktär. För att handlingen tvärtom är av onerös natur har således i det fallet återvinningssvaranden, förvärvaren, bevisbördan. Så ligger det följaktligen inte till, när det gäller de tre särskilda återvinningsgrunderna, där borgenären slipper visa skadeavsikt hos gäldenären. Däremot kvarstår där ett subjektivt rekvisit på förvärvarsidan, för vilket återvinningskäranden synes ha bevisbördan. Menar han att förvärvarens motprestation inte utgör "fair consideration", förslår det inte att styrka rent värdemässig diskrepans. Han måste dessutom påvisa, att valutan inte givits "in good faith".

109 S 7 UFCA.

110 Ss 4–6 UFCA.

111 S 3 UFCA.

En fjärde särskild och ganska frikostig återvinningsgrund rör transaktioner mellan koncernbolag inom ett "partnership", där grundrekvisitet är krav på överlåtarens insolvens.[112]

Möjligheten att återvinna påvisbart dolösa rättshandlingar företer knappast några originella drag. De övriga tre här nämnda specialfallen har en stark karaktär av presumtionsregler i viss anslutning till de "badges of fraud", som berörts i det engelska avsnittet ovan. De kan dock karakteriseras som objektiverade återvinningsgrunder i den meningen att gäldenärens subjektiva avsikter med rättshandlingen inte är föremål för motbevisning. Dock kvarstår det subjektiva inslaget genom kravet på att förärvarens motprestation inte skall ha skett "in good faith".

7.4.3 Återvinningens rättsföljder

På *rättsföljdssidan* behandlar lagen först det fallet, att återvinningsborgenärens fordran på gäldenären är förfallen.[113] Han har då möjlighet att låta ogiltigförklara den anripna rättshandlingen i erforderlig utsträckning eller rikta exekutiva åtgärder direkt mot den överlåtna egendomen.[114] E contrario framgår, att ogiltigförklaringen må äga rum utom rätta. Är hans fordran däremot inte förfallen, måste borgenären gå till domstol för att få rättshandlingen ogiltigförklarad. Domstolen är emellertid, synbarligen efter eget skön, befogad att i stället vidta annan lämplig åtgärd. Domstolen kan också förordna om kvarstad.[115]

Om förvärvaren inte är i dolös ond tro om rättshandlingens borgenärsskadliga karaktär, är han tillförsäkrad retentionsrätt i den överlåtna egendomen till skydd för sitt anspråk på restitution av utgiven motprestation.[116] Tredje man, sekundärförvärvaren, kan inte drabbas av återvinningsverkan, om han själv förvärvat egendomen oneröst och i god tro eller härleder sin rätt från ett primärförvärv på samma grund.[117]

[112] S 8 UFCA.

[113] S 9(1) UFCA: "...when his /the creditor's/ claim has matured..."

[114] S 9(1)(a)och (b) UFCA: Borgenären må "(a) Have the conveyance set aside or obligation annulled to the extent necessary to satisfy his claim, or

(b) Disregard the conveyance and attach or levy execution upon the property conveyed".

[115] S 10 UFCA.

[116] S 9(2) UFCA.

[117] S 9(1) UFCA.

Inte heller rättsföljderna av återvinning enligt Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918 bjuder på direkta överraskningar. Det är emellertid värt att notera, att förvärvaren erhållit ett uttryckligt starkt skydd för sin i god tro utgivna valuta.

De tillämpningssvårigheter, som förekommit, berörs i det följande avsnittet om den nya uniforma lagen. Där upptas även vissa litteraturuttalanden, främst från modern tid. Medvetet har jag avstått från att närmare tränga in i det väldiga praxismaterial, som redovisas i de systematiska handböckerna, exempelvis American Jurisprudence. Till varje kommentar ges där nothänvisningar till ett otal rättsfall, vanligtvis dock ganska ålderstigna, utan närmare precisering av den i målet knäsatta rättsregeln. Någon modern analytisk monografi över återvinningsinstitutet utom konkurs har jag inte funnit. En självständig, djuplodande genomgång av även äldre praxis skulle därför i sig vara en väldig forskningsuppgift. Till försvar för utebliven praxisredovisning kan också läggas, att tillämpningen av 1984 års modellag i de delstater, där den antagits, inte i någon större utsträckning hunnit komma till synes i domssamlingarna.

7.5 Amerikansk rätt enligt Uniform Fradulent Transfer Act 1984

Reformeringen av återvinningsrätten enligt 1918 års uniforma lag tog sin början 1979. Skälen för ändringskrav kan för en utomstående förefalla föga uppseendeväckande.[118] Det som väckt störst intresse i litteraturen är frågan om angriplighet av – med svensk terminologi – en inteckningshavares exekutiva köp av fast egendom för en köpeskilling understigande marknadsvärdet.[119] I övrigt kan som reformanledningar nämnas, dels ändringar i de konkursrättsliga återvinningsreglerna i samband med tillkomsten 1978 av den även sedermera starkt reformerade Bankruptcy Code och det sakrättsliga skyddets utformning genom krav i Uniform Commercial Code på

[118] UFTA Prefatory Note; Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 198 ff.

[119] Med amerikansk terminologi: "noncollusive mortgage forclosure". Litteraturen kring det mycket uppmärksammade rättsfallet *Durrett v Washington National Insurance Co* 621 F2d 201 (5th Cir 1980), där det exekutiva köpet återvanns – inrop till knappa 60 % av marknadsvärdet – är omfattande; se exvis redogörelse hos Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 206 ff; Grimmond, 71 Iowa L Rev (1986) s 1442 ff. – Den nya lagen anger entydigt, att sådan exekutiv åtgärd *inte* skall kunna återvinnas, s 3(b) UFTA. Jag fördjupar mig inte ytterligare i de specifikt amerikanska reglerna om "foreclosure".

"perfection", dels vissa regler om bolags vinstutdelning och förbud enligt advokatetiska regler att ge klienter råd att vidta en borgenärsskadlig rättshandling.

Av större intresse torde vara den kritik, som i litteraturen riktats mot bristfälligheter i domstolstillämpningen av 1918 års modellag. Bl a har gamla "badges of fraud" alltjämt använts som presumtioner om skadeavsikt, trots att rekvisiten uppfyllts för tillämpning av en mera objektiv återvinningsgrund.[120]

7.5.1 Återvinningsrekvisiten

7.5.1.1 Den allmänna ondtrosgrunden

De grundläggande rekvisiten för återvinning i 1984 års modellag är materiellt sett i stort sett samma som i 1918 års lag. Kan det visas gäldenärens faktiskt onda tro att skada borgenären, är rättshandlingen återvinningsbar, om förvärvaren inte kan styrka fullvärdig motvaluta och god tro om borgenärsskadan.[121] Förvärvarens goda tro skall föreliga både vid avtalstillfället och då han utger sin motprestation.[122] Det förefaller mig saknas en allmänt godtagen precision av detta liksom av andra godtroskrav i samband med fraudulent conveyances. När det gäller just förvärvarens subjektiva inställning har dock understrukits skillnaden mellan "knowledge" och "participation".[123] Skall medkontrahenten för att vara i ond tro ha känt till antingen återvinningsgäldenärens svaga ekonomiska situation eller dennes borgenärsskadliga insikter? Eller skall prövningen fokuseras på förvärvarens egen skadeavsikt? I det rika rättsfallsmaterialet finns alla varianter.[124] Oavsett hur bevisbördan är fördelad, råder det ingen tvekan om att man här rör sig med en stigande skala av bevissvårigheter.

Det dolösa skadefallet är alltså i stort sett oförändrat reglerat och knyter väl an till institutets långa utvecklingshistoria. I lagtexten har dock det äldre uttrycket "without knowledge of the fraud" utbytts

120 Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 535 f med talrika hänvisningar.

121 S 4(a)(1) i förening med s 8(a) UFTA.

122 37 Am Jur 2d § 123.

123 Note, 97 Harv L Rev (1983) s 506 ff.

124 Se även bl a McCoid 62 Tex L Rev (1983) s 657 ff med särskild utredning om betydelsen av bristfällig motprestation.

mot "in good faith".[125] Trots att återvinningsborgenären är skyldig att styrka dolös ond tro hos gäldenären innehåller stadgandet en lång rad omständigheter, som är värda "consideration" vid bedömningen av huruvida sådan insikt förelåg vid tiden för överlåtelsen. Förekomsten av en eller flera *kan* utgöra bevis om ond tro, men de skall samtidigt inte anses presumera skadeavsikt.[126]

7.5.1.2 De särskilda återvinningsgrunderna

De tre särskilda återvinningsgrunderna, som inte fordrar bevisning om gäldenärens skadeavsikt men som bygger på rekvisitet om otillräcklig motvaluta finns också oförändrade från 1918 års lag. "Financial stringency" ses här som ett slags huvudomständighet. Grunderna är dock uppdelade under skilda rubriker med hänsyn tagen till talerätten. Kritik av generellt intresse har riktats mot synsättet, att den som ger bristfällig valuta skall stå risken av återvinning. Bl a har understruktis, att värderingen av objektet inte alltid är lätt och att goda affärer i sig inte bör straffas automatiskt.[127]

Äldre och senare tillkommande borgenärer kan båda åberopa två grunder: rättshandlingen har företagits inom ramen för en rörelse med otillräckliga tillgångar eller av den som är i ond tro om att han framdeles kommer att ådra sig skulder, vilka han inte kan fullgöra. Med formuleringen "remaining assets .... unreasonably small in relation to the business or transaction" har lagen medvetet avvikit från äldre formulering om underkapitalisering. Den termen har föranlett

[125] Som jag förstått det, innebär den språkliga nydaningen ingen materiell förändring, se 7A U L A (1985) s 641. Anledningen till förändringen torde vara, att bestämningen "in good faith" inte längre förekommer i lagen som uttryck för det äldre kravet att motvaluta måste ha lämnats i överensstämmelse med gott handelsskick; se ytterligare strax nedan.

[126] S 4(b) UFTA med Comment (5). Uppräkningen innehåller som *negativa faktorer* närståendetransaktion, överlåtarens/gäldenärens bibehållna besittning, gäldenärens inblandning i kravmål, överlåtelse av all egendom, gäldenärens avvikande eller döljande av tillgångar, gäldenärens ovissa solvenssituation, transaktion i nära anslutning till betydande skuldsättning samt överlåtelse från en näringsidkare till en säkerhetshavare som vidareöverlåter egendomen till en gäldenären närstående. Flera av "badges of fraud" från 1602 års *Twyne's Case* har alltså bibehållits. – Omständigheter som talar *mot* skadeavsikt är att rättshandlingen skett öppet och att skälig motprestation lämnats.

[127] McCoid, 62 Tex L Rev (1983) s 658 ff, 662 f, med även rättsekonomiska synpunkter på riskfördelningen mellan förvärvaren och återvinningsgäldenärens övriga borgenärer. Han påpekar, att den som frivilligt lämnar kredit allmänt sett har större möjligheter att skydda sig eller att fördela kreditrisken än en singularsuccessor.

oklarheter, bl a då den aldrig var avsedd att ha en rent bolagsrättslig innebörd.[128] Ondtrosrekvisitet avseende framtida överskuldsättning har mildrats, sett från återvinningsborgenärens synpunkt. Det räcker att gäldenären "reasonably should have believed" att han tänkte ikläda sig sådana förpliktelser. Vi rör oss således med ett culpöst ondtroskrav, som tydligare än i 1918 års lag skiljer sig från den dolösa skadeinsikt, som måste visas för återvinning enligt den allmänna grunden.[129]

Borgenärer vid tiden för rättshandlingen kan dessutom åberopa den tredje särskilda återvinningsgrunden, helt eller delvis benefik överlåtelse, varigenom gäldenären blev insolvent.[130] För att fastställa huruvida insolvens föreligger, skall göras en "fair valutation" av gäldenärens tillgångar och skulder. Därvid skall bl a bortses från visst beneficium och från skulder med giltig realsäkerhet liksom den tillgång säkerhetsgodset utgör för gäldenären. Å andra sidan räknas gäldenären till godo egendom, som på annan grund inte är tillgänglig för hans borgenärer, exempelvis en ännu inte utsökningsbar fordran på skadestånd. Insolvens presumeras föreligga bl a om gäldenären inte kan betala sina skulder allt efter det de förfaller. Återvinning är inte längre beroende av att det skall ha förekommit ett resultatlöst exekutionsförsök. Har så skett talar det naturligtvis starkt för att gäldenären är insolvent.[131]

Motvalutan har i 1984 års lag getts en något annorlunda definition, eftersom det inte längre krävs någon utredning rörande frågan, huruvida den lämnats "in good faith". Den skall anses otillräcklig om en ekonomisk värdering visar, att den inte är "reasonably equivalent".[132] Utfästelser i form av "executory promises", som ännu ej är utsök-

[128] S 4(2)(i) och (ii) UFTA med Comment (4); Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 543 f; Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 202.

[129] Jfr Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 544.

[130] S 5(a) UFTA.

[131] S 2 UFTA om "insolvency" i förening med s 1(2) om "assets"; definitionerna är hämtade från s 101 Bankruptcy Code, se Comment (1), (2) till s 2 samt Comment (2) till s 1(2). – Dessa "comments" kan i någon mån sägas motsvara våra förarbeten och används flitigt vid lagtolkningen. De har antagits av kommissionen för den uniforma lagstiftningen men saknar den konstitutionella anknytning till själva lagstiftandet, som kännetecknar våra lagmotiv.

[132] S 3 UFTA definierar begreppet "value" och bygger på motsvarande stadganden i s 548 Bankruptcy Code. – Om "good faith"-rekvisitet i 1918 års lag och den ökade vikt som lagts vid det i nyare praxis, se Note, 97 Harv L Rev (1983) s 499 ff.

ningsbara, skall dock anses som fullgod valuta om så är normalt i den aktuella affärsförbindelsen.[133]

Två av de särskilda återvinningsgrunderna – insolvens och underkapitalisering – kan således betecknas som objektiva. En av dem kräver emellertid alltjämt bevisning om gäldenärens subjektiva förhållanden, nämligen att han framdeles tänker ikläda sig skulder, som han inte förmår fullgöra. Det ligger emellertid, enligt min mening, ett drag av subjektivitet även i den objektiva grunden om bristande tillgångar för framtida näringsverksamhet. Vid bedömningen måste det rimligen spela viss roll, vilka framtida transaktioner gäldenären avser att vidta, när han utför den angripna rättshandlingen.

Består rättshandlingen i ställande av säkerhet, har storleken av motprestationen – säkerhetstagarens kredit – ingen avgörande betydelse för bedömningen. Överhypoteket är ju tillgängligt som utsökningsunderlag för de oprioriterade borgenärerna. Understiger säkerheten vida det säkerställda kreditbeloppet, kan förhållandet i sig dock vara en omständighet av betydelse för ett påstående om att det föreligger faktisk skadeavsikt från gäldenärens och förvärvarens sida.[134]

Som en nyhet har den fjärde särskilda återvinningsgrunden både stramats åt och utvidgats. Den tar numera inte sikte endast på koncernförhållanden utan på *närståendetransaktioner* i största allmänhet. Rättshandling med en "insider" kan ogiltigförklaras av den som vid tidpunkten redan var borgenär, om transaktionen skett till fullgörande eller säkerställande av gammal skuld, om gäldenären blev insolvent genom rättshandlingen och om den förvärvande närståendeparten var i culpös ond tro om insolvensen.[135] Återvinningsmöjlig-

[133] S 3(a) UFTA med Comment (4). Rättshandlingen skall alltså ha skett "in the ordinary course of business"; se även Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 541.

[134] S 3 UFTA Comment (3); Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 539 f; Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 203 ff. Jfr för förhållandena enligt 1918 års lag, Clark, 90 Harv L Rev (1977) s 514 ff.

[135] S 5(b) UFTA: "A transfer made by a debtor is fraudulent as to a creditor whose claim arose before the transfer was made if the transfer was made to an insider for an antecedent debt, the debtor was insolvent at that time, and the insider had reasonable cause to believe that the debtor was insovlent." – Till "insiders" räknas enl s 1 UFTA närståendeförhållanden mellan såväl fysiska och juridiska personer som mellan fysiska personer och av dem kontrollerade juridiska. Även samboende- och trustförhållanden inkluderas. Med "transfer" förstås enligt s 1 UFTA rättshandlingar varigenom ägande- eller säkerhetsrätt överlåts eller upplåts. Legaldefinitionerna är hämtade från motsvarande stadganden i s 101 Bankruptcy Code; se Comment (7), 7A U L A (1985) s 647. –

heten är ytterligare begränsad till att icke avse fall, då förvärvaren senare lämnar ny valuta, då åtgärden företas inom ramen för regelmässigt partsbruk eller då den är ett led i försvarbara försök till ekonomisk reorganisation av gäldenärens rörelse.[136]

Såvitt avser koncernförhållanden innebär närståendestadgandet faktiskt en inskränkning av motsvarande regel i 1918 års lag, enligt vilken alla transaktioner mellan sådana parter kan återvinnas, oavsett det ekonomiskt försvarbara hos dem. Vidden av den återgångsgrunden har kritiserats i litteraturen som ovanligt förmånlig för koncernfordringsägarna.

Den samtidigt gjorda utvidgningen i jämförelse med 1918 års lag är intressant. Just närståendetransaktioner – inte minst mellan ägare och av dem kontrollerade associationer – har allmänt sett och ofta på goda skäl anses lägga grunden för eller vara ett första steg mot ekonomisk brottslighet. Det är slående, att för just dessa fall medges återvinning av bl a ensidiga gynnanden och säkerställande av gammal skuld, förhållanden som inte tidigare inom common law kunnat angripas annat än med konkursrättslig återvinning.[137] De nyinförda möjligheterna är dock, som synes, förenade med åtskilliga inskränkningar.[138]

En ytterligare nyhet innebär legaldefinitioner av när en återvinningsbar rättshandling skall anses företagen. Huvudregeln är den tidpunkt då den – med svenskt synsätt – vinner skydd mot överlåtarens borgenärer.[139] Härigenom framflyttas rättshandlingen ofta, eftersom Uniform Commercial Codes regler om "perfection" regelmässigt fordrar tradition, registering eller annat "sakrättsligt moment". Regleringen utgör i vart fall en fördel, om återvinningen grundas endast på inträdd insolvens. I det fallet kan den inte ske till förmån för efter rättshandlingen tillkommande borgenärer. En och annan borgenär, vars fordran uppkommit mellan rättshandlingens företagande parterna emellan och dess "perfection", kan alltså dra

Kritik har likväl riktats mot att den detaljerade uppräkningen av närståendesituationer är ofullständig, Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 552 ff.

136 Upptaget bland invändningsgrunderna i s 8(f) UFTA; se Comment (6), 7A U L A (1985) s 664 f.

137 Vissa tendenser i nyare praxis enligt UFCA 1918 kan dock tolkas i samma riktning. En extensiv tolkning har därvid gjorts av rekvisitet, att valutan inte lämnats "in good faith", se rättsfallsöversikt i 97 Harv L Rev (1983) s 502 f.

138 Se härom bl a skilda Comments, 7A U L A (1985) s 641, 658.

139 S 6 UFTA.

fördel av regeln. Tidfästningen är självfallet också väsentlig från preskriptionssynpunkt.[140]

7.5.2 Återvinningens rättsföljder

På rättsföljdssidan har den ändringen gjorts, att ingen skillnad längre råder mellan återvinningsborgenärer med och utan förfallen fordran mot gäldenären. Lagändringen hade redan förebådats av vissa staters rättstillämpning. Huvudregeln är alltså, att återvinningsborgenären har rätt att bortse från den angripna rättshandlingen. Däremot har uppmärksammats, att vissa begränsningar i federal och delstatlig konstitutionell rätt föreligger mot att rikta exekutiva åtgärder direkt mot egendom i förvärvarens besittning, innan domstol ogiltigförklarat rättshandlingen. Vidare kan förordnas om att viss egendom hos förvärvaren skall sättas under särskild förvaltning eller beläggas med kvarstad.[141]

Återvinningssvaranden kan alltid erbjuda skadestånd i pengar i stället för att återställa förvärvad egendom.[142] Retentionsrätten för förvärvarens i god tro lämnade motprestation är bibehållen, och hans avräkningsrätt gentemot återvinningsborgenärens krav är något förtydligad.[143] Det är dock oklart, om förvärvaren har rätt till ränta på utgivet vederlag.[144] Vidare är praxis motstridande, såvitt avser förvärvarens skydd för egendomens avkastning, även om flertalet avgöranden talar för att den godtroende inte behöver tåla ingrepp i den. I fråga om nedlagda nödvändiga kostnader finns också skilda uppfattningar i olika jurisdiktioner. Flertalet godtar att förvärvaren avräknar dessa utöver det lämnade vederlaget, när han var i god tro om borgenärsskada. Vissa rättsfall går så långt, att även en ondtroende får

[140] Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 208 ff.

[141] S 7 UFTA med Comment (2); 7A U L A (1985) s 660 ff; Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 543 ff; Kennedy, 18 UCC L J (1986) s 212. – Att skrida till "attachment" utan att anspråket stadfästs av domstol anses i åtskilliga jurisdiktioner strida mot den konstitutionellt tillförsäkrade rätten att få även ett skuldförhållande prövat av jury. Frågeställningen sammanhänger med rent exekutionsrättsliga regler, som här måste lämnas utanför. Det bör dock uppmärksammas, att i USA saknas en fristående exekutionsmyndighet av svensk typ. Verkställighet är i stället en blandning av domstolsbeslut och privataktioner.

[142] 37 Am Jur 2d § 124.

[143] S 8(d) UFTA.

[144] McCoid, 62 Tex L Rev (1983) s 662.

tillgodogöra sig kostnader, dock endast kvittningsvis mot egendomens avkastning under innehavstiden.[145]

Tidigare icke förefintliga särskilda preskriptionstider av varierad utformning har beslutats. Huvudregeln anger fyra år efter det rättshandlingen företogs.[146]

[145] 37 Am Jur 2d §§ 127 ff.

[146] S 9 UFTA; Alces & Dorr, U Ill L Rev 1985 s 546 not 154.

Avdelning B.
Analys och diskussion av svensk och utländsk rätt

8. Återvinningsanspråkets systematiska ställning

8.1 Inledning

Att börja den jämförande och diskuterande avdelningen med frågor om återvinningsanspråkets rätta systematiska inordnande och fortsätta i nästa kapitel med det processuella förfarandet kan förefalla djärvt. För mången svensk civilrättare spelar dessa spörsmål en underordnad roll. Just studiet av främmande rättsordningar har emellertid fått mig att inta en motsatt ståndpunkt.

Förfarandet är stundom avgörande för frågan om i sig förnuftiga rättsregler har möjlighet att få sin rättmätiga genomslagskraft. Det är således ett ämne av stor praktisk betydelse. Systematiska frågor däremot har en mera teoretisk och ideologisk färg. I de delarna har jag i tidigare verk riktat viss kritik mot förhärskande förmögenhetsrättsliga tankegångar utvecklade under intryck av den skandinaviska rättsrealismen. Delar av det funktionella synsättet inom sakrätten och den teleologiska metoden att ge rättsregler innehåll har i mig inte funnit sin varmaste anhängare.[1]

Innan jag fortsätter med de systematiska övervägandena, skall jag säga något allmänt om *uppläggningen av denna avdelning.* Diskussionen kommer att löpa fritt i den meningen att jag medvetet inte eftersträvat att tynga framställningen med en notapparat fylld av hänvisningar till förra avdelningens länderöversikter. Den som önskar se här beskrivna regler och ställningstaganden i deras nationellt rättsliga sammanhang torde inte ha någon svårighet att finna relevanta partier med hjälp av innehållsförteckning och sakregister.

I denna avdelning kommer åtskilliga jämförelser med *svensk konkursrättslig återvinning* att göras. I flera fall tar jag självständig ställning till i praxis och doktrin diskuterade frågeställningar. Jag går därvid inte så sällan utanför den rent rättsjämförande ramen. Av den

[1] Se utförligast Göranson, Traditionsprincipen, kap 13.

anledningen har avdelningen att blivit mera omfattande än vad jag ursprungligen tänkt. Studiet av främmande rätt ger emellertid alltid uppslag till en rad mer eller mindre konkreta funderingar om det berättigade i vårt eget systems lösningar. I vissa fall är innehållet fortsättningsvis därför av den arten, att en kritisk läsare kan fråga varför diskussionen förs i en bok med den givna titeln. Undertiteln är kanske ett svagt försvar.

Att svensk återvinning är inskränkt till konkursområdet spelar dock mindre roll. De behandlade frågeställningarna är oftast av generell art och således tillämpliga för båda arterna. Det har inte synts mig meningsfullt att annorstädes publicera här upptagen, ehuru på rent svenska förhållanden stundom inriktade, diskussionen. Ett ytterligare syfte med studien har dessutom varit att lägga grunden för införande av återvinning utom konkurs även i Sverige.

För svensk rätts del hänvisar jag genomgående endast till regler i nu gällande *1987 års konkurslag,* för det fall rekvisiten inte ändrats på så sätt att missförstånd kan uppkomma. När jag exempelvis påstår att Fritjof Lejman, i dagarna kreerad jubeldoktor, uttalar sig om 4:5 konkurslagen, inser envar att jag inte tror honom ha varit synsk för femtio år sedan. Men skrivsättet "dåvarande 34 §, sedermera 30 § och nu 4:5 konkurslagen" skulle vara alltför omständligt liksom den mindre klara varianten "4:5 [34 §; 30 §] konkurslagen". I slutet av boken finns en tabell med angivande av de centrala återvinningsparagrafernas motsvarighet i äldre lag. – "And now, over to something completely different!"

Är återvinningsanspråket en sakrätt eller en obligationsrätt? För *romerskrättsligt* grundade rättsordningar är en sådan frågeställning oundviklig. För *common law*-systemen är den obegriplig. För *nordiska* förhållanden beror det snarast på den ideologiskt färgade grundinställningen till rättssystematiken, om frågan formuleras på samma sätt som i *Nederländerna* och *Tyskland* eller om den utvecklas till att direkt avse återvinningens rättsföljder gentemot tredje man i olika situationer. Jag vill förutskicka, att flera frågor av *praktisk* betydelse kommer att behandlas i det följande. Grundtonen kan sägas vara frågan, huruvida systmatiska överväganden är till hjälp eller stjälp vid lösningen av gränsdragningsproblem.

Redan i kapitel 3 har jag antytt den ovisshet om återvinningens rätta systematiska inordnande, som rådde i *romersk* rätt. Obligationsrättsliga och sakrättsliga alternativ diskuterades flitigt under den romanistiska rättsutvecklingen. Positivrättsligt har den *nederländska*

inställningen varit något trevande. I *Tyskland* har olika skolor profilerat sin inställning i en ännu pågående debatt. Kort kan anledningen till detta tillstånd karakteriseras så. Återvinningsanspråkets naturliga, önskade eller rent av lagfästa rättsföljder låter sig inte i alla situationer inordna under den gängse systematiken. Återvinningen uppvisar med andra ord tydliga tecken på att vara av dubbelnatur.

Det är främst två huvudfall som skall lösas med hjälp av systematiken, om vi stannar vid den romerskt färgade diskussionen. Dels måste undersökas hur återvinningen står sig mot förvärvarens, återvinningssvarandens, övriga borgenärer. Föreligger en separationsrätt, för det fall även förvärvaren skulle ha blivit insolvent? Dels måste bestämmas vilka rättigheter, som en förvärvares singularsuccessorer kan vinna till egendom, som sedermera utsätts för återvinningsanspråk. Gäller samma regler som för exstinktiva godtrosförvärv, eller ställs det mindre långtgående krav för att ge sekundärförvärvaren skydd mot återgångskrav som riktas mot hans fångesman? Sistnämnda fråga behandlas både i detta kapitel och i det allmännare men kortfattade kapitel 14 om sekundärförvärvarens ställning.

Skulle återvinningsanspråket redan innan det görs gällande grunda en fullgången sakrätt, ger ett jakande svar enligt synen i Nederländerna och Tyskland ett direkt svar på frågan om relevanta rättsföljder. Återvunnen egendom kan separeras ur förvärvarens bo i samma omfattning som medges vid äganderätts- och begränsade sakrättsanspråk. Är egendomen vidareöverlåten av förvärvaren skyddas singularsuccessorns rätt till den i samma utsträckning som hans förvärv förmår utsläcka äldre berättigads anspråk. Problemet med just återvinning uppstår på grund av att de positiva rättsordningarna i lag eller praxis inte alltid pressat in detta instituts rättsföljder i den gängse formen.

För svensk rätts del uppkommer åtminstone två ytterligare problem, som i litteraturen fått tangera frågan om återvinningsanspråkets rätta natur. Dels måste undersökas om det fall i 4:5 konkurslagen, som gäller återvinning från närstående och saknar i lagen angiven tidsfrist, skall vara föremål för fordringsrättslig preskription eller sakrättslig "preskriptionsfrihet". Dels har på senare tid uppmärksammats frågan, huruvida återvinningsanspråk är en sådan fordran, som täcks av i gäldenärens förmögenhet upplåtet företagshypotek. Jag återkommer till nu anmälda frågor i avsnitt 8.3, innan jag slutligen under 8.4 presenterar min egen inställning i systematiskt hänseende.

8.2 Kan en systematisk diskussion ge resultat?

Avsnittet inleds med en allmänt hållen diskussion kring resultat som över huvud taget är tänkbara med utgångspunkt i systematiska överväganden. Den bygger fritt på tankegångar, som presenterats i det utländska materialet. Inte bara sak- och obligationsrättsdistinktionen berörs. Även återvinningens likhet med skadestånd upptas. En viss övervikt för borgenärsskyddsfrågor föreligger. För den som är mera intresserad av konkretion kring återvinningens rättsföljder, kan vad som redovisas under 8.2.1 överhoppas.

8.2.1 Allmänna överväganden

Anses återvinningsanspråket vara *sakrättsligt,* har återvinningsborgenären i princip rätt att framför förvärvarens, återvinningssvarandens, övriga fordringsägare tillgodogöra sig egendomen. Såvitt det gäller bestämd sak i förvärvarens behåll, uppstår inga svårigheter. Antingen föreligger separationsrätt eller ej. Men andra, mindre lättlösta situationer är tänkbara.

Skulle det stå förvärvaren fritt att som i vissa rättsordningar själv avgöra om han vill utlämna återvinningsegendomen eller ersätta dess värde i penningar, torde det senare alternativet, om det väljs av förvaltaren i förvärvarens konkurs, ge återvinningsborgenären en fordran, som med vår terminologi riktar sig mot massan. Det är inte fråga om en oprioriterad bevakningsfordran. Samma synsätt bör anläggas, om värdeersättning är ett alternativ, som bjuds förvärvaren endast då det föreligger viss form av olägenhet att återlämna själva saken.[2]

Mera komplicerat blir läget, om en från början individualiserad egendom inte längre finns i behåll hos förvärvaren. Har han vidareöverlåtit den, gäller frågan om rätten för borgenären att rikta sig mot hans singularsuccessor. Är den vägen inte framkomlig på grund av att anspråket är värdelöst om det riktas mot sekundärförvärvaren, en fråga som upptas i annat sammanhang,[3] återstår att fordra ersättning av primärförvärvaren. Men kan ett sådant krav vara skyddat mot dennes övriga borgenärer? Är det inte fråga om en oprioriterad fordran vilken som helst?

[2] Exempel på olägenhetsrekvisit kan hämtas redan i svensk konkursrättslig återvinning, 4:14 st 2 p 2 KL.

[3] Se närmare nedan *avsn 14.3.*

Ty hade anspråket varit en "riktig" sakrätt, föreställer jag mig att det inte längre skulle finnas någon valmöjlighet för återvinningsborgenären att gå mot annan än den som förvärvat den omstridda egendomen. En sådan inställning återfinns hos vissa *tyska* författare även om de inte omedelbart dragit slutsatser i den delen av systematiska överväganden. Med gängse kontinental terminologi kunde dock påstås, att sakrätten inte längre finns kvar hos primärförvärvaren. Den har upphört och ersatts av exempelvis penningar eller vid benefik vidaröverlåtelse inget alls. Jag har emellertid inte i de undersökta rättsordningarna funnit belägg för att möjligheten att alternativt kräva primärförvärvaren skulle vara grundat i något slag surrogationsresonemang, vilket för övrigt är helt uteslutet i de fall sekundärförvärvaren inte lämnat något vederlag.

Mot det sist sagda bör emellertid ställas det allmänna synsättet i utländsk rätt, att återvinningsanspråket inte kan upplivas, om förutsättningar för angrepp på primärförvärvaren saknas. Efterföljande ond tro hos denne eller hos hans singularsuccessor öppnar inte vägen för förnyade attacker från återvinningsborgenärernas sida. Hade återvinning varit en skadeståndsliknande fordringsrätt, förefaller en sådan begränsning inte motiverad. Den liknar mera vad som anses grundläggande för regelrätt vindikationstalan.

En annan variant är att primärförvärvaren inte vidareöverlåtit men på annat sätt förfogat över egendomen, exempelvis genom konsumtion, bearbetning eller infogande i annan sak. Skall den situationen anses likartad? Och vilken tidpunkt är relevant? Skall förfogandet ha ägt rum, innan återvinningsborgenären gör sitt anspråk gällande, eller räcker det med att så skett därefter men innan återvinningssvaranden själv blir utsatt för utmätning eller konkursansökan.

Utgår vi från bestämningen om sakrättsligt skyddat anspråk, undanröjs åtskilliga oklarheter genom att fastställa, huruvida sakrätten består eller inte. Vid giltig vidareöverlåtelse har sakrätten gått förlorad på primärförvärvarens hand. Ersättningsanspråk som i stället utgör krav på värdeersättning, när egendomen inte längre finns hos förvärvaren, kan inte rimligen åtnjuta sakrättsligt skydd. Att betrakta sekundärförvärvarens överlämnade köpeskilling som ett slags surrogat, förefaller främmande.[4] Men samtidigt kan det inte

[4] Motsvarigheter till *svensk* rätts redovisningslag förekommer mig veterligt inte utomlands, i synnerhet som det för borgenärsskydd till säkerhetsöverlåtna fordringsrätter i exvis *Nederländerna* och *Tyskland* inte krävs det upphävande av

lämnas helt åt att återvinningssvaranden i vissa rättssystem har en fri valrätt att utbyta återlämnande av befintlig egendom mot penningersättning. Varför skulle rättsreglerna gestalta sig annorlunda blott för att han inte har saken kvar?

Särskilt om förvärvaren vid vidareöverlåtelsen har mottagit fullvärdig valuta eller genom bearbetningsåtgärder skapat en värdemässigt minst lika stor tillgång, kan det tyckas som om surrogationstanken blir mera försvarbar. Däremot saknas helt utrymme för surrogation i det läget att han helt sonika konsumerat egendomen, kanske till och med utan att det medfört ens nytta. Då om inte förr bör alltså frågas, vari egentligen skillnaden består mellan de nu diskuterade alternativa grunderna för att egendomen inte finns i behåll, nämligen vidareöverlåtelse, bearbetning/infogande och konsumtion. Sett från den utgångspunkten förefaller en likabehandling rimlig.

Här visar sig också ett begreppsmässigt fast resonerande lägga hinder i vägen för gynnande av återvinningsborgenären, och det inte enbart av formella skäl. Som i alla sakrättsliga konflikter har vi en tredje man med anspråk att få tillgång till samma egendom, i detta fall förvärvarens borgenärer. För det fall att rättsreglerna verkar till deras skydd i andra situationer än just då ett återvinningsanspråk görs gällande, finns det knappast något så säreget hos just återvinningen att den borde ges en annan ställning än sedvanliga sakrätters. Det vore ju förvånande om återvinningen betraktades tryggare än anspråk på äganderätt eller sakrättsligt skyddad säkerhetsrätt.

Betraktas alltså återvinningsanspråket i förhållande till förvärvarens borgenärer som ett sakrättsligt krav i allmänhet och med den fara för förlust, som en rättsordnings regelsystem stadgar, torde frågan om tidpunkten för anspråkets aktualiserande i förhållande till förvärvarens förfogande inte behöva komma upp till behandling. Det är i det läget självklart, att anspråket står sig mot förvärvarens borgenärer, om något sakrättsutsläckande förfogande inte vidtagits dessförinnan. Är däremot egendomen exempelvis konsumerad, när återvinning påfordras, står sig inte anspråket på återgång.

Helt okomplicerat är problemet emellertid inte. Antar vi att återvinning betraktas om en ensidig rättshandling, som kan göras gällande på samma sätt som ogiltighet, har vi en utgångspunkt. Anses däremot återvinningen bekräftad först genom domstolsutslag, har vi en annan. I sistnämnda fall torde lagakraftägande dom inte vara

överlåtarens passivlegitimation, som sammanhänger med SkbrL:s enhetliga reglering av omsättnings- och säkerhetsförfoganden.

utslagsgivande men väl väckande av talan. I det förstnämnda kan man fråga sig, om relevant tidpunkt föreligger redan när den återvinningsbara rättshandlingen vidtogs, eftersom ogiltighet i princip har tillbakaverkande kraft. Så långt tror jag ingen vill gå, sedan det redan i romersk rätt fastslogs att återvinning inte kan jämställas med nullitet. Särskilt när anspråket riktas mot en godtroende borde det åtminstone krävas att det görs gällande hos denne, innan någon rättsverkan över huvud taget skall anses inträda. Det är en annan sak att den konkreta rättsföljden innebär en restitution av ett tidigare rådande rättstillstånd.

För att inte ytterliger fragmentera regelsystemet kan det hävdas, att i denna grundfråga ingen skillnad borde göras mellan ondtroende och godtroende förvärvare av återvinningsbar egendom. Det subjektiva på förvärvarsidan kan knappast tyckas påverka hans borgenärers rätt att få tillgång till hans förmögenhet. Å andra sidan kan framföras, att just god tro vid vissa förfoganden lägger grunden till egendomsförvärv, som i sista hand kommer en förvärvares borgenärer till godo. Jag tänker i det sammanhanget på olika former av exstinktionsfång. Ingen vill ju mena, att en tidigare ägare, som på sådan grund förlorat sin ägande- eller säkerhetsrätt, skulle få den upplivad bara för att godtrosförvärvaren sedermera blir insolvent. I det läget är det obestridligt, att dennes borgenärer drar nytta av hans goda tro. Den viktiga skillnaden gentemot återvinningsfallet ligger i att vid godtrosförvärv den goda tron i sig är ett rättsskapande rekvisit, vilket den inte är i de återvinningssituationer då återgång är möjlig oberoende av förvärvarens goda tro.

8.2.2 Sytematisk diskussion i svenskt perspektiv

Jag övergår efter dessa allmänna reflexioner kring rättsystematik och borgenärsskydd till några kommentarer kring svensk rätts syn på återvinningsanspråkets sak- eller obligationsrättsliga karaktär. Jag ställer det i skuggan av vissa utländska slutsatser. De mera konkreta ställningstagandena kommer i följande avsnitt.

Att den *tyska* diskussionen i systematiska frågor varit minst sagt livaktig är inte ägnat att förvåna. Den dagsaktuella sitautionen är ganska utförligt beskriven ovan i avsnitt 6.6. Förhärskande är alltjämt inställningen, att återvinningsanspråket är obligationsrättsligt. Det åtnjuter därför inget skydd mot förvärvarens övriga borgenärer. Genom specialreglering har anspråket däremot tillåtits verka mot förvärvarens singularsuccessorer under vissa omständigheter, som är

förmånligare för dem än de allmänna exstinktionsreglerna. Mot det synsättet står tankegången att återvinning är ett *exekutionsrättsligt* anspråk med både sak- och obligationsrättsliga drag. Eftersom förhållandet gentemot sekundärförvärvare av återvinningsegendomen är specialreglerat, har diskussionen närmast tagit sikte på frågan om anspråkets skydd mot förvärvarens borgenärer. Det spännande i debatten ligger i den uppenbara motsättningen mellan ett eftersträvat blocktänkande och nödvändiga eftergifter för mera ändamålsmässigt diskuterade lösningar.

Den *nederländska* debatten har väl inte varit lika profilerad som den tyska. Ett principiellt fasthållande vid obligationsrättsteorin är märkbart. Däremot finns en i tysk rätt inte företrädd uppfattning, att återvinning är hänförlig till ogiltighetsläran, ett synsätt som skärpts genom den nya civillagens systematik. Genom att eventuellt överskott efter återvinning skall redovisas inte till gäldenären utan till förvärvaren, har det varit nödvändigt att konstruera en mera utförlig teori om återvinningens relativitet. I förhållandet till sekundärförvärvaren har meddelats lagregler, som undanröjer sammanblandning med exstinktionsfång.

I *svensk* litteratur har frågan om återvinningens natur av lätt insedda skäl inte intagit en förstarangsställning.[5] Vad som förekommit har med något undantag mera varit inriktat på lösningen av konkreta rättsföljder. Diskussionen följer ett ganska allmänt mönster för det sätt, på vilket vissa gränsdragningsfrågor i svensk sakrätt behandlas. Strävan efter in casu-lösningar blandas med tanken på att rekvisiten för skilda sakrättskonflikters lösning skall vara likartat utformade.[6]

Ett undantag i svensk doktrin utgör *Lejman.* Han är vår främste – och hittills ende – förespråkare för en mera enhetligt syn på återvinningsanspråket. Han anför i sig goda skäl för sin ståndpunkt, att det bör betraktas som en obligatorisk rättighet. Stöd hämtas dels i motivuttalanden till 1911 års konkurslagsförslag, dels i den då förhärskande tyska uppfattningen.[7] Några andra slutsatser än beträf-

[5] Se Göranson, Ogiltighet s 31 ff med hänvisningar och därefter Lennander s 361 f; Rodhe § 15 vid not 79; Håstad s 172 f; Welamson, Konkurs s 91 not 13; Walin, s 227.

[6] Bästa exemplet på sistnämnda är traditionskravet vid borgenärsskydd och exstinktionsförvärv.

[7] Lejman, Återvinning (1939) s 17 ff och hela kap II, som är en skickligt gjord jämförelse mellan främst tyska och svenska förhållanden, där olika teorier behandlas om än inte riktigt på djupet. Sålunda upptas även frågor om åter-

fande anspråkets ställning mot förvärvarens borgenärer och singularsuccessorer synes Lejman emellertid inte dra, möjligen med det undantaget att han betraktar återvinning som inte direkt hänförlig till de allmänna ogiltighetsgrunderna.

Det torde just vara de *konkurslagskommitterades* uttalande, väl i sig fotat på tyska förebilder, i anslutning till frågan om sekundärförvärvarens ställning, som är upprinnelsen till den systematiska diskussionen i Sverige. Där sägs nämligen uttryckligen att, till skillnad från uppfattningen i anslutning till 1862 års konkurslag, sekundärförvärvarens ställning inte bestämdes av allmänna exstinktionsregler.[8] Någon uppfattning i övriga med anspråkets natur begreppsmässigt sammanhängade frågor anger de kommitterade emellertid inte.

Lejmans åsikt om återvinning som ett obligatoriskt anspråk och hans sammanhållna systematiska syn mötte förödande opposition av *Hult* i en recension. I sin bländande kritik, som från mina utgångspunkter delvis förefaller orättvist hård, anlägger Hult generellt funktionella synpunkter i det han menar, att det reglerade successorskyddet inte säger något om i konkurslagen oreglerade fall.[9] Det är inte förvånande, att senare författare efter Hults salvor avstått från systembyggen. Hults mera funktionellt inriktade syn, där skilda sakrättskonflikter studeras oberoende av varandra, är numera allmänt antagen, inte minst efter *Hesslers, Håstads* och *Rodhes* handböcker.[10]

Redan *Bramsjö* torde ha varit av den numera gängse uppfattningen. Även han redovisar komparativa studier, dock med siktet inställt på regler kring återgång i allmänhet. Beträffande särskilt återvinning lämnar Bramsjö den systematiska frågan öppen för att på ändamålsskäl ta ställning i fråga om borgenärsskyddet.[11] *Welamson, Walin* och *Lennander* anlägger definitivt funktionella synpunkter.[12]

vinningen som ett kvasidelikt, ett särskilt exekutionsrättsligt anspråk och en "obligatio ex lege".

[8] Förslag 1911 s 234.

[9] Hult, SvJT 1940 s 786 ff, särsk s 787.

[10] Att jag själv inte är odelat positiv till en alltför fragmenterad funktionalism i sakrätten framgår av Traditionsprincipen, se allmänt s 421 ff samt särskilt den metodologiska hanteringen av källmaterialet beträffande besittning och individualisering i kap 15 och 16. För detta har jag inte oväntat mött kritik, exvis av Helander, SvJT 1987 s 374 ff.

[11] Bramsjö, Om avtals återgång (1950), se särsk s 132 ff (dock ej närmare om återvinningsanspråk utan mera allmänt om återgång), 312 ff.

[12] Welamson, uttryckligt funktionell i Konkursrätt (1961) s 285. Varken Walin eller Lennander gör direkt substantiella kopplingar mellan borgenärs- och

Bland sentida författare, som berör återvinning, kan särskilt påpekas *Forssells* allmänt kritiska inställning till systematiska konstruktioner; Lejman stämplas som begreppsjurist i här aktuellt avseende.[13]

Slutligen kan nämnas, att *lagstiftaren* och den högsta *rättstillämparen* gjort vissa generella uttalanden om återvinningens natur. Med hänvisning till motiven för 1975 års konkurslagsreform menade Högsta domstolen, att "föremål för återvinning i konkurs är enligt konkurslagen principiellt en rättshandling och inte den av rättshandlingen berörda egendomen som sådan".[14] Ett påstående om att domstolen därigenom velat uttrycka en bestämd mening i fråga om återvinningsanspråkets systematiska ställning är nog en alltför djärv tolkning med hänsyn till den allmänna inställningen till sådana frågor hos dagens svenska jurister. Det är emellertid en viktig principfråga, om sådana subjektiva synpunkter skall läggas på domstolens explicit anförda skäl. Hur därmed än må förhålla sig, talar ställningstagandet förvisso mot att domstolen – och lagstiftaren – betraktar återvinning som en sakrätt i konventionell mening. Vidden av uttalandet får hur som helst inte överdrivas, men är ändå ett klart uttryck för en obligationsrättslig grundsyn.[15]

Sammanfattningsvis kan konstateras, att flertalet svenska författare från senare tid iakttagit tystnad beträffande möjligheten till ett generellt systematisk bestämmande av återvinningsanspråket. En rimlig tolkning är, att de därmed ansett det föga berättigat eller rentav olämpligt att göra sådana konstruktionsförsök. Resultatet är föga överraskande. Att jag likväl uppehållit mig vid frågan beror på en vilja att tydliggöra skillnaden mellan svensk grundinställning och vissa här upptagna rättsordningars synsätt. Åtskilliga rättsjämförande undersökningar ger det i sig värdefulla beskedet, att likheter och olikheter i lösningen av konkreta frågor påvisas. Den bakomliggande ideologin är emellertid enligt min mening en ofta lika viktig del i försöken att förstå utländsk rätt och dra de rätta slutsatserna av dess inställning.

successorskydd; se dock viss slutledning hos Lennander, s 362, från borgenärsskydd till preskription, varom mera nedan vid not 42.

[13] Forssell, Tredjemansskyddets gärnser (1977) s 171 f med not 20.

[14] *NJA 1984 s 816,* 822, med hänvisning till prop 1975:6 s 242.

[15] Målet rörde den något perifera frågan huruvida underhållsbidrag, som kommit förvärvaren till del icke genom frivillig betalning utan genom införsel, kunde vara föremål för återvinning.

8.3 Särskilda frågor

I det fortsatta skall upptas de särskilda frågorna om återvinningsanspråkets sakrättsskydd mot förvararens borgenärer, preskriptionsspörsmålet och förhållandet mellan återvinning och företagshypotek. Därefter presenterar jag min sammanfattande syn i frågan om återvinningens natur. Som redan nämnt kommer ytterligare något om sekundärförvärvarens ställning först i kapitel 14; slutsatser finns dock redovisade redan i detta kapitel.

8.3.1 Återvinningens skydd mot förvärvarens borgenärer

I *tysk* rätt dikteras frågan om återvinningsborgenärens skydd mot förvärvarens borgenärer av principinställningen till anspråkets systematiska ställning. Frågan är inte avgjord i domstolspraxis. Att den härskande läran vägrar separationsrätt hindrar inte att där – liksom i motståndarlägret – framförts åtskilliga mer eller mindre ändamålsmässiga skäl för ståndpunkten. Jag går inte in i detalj på dem. För förståelsen av den tyska inställningen är det emellertid av vikt, att ingendera sidan godtar en omedelbar jämförelse med rena ogiltighetsfall, som regleras av bland annat den särpräglade läran om sakrättsförvärvets abstraktion, dvs om det från den obligatoriska partsöverenskommelsen skilda sakrättsliga avtalet.

I *nederländsk* rätt, som inte erkänner abstraktionsprincipen, har kopplingen till ogiltighetsläran i sig gått att genomföra, med särskild tydlighet i nya civillagen, där återvinningenoch dess rättsföljder knyts till allmänna regler om avtals återgång. Emellertid erbjuder just återvinning det tidigare redovisade problemet om för borgenärens förnöjande obehövligt överskott, som skall redovisas till återvinningssvarande förvärvare. För detta dilemma har utvecklats teorin om återvinningens relativitet. Borgenärsskyddet kan därmed utan betänklighet lösas med samma för återvinningskäranden positiva utgång.

Även i *fransk* rätt finns klara uttalanden till förmån för separationsrätt. En hastig blick på våra *nordiska* grannländer visar samma inställning.[16] Grunderna härför har jag dock inte efterforskat närmare.

Vad gäller då i *Sverige?* Efter Hults kritik av Lejmans tanke, att återvinningsanspråket inte skall skyddas mot förvärvarens borgenärer, synes de flesta som tagit uttrycklig ställning förordat separa-

[16] SOU 1970:75 s 168.

tionsrätt.[17] Lagberedningen gjorde 1970 ett kortfattat och inte närmare motiverat uttalande om att separationsrätt borde anses föreligga utan att den nödvändigtvis måste inskrivas i lagtext.[18] För flera sentida författare tycks detta obiter dictum i motiven till 1975 års konkurslagsreform ha varit särskilt tungt vägande för en positiv inställning till separationsalternativet.

Stöd har även tagits i två avgöranden kring återgångsgrunder av ett slag, som är "lindrigare" än regelrätt ogiltighet, simulation och felaktiga förutsättningar.[19] Det senare av dessa mål bör betraktas närmare.

Genom *NJA 1985 s 178* har fastslagits, att krav på bestämd egendom, som överlåtaren blivit berättigad att återta på grund av *felaktiga förutsättningar,* har stått sig mot förvärvarens borgenärer i konkurs. Det skall noteras, att motiveringen inte anknyter till det nyssnämnda förarbetsuttalandet eller över huvud taget upptar det eventuella systematiska sambandet mellan den prövade återgångsgrunden och återvinning. Snarast förefaller det vägledande skälet för domstolen ha varit, att förvärvarens mer eller mindre kollusiva förfarande gjort motparten mera förtjänt av skydd än förvärvarens fordringsägare.[20] Samma typ av resonemang kan föras i ett simulationsfall. Egendomen skall kunna tillgodogöras där den reellt sett hör hemma.[21]

Om nu inte återvinningsanspråk systematiskt betraktas som likvärdigt med en ogiltighetsgrund som simulation och felaktiga förutsättningar,[22] skulle det dock finnas kvar ett utrymme för tvekan. Grundas återvinningen inte på förvärvarens agerande i ond tro, saknar Högsta domstolens motivering bärighet på fallet. Som jag nyss anfört i den

[17] Lennander s 361 f med litteraturredovisning i not 1 f; därefter Rodhe § 15 vid not 79; Walin s 227; Simfors, SvJT 1988 s 344. Håstad är förvånansvärt vag, s 173. Från äldre tid, se särsk intressant effektdiskussion av valet mellan separation och oprioriterad bevakning hos Lögdberg, SvJT 1951 s 355.

[18] SOU 1970:75 s 168, 173. Beredningen påpekade, att separationsrätt vore "bäst förenlig med grunderna för reglerna i ämnet", vad det nu skall betyda. Hänvisning gjordes till regleringen i dansk och norsk rätt utan närmare undersökning om reglerna i övrigt för sakrättsligt skydd vid likartade anspråk är enahanda utformad där.

[19] *NJA 1930 s 306* resp *1985 s 178.* Möjligen kunde tilläggas ett på senare tid bortglömt fall, där återgången skedde på grund av underlåtenhet att söka förvärvstillstånd, *NJA 1922 s 399;* av skäl som inte kan utvecklas här förefaller dock prejudiatvärdet i dag minimalt.

[20] *NJA 1985 s 178,* 193.

[21] Så Hessler i anslutning till *NJA 1930 s 306.*

[22] Lehrberg synes inte deciderad i sin systematik, när det gäller att obligationsrättsligt klassificera förutsättningsanspråk som ogiltighet, se s 173 f, 565 ff.

allmänna diskussionen ovan under 8.2.1, förefaller det mindre rimligt att splittra synen på återvinning – den må sedan ske inom eller utom konkurs – i det hänseendet, att förhållandet till återvinningssvarandens borgenärer regleras av dennes i sig inte rättsskapande goda tro. Ty är förvärvaren i sådan god tro som utesluter återvinning, kan hans borgenärer aldrig riskera konkurrens från hans fångesmans återvinningsborgenärer.

Inte heller argumentet om var egendomen reellt sett hör hemma talar i återvinningssammanhang entydigt för separationsrätt. Jag har i denna del svårt att ansluta mig till det *nederländska* relativitetstänkandet och med dess hjälp klassa återvinning som en ogiltighetsgrund. Ett cirkelresonemang ligger på lur. Det föreligger nämligen två avgörande skillnader mot ogiltighet. Och de återkommer ständigt. Den återvunna rättshandlingen är overksam endast så långt dess återgång krävs för att tillfredsställa borgenärens krav på gäldenären.[23] Återvinning kan heller inte som ogiltighet göras gällande av den rättshandlande själv, endast av dennes borgenärer. Samtidigt saknar vi den franska *l'action oblique,* och konkursförvaltarens rätt att få till stånd återgång på grund av ogiltighet vilar inte på samma grund. Den är i stället tillkommen som ett specifikt konkursrättligt, inte civilrättsligt, ställföreträdarskap.

Det vid återvinning omstridda förvärvet är i sig giltigt, ehuru angripbart under vissa i samband med ena kontrahentens insolvens uppkommande förutsättningar. Ett i andra sammanhang gjort försök att på grund av något slags förkastlighetsvärde rangordna återgångsanledningar, varvid återvinning för annat ändamål kunnat likställas med felaktiga förutsättningar och simulation,[24] hjälper mig inte i den ambivalens jag känner inför att tillerkänna återvinningsanspråket separationsrätt. Vad lagberedningen må ha uttryckt utan att lagfästa äger enligt min mening inte större tyngd än ett enskilt doktrinuttalande; det stöds inte av självständig argumentering.

[23] Att just den synpunkten knappast gjort sig gällande i svensk diskussion torde bero på avsaknad av institutet återvinning *utom* konkurs. Vid generalexekution kan man alltid utgå från att det kvarstår borgenärer, som trots återvinning blir nödlidande. Annorlunda ligger det till vid specialexekution. En delvis otillfredsställd utmätningsborgenär har inte alltid behov av hela den återvinningsbara rättshandlingens netto.

[24] Göranson, Ogiltighet s 27 ff, 62 ff. Se även på s 26 uppmärksammad äldre, numera upphävd lagstiftning rörande vissa förutsättningsfel, som eventuellt tillerkändes borgenärsskydd.

Att förvärvarens fordringsägare kan ställa lika välgrundade anspråk på den omstridda egendomen som överlåtarens torde vara obestridligt, åtminstone om förvärvaren inte agerat dolöst eller culpöst kollusivt. Detta är också den *tyska* härskande meningens inställning, för det fall den med sin obligationsrättliga grundsyn anser sig behöva ändamålsskäl.

Det är vidare påtagligt att den *svenska* doktrinen inte sedan 1950-talet närmare diskuterat effekterna av de båda lösningarna. Då framfördes av *Bramsjö* och *Lögdberg* två skäl till försvar för separation.[25] En bevakningslösning skulle leda till att färre återvinningar iscensattes, eftersom skyldigheten att återlämna vederlaget i utbyte mot en oprioriterad fordran sällan gav positivt resultat. Utan separationsrätt riskerades vidare, att sinsemellan närstående insolventa före konkurs arrangerade sin förmögenhet så att den hamnade i det bo, vars borgenärer gäldenärerna i samförstånd mest önskade gynna. Likartade tongångar har hörts i *tysk* debatt.

Båda dessa påpekanden förefaller mig visserligen ha än större tyngd fyrtio år senare, främst med hänsyn till en allmän önskan att underlätta återvinning och att inskrida mot ekonomisk brottslighet. Men överträffar de förvärvarborgenärernas anspråk på den av deras gäldenär innehavda egendomen? Man står, som ofta, inför den sakrättsliga konkurrensens klassiska dilemma.

Systematiska skäl – skillnaden gentemot övriga ogiltighetsfall – väger för mig tungt till förvärvarborgenärernas förmån i konflikten med återvinningsborgenären. Som fortsättningsvis kommer att framgå saknas enligt min mening andra sakrättsliga drag hos återvinningsanspråket än just möjligheten att tillerkänna det separationsrätt. Att hämta fram det gamla numerus clausus-argumentet borde inte vara alldeles förbjudet. Ty varför skulle återvinning behandlas med större respekt än de fordringsrättsliga anspråk, som allmänt erkänt saknar skydd mot medkontrahents borgenärer? Dessa kan inte få bättre rätt än vad deras gäldenär hade. En jämförelse mellan återvinningsanspråk och ren skadeersättning, något som förekommit i historien och även vunnit sympati i mera modern *nederländsk* doktrin, ger otvivelaktigt en tankeställare.

Innan jag för egen del tar slutlig ställning skall ytterligare en omständighet föras in i den separationsrättsliga diskussionen. En väsentlig inskränkning har nämligen förordats av *Welamson*. Separa-

[25] Bramsjö s 242 f; Lögdberg, SvJT 1951 s 355; jfr Welamson positiva inställning till argumenteringen, Konkursrätt s 285 f.

tionsrätt föreligger "uppenbarligen" endast om *individualiserad* egendom finns i behåll hos förvärvaren eller om surrogationsregler kan tillämpas. Åtminstone *Walin* och *Lennander* är av samma åsikt, liksom förmodligen Högsta domstolen.[26]

Utomlands råder samma inställning, låt vara att jämförelser med *tysk* rätt försvåras av två faktorer. Den härskande läran och praxis erkänner inte separationsrätt ens till individualiserad egendom. De som på skilda grunder förordar borgenärsskydd har att i nästa led tillämpa komplicerade regler, som här måste förbigås, dels om skillnaden mellan separation och en snarast förmånsrättsliknande företrädesrätt,[27] dels om sättet att göra gälla fordringsanspråk mot konkursmassan.

Skall man för detta fall – generiskt bestämd återvinningsegendom – våga dra någon slutsats från de relaterade ogiltighetsmålen om simulation och felaktiga förutsättningar till återvinning? Den vore i så fall, att det med än större säkerhet skulle gälla, att anspråk exempelvis på återfående av betalning inte står sig mot återvinningssvarandens borgenärer. Men på vilken grund vilar den sålunda hävdade inskränkningen i separationsrätten?

Det kunde med fog invändas, att det saknas godtagbara skäl att göra en åtskillnad mellan dessa båda former. Har man nämligen en gång bestämt sig för att inte klassificera återvinning som ett slags sakrätt – av dem som på senare tid hävdat separationsrätt har endast Lennander gjort en hastig anmärkning i sådan rikting – är det förvånande att ett så tydligt sakrättsligt element som individualiseringskrav och surrogation återupplivas. Är det frågan om möjlighet att över huvud taget uppnå sakrättsligt skydd som likväl spökar? Gränsen för separationsrätt skulle alltså bestämmas, inte av återvinningsanspråket som sådant utan av objektet för återvinning.

Mot ett sådant synsätt talar med inte ringa styrka uttalanden såväl i förarbetena som av Högsta domstolen.[28] Och den funktionella grundsynen i svensk sakrätt skulle väl inte ha anledning att stanna vid uppdelningen mellan individualiserat och generiskt bestämt gods, om

[26] Welamson s 286; Walin s 227; Lennander s 361 med not 3, vari görs en intressant e contrario-tolkning av 7:23 st 2 KL, som för viss köpeskillingsfordran medger separationsrätt liknande redovisningslagens. Regeln emellertid uppmärksammad redan av Hult, SvJT 1940 s 787. Se även explicit inskränkning till individualiserad egendom i *NJA 1985 s 187,* 193; enahanda omständighter i *NJA 1930 s 306.*

[27] *Aussonderung* resp *abgesonderte Befriedigung.*

[28] Se ovan vid och i not 14.

det är själva rättshandlingen och inte dess objekt, vars återgång är återvinningens preciserade rättsföljd. Förmodligen är det ett djupt rotat systematiskt tänkande som spelat in. För ser man till funktionen, samtidigt som det skulle verka främmande att konstruera just separation i rena penningfordringar,[29] kan det mycket väl hävdas, att den återvinnande åtminstone erhåller en massafordran på boet, en tes som för övrigt fått vissa anhängare i tysk doktrin.

Om den återvinnande på ändamålsskäl skall ha företräde framför återvinningssvarandens borgenärer till bestämt gods, bör man alltså fråga varför han inte lika gärna skall ha det till generiskt? En ytterligare precisering är möjlig. Det skulle inte vara otänkbart att jämställa återvinningsobjektet med en fordringsrätt, som innehas av tredje man, dvs konkursboet eller enskild borgenär vid återvinning utom konkurs. Sådana fordringar kan i sig erhålla sakrättsligt skydd. Om man vill göra en omedelbar analogi till sättet att skaffa sådant skydd i överlåtelsesammanhang, kan följande gälla.

Åtminstone återvinningsanspråk i penningar, som denuntierats motparten före hans konkurs, skulle ha företräde framför övriga borgenärer. Resultatet av resonemanget blir emellertid en säkerligen inte önskvärd uppdelning mellan anspråk som aktualiserats före och efter återvinningssvarandens egen konkurs. En annan variant att hävda separationsrätt till genusgods ligger i möjligheterna att dra paralleller till redovisningslagen. Någon kunde hävda, att återvinningsegendomen skall betraktas som mottagen under redovisningsansvar. Så länge den hålles avskild är den separabel.

Jag är ingen anhängare till analogiska konstruktioner av nyss prövat slag. Intellektuell exercis i all ära, men nog känns det lösligt. Låt oss för ett ögonblick kategoriskt fastslå, att återvinningsanspråket riktar sig mot rättshandlingen och inte mot objektet.[30] Vilken inställning till den frågan de har, som förvägrar separationsrätt till generiskt bestämda objekt, framgår inte. Jag kan för min del i vart fall inte se någon direkt koppling mellan återvinning av en rättshandling och den allmänna frågan – obestridligen av sakrättslig natur – om

[29] Jag diskuterar här inte surrogationsfallen, vars allmängiltiga regler i och för sig skall tillämpas även vid återvinning. I stället kan bland hos oss erkända institut nämnas separationsrätten till medel enl redovisningslagen eller 7:24 KL. Redovisningslagen har för övrigt i andra sakrättsliga sammanhang flitigt använts som analogisk källa, se exvis Håstad s 152 f, 272 f.

[30] Jag skall avslutningsvis, *avsn 8.4*, tydligare redovisa min egen ståndpunkt. Redan här kan dock sägas, att det finns ett tredje val: återvinningsanspråket riktar sig mot den överlåtna egendomens förmögenhets- eller *exekutionsvärde*.

anspråk på äganderätt eller på sådan begränsad sakrätt, som enligt gängse systematik fordrar individualisering för att över huvud taget kunna göras gällande. Och till reglerna om sakrättsligt skydd mot en överlåtares borgenärer bör, som nyss antyddes, inte heller hänvisas. En förvärvare av återvinningsbar egendom eller en mottagare av återvinningsbar betalning har nämligen aldrig stått i avtalsförbindelse med den som kan göra återvinning gällande, nämligen medkontrahentens konkursbo eller en borgenärer utom konkurs.

Jag har således svårt att från nu angivna utgångspunkter finna tillräckliga skäl för den av de flesta förordade uppdelningen i separationshänseende mellan återvinningsegendom av generisk och icke generisk art. Har en gång det rent sakrättsliga hos återvinningsanspråket förkastats, strider det mot lägst ställda krav på systematisk reda att återuppliva det för fall då det i sig kan tyckas rimligt. Å andra sidan kanske någon i detta läge skulle finna det lämpligt att byta kurs och påstå, att återvinning faktiskt riktar sig direkt mot rättshandlingens objekt, mot den överlåtna egendomen som sådan.

Att som *Lennander* dra e contrario-slutsatser av i konkurslagen reglerade fall, närmast betalningsanspråk enligt 7:23 st 2, är vådligt. Den metoden har ju hos oss alltsedan Hult med kraft förkastats, när det gäller att klassificera separationsrätten genom en jämförelse med innebörden av det lagreglerade successorskyddet i 4:18. Den ena frågan har inget inflytande över den andra. Att successorskyddet är uttryckligt reglerat men å andra sidan inte på ett entydigt sakrättsligt sätt, säger inget om förekomsten av separationsrätt eller om eventuella sakrättsliga verkningar i övrigt hos återvinningsanspråket. Än en gång står man inför det mystiska valet mellan analogier och motsatsslut. Bäst kanske att helt avstå.

Jag måste äntligen sammanfatta min inställning till återvinningsanspråkets skydd mot återvinningssvarandens, förvärvarens, borgenärer vid dennes egen konkurs. Av det senast upptagna framgår, att jag inte funnit något hållbart skäl för en uppelning med avseende på återvinningsobjektets generiska eller individualiserade art. För den som hävdade separationslinjen skulle detta innebära en kanske förvånande utvidgning av den återvinnandes företräden. Med detta tillskott ökar alltså den redan beträffande individualiserade ting uttryckta tveksamheten till separationsrätt utan lagstöd.

Det bör understrykas, att återvinningens eventuella borgenärsskydd är oprövat av Högsta domstolen. Likaledes är det lämnat oreglerat av lagstiftaren, till skillnad från det uttryckliga skyddet för

återvinningssvarandens singularsuccessor. Blotta motivuttalanden räcker inte för tillskapande av nya separationsrätter. Allt sammantaget vill jag påstå, om än med tvekan, att *borgenärsskydd till återvinningsanspråk inte föreligger* i svensk rätt. Därmed är inte sagt, att dess införande skulle kräva lagstöd. Ett klart prejudikat är tveklöst tillräckligt i vårt system med stora delar av sakrätten är okodifierade.

I någon mån har systematiska överväganden fått fälla utslaget. Särskilt den redan av Lejman, måhända på svagare grund, hävdade skillnaden mellan ogiltighet och återvinning har varit betydelsefull. Att skapa sakrättsskydd utanför i lag eller praxis fastslagna fall är knappast förenligt med den allmänna inställningen i svensk rätt. Däremot har jag inte dragit några slutsatser utifrån ett försök till en generell bestämning av återvinningsanspråkets sak- eller obligationsrättsliga natur. En sådan för alla rättsföljder entydig klassificering förekommer mig veterligen inte någonstans utomlands, även om generaliseringsgraden där är högre. Gjorde man likväl det, skulle svaret vara givet. Är återvinningsanspråket en sakrätt, innebär det att den omstridda egendomen inte tillhör förvärvaren på sätt som gör den tillgänglig för hans borgenärer. Är anspråket blott obligatoriskt, ingår egendomen i förvärvarens förmögenhet.

Ändamålsmässiga argument förefaller å sin sida väga alltför jämnt för säkra slutsatser. Inte heller av dem kan avgöras, i vilken sfär den omstridda återvinningsegendomen närmast hör hemma. Jag återkommer avslutningsvis i detta kapitel till ytterligare test av teleologisk metod på en annan gränsdragningsfråga.

Samtidigt är min tvehågsenhet så stor, att jag gärna hälsat en lagregel om borgenärsskydd. Den hängde förvisso i luften. En klar bestämmelse hade dock berövat mig roande tanketimmar i strålskenet från skärmen till den vänligt surrande datorn.

8.3.2 Preskriberas återvinningsanspråk?

Kan man mot den nyss dragna slutsatsen likväl med den förhärskande svenska doktrinen utgå från att vi bör tillerkänna återvinningsanspråk åtminstone viss form av sakrättsligt skydd, träffar man strax ett begreppsjuridiskt spörsmål av fascinerande slag: Vilka *preskriptionsregler* gäller för konkursrättsliga återvinningsanspråk?

För att något dämpa läsarens spänning måste jag genast tillägga, att frågan endast aktualiseras i ett speciellt fall, nämligen återvinning av otillbörliga rättshandlingar vidtagna med närstående, 4:5 st 3 konkurslagen. För alla övriga gäller i de skilda typfallen meddelade tids-

begränsningar av preskriptionsliknande effekt. Rättshandlingen skall för att kunna återvinnas ha företagits senast viss tid före fristdagen, dvs då konkursansökan ingavs till rätten.[31]

I utländska rättsordningar finns preskriptionsregler av mer eller mindre bestämt slag. I *fransk* rätt antas återvinning falla under generell trettioårspreskription, så också i *Tyskland* och förmodligen i *Nederländerna*. I de senare länderna gäller dock kortare frister genom särskild lagreglering för att göra särskilda återvinningsgrunder gällande. I *Nederländerna* kan emellertid anspråket användas kvittningsvis utan tidsgräns. Avsevärda fristförlängningar föreslås i ett reformerat tyskt förfarande.

I *Sverige* blir här aktuell preskriptionsfråga enligt gängse synsätt beroende av om återvinningsanspråket är av *sakrättslig eller obligationsrättslig natur*. Vi tillämpar nämligen den i jämförelse med snart sagt alla länder märkliga ordningen, att sakrätter, i synnerhet i lös egendom, inte kan bli föremål för preskription. För fastighetsrätten däremot spelar hävdereglerna en preskriberande roll, låt vara att hävden är förbunden med kravet på besittarens laga fång och goda tro. Sådan distinktion mellan hävd och preskription möter i de flesta rättsordningar – hämtad från romarrättens uppdelning mellan adkvisitiv och exstinktiv preskription – men tanken att lös egendom inte kan hävdas är främmande redan i Danmark och Norge.[32]

I vårt rättsliga klimat, som eljest är så främmande för begreppsjuridik, är det förvånande att möta tankegången, att anspråkets natur skulle diktera frågan om preskription. Det kan väl knappast vara så i en rättsordning, som visserligen bär stark legalistisk prägel men som har så stora delar av den centrala sakrätten blott praxisbestämd, att enbart utevaron av lagstöd skulle vara bestämmande.[33] Tvärtom förefaller regler om preskription och hävd av alla slags anspråk kunna betecknas som juridiskt allmängods inom västerländskt rättstänkande. Den *romerska* rätten har här varit vägledande. Även *common law* har sin Statute of Limitation.[34] Det är tanken att vissa anspråk skulle leva för evigt som är avvikande.

[31] 4:2 KL med särreglering av ackordsfall (ansökan om förordnande av god man) och dödsbo (avträdande till förvaltning av boutredningsman)

[32] Se exvis Ussing, Almindelig Del § 41 II C.

[33] 1981 års preskriptionslag och dess föregångare från 1862 talar obestridligen endast om preskription av *fordringar*.

[34] Uttrycket *statute* i termen skall här mot vanligheten inte tolkas som skriven lag, även om t ex England sedan länge specialreglerat vissa preskriptionsregler genom parlamentsakter.

Tillkomsten av den svenska särregleringen har underkastats en minutiös granskning av *Fehr.*[35] Den rättshistoriska utredningen är av högsta klass och har på mig givit ett övertygande intryck. Fehr menar, att den ursprungliga preskriptionsregeln i 9:12 handelsbalken, hastigt tillkommen i samband med lagförslagets slutbehandling under riksdagen 1734, inte innefattade någon inskränkning, såvitt avser vad vi i dag kallar sakrättsliga anspråk på utfående av individualiserad egendom. Det i paragrafen begagnade uttrycket "fordran" hade inte 1800-talets anknytning till obligatoriska rättigheter, i synnerhet som det följdes av uppräkningen "i gods, penningar eller vad det är".

Stadgandet i 9:12 handelsbalken upphävdes genom 1862 års preskriptionsförordning, som på dunkla och i motiven ej redovisade grunder uteslöt bestämningen "i gods" efter termen "fordran". Samtidigt hade 1800-talsdoktrinen tagit ställning för tanken, att anspråk på äganderätt inte kunde preskriberas. Särskild reglering av fastighetsrättens hävdeinstitut hade redan vid seklets början uttryckligen uteslutit preskriptionsreglerna i handelsbalken och därmed också i den sedermera tillkomna förordningen från tillämpning på anspråk riktade mot fast egendom. Slutligen stödde litteraturen sig på separationsregeln i 17:2 handelsbalken, en delbestämmelse i den gamla förmånsrättsordningen, där ingen tidsbegränsning fanns angiven.[36]

För egen del tillåter jag mig att jämföra med tillkomsten av vissa andra typiskt svenska sakrättsidéer. De har kunnat fritt utvecklas på grund av bristande kunskaper om eller avog inställning till rättsregler, som är allmänt förekommande på kontinenten och har mer eller mindre tydlig anknytning till den romerska rätten i dess många uppenbarelseformer. Det har förekommit, vill jag mena, en övertro till att vi klarar av utformningen på egen hand. I senare tid har till vissa på oklara grunder tillkomna institutlösningar konstruerats ändamålsskäl, som givit sådana regler en förstärkt legitimation. Bevekelsegrunderna till att bortse från den svenska sakrättens kasuistiska och isolerade utveckling är sällan redovisade.[37]

[35] Fehr, Bidrag till läran om fordringspreskription (1913); om 9:12 HB s 101 ff.

[36] Fehr, om innehållet i 1862 års PreskF s 159 ff; om förhållandet till 17:2 HB s 175 ff; om relevant litteraturuppfattning s 153.

[37] Exemplen är många. Min käraste käpphäst, det på enbart fysiska förhållanden inriktade traditionskravet för borgenärsskydd, måste jag än en gång trötta läsaren med. Härutöver kan nämnas exstinktivt godtrosförvärv efter stöld, parat med en kanske inte fullt lika unik lösningsrätt för äldre ägare, samt borgenärsskydd redan genom avtalet vid förvärv av fast egendom mot utlandets krav på lagfartsliknande registrering för sakrättslig fullbordan. Förbudet mot annat än

Jag vill dock inte påstå, att gällande svensk rätt skulle medge preskription av sakrättsanspråk. Praxis och doktrin framstår som fasta.[38] Det är snarast regleringens oreflekterade försvar i doktrinen som är uppseendeväckande.[39] De ändamålsskäl, som bär upp fordringspreskriptionen,[40] torde nämligen tala med samma styrka för sakrättspreskription, även om sådan möjligen skulle infalla vid en senare tidpunkt. *Forssell* för sin del tar inte aktiv del i diskussionen men konstaterar, som det synes nöjt men träffande, att preskriptionens syfte är mångfaldigt och att sålunda "uttrycket obligatorisk rätt till och med i detta begränsade sammanhang /kommer/ att sakna enhetlighet".[41]

Förarbetena till 1981 års preskriptionslag ger inte mycket. Som möjligt försvar för den svenska åsikten kunde framföras, att tryggheten i varuomsättningen skulle fordra preskription med större styrka i ett system, där vindikationsmöjligheterna är större än i vårt med dess utbredda exstinktionsrätt. Det förefaller mig dock mindre väl överlagt. Här är knappast utrymme för rena frekvensmätningar. Och det kan väl inte vara äganderättens helgd som spökar?

Det är alltså påfallande, hur moderna författare anser sig kunna lämna frågan om återvinningsanspråkets eventuella preskription med en hänvisning till lösningen av borgenärsskyddet. Så exempelvis *Lennander:*[42] Sedan hon konstaterat att återvinning riktad mot bestämd egendom i förvärvarens besittning står sig mot förvärvarens borgenärer, konkluderar hon att anspråket är av sakrättslig karaktär. "...så länge det ej evalverats i pengar" är det inte underkastat obligationsrättsliga regler om fordringspreskription. Vad hon avser med att anspråket evalverats i pengar, förstår jag inte. Skulle återvinningsborgenären inte vilja ha ut godset utan önska värdeersättning, kan det knappast påverka preskriptionsförutsättningarna; enahanda om förvärvaren utnyttjar sin begränsade rätt enligt 4:14 st 3 KL att i stället för godset lämna pengar. En annan sak är att återvinnings-

kortvariga villkor vid fastighetsköp har fördunklat den rättsliga grunden för sale and lease back-affärer, trots att sådana ohämmat förekommer i mångmiljardklassen. Komparatister behövs!

[38] Forssell, s 199, har dock pekat på vissa fall, där anspråk på individuellt bestämd egendom förklarats preskriptibla.

[39] Se exvis Rodhe, Obligationsrätt § 57 vid not 10 ff.

[40] Se om ändamålen exvis Rodhe, Obligationsrätt § 57 vid not 1 ff; Forssell s 199 f med hänvisning till nuvarande preskriptionslags förarbeten.

[41] Forssell s 200.

[42] Lennander s 362, jfr s 131.

egendomen kanske vidarövelåtits mot penningersättning. Då gäller genast andra regler om återvinning riktad mot sekundärförvärvaren.

Rodhe har för sin del mellan framställningen i Obligationsrätt (1956) och Handbok i sakrätt (1985) radikalt bytt ståndpunkt beträffande preskription av återvinningsanspråk. Från att ha ansett, att återvinningsrätten lämnats utan varje tidsbegränsning, menar han numera med för honom ovanlig tvärsäkerhet, att vanlig tioårspreskription "säkerligen" gäller.[43] Skäl för detta lappkast har inte meddelats.

Även *Walin,* som regelmässigt är mycket rättfram, agerar mot sitt vanliga sätt i preskriptionsfrågan. Anspråket sägs vara underkastat preskription, dock med det minst sagt försiktiga tillägget "i den mån det räknas som en fordran".[44] *Welamson* synes inte ha tagit ställning på annat sätt än att han noterar, att ingen frist gäller för det nu berörda fallet enligt 4:5 st 3 konkurslagen.[45] Inte heller *Lejman* har preciserat en ståndpunkt.[46]

Som Fehr och Forssell med drygt sextio års mellanrum konstaterat, är själva principen, att endast obligatoriska anspråk kan underkastas preskription, öppen för allvarlig kritik. Jag har i andra sammanhang inte varit främmande för begreppsjuridiska resonemang, men i förevarande fråga – möjligheten att preskribera återvinningsanspråk – vill jag inte förespråka ett sådant blocktänkande.[47] Två skäl faller i ögonen.

För det första är visserligen den grundläggande regeln om preskriptionens begränsning allmänt accepterad. Men den är samtidigt unik och dessutom inte uppbyggd, enligt mitt sätt att se, på vare sig logiskt godtagbara skäl eller rimliga ändamålsöverväganden. Den

[43] Rodhe, Obligationsrätt § 57 vid not 17 med citat från lagberedningens förslag till GB 1918; Rodhe, Sakrätt § 21 not 41.

[44] Walin s 162.

[45] Welamson, Konkurs s 71; enahanda i Konkursrätt s 220.

[46] Lejmans närmare resonemang, s 78, 225, i anslutning till den obestämda återvinningsfristen och dess förhållande till en bestämmelse i 7 § ÄKL:s promulgationslag om äktenskap ingångna enl ÄGB förefaller i sig inte övertygande och har såsom upphävd av nya KL dessutom förlorat aktualitet.

[47] I samband med avbetalningsköp kan uppmärksammas att det sig som sakrättsligt klassade anspråket *återtaganderätt* genom lagreglering endast får utövas för *icke* preskriberad fordran, 7 § avbetalningsköplagen och 15 § konsumentkreditlagen. Indirekt kan därmed sägas föreligga preskription av en sakrätt. Förhållandet torde emellertid inte ha bärighet på allmänna systematiska resonemang och leda till en uppmjukning av grundprincipen i svensk rätt, att sakrätter har evigt liv.

är således svagt förankrad. Kan, för det andra, likväl en sådan regel om utesluten preskription av sakrätter accepteras, skall den kombineras ett visst typanspråk, i vårt fall återvinning. Då förefaller det minst sagt rimligt, att detta anspråks karaktär av sak- eller obligationsrätt måste kunna entydigt fastställas på *annan* grund än själva preskriptionsfrågan. Den stygga cirkeln är eljest uppritad. En allmängiltig sakrättskaraktär hos återvinningsanspråket är inte fastställd i svensk rätt.

Som jag ser det, finns det således inget skäl, varför ett *återvinningsanspråk* inte skulle vara *underkastat normal tioårspreskription.* Slutsatsen kommer att ges ett ytterligare stöd allra sist i detta kapitel. Jag tar då hjälp av en klarare profilerad uppfattning om vilken systematisk ställning återvinningen har.

8.3.3 Återvinningsanspråk och företagshypotek

Är återvinningskrav eller det som återvinns till konkursbo sådan egendom, vari företagshypotekshavare har förmånsrätt? Frågan har, synbarligen för första gången, väckts av *Håstad.*[48] Med några välvalda exempel visar han det orimliga i att återvunnen lös egendom i sin helhet skulle tillfalla hypotekshavarna. Resultatet kunde i vissa fall bli, att boets allmänna del rent av minskas, särskilt om förvärvaren har anspråk på ett av honom utgivet vederlag. På goda grunder förordar Håstad för detta fall, att allmänna delen gottskrivs ett belopp motsvarande återlämnat vederlag.[49] Praktiskt likvärdig men teoretiskt klarare vore enligt min mening formuleringen, att det till

[48] Håstad s 275; se även suppl s 367 med angivande att (återvinings)fordran på återbäring av betalning enl 4:10 KL inte är en fordran i normal mening utan ett återkrav av individuellt bestämd egendom. – Terminologin är inte helt klar. Återvinningsanspråk av detta slag avser förvisso en bestämd summa pengar. Men huruvida anspråket skall betecknas som en fordringsrätt eller en sakrätt kan inte avgöras av enbart det förhållandet att summan är bestämd till sin storlek. För att ett sakrättsligt skyddat anspråk skall föreligga krävs härutöver någon form av individualisering, vilken enligt svensk rätt är möjlig i fall av fungibel egendom om redovisningslagens regler iakttas men eljest ej. Se min utredning av individualiseringskravet, Traditionsprincipen kap 16.

[49] Till Håstads andra exempel, s 275 om nackdel för borgenärer med allmän eller ingen förmånsrätt då gäldenären genom inköp minskar sin kassa (ej hypoteksunderlag) och ökar sitt lager (hypoteksunderlag), bör påpekas följande. Av Håstad åberopade 4:5 KL fordrar ond tro av återvinningssvarande *betalningsmottagare,* dvs säljaren i exemplet, medan hypotekshavarens skadeglada inställning saknar intresse. Det fordras alltså viss form av i sig inte orealistisk maskopi mellan gäldenär, säljare och hypotekshavare, vilket Håstad inte nämner.

återvinningssvaranden utgivna vederlaget skall avräknas från utdelningsbart hypoteksunderlag.

I ett ambitiöst och väl genomfört examensarbete har *Simfors* sökt vidareutveckla problemställningen. De lösningsförslag han lämnar för skilda praktiskt betydelsefulla situationer är skickligt diskuterade, sedan han väl tagit ställning i huvudsaken och därvid inte förkastat tanken, att hypoteket skulle omfatta även återvunnen egendom. För att komma dit frågar han bland annat, om återvinningsanspråk riktat mot lös egendom är en sådan "fordran" som faller inom ramen för 2:1 företagshypotekslagen.[50] Själv är jag inte riktigt säker på att den frågan är relevant. I lagen talas nämligen inte alls om olika fordringar utan helt enkelt om "näringsidkarens lösa egendom" med vissa specificerade undantag.[51] Det var i 1966 års företagsinteckningslag som lagstiftaren räknade upp ett antal fordringsrätter och förklarade just dem ingå i underlaget.

Jag har alltså svårt att se, varför ett återvinningsanspråk som sådant numera till äventyrs kunde uteslutas från hypoteket redan på den grunden att det utgjorde en fordran. Simfors påstår inte heller det, men utredningen om återvinningens sak- eller obligationsrättsliga natur skulle enligt min mening inte ha behövts. Jag återkommer strax till ett annat i mitt tycke väsentligare rekvisit. Av intresse i det systematiska sammanhanget är likväl Simfors' åsikt, att återvinning av individualiserad egendom inte är en fordran utan "med sedvanlig terminologi" ett anspråk på äganderätt.[52] Han säger att en sådan inställning också är väl förenlig med anspråkets sakrättsliga skydd mot förvärvarens, återvinningssvarandens, borgenärer.[53]

Uppfattningen, att återvinning skulle grunda ett *äganderättsanpråk* för återvinningsborgenären/konkursboet, kan enligt min uppfattning inte få stå oemotsagd. Hur det än må förhålla sig med borgenärsskyddets dikterande verkan, räcker det att erinra om att även begränsade sakrätter samt fordringsrätter, som innehas av annan än fordringsborgenären själv, kan erhålla borgenärsskydd. I sammanhanget kan det vara av värde att jämföra med den *nederländska* rättens teoretiskt och pedagogiskt välfunna tanke på återvinningens relativitet, antydd även i *tysk* doktrin. För att lösa dilemmat har i

[50] Simfors, SvJT 1988 s 340 ff.

[51] I samma riktning Håstad s 275.

[52] Hänvisningen till Håstad, "s 22–23 m fl", är knappast rättvisande; i vart fall på s 22 f har Håstad inte uttalat sig om återvinningsanspråk.

[53] Simfors, SvJT 1988 s 344.

Tyskland även utvecklats tanken, sedan teorin om återvinning som ett sakrättsligt anspråk förkastats, att det rör sig om ett snarast exekutionsrättsligt grundat anspråk med *vissa* sakrättsliga verkningar.

Enighet torde råda om att återvinningen i detta sammanhang inte har annan funktion än att tillgodose anspråk mot överlåtande gäldenär från viss borgenär eller från berättigade inom konkurskollektivet. Inte ens de högmedeltida *konsilitatorer,* som fordrade *redtraditio* till gäldenären för att ge återvinningsborgenären utsökningsunderlag, synes ha uppfattat borgenärens eget anspråk som riktat mot äganderätten till egendomen. I modern tid finns visserligen ett undantag i *tysk* doktrin, som för återvinningskärande konkursförvaltare konstruerat ett i sig obligatoriskt anspråk på äganderättens återförande under förvaltarens dispositionsmöjlighet, *Rückübereignungsanspruch.* Denna teori skulle teoretiskt möjliggöra exekutiv försäljning av det återvunna; en köpare skulle eljest inte ha förvärvat från behörig överlåtare.[54] Tankegången har dock förkastats av andra redan efter en jämförelse med exempelvis panthavares realisationsrätt, låt vara att denna är något friare utformad i Tyskland än hos oss.[55] Man kunde även – åtminstone från svensk utgångspunkt – hänvisa till konkursförvaltarens realisationsplikt, även om en sådan parallell inte låter sig göra vid återvinning utom konkurs. Sådan återvinningsborgenär har ingen förvaltarbehörighet att agera i gäldenärens namn.

Återvinning som ett slags äganderättsanspråk måste alltså enligt min åsikt med kraft tillbakavisas även för svensk rätts del. Längre än till en rätt att *tillgodogöra sig usökningsunderlag* kan man inte komma, eftersom eventuellt överskott, sedan borgenär täckt sin fordran, tillkommer återvinningssvaranden. Om förfallspant eller absolut verkande ogiltighet är inte fråga. Men paralleller till särskilt ogiltighetsfall kan ha medverkat till alltför hastiga slutsatser från åtskilliga som tagit del i diskussionen om återvinningens natur.

För egen del vill jag lösa frågan om återvinningsanspråk och företagshypotek på ett helt annat och enligt min mening smidigare sätt. Denna gång blir det mera begreppsjuridiskt. Ser vi först till rekvisiten i 2:1 företagshypotekslagen, omfattar hypoteket endast egendom som "hör till den intecknade verksamheten". Jag vill frankt påstå, att ett *återvinningsanspråk aldrig kan tillhöra gäldenären.*

[54] Henckel, JuS 1985 s 842.

[55] Se Marotzke, KTS 1987 s 22 f med vidarehänvisningar.

Den enkla förklaringen är att han inte i något sammanhang – även de utländska rättsordningarna är här entydiga i sina ställningstaganden – *själv* kan göra återvinning gällande. Den rätten tillkommer utom konkurs endast förfördelad borgenär. Vid konkursrättslig återvinning kan talerätten vara anordnad på olika sätt, men aldrig så att gäldenären har något att skaffa med anspråket på återgång. Svensk rätt har i det sammanhanget givit förvaltaren den primära dispositionsrätten. Men inget talar för att förvaltaren utövar sin rätt till återvinning i egenskap av ställföreträdare för gäldenären på sätt som liknar exempelvis hans dispositionsfrihet över av gäldenären före konkurs ingångna kontrakt.[56] Han gör det på konkursboets eller snarast på konkursborgenärernas vägnar. Inte heller har han övertagit en gäldenärens rätt på samma sätt som vid hävdande av återgång på grund av ogiltighet.

Simfors har förvisso behandlat även rekvisitet att hypoteket omfattar gäldenärens tillgångar. Han kommer emellertid till slutsatsen, att återvinningsanspråket träffas av den bestämningen. Det huvudsakliga stödet härför är ett förarbetsuttalande om att hypoteket omfattar egendom som "ingår i hans /gäldenärens/ förmögenhet så att den är tillgänglig för hans borgenärer".[57] Min lömskhet mot förarbeten som rättskälla besannas än en gång. Motivens uttryckssätt är en uppenbar utvidgning av lagtextens. Där begränsas underlaget till vad som ingår i verksamheten. Det vida allmännare begreppet gäldenärens "förmögenhet" nämns inte i lagen.

Att göra en analogi till bestämningen i 3:3 st 2 konkurslagen om vad som ingår i ett konkursbo, är enligt min mening inte rättvisande. Där omnämns blott det helt naturliga förhållandet, att konkursen omfattar även återvunnen egendom. Det kan tyckas vara en övertydlig lagregel, eftersom ingen torde betvivla att vad som återvinns också skall utdelas till konkursborgenärerna. Att hypotekssäkrade borgenärer skulle få utöva sin förmånsrätt till det återvunna,[58] säger dock konkurslagen inte.

[56] Till sistnämnda fråga, se Möllers omfattande framställning, Konkurs och kontrakt (1988).

[57] Simfors, SvJT 1988 s 342 f, 345, med hänvisning till SOU 1981:76 s 144, prop 1983/84:128 s 53.

[58] Ett obiter dictum av HD anser även Simfors, s 343, vara tveksamt som vägledande, eftersom målet inte rörde *återvunnen* egendom. Själv avvisar jag det mera bestämt på samma grund och med tillägget att det bara utgör en opåkallad hänvisning till 3:3 KL: "Företagsinteckning måste således, sedan konkursbeslut meddelats, anses omfatta endast den företagsinteckningsbara egendom som

Slutligen kunde man tänka sig en lösning av frågan om hypotekets utsträckning med hjälp av teorier om identitet mellan gäldenären och konkursboet. Härvidlag är dock att märka, att det finns åtskilliga regler – skrivna och oskrivna – som åtminstone för specialfall undergräver huvudprincipen om att konkursförvaltaren/boet inträder i gäldenärens ställning.[59] Begreppsmässigt rör vi oss alltså inte med en tillräckligt entydig bestämning av identitetens natur för att dra säkra slutsatser med avseende på företagshypotekets omfattning. Ser vi särskilt till den omdiskuterade frågan om hypotekshavares rätt i bearbetad egendom, är det i vart fall klarlagt att förändringar inträffar efter konkursutbrottet, som begränsar hypotekets omfattning.[60] Den s k frysning av verksamheten, som inträder i och med konkurs, torde vara oomstridd. Att rucka på den för detta specialfall verkar omotiverat.[61] Mot identitetstanken talar även den praktiskt nödvändiga regeln i 4:21 konkurslagen om verkan av återvunnen betalning. Den ursprungliga fordringen mot gäldenären återupplivas men får inte kvittas mot återvinningsanpråket; återvinningssvaranden har endast en bevakningsfordran mot boet.[62]

Att Simfors bygger sitt ställningstagande i fråga om återvinningsanspråkets "konkursbotillhörighet" på slutsatser från ett förarbetsuttalande kan inte i sig kritiseras, särskilt som det är uttryck för gängse lagtolkning hos oss. Återvinningen har för övrigt ofta även utomlands definierats som en rätt att utvidga gäldenärens för borgenärer tillgängliga utsökningsunderlag. Men, åter igen, företags-

fanns vid tidpunkten för konkursutbrottet (eller som kan återvinnas till konkursboet).", *NJA 1982 s 900,* 918. – Den som vill finknäcka på formuleringen kan dessutom ta fasta på uttrycket "inteckningsbar" och mena, att HD med det ordvalet i vart fall inte tagit ställning till vad slags återvunnen egendom som skulle omfattas. Säkert kan sägas, att HD inte uttryckt någon mening om själva återvinningsanspråkets ställning.

59 Jag kan inte gå in i detaljer utan tillåter mig att genrellt hänvisa till Möller, Konkurs och kontrakt. En av hans huvudteser kan sägas vara, att särskilda konkurs- eller exekutionsrättsliga regler för vissa fall bryter identiteten. Jag passar på tillfället att uttrycka mitt fulla stöd för den tankegången, inte minst därför att Möller grundar sin ändamålsmässigt försvarbara ståndpunkt på skickligt utförda komparativa studier. För det specialfall som här diskuteras, återvinningens natur, är jag av alldeles samma mening.

60 *NJA 1982 s 900,* kring vilken en omfattande debatt utspunnit sig, inte minst sedan det visat sig att HD:s ställningstagande, som har goda billighetsskäl för sig, åtminstone enligt konkursförvaltares åsikt lett till åtskilliga praktiska svårigheter. Ur litteraturen se särsk Håstad s 277 ff; Håstad & Lambertz, SvJT 1985 s 257 ff.

61 Så även Simfors efter diskussion, SvJT 1988 s 343.

62 Jag tackar M Möller för detta påpekande; jfr Simfors SvJT 1988 s 359 f.

hypotekslagen talar inte detta språk. Hypoteket gäller i gäldenärens verksamhetstillgångar. Ser vi det bokföringsmässigt, kan vi tala om rörelsens aktiva. Det kan inte komma i fråga att dit hänföra något, som rörelseidkaren själv aldrig kan disponera över eller komma i åtnjutande av. Först efter konkursutbrottet uppkommer återvinningsanspråket, som i förvaltarens hand möjligen kan betecknas som en villkorad fordran och således som en tillgång hos *boet.*[63] Motsvarande torde gälla utom konkurs. Sedan en borgenär gjort gällande återvinning ökas hans aktiva men aldrig gäldenärens.

Annorlunda förhåller det sig i exempelvis ogiltighetsfall, där det naturligtvis står gäldenären själv fritt att före konkurs göra en återgångsrätt gällande. Hade vi haft tillgång till den franska *l'action oblique,* skulle sådana krav under vissa förutsättningar kunna riktas mot medkontrahenten i den ogiltiga rättshandlingen även av gäldenärens borgenärer utom konkurs. I konkurs har förvaltaren alltid rätt att göra detta slags återgång gällande. Sålunda återhämtad egendom kan inte uteslutas från hypotekshavarnas förmånsrätt, i vart fall inte på här diskuterad grund.

Min slutsats om företagshypotekets utsträckning bygger alltså på en lagtolkning enligt textens normalinnebörd, kombinerad med ett oomstritt element i återvinningsbegreppet, gäldenärens bristande rätt att själv göra gällande återvinning. Metoden har enligt min mening lett till en säker lösning av frågan, huruvida företagshypotek omfattar återvunnen egendom. Resultatet är negativt för hypotekshavarna men även för lagmotivens författare.[64]

Även om min lösning – att inte låta återvinningsanspråket omfattas av företagshypoteket – drabbar de särskilt förmånsberättigade hårdare än Håstads och Simfors' förslag, kan en väsentlig likhet noteras. Man får bukt med de olägenheter av ett fritt utbrett hypotek, som de med specialregler velat undvika. Intar man emellertid grundinställningen, att företagshypotek täcker även återvinningsanspråk, måste de obilliga lösningarna förhindras genom undantag. Vilken laglig eller annan grund dessa skulle vila på förefaller mig inte lika lätt att utreda.

[63] Annorlunda Simfors, SvJT 1988 s 343.

[64] Jfr ovan efter not 46 varför jag tillåtit mig att lösa hypoteksfrågan men inte preskriptionsfrågan med en delvis begreppsgrundad metod.

8.4 Slutsatser

I det föregående har jag från skilda utgångspunkter diskuterat behov och resultat av att betrakta återvinningsanspråket ur systematisk synvinkel. Frågeställningen aktualiserades först av de medeltida juristernas idoga försök att för hela civilrätten bringa reda i den genom Corpus iuris traderade romarrättens svåröverskådliga kasuistik. En borgenärs rätt att under vissa förutsättningar angripa en gäldenärs rättshandling och genom dess återgång skaffa sig utsökningsunderlag, som eljest gått förlorat, har visat sig svår att passa in i den övergripande tudelningen mellan sak- och obligationsrätter.

Jag har inte för avsikt att ta aktiv del i den diskussion som alltjämt förekommer utomlands, främst i tysk doktrin. Det får räcka med ett ställningstagande för svensk rätts del. För det fall återvinning utom konkurs skulle införas i Sverige, saknas anledning att systematiska överväganden skulle gestalta sig annorlunda än vid konkursrättslig återvinning.

Allra först kan konstateras, att övervägande majoriteten *utländska* kommentatorer – även historiskt sett – i vart fall inte betraktat återvinningsanspråket som sakrättsligt. Eftersom det samtidigt i rättsföljdsdelen har vissa sakrättsliga drag, har man inte alltid valt att klassificera det som rent obligatoriskt. Åtskilliga har ansett anspråket inta en särställning.[65]

I *svensk* diskussion efter Lejman och Bramsjö torde ingen sökt en lösning utifrån mera vittfamnande sammanställningar av återvinningens rättsföljder. Däremot har, som framgått ovan, flera i mitt tycke förhastade slutsatser dragits av att en enda eller kanske två rättsföljder betraktats.

Vad är det då som berättigar till att betrakta återvinningsanspråket som *sakrättsligt?* Diskussionen har härvidlag koncentrerats på frågan, huruvida återvunnen egendom är skyddad mot förvärvarens, återvinningssvarandens, borgenärer. Flertalet moderna författare håller före att så bör vara fallet. Samma åsikt hade även lagskrivaren utan att vilja fästa regeln på pränt. Själv har jag emellertid i avsnitt 8.3.1 efter mycken tvekan kommit fram till att *avvisa separationsrätt* i förvärvarens konkurs.

Även för den som med den härskande svenska läran ville hävda, att återvinningsanspråket åtnjuter borgenärsskydd, visar det sig att

[65] Med störst utförlighet har jag i förra avdelningen uppehållit mig vid en aktuell sammanfattning av den tyska diskussionen i ärendet, se ovan *avsn 6.6.*

den rättsföljden nog är den enda av entydigt sakrättslig karaktär. Ytterligare en vore kanske värd diskussion. Av klar lagtext, 4:14 st 3 p 1 konkurslagen, framgår att det inte står återvinningssvaranden fritt att efter eget skön erbjuda *värdeersättning* i stället för utlämnande av godset. Så kan endast ske vid "särskild olägenhet". Regeln infördes 1975 som en försiktig praktikabilitet och diskuteras inte principiellt i motiven.[66] Det doktrinstöd lagberedningen åberopade och departementschefen upprepade är främst *Lejman* med uttrycklig systematisk utgångspunkt i synen på återvinningsanspråket som obligatoriskt.[67] Följaktligen förordade Lejman oinskränkt frihet för den återbäringsskyldige att lösa sig med penningar. Den av lagstiftaren valda halvmesyren talar närmast för att återvinningens objekt i förekommande fall alltjämt är ett konkret ting och att anspråket således är av sakrättslig natur.

Mot den sist nämnda slutsatsen säger emellertid motiven på flera ställen, att återvinningens objekt inte är saken utan rättshandlingen, dvs en obligatorisk infallsvinkel. Även Högsta domstolen har i domskäl biträtt denna uppfattning.[68] Att dessa uttalanden i en väsentlig systematisk fråga är oförenliga med lagens bokstav, kan inte räddas av lagberedningens i sammanhanget gjorda påpekande om att återgången kan ordnas på sätt parterna själva väljer ifall de är överens.[69]

Vi har alltså kommit in på skäl som talar mot att återvinningsanspråket är av sakrättslig natur. Av hänsyn till denna studies uppläggning blir det naturligt att helt kortfattat påpeka, att *tysk* och *nederländsk* doktrin numera har i majoritet företrädare för den obligationsrättsliga skolan. En likartad övervikt finner vi även bland uttolkare av den *romerska* rätten.

För *svensk* rätts del vill jag tillägga följande. Det andra stora tvisteämnet i systematiskt hänseende, sekundärförvärvarens ställning, skall kortfattat behandlas senare i kapitel 14. Eftersom jag i annat sammanhang tagit ställning i frågan och inte nu efter noggrannare överväganden funnit anledning ändra mig, kan resultatet meddelas redan här. Sekundärförvärvarens godtrosskydd gentemot återvinningsborgenären/konkursboet bygger inte på regleringen av det sakrättsliga exstinktionsförvärvet.[70] Den stora och systematiskt viktiga skillnaden

[66] SOU 1970:75 s 166; NJA II 1976 s 200.

[67] Lejman s 20 f.

[68] *NJA 1984 s 816,* 822, med hänvisning till prop 1975:6 s 242.

[69] SOU 1970:75 s 168.

[70] Göranson, Ogiltighet s 31 ff.

ligger i att 4:18 konkurslagen inte fordrar säkens tradition till sekundärförvärvaren. Dessutom erhåller den godtroende skydd även för förvärvad generiskt bestämd egendom. Inte heller den frihet för återvinningskäranden att efter vidareöverlåtelse vända sig mot den som bäst gälda gitter, vilket förordas av flera författare och i lagmotiv,[71] är inte klart förenlig med en sakrättslig vindikationstalan.

Bland motargumenten till sakrättsskolan bör vidare nämnas den relativt frikostiga *jämkningsrätten* i 4:17 konkurslagen. Inte minst i svensk rätt anses jämkning av sakrättsliga anspråk i det närmaste helt otillåten. Allt eller intet är parollen.[72] Billigheten har där ingen plats. Den oinskränkta surrogationsrätten enligt 4:14 st 3 p 1 konkurslagen företer heller inga typiskt sakrättsliga drag, även om inställningen i svensk doktrin knappast är enhetlig i surrogationshänseende.[73]

Tidigare har vid flera tillfällen påpekats, att rättsföljd och talerätt vid *ogiltighet,* om sådan anses ha sakrättsliga drag, inte är likartat utformade vid återvinning. I ett särskilt avsnitt ovan har jag diskuterat *preskription.* Resultatet av den redovisningen är, att frågan om preskription av återvinningsrätt måste lösas på egen grund och utan inblanding av systematiska överväganden. Eftersom man inte vet om sådant anspråk är preskriptibelt, ger således preskriptionsfrågan inget bidrag till återvinningens rätta systematiska inordnande.

Övervägande skäl skulle alltså tala för att återvinning är en blott obligatorisk rättighet. Anspråket har emellertid, om än fullständig klarhet inte kan nås, av många tillagts den typiskt sakrättsliga verkningen, att det skulle vara skyddat mot motsidans borgenärer och således förenat med separationsrätt i återvinningssvarandens konkurs. Sådanan systematiskt motstridiga resultat i fråga om återvinningens rättsföljder kan ge anledning till endera av följande slutsatser.

Det skulle inte vara ett direkt felaktigt påstående, att återvinning är en obligatorisk rättighet, varför antagandet om separationsrätt är ohållbart oavsett om för det talar vissa ändamålsskäl. Inte ens dagens *tyska* och *nederländska* jurister har emellertid godtagit en så rigid begreppsjuridisk tolkning. Jag gör det inte heller.

I stället menar jag, som många utländska och förmodligen flertalet svenska jurister, att återvinning är en egenartad form av anspråk, som

[71] Se Welamson, Konkursrätt s 284; Lennander s 325 f, 368 f; NJA II 1976 s 209.

[72] Lösningsrätten vid exstinktionsförvärv skall inte likställas med jämkning, om någon ville hävda det.

[73] En god överblick av doktrin och praxis ges av Håstad s 145 ff.

inte låter sig inrymmas under en striktare systematik. Eftersom flertalet rättsföljder närmast tyder på obligationsrättsliga lösningar, skulle en *in dubio-regel* tala för att olösta eller svårfångade gränsfall följer vad som i allmänhet gäller för *obligatoriska* anspråk.

Jag skulle emellertid vilja gå ett steg längre och med vissa utländska förebilder beteckna återvinningsanspråket som i huvudsak *exekutionsrättsligt*. Skälet härtill är dess genom rättsföljden bestämda huvudfunktion. Återvinningen skall nämligen *bredda* den insolvente gäldenärens *utsökningsunderlag*. Detta utvidgade underlag skall sedan komma hans borgenärer till fromma på det sätt som i övrigt löses enligt exekutionsregler, tagna i vid mening. Hit måste alltså räknas sådana materiella regler som exempelvis förmånsrättsordningen och hur den respekteras.

Rättsföljden av återvinning är att den berättigade ytterst sett har rätt till *utmätning hos en tredje man,* förvärvaren, med vilken återvinningsborgenären inte står i avtalsförhållande. Man skulle kunna tala om ett slags förföljelserätt eller ansvarsgenombrott, om dessa termer i svensk rätt inte hade tillagts en mera specialiserad betydelse. Det gör i sammanhanget ingen skillnad, om återvinningskäranden är en konkursförvaltare eller en enskild borgenär utom konkurs, ifall en sådan möjlighet skulle komma finnas även hos oss.

Jag vill slutligen understryka, att metoden för den gjorda begreppsbestämningen *inte är teleologisk* i den hos oss gängse meningen. Jag har alltså inte sökt efter återvinningens förnämsta syfte för att sedan draga slutsatser från detta om gränsfall och olösta rättstillämpningsfrågor. Det är blott en konkret och obestridd rättsföljd, som varit avgörande.

Ty vem kan skilja ut det väsentligaste av i doktrin och lagmotiv presenterade ändamål med återvinning: motverka borgenärers kapplöpning, göra dem mera jämspelta och befria dem från ständig bevakning av gäldenärens verksamhet samt allmänt skydda mot illojala förfoganden i handel och vandel och ytterst motverka ekonomisk brottslighet? Alla dessa måste i en inledande valprocedur ställas mot det självklara i att gäldenärens medkontrahent har ett befogat intresse av att hans förvärv inte hålls svävande, i vart fall inte under alltför lång tid och i synnerhet inte om han varit i god tro om de återvinningsgrundande omständigheterna.

Låt mig allra sist ge ett exempel på hur den systematiska bestämningen av återvinning som ett *exekutionsrättsligt anspråk* kan vara stöd för gränsbestämningar. Jag anknyter till den i avsnitt 8.3.2 ovan

behandlade frågan om *återvinningsanspråkets preskription.* Som kontrast vill jag först se, om den teleologiska metoden är till hjälp.

Antag att en företagsledare på fallrepet köper alla sin hustrus aktier i bolaget och därefter inte har medel att betala sina skulder, eftersom aktierna strax sjunker drastiskt i värde. Tillämpning av 4:5 konkurslagen kan inte ifrågasättas. Medelbar skada är erkänd, och hustrun presumeras vara i ond tro. Efter många år uppdagas, att det fanns tidigare okända aktieposter, som varit föremål för likartad handel mellan makarna.

De nyss anförda ändamålen med återvinning torde alla tala för att anspråket inte borde preskriberas, eftersom det alltjämt är till förmån för borgenärerna att kunna rikta krav mot den fortfarande solventa aktieägaren. Den preventiva effekten mot illojalitet gynnas av långa frister. Borgenärernas jämställdhet befordras av rätten att få återvinna, eftersom de inflytande medlen inte är förenade med särskild förmånsrätt. Men varför skulle gäldenärens hustru i detta fall inte vara lika betjänt av preskriptionens skydd som varje annan gäldenär? Och vad skall man välja, när mot varandra ställs så klart motstridiga ändamål som preskriptionens borgenärsfientlighet och återvinningens borgenärsförmånlighet? En viss inbrytning till förmån för sakrättspreskription har ju lagstiftaren redan gjort i avbetalningsköp- och konsumentkreditlagarna. Utövande av återtaganderätt tillåts endast om den bakomliggande fordringen inte är preskriberad.

Om det i stället fastslås, att återvinning är ett i huvudsak exekutionsrättsligt anspråk, blir lösningen av preskriptionsfrågan genast enkel. Exekutionens ändamål är att inom ramen för materiella rättsreglers eventuella begränsning utsöka allt som går att framskaffa till borgenärens förnöjande. Eftersom vi vanligen betraktar preskription som en materiellt verkande regel, måste exekutionsregeln vika. Återvinning skall alltså underkastas huvudregeln om tioårig preskription. Krångligare än så skulle man inte behöva göra en fullt hållbar, ehuru begreppsgrundad, slutledning.

9. Förfarandet

I det följande skall först ges några allmänna synpunkter på processformerna för återvinningstalan utom konkurs. Därefter följer mera preciserade jämförelser avseende talerätt, möjlighet till utomprocessuella förfaranden, processgemenskap på svarandesidan och sambandet mellan återvinning och specialexekution. Till frågor om beviskrav och ondtrospresumtioner återkommer jag i kap 11.

9.1 Allmänt

Under de senaste årtiondena har den jämförande processrätten med särskilt intresse riktat blickarna mot svårigheten i många rättsordningar för främst enskilda parter att komma till sin rätt. *Access to justice* har varit ett ledmotiv.[1] Jag kan inte ge mig in i det komplexet annat än med några allmänna men i sammanhanget relevanta synpunkter på rättsväsendet i de undersökta länderna.

Det säger sig självt, att en förfördelad *nederländsk* borgenär har det vida enklare än en amerikansk eller engelsk, om han vill kräva återgång av en skadlig rättshandling, som hans gäldenär vidtagit. Det är påtagligt hur den nederländska diskussionen inriktat sig på möjligheten att vinna omedelbar utsökning i förvärvarens egendom.[2] Med det kvarstadsliknande tvångsmedlet *derdenbeslag* gör sig borgenären betalt hos gäldenärens medkontrahent. Och sådan utsökning sker efter ett snabbt och smidigt summariskt förfarande, *kort geding,* inför presidenten i regionaldomstolen. I blixtbelysning visas alltså hur process- och exekutionsformerna i lyckad samverkan leder till att

[1] För en fullödig diskussion om hithörande problem, se Lindblom, Grupptalan. Allmänt om *access to justice,* s 3 ff, om alternativ till det av honom särskilt undersökta *class action*-institutet, kap 13 särsk s 531 ff, om svensk reform kap 15 som även innehåller särsk jämförelse till återvinningsinstitutet s 702.

[2] Till saken hör att den nederländska rätten gått längst i synen på återvinningen som en ensidig, utomprocessuell rättshandling från den förfördelade borgenärens sida, se vidare nedan *avsn 9.3.*

ingen återvinningsberättigad synes behöva tveka vid marschanträdet.[3] De offentliga organen ställer upp beredvilligt.

Ser vi till *England* blir bilden en helt annan. Även om reformer successivt genomförts inom det engelska domstolsväsendet, består intrycket av exklusivitet och högt driven professionalism inom ramen för de centrala London-domstolarna, varifrån de prejudikatbildande avgörandena flödar. Verksamheten vid lokala jurisdiktioner är däremot mera höljd i dunkel och av många sedd över axeln. Det må vara, att en bank har resurser att sätta igång ett förfarande *in Chancery,* på sett som skedde i det ovan detaljerat refererade målet *Lloyds Bank Ltd v Marcan.* Jag föreställer att en obetald leverantör av gladioluslökar till den av återvinningsgäldenären i målet drivna handelsträdgården i det längsta skulle ha dragit sig för att engagera solicitors och barristers för en återvinningsprocess, där han inte ens vid full framgång kunde vara säker på att få sina rättegångskostnader ersatta av motparten. Till dessa engelska egenheter kommer dessutom ett mindre effektivt utsökningsförfarande.

Amerikanska förhållanden ger ytterligare en dimension. Processbenägenheten är förhållandevis stor, det är nära till domstolarna och ombuden verkar ofta på basen av *contingency fees.*[4] Processuella tvångsmedel står till buds, men här som i England är själva exekutionen en komplicerad blandning av privata aktioner och viss myndighetsmedverkan. Kronofogdar av svensk kaliber är över huvud taget sällsynta utomlands. Till det avskräckande i amerikanska processformer hör vidare det oerhört komplicerade förberedelsesystemet, som är koncentrerat på allehanda processuella spörsmål. Det är ingen nidbild att tala om teknikaliteter vid bedömningen av vad som är tillåtligt i en framtida huvudförhandling. Här firar ombuden triumfer i förmågan att sätta käppar i motpartens hjul långt innan någon börjat tänka på juryns sammansättning, en fråga som i sig kan föranleda ett utdraget jävsförfarande.

En mellanväg har tagits i *Tyskland,* där förhållandena mest liknar våra. Även om där, som på andra håll, förekommer klagomål på

[3] Det kan antas att förhållandena inte är helt olika i Frankrike, som stått modell åtminstone för den nederländska summariska processen. Som redan inledningsvis anmärkts har dock ambitionerna att tränga in i de specifikt franska förhållandena satts lägre i denna undersöknig.

[4] Advokatarvodet utgår alltså som en procentdel av den i processen gjorda materiella vinsten. Ärligt redovisat har jag dock ingen upplysning om att den arvodesgrunden skulle vara lika vanligt förekommande i återvinningsprocesser som i skadeståndsmål.

domstolarnas bristande snabbhet och effektivitet, saknas sådana common law-särdrag, som på oss gör ett främmande, komplicerande och stundom bisarrt intryck. Några smidiga genvägar till snabb framgång för en återvinningsborgenär av den typ som utvecklats i *Nederländerna* har jag däremot inte funnit i det *tyska* materialet. Jag reserverar mig dock för bristfällig kunskap om tysk summarisk process.

Hur skulle en eventuell *svensk* återvinning utom konkurs gestalta sig? Har man väl en exekutionstitel, torde den svenska kronofogdemyndigheten i ett jämförande perspektiv fungera ovanligt tillfredsställande. Men vägen dit är knappast jämnad av någon förenklande summarisk processform. Väckande av talan i vanlig ordning blir den naturliga lösningen. Ser vi hastigt till den konkursrättsliga återvinningen, är de möjligheter förvaltaren har att hävda återvinning i samband med bevaknings- eller utdelningsförfarandena inte tillämpliga utom konkurs. Däremot görs ett intressant påpekande explicit i lagtext, att förvaltaren kan utnyttja sitt återvinningsanspråk kvittningsvis.[5] Det blir anledning att återkomma till det i avsnittet efter nästa.

Den kritiske läsaren kan till det hittills sagda fråga sig, vilken bärighet diskussionen har just på frågan om återvinning utom konkurs. Är detta inte ett generellt *access to justice*-problem? Jo, i och för sig är det nog så. Men just för möjligheten att använda återvinning som ett smidigt borgenärsremedium utan att behöva skrida till fullständig insolvensförvaltning är det av särskild vikt, att det inte framstår som lika smidigt att ansöka om gäldenärens försättande i konkurs. I synnerhet för en enskild borgenär kan den vägen te sig mera lockande, eftersom han inte själv behöver stå för utredningsbesvären, väl konkursförvalningen kommit igång.

Den svenska processen har under 1980-talet efter förslag av rättegångsutredningen reformerats med siktet inställt bland annat på förenklad hantering och snabbare avgöranden. Av intresse för en framtida möjlighet till återvinning utom konkurs kan följande nämnas om *tingsrättsförfarandet.* Utvidgade möjligheter har meddelats att redan på ett skriftligt förberedelsestadium ge svaranden slutföreläggande vid fara av tredskodom.[6] Vidare har införts regler, som gör det enklare för domstolen att avgöra mål utan huvudförhandling. Dessutom kan telefonsammanträden användas i större utsträckning.[7]

[5] 4:19 st 1 p 3 KL.

[6] 42:11 RB. För motiven, se NJA II 1987 s 229 f.

[7] 4:18 och 4:10 RB, jfr 4:20; NJA II 1987 s 228 f, 239 ff, 242.

Hittills tillgängliga *summariska* svenska förfaranden kan enligt min mening knappast sägas vara lämpade för förenklade återvinningsprocedurer. Lagsökningsvägen med dess krav på skriftligt fordringsbevis är inte framkomlig. Betalningsföreläggande får inte användas för skadeståndskrav. Även om återvinning i sig inte entydigt är ett sådant krav, kan tvekan föreligga om lämpligheten att inom processformens nuvarande utseende använda den vid återgångstalan. Handräckning fick en ny, provisorisk utformning i och med utsökningsbalkens tillkomst. Den är visserligen mera generell än enligt utsökningslagen, som främst avsåg att med hjälp av handräckning återställa rubbad besittning. Men vid återvinning är det stundom så, att svaranden har rätt att betala värdeersättning i stället för att lämna ifrån sig förvärvad egendom.

Även på den summariska processens område går utvecklingen framåt. Ett nyligen remissbehandlat departementsförslag, som bygger på tidigare utredningsverksamhet, föreslår ett generellt institut för betalningsföreläggande. Det skall kunna tillämpas även om fordringen är grundad på skriftligt fordringsbevis eller utgör skadestånd. Däremot skall en fastställelsetalan inte kunna utföras på summarisk väg. Även ett reformerat handräckningsförfarande föreslås, när kravet går ut på naturafullgörelse. Båda formerna skall handläggas enhetligt av kronofogdemyndighet. Vid bestridande skall ärendet på sökandens begäran överlämnas till domstol för regelmässig tvistemålshandläggning.[8]

Den föreslagna reformen av svensk summarisk process strävar inte till att hos oss införa något som liknar Nederländernas kraftfullt verkande *kort geding* med dess vidsträckta tillämpningsområde. Däremot förefaller förslaget – vilken inställning man än må ha till kronofogdemyndighetens rättstillämpande funktioner – lägga grund för ett enkelt och smidigt sätt att också få eventuella återvinningsanspråk prövade. På det sättet skulle en reform av skisserat slag vara ett steg i rätt riktning.

Det hittills sagda tar sikte på borgenärens möjligheter att i Sverige göra gällande eventuell framtida återvinning utom konkurs. Måhända kunde man säga, att det även för gäldenären vore tack-

[8] Se Ds 1988:71, lagtext s 7 ff. Motiv till det enhetliga förfarandet s 46 ff, till tillämpningsområdet s 49 ff. – Här kan lämnas åt sidan övriga förslag i betänkandet om särskild handräckning vid besittningsrubbning och strängare tredskodomshantering vid domstolsprövning av talan grundad på skriftligt fordringsbevis.

samt, att en eller annan borgenär fordrade sådan återgång i stället för att helt skjuta honom i sank med en konkursansökan. Det argumentet ligger dock på ett annat plan. Det rör snarast frågan hur rättssystemet skall vara utformat för att få till stånd frivilliga överenskommelser mellan skuldsatta och fordringsägare, en användning av rättsreglerna som ett mera allmänt påtryckningsmedel. Och då blir argumenteringen kanske alltför generaliserad för att bibehålla ens ett minimikrav på tyngd.

9.2 Taleberättigad borgenär

När jag i det tidigare upptagit frågan om taleberättigad borgenär, har jag därmed inte gjort något ställningstagande till den rent processuella frågan om brister i detta rekvisit skall leda till återvinningsmålets avvisande eller ogillande. Jag går heller inte nu in på den saken utan behandlar spörsmålet som ett nödvändigt rekvisit för framgångsrik återvinning. Inte heller själva skadekomplexet upptas här. Stundom krävs omedelbar, stundom blott medelbar skada. Till det återkommer jag i kap 12.

En uppdelning har i skilda rättsordningar gjorts mellan de borgenärer, som vid tiden för den otillbörliga rättshandlingar redan hade en förfallen fordran mot gäldenären, och de vars krav blev utsökningsbart först senare. I något fall är det dessutom betydelselöst när själva fordringen uppkom. Utvecklingen går entydigt mot att lägga mindre vikt vid detta rekvisit, och jag fördjupar mig inte i det. Det kan dock ha visst intresse i fall av latenta eller villkorade fordringar.

Motsvarande frågeställning förefaller inte aktuell vid konkursrättslig återvinning. Något lämpligt *svenskt* jämförelsematerial finns därför inte.[9] Genom generalexekutionen fryses gäldenärens rättshandlingsförmåga. Det är lätt konstaterbart, att dispositioner träffats dessförinnan. Däremot är det naturligtvis i båda formerna av återvinning betydelsefullt att kunna tidfästa rättshandlingen, inte minst på grund av de tidsfrister som reglerar skillnaden mellan subjektiva och objektiva återvinningsgrunder.

[9] Möjligheten att använda vissa fordringar kvittningsvis i konkurs – se härom Walin s 75 ff, 85 i diskussion med Lindskog – anser jag inte lämplig i jämförelsesyfte. Ändamålen med kvittning och talerätt i återvinningsmål är alltför olikartade.

9.3 Är utomprocessuell återvinning möjlig?

Det torde inte råda någon tvekan om att bland de undersökta rättsordningarna den *nederländska* gått längst i betraktelsesättet, att återvinning utom konkurs är en ogiltighetsgrund som andra. Därav följer, att den berättigade borgenären i sitt agerande mot förvärvaren kan bortse från rättshandlingen och kräva utsökning hos denne. Återvinning är en ensidig rättshandling på sätt som liknar den köprättsliga hävningen. Att väcka talan om återvinning vid domstol är alltså obehövligt. En annan sida av saken är naturligtvis, att den ensidigt gjorda återgångsförklaringen inte i sig förslår som exekutionstitel. Men i kvittningssammanhang får synsättet en stor betydelse.

Utvecklingen i *Tyskland* har gått i motsatt riktning. Anfechtungsgesetz har visserligen inte uttryckligt reglerat frågan, men litteraturen synes vara enig om att ensidiga återvinningsförklaringar inte bör godtas. Frågan har inte aktualiserats i det *franska* eller *engelska* materialet. I *USA* däremot har vissa stater vägrat erkänna utomrättslig återvinning. Förklaringen härtill är särpräglad och typisk för amerikanska förhållanden. Ett sådant förfarande skulle nämligen strida mot varje medborgares rätt att få skuldfordringsmål prövade av jury. Det krävs inte mycket kontakt med förhållandena i Förenta staterna, förrän man slås av den för oss ganska främmande möjligheten att utnyttja den konstitutionella rättens regler på detta materiella sätt.

Det är inte ägnat att förvåna, att återvinningssvarandena – om vi finge se dem som ett kollektiv – värjer sig mot borgenärers möjlighet att slippa domstolsutslag för återgång. Även om en förvärvare inte behöver riskera exekutiva åtgärder, förrän det finns en exekutionstitel vid sidan av den ensidiga förklaringen, uppkommer i kvittningssituationer en fara för omkastning av skyldigheten att agera. Den som eljest skulle vara återvinningssvarande måste plötsligt ta initiativ till i yttersta fall rättegång för att värja sig mot en återvinningsinvändning från någon som i sin tur är skyldig honom pengar men inte betalar under åberopande av kvittningsrätt.

För *svensk* konkursrätts del ansågs återvinningsanspråk före 1975 års lagreform inte möjliga att genomdriva annat än genom stämning vid domstol.[10] Därpå infördes i 40 b § äldre konkurslagen ett

[10] Se 39 § 2 st ÄKL i lydelse före 1975. *Lejmans* tankegång, s 236, att en strikt tolkning av stadgandets ordalag, där den allmänna otillbörlighetsregeln i dåvarande 34 § inte uttryckligen nämndes bland de övriga uppräknade grunderna, skulle öppna möjlighet för utomprocessuell återvinning, vann inte gillande, se *Welamson*, Konkursrätt s 312.

utrymme för förvaltaren att påkalla återvinning i samband med anmärkningsrätten i bevaknings- och utdelningssammanhang. Samma regler har influtit i 4:19 st 1 konkurslagen.[11] Enskild borgenärs rätt att kräva återvinning är endast subsidiär till förvaltarens. Den enskilde synes dessutom inte komma i åtnjutande av ett förenklat förfarande i samband med bevakning och utdelning. Han saknar till yttermera visso talerätt i ett sålunda inlett förfarande.[12] Det nu upptagna kan emellertid inte jämställas med utomprocessuell återvinning, även om alltså vissa försiktiga förenklingar gjorts för förvaltaren.

I 4:19 st 1 p 3 har däremot sedan 1975 influtit en tidigare inte angiven möjlighet för förvaltaren att utnyttja återvinningsanspråket *kvittningsvis,* när talan riktas mot konkursboet. Grunden för detta stadgande är inte närmare motiverad av lagberedningen än att det anförts praktiska skäl.[13] Inte heller i den fortsatta litteraturen har det tilldragit sig särskild uppmärksamhet. Man kan nog utgå från att regeln tillkommit för att förenkla möjligheterna att få till stånd förlikning och underhandsuppgörelser under konkursförvaltningens gång.[14] Fråga är emellertid, om inte rätten att åberopa återvinningsgrunden kvittningsvis infört ett nytt element i svensk rätt. Med viss extension kunde följande resultat erhållas.

Antag att förvaltaren misstänker en leverantör till gäldenären för att i maskopi med denne i borgernässkadligt syfte ha tagit emot betalning. Förutsättningar för tillämpning av den objektiva återvinningsgrunden i 4:10 konkurslagen föreligger emellertid inte. Samme leverantör har efter konkursutbrottet fortsatt sina leveranser i hopp att få göra gällande massafordran. I det ögonblicket slår emellertid förvaltaren till och kvittar bort fordringen för dessa nylevererade varor mot ett påstått återvinningskrav mot borgenären. För att få betalt måste alltså leverantören stämma konkursboet. Initiativet blir omvänt mot regelmässiga återvinningssituationer. Förvaltaren har härigenom fått ett ganska starkt påtryckningsmedel i sin hand, som inte förekom tidigare. Och särskilt kontrastrik blir bilden, om vi jäm-

[11] Se NJA II 1976 s 215 ff. Walin, s 251 ff, ger en utförligare bild av diskussionen kring utvidgningen. Se även Welamson, Konkurs s 99 ff.

[12] *NJA 1988 s 433.* Jfr även enskild borgenärs bristande talerätt mot konkursbeslut, grundat på gäldenärens egen ansökan, *NJA 1989 s 31.*

[13] SOU 1970:75 s 178.

[14] Jfr Walin s 254.

för med läget före 1975, då återvinning aldrig kunde komma i fråga utan att det väcktes talan.

Den lagligen medgivna kvittningsrätten har alltså mycket starka likheter med utomprocessuell återvinning. Det enda förvaltaren riskerar är – som vid obefogad hävning – att tvingas stå ansvar för betalningsdröjsmål, om han misstagit sig om sin återvinningsrätt.

Skulle det gå att analogivis låta en *enskild borgenär* utnyttja samma möjlighet gentemot annan borgenär? Lagligen är det inte medgivet, och redan det förhållandet att borgenärernas möjlighet att påkalla återvinning är på skilda sätt beskuren manar till försiktighet. Tänkbara praktiska situationer är dock inte svåra att föreställa sig. Antag att konkursgäldenären har endast två dominerande fordringsägare, en bank med realsäkerhet och en oprioriterad kreditleverantör. Leverantören anser sig känna till, att banken tagit emot säkerhet i ond tro och på ett otillbörligt sätt som möjliggör tillämpning av 4:5 konkurslagen. Förvaltaren vägrar emellertid att åberopa detta förhållande och påkallar inte återvinning. I stället för att själv stämma banken kunde då leverantören vilja kvitta vad han gått miste om, genom att säkerheten stått sig. En kvittningssituation kan exempelvis uppkomma, när den förfördelade i sin tur krävs av banken på betalning av ränta eller amortering, grundade i ett av honom där upptaget lån.

Min djärvhet är inte stor nog att påstå, att en sådan enskild kvittningsrätt vore förenlig med dagens svenska konkursåtervinning. Men jag har ändå stannat ett ögonblick vid situationen, eftersom jag ser den som en öppning mot en sådan lösning, för det fall återvinning *utom* konkurs skulle införas i Sverige. I det läget är det ju varje borgenärs initiativ som räknas. Och då borde inte återvinningsborgenären vara sämre ställd än dagens konkursförvaltare.

9.4 Vem är rätt återvinningssvarande?

Vid konkursrättslig återvinning har den disponerande gäldenären förlorat sin rättshandlingsförmåga. I den mån förvaltaren för talan om återvinning kan han därför sägas representera både återvinningsborgenärerna och gäldenären. Det saknas då anledning att bekymra sig om i vad mån han jämte förvärvaren måste väcka talan även mot

gäldenären. För svensk rätts del gäller dock vissa särskilda regler om rättegång under pågående konkurs, som jag inte går in på här.[15]

Vid återvinning utom konkurs ställer sig saken annorlunda, eftersom gäldenären inte förlorat sin rättshandlingskapacitet. I vissa undersökta fall finns kravet att vid sidan av förvärvaren instämma även gäldenären.

Såvitt jag kunnat överblicka frågan, förefaller det i *England* naturligt att båda parter i den angripna rättshandlingen står som svarande. I *Nederländerna* däremot är detta inte alls nödvändigt, och för *tysk* del verkar en sådan dubbel svarandeställning sällan förekomma. Däremot har i nederländsk litteratur påpekats, att den angripna rättshandlingen kanske i sig inte är ostridig mellan parterna. I den situationen förenklas ju processen av att det inte behövs särskild rättegång om att rättshandlingen verkligen har det innehåll, som återvinningsborgenären påstår. I *Sverige* har motsvarande argument framförts för att efter vidareöverlåtelse lämpligen instämma både primär- och sekundärförvärvaren, vartill jag återkommer i avsnitt 14.3.

9.5 Samband mellan återvinning och specialexekution

En grundförutsättning för återvinning utom konkurs är att gäldenären inte rätteligen kan ersätta den återvinningspåstående borgenären. Med den definition som gjorts i Sverige av begreppet insolvens, behöver sådan inte styrkas i någon av de undersökta rättsordningarna. Det räcker med insufficiens. Gäldenärens tillgångar skall understiga hans skulder, men någon prognos om varaktigheten av detta tillstånd förefaller inte behöva göras. Över huvud taget förefaller begreppsbildningen på detta område inte lika fast som hos oss. Stundom tycks kvalificerad illikviditet vara tillämplig.

Vid svensk konkursrättslig återvinning har i flera fall – utökade även i 1987 års reform av konkurslagen – förvärvaren givits möjlighet att freda sig från återvinning genom bevisning att insufficiens inte inträdde i och med den ifrågasatta rättshandlingen. Det har därvid påpekats, att fastställande av ett sådant tillstånd stundom ställer högre krav på bevisningen än själva insolvensen. Särskilt när det

[15] Se exvis Walins anmärkningar, s 254 f, om förlikning rörande tvistig tillgång, därvid gäldenären har en betydande interventionsrätt enligt 3:10 KL, och om inträde av annan borgenär eller förvaltaren i efterhand, sedan enskild borgenär väckt återvinningstalan. Sistnämnda möjlighet hindras inte av HD:s inställning i *NJA 1988 s 433* och *1989 s 31*.

gäller mera komplicerade rörelser, kan det svårligen begäras att underlag skall finnas för en balansräkning vid varje särskild tidpunkt. Denna typ av spörsmål förefaller inte ha aktualiserats med påtaglig styrka i här undersökt återvinning utom konkurs. Två förklaringar är tänkbara.

Å ena sidan kan det mycket väl vara så, att återvinning utom konkurs regelmässigt görs gällande bara när betalningsoförmågan är helt uppenbar. Inte minst i *Tyskland* har ju institutet kommit till särskilt flitig användning i det stora antalet fall då på grund av den formella tyska konkursrättens regel om massalöshet ingen konkursförvaltning anordnas. Är alltså gäldenären redan försatt i konkurs, torde kravet på bevisning om insolvens eller insufficiens vid tiden för rättshandlingen inte innebära några större svårigheter för återvinningsborgenären. Som en del i denna förklaring till att betalningsoförmågan inte framstår som ett komplicerande rättsfaktum kanske bör läggas följande. Åtskilliga system erkänner också medelbar skada som återvinningsgrundande. Gäldenärens bristande fullgörelse behöver alltså inte inträda i omedelbart samband med den otillbörliga dispositionen.[16]

Å andra sidan har flera av de undersökta rättsordningarna en mer eller mindre tydlig anknytning till framgångslös specialexekution, när det gäller bevisning om gäldenärens betalningsoförmåga. Särskilt i *Tyskland* har det förhållandet att borgenären inte fått betalt trots exekutiva åtgärder mot gäldenären ansetts vara fullgod bevisning för att anställa återvinning mot förvärvaren. Jag förmodar att detta hänger samman med att tysk utsökningsrätt präglas av noggrannhet och effektivitet, liksom den svenska. I *Nederländerna* är exekutionsväsendet inte lika välutbyggt, och ser vi till *common law*-jurisdiktionerna råder – med våra ögon mätt – ingen ordning alls på detta område.

Från *svensk* utgångspunkt ligger det dessutom nära till hands att jämföra med vår insolvenspresumtion enligt 2:8 konkurslagen om bristande framgång vid utmätning. Några direkta motsvarigheter till våra övriga konkurspresumtioner, främst 2:9 angående bokföringsskyldig som vid konkurshot uppmanats att betala, har jag inte funnit. Om däremot en gäldenär förklarat sig ställa in betalningarna, varom stadgas i 2:8 p 2, torde det även utomlands vara tillfyllest som presumtion om betalningsoförmåga.

[16] Bevisskyldigheten och därmed förenade svårigheter gäller här i stället för omfattningen av parternas onda tro.

10. Gränsen mellan onerösa och benefika rättshandlingar

10.1 Allmänt om benefika rättshandlingar

När en hårt skuldsatt juridisk eller fysisk person, medveten om sitt ekonomiska trångmål, överlåter något utan vederlag, kan man utgå från att han också inser den skada han därmed förorsakar sina borgenärer. De benefika överlåtelserna kan sägas vara urtypen för rättshandlingar, som i alla här undersökta rättsordningar kan bli föremål för återvinning utom konkurs. Att detta i än högre grad gäller för konkursrättslig återvinning är en självklarhet.[1]

Historiskt sett föreligger beträffande behandlingen av benefika överlåtelser en intressant skillnad mellan utvecklingen i *romersk rätt* och i *common law*. Om actio Pauliana kan sägas vila på de disponerande parternas gemensamma skadeavsikt som huvudrekvisit med gåvofallet som en bifaktor, var den äldsta engelska lagregleringen från medeltiden uppbyggd kring den benefika avhändelsen som huvudrekvisit medan skadeavsikten och särskilt medkontrahentens onda tro kom i andra hand.

Utvecklingen av det romerska återvinningsinstitutet och av common laws reglering kom emellertid att föra de båda instituten närmare varandra. I de kontinentala rättsordningarna utbildades på något olikartade grunder presumtioner eller objektiverade regler för benefika överlåtelser, där kravet på ond tro hos gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, sattes lågt och slutligen bortföll. Att gäldenären själv agerat i skadeavsikt eller åtminstone varit medveten om borgenärsförfång kunde man i rent benefika fall utgå ifrån.

I engelsk rätt utvidgades återvinningens tillämpningsområde till situationer, i vilka båda parter agerat i ond tro, låt vara att rättshandlingar, där fullödig valuta lämnats i en med gott handelsskick överensstämmande ordning, inte gjorts återvinningsbara. Först i sentida amerikansk lagstiftning har ensidiga gynnanden blivit möjliga att

[1] Jfr Lennander s 167 f.

komma åt med hjälp av återvinning utom konkurs. Common laws särpräglade lära om consideration har spelat en stor roll för institutets utveckling. De reglerna hör till dem, som inte med lätthet låter sig jämföras med övriga rättsordningars.

Åtskilliga rättshandlingar uppvisar drag av både benefikt och oneröst slag. Jag har i det tidigare genomgående kallat dem *blandade fång;* ofta ser man i svensk litteratur termer som gåvoköp och blandade gåvor. Standardexemplet torde vara gåva av gäldbelastad fastighet.

Två andra fall, som på annat sätt intar en mellanställning, bör nämnas. Institutet *remuneratorisk gåva* innebär att överlåtelsen faktiskt innebär ersättning för något. Ofta kanske det är en *naturlig fordran,* som gottgörs, ett krav som alltså inte kan göras gällande utsökningsvägen men som ändå den ersättande känner sig moraliskt förpliktad att utge. Fullgörande av en naturlig fordran behöver dock inte alltid ta sig uttryck i remuneratorisk gåva.[2]

Praxis i åtminstone *Nederländerna* och *Tyskland* synes ha givit frikostiga resultat, när det gäller att bedöma en rättshandling tillhörande dessa gränsfall som benefik i återvinningssammanhang. Därigenom bortfaller de beviskrav, som vid onerösa avhändelser ofta känns så betungande för borgenären att han inte vågar inleda en återvinningsprocess. Sedan må det vara, att han inte i alla lägen blir ersatt med mer än vad som motsvarar den benefika delen i förvärvarens fång. Ersättningar för *naturliga fordringar* å andra sidan har i *Frankrike* bedömts som onerösa och stått sig mot återvinningskrav på förenklad grund. Så inte i *Nederländerna,* där de ansetts benefika.

Remuneratoriska gåvor intar från åtminstone svensk utgångspunkt en särställning i det att de kan ha tillkommit inte bara för människovänskaps skull. I icke så få fall kan en sådan rättshandling vara dikterad av önskemålet att slippa erlägga skatt eller annan avgift. Skulle så vara fallet i högre omfattning än jag observerat i det utländska undersökningsmaterialet, saknas enligt min mening varje anledning att gynna en sådan förvärvare genom att frånkänna förfogandet benefik karaktär. Men här ligger naturligtvis en fara i att skilda rekvisit sammanblandas. Hellre bör kanske dessa dispositioner åtkommas genom stränga regler mot dissimulerade rättshandlingar.

I *svensk* rätt har fråga uppkommit, huruvida remuneratoriska gåvor kan återvinnas enligt det allmänna gåvostadgandet i 4:6 kon-

[2] Jfr uttrycket "understöd och sedvanliga gåvor" i 4:6 st 3 KL.

kurslagen. Meningarna har varit delade.[3] Jag har i annat sammanhang uttalat skepsis mot att som i ett dunkelt rättsfall ge remuneratoriska gåvor en sakrättslig särbehandling, om nu detta verkligen var Högsta domstolens mening.[4] Utan att dra några direkta slutsatser från avtalstypens ställning vid borgenärsskydd för gåvomottagare, vill jag även för återvinningens del ifrågasätta det berättigade i att upphöja detta institut till en egenartad förvärvstyp. De utländska förhållandena talar visserligen för det. Men har man som grundinställning att underlätta åtkomsten av verkligt borgenärsskadliga transaktioner, bör remuneratoriska gåvor jämställas med ordinära.

Till bilden av återvinning av benefika överlåtelser hör även speciallagstiftning på familje- och successionsrättens område. Utländska rättskällor därom har endast berörts urvalsmässigt i förra avdelningen. En säkerligen ännu mera komplicerad materia av likartat slag finns inom associationsrätten, dit ambitionerna för denna studie inte sträckt sig. Den fortsatta framställningen i detta kapitel skall främst uppta gränsdragningen mellan benefika och onerösa förvärv samt frågan om överlåtarens benefika avsikter med sitt rättshandlande.

10.2 Särskilt om blandade fång

Vad karakteriserar ett blandat fång och i vilken utsträckning skall ett sådant i återvinningssammanhang följa regler för benefika rättshandlingar? Rättspraxis och litteratur förefaller magra på detta område. Såvitt mig bekant finns i de undersökta länderna ingen modern monografisk framställning om gåvans rätta natur. Inte heller i svensk

[3] Mot jämställande med "vanlig" gåva *Håstad* s 210, härom även i Studier i sakrätt s 161 f; så även *Lennander* s 178, som förordar tillämpning av betalningsstadgandet i 4:10 KL. *Walin* gör för sin del en uppdelning mellan gåvor som ersättning för utfört arbete och andra oförpliktade överlåtelser utan vederlag; de senare betraktar han som gåva utan att det dock görs klart vad slags rättshandlingar som egentligen avses, s 164. *Bengtsson* är övervägande positiv till jämställande med gåva enl 4:6 KL, SvJT 1962 s 705, med särskild anmärkning att fristerna för betalningsåtervinning enl 4:10, som han också diskuterar i dess dåvarande utformning, är kortare.

[4] Göranson, Traditionsprincipen s 408 f i anslutning till *NJA 1940 s 682. Bengtsson,* vars uppsats jag måste erkänna att jag då av slarv förbisåg, har på likartade skäl uttryckt samma negativa inställning till särbehandlingen, SvJT 1962 s 703 ff; så även flertalet övriga sakrättsliga kommentatorer.

doktrin har frågan på senare tid blivit särskilt djuplodande penetrerad.[5]

I regel kräver svensk doktrin tre grundförutsättningar för att tala om gåva, nämligen förmögenhetsöverföring, frivillighet och gåvoavsikt.[6] Att dessa synnerligen allmänt hållna rekvisit skulle vara uttryck för en specifikt svensk uppfattning om gåvobegreppet förefaller inte troligt. Det första synes oomstritt och lämnas därför åt sidan. I återvinningssammanhang är det ju ointressant att betrakta en disposition, som inte inneburit någon gäldenärens förmögenhetsminskning, borgenärerna till nackdel.

Frivillighetsrekvisitet är mera knivigt. Här kommer vi in på de remuneratoriska gåvorna och fullgörelse av naturlig fordran. Särskilt sistnämnda fall har varit diskuterat i utländsk återvinningsrätt, framför allt i *nederländsk* och *fransk.* Det förefaller som om rättstillämpningen i dessa länder betraktat sådana rättshandlingar som i grunden onerösa och således inte angripbara under de förenklade omständigheter, som hör benefika fall till.

Frivillighet som sådan är emellertid ett vidsträckt begrepp. Åtskilliga rättshandlingar vidtas frivilligt utan att man därför har anledning att tala om helt eller delvis benefika överlåtelser. I återvinningssammanhang finns anledning att särskilt nämna förskottsbetalning och lämnande av säkerhet i efterhand. Härvidlag närmar vi oss vad särskilt i *tysk* rätt tillsammans med andra typfall kommit att sammanföras under beteckningen *inkongruente Rechtsgeschäfte.*

Det är påtagligt, att just frivilligheten kommit att stå i centrum för återvinningsgrunder utom konkurs, särskilt i *nederländsk* rätt och inom *common law*-systemen. De termer som därvid brukats, *onverpligte rechthandelingen* och *voluntary conveyances,* har mycket gemensamt. Det engelska begreppet är emellertid enligt min mening starkare koncentrerat på benefika fall än det nederländska, vilket i och för sig inte kan utläsas ur blotta terminologin. Consideration-läran har härvidlag en praktiskt viktig funktion att fylla. Även i *tysk* rätt är frivilligheten av väsentlig betydelse för återvinningsmöjligheterna. Föreligger godtagbar avtalsmässig förpliktelse för gäldenären att vidta visst förfogande, exempelvis fullfölja en pantförskrivning, kan det därigenom uppkomna gynnandet av viss borgenär inte åtkommas utom konkurs.

[5] Ett undantag efter E Eschelssons avhandling från 1897 utgör B Bengtssons provföreläsning i ämnet 1962, publicerad i SvJT 1962 s 689 ff.

[6] Bengtsson, SvJT 1962 s 694.

Allmänt sett förefaller alltså inte själva frivillighetsrekvisitet i gåvobegreppet ge någon hjälp för att avgöra om en viss rättshandling skall betraktas som onerös eller benefik i återvinningssammanhang.

I *svensk* återvinningsrätt har *gåvoavsikten* av vissa författare framhållits som ett av de bestämmande kriterierna för gränsdragningen mellan onerösa och benefika förvärv. Tankegången uttrycks också i motiven.[7] Den närmare innebörden av detta begrepp förblir vag i uttalandena.

Lennander har för sin del tillagt det även objektivt innehåll, där vad rättshandlingen utåt sett framstår som kan tilläggas betydelse. *Walin* går längre och stannar vid att det räcker med att överlåtaren är medveten om att vederlaget är otillräckligt. Åtminstone vill han ålägga överlåtaren någon form av förklaringsskyldighet beträffande sitt handlande, samtidigt som han påpekar att varje dålig affär inte skall betraktas som återvinningsbar enligt 4:6 konkurslagen.[8]

Något närmare en bestämning av begreppet gåvoavsikt kommer *Bengtsson,* som i förhållandet mellan parterna vill utesluta fall, där överlåtelsen främst styrs av ett förväntat kommersiellt utbyte. Däremot kanske bedömningen blir annorlunda, om rättshandlingen träder tredje mans rätt förnär, särskilt om syftet samtidigt är att undanhålla borgenärer egendom.[9]

Emellertid har Högsta domstolen gjort en klar markering beträffande kravet på gåvoavsikt i ett mål om gåvoskatteskyldighet, *NJA 1980 s 642 I och II.* Trots att motiven till 1975 års konkurslagsreform klart markerade en önskan att integrerar den konkurs- och gåvoskatterättsliga tillämpningen beträffande gåvoinstitutet, har dessa mål märkligt nog förbigåtts med tystnad i den insolvensrättsliga litteraturen. Jag skall strax återkomma till frågan om lämpligheten i sig att samordna skatte- och civillag, eftersom den frågan innehåller svårlösta problem i synen på rättskälleläran. Först en snabb blick på 1980 års mål.

> I båda fallen hade majoritetsägare av ett bolag låtit bolaget förvärva egendom – en annan rörelse respektive aktier i dotterbolag – från ägarna själva mot valuta som understeg det verkliga värdet.

[7] SOU 1970:75 s 141; NJA II 19876 s 183.

[8] Lennander s 171, 174 f; Walin s 164, 166 f, med påpekande att förefintligheten av givmildhet hos överlåtaren är utan betydelse; opportunistiska skäl som muta eller känsla av inre tvång att företa rättshandlingen hindrar inte att den ses som benefik. Se även Welamson, Konkurs s 71 f.

[9] Bengtsson, SvJT 1962 s 694 f, jämväl med det av Walin upptagna påpekandet att altruism som sådan inte är avgörande.

Åtgärden gynnade således övriga delägare i det förvärvande bolaget, som berikades av affärerna. De därvid indirekt gynnade var dessutom närstående till överlåtarna. Att förvärvet skulle gåvoskattebeläggas bestreds på den grunden, att gåvoavsikt inte förelåg. I ena fallet hävdades rationaliseringsaspekter, i det andra nödvändiga förutsättningar för tvångsinlösen av aktier på annans hand och därmed förenad befrielse från skatt på realisationsvinst.

Högsta domstolen godtog i och för sig att transaktionernas primära syfte var de invändningsvis angivna. Dessa syften hindrade emellertid inte att överlåtarna "därjämte kan ha haft en gåvoavsikt".[10] Det konstaterades vidare, att det måste ha stått klart för överlåtarna, att transaktionen indirekt tillförde de närstående övriga bolagsdelägarna ett betydande förmögenhetsvärde. Vid sådant förhållande föreligger en gåvoavsikt, om inte "speciella omständigheter talar emot det". Sådana saknades i målen, varför gåvoskatt uttogs.

Högsta domstolen har med *NJA 1980 s 642 I och II* avsevärt *reducerat*, i det närmaste eliminerat, betydelsen av begreppet gåvoavsikt, som en nödvändig förutsättning för att betrakta ett blandat fång som benefikt. En sträng *presumtionsregel* om gåvoavsikt har införts för de fall, då överlåtaren är medveten om att transaktionsvalutan understiger det överlåtnas värde. De i målen åberopade rationaliserings- och realisationvinstskattemässiga bevekelsegrunderna var inte tillräckliga skäl att bryta presumtionen. Ytterligare skall märkas, att inget i målen tyder på att affärerna gjorts i den gråzon, som ofta föregår insolvens, och att heller inga borgenärer, såvitt bekant, skulle bli lidande av överlåtelserna.

Med utgångspunkt i 1980 års avgöranden vill jag framkasta tanken, att gåvoavsikt inte har någon reell betydelse vid avgörande om en valutamässigt inkongruent transaktion skall bedömas som benefik. Den av Högsta domstolen knäsatta presumtionsregeln för sådan avsikt förefaller så stark, att det blir svårt att finna undantagsfall där den inte slår till. Även vid de av Walin noterade "dåliga affärerna" ligger, som jag tolkar prejudikatet, bevisskyldigheten för icke benefikt förfogande på överlåtaren, i återvinningssammanhang gäldenären. I vart fall när det gäller kommersiella transaktioner kan man utgå från att aktörerna känner det överlåtnas verkliga värde. För privatpersoner måste insiktskravet förmodligen sättas lägre. Om någon för billigt säljer en tavla i tron att det rör sig om en kopia eller utan att ha följt med den senaste utvecklingen på prisområdet, kan man svårligen a priori tala om gåvoavsikt.

[10] *NJA 1980 s 642*, 646, 649.

Sammanfattningsvis anser jag gränsdragningen mellan benefik och onerös överlåtelse vid blandade fång böra grundas på frågan, huruvida det erhållna vederlaget motsvarar det överlåtnas värde. I den mån förvärvaren gynnats ekonomiskt genom en av gäldenären oförpliktat vidtagen transaktion, finns det ett benefikt moment som kan återvinnas utan prövning av förvärvarens onda tro. I rena undantagsfall kan återvinningssvaranden freda sig med stark bevisning om bristande gåvoavsikt. Av praktiska skäl kommer återvinning inte att påkallas, om missförhållandet mellan prestationerna är liten. Endast om det finns ett beaktansvärt belopp att vinna för övriga borgenärer, blir det tal om återgångskrav. Det saknas enligt min mening skäl att i en uttrycklig rättsregel dra upp storleken av missförhållandet mellan prestationerna.[11]

10.3 Analogisk tillämpning av gåvoskattelag?

Jag hade kunnat lämna frågan om gränsdragningen mellan benefikt och oneröst här, om det inte varit för en *central rättskällefråga,* i vilken jag tidigare uttryckt åsikter som inte alltid överensstämmer med de gängse. Vilken bärighet har lagstiftning, motiv och praxis från annat rättsområde än det i den konkreta rättsfrågan aktuella? Som synes har jag dragit ganska långtgående slutsatser för återvinningsrätten från ett avgörande om gåvoskatteplikt.

Inspirerad av bland annat prejudikatbehandlingen i common law har jag inte minst i Traditionsprincipen använt mig av ett brett praxismaterial för att söka närmare bestämma innehållet i vissa sakrättsliga grundbegrepp.[12] Att nu se till gåvoskattepraxis ligger därför i linje med av mig tidigare använd metod. Den synes i just detta fall vara helt ofarlig även för den som har en mera traditionsbunden rättskällesyn. Vid införandet av den nuvarande gåvoåtervinningen 1975 förordade nämligen lagberedningen ett närmande till de bestämningar

[11] Av något annorlunda uppfattning Bengtsson, SvJT 1962 s 696 f, som ställer värdeskillnaden mot oviljan att avlägsna sig från allmänt språkbruk och därför påfordrar ett påtagligt missförhållande. Så även lagberedningen, SOU 1970:75 s 141. Jfr däremot inställningen i tyskt reformförslag nedan *avsn 10.4.*

[12] Göranson, Traditionsprincipen, kap 15 och 16 om besittning och individualisering. Även i Kolliderande standardavtal har jag brukat näraliggande praxis ganska fritt; metoden har utsatts för omild behandling av sakkunniga i ett befordringsärende.

som görs i gåvoskattesammanhang. Argumentet underströks ytterligare av departementschefen.[13] Därmed borde alla vara nöjda.

Av uppriktighet måste jag emellertid redovisa, att jag för vissa fall hävdat det olämpliga i att använda civilrättsliga grundregler för att avgöra skatterättsliga frågor och vice versa.[14] Min inställning då var negativ, inte minst med hänsyn till de helt olikartade ändamålen med dessa rättsområden och till det sätt på vilket skattedomstolarna stundom tolkar och tillämpar förmögenhetsrättsliga normer. Den grundsynen kvarstår. I just här aktuellt samspel mellan återvinning och skattelag kan dock sägas, att detta slags skatt avgörs av allmän domstol. Likväl syftar gåvoskattereglerna till att värna ett fiskaliskt intresse, medan återvinning skall skydda förfördelade fordringsägare av alla kategorier. Att staten som allmänt prioriterad borgenär ofta drar fördel av gåvors återgång är i sammanhanget snarast en tillfällighet. Detta skenbara samband har heller inte åberopats explicit i motiven.

Min kritik mot huvudtanken att sammanblanda skatte- och civilrätt hindrar inte att jag nu likväl med tillfredsställelse noterar Högsta domstolens allmänt hållna inställning till rekvisitet gåvoavsikt i de nyss refererade *NJA 1980 s 642 I och II.* Huvudskälen är, att avgörandena träffats av allmän domstol och att de synbarligen inte dikterats av några på just skattefrågor inriktade ändamålsskäl. Mina slutsater från dessa mål har därför dragits med användande av samma metod som i tidigare arbeten. Att den för en gångs skull stöds av otvetydiga motivuttalanden kan av ingen ses som ett försvagande moment, även om jag allmänt pläderar för en nedtoning av förarbetenas roll som rättskälla.

Jag vill inte onödigtvis tänja gåvoskatteanalogierna. Av nyss redovisade metodskäl går jag därför inte in på motiv och doktrin i anslutning till 37 § 1 mom arvs- och gåvoskattelagen. Ur senare års praxis bör dock nämnas det enda något så när relevanta målet, *NJA 1986 s 478.* En skev bodelning efter dödsfall – efterlevande make hade tillagts blott dryga 60 procent av vad han lagligen var berättigad till –

[13] SOU 1970:75 s 141; NJA II 1976 s 183. Se 37 § 1 mom arvs- och gåvoskattelagen.

[14] Göranson, Skattenytt 1985 s 18 ff, som torde vara min hittills oftast citerade skrift; uppskattning efter förtjänst! De senare årens diskussion i skatterättslig doktrin och praxis kring den väsentliga grundfrågan om förhållandet mellan civil- och skatterätt kan tyvärr inte utvecklas vidare i denna bok.

ansågs där innefatta ett gåvomoment till förmån för den andra dödsbodelägaren, makarnas enda barn.

Enligt min uppfattning utgör målet en sträng skatterättstillämpning, eftersom bodelning endast med extensiv tolkning kan innefattas i lagtextens "köp, byte, lega eller annat *sådant* avtal" (min kurs). En normal läsart torde utpeka endast singularfång, vilket emellertid inte alls diskuterades i domskälen. Möjligen kan inställningen försvaras genom en motsatstolkning av 39 § c), där skattebefrielse är uttryckligt angiven för bodelning mellan levande. Även resultatet av arvskiftet och bodelningen avviker från det för universalfång typiska; bröstarvingen fick äganderätt till all föräldrarnas egendom och efterlevande make en nyttjanderätt till samma, således även till sitt eget tidigare giftorättsgods. Från de synpunkter som bär upp återvinningsinstitutet framstår det dock som självklart att överskottet av en sådan skevdelning är återvinningsbart, men därom finns särskilda regler i 4:7 konkurslagen.[15]

Slutligen kan ytterligare en fiskalisk bestämmelse nämnas, den 1984 lagfästa men tidigare i praxis fastlagda regeln i 5 § stämpelskattelagen. Först när förvärvarens vederlag överstiger 85 procent av egendomens värde, betraktas fånget som oneröst och därmed underkastat skyldigheten att utge lagfartsstämpel.[16] Denna mekaniskt verkande regel är dock enligt min mening mindre än gåvoskattejämförelsen ägnad att ge vägledning åt den civilrättsliga bestämningen av de blandade fången. Att det däremot föreligger ett nära fiskaliskt samband mellan gåvo- och stämpelskatteregleringarna är självklart.

10.4 Undantag för sedvanliga skänker

Vid tillämpningen av 4:6 konkurslagen görs i tredje stycket uttryckligen undantag för understöd och sedvanliga gåvor, som inte står i "missförhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden". Regeln infördes 1975 men skall ses i belysning av äldre rätts allmänna krav

[15] För de därutöver meddelade specialreglerna i äktenskapsbalken, se ovan *avsn 2.2.*

[16] Notera härtill HD:s välvilliga tolkning i *NJA 1988 s 52,* där ett som köp betecknat fång likväl i stämpelskattehänseende bedömdes som gåva och således stämpelfritt. En sådan icke formalistisk genomlysning angavs följa äldre praxis från tiden före den explicita lagregleringen av 85 %-regeln, som naturligt nog bara beskriver den motsatta situationen; den benefika delen måste ovsett avtalets rubricering utgöra minst 15 % av egendomens värde.

på att gåva för återvinningsbarhet skulle ha medfört "märklig" skada.[17] Såvitt kan utläsas ur prejudikatsamlingarna har stadgandet inte föranlett praktiska tillämpningssvårigheter. I motiven har understrukits, att regleringen inte utesluter tillämpning av den allmänna ondtrosgrunden i 4:5 konkurslagen, om rekvisiten är uppfyllda.

Ett intressant drag i den pågående *tyska* reformeringen av insolvensrätten skall noteras. Där föreslås, att undantaget för sedvanliga skänker avskaffas. Skälet anges vara, dels att det medför onödiga gränsdragningssvårigheter, dels att en konkursförvaltare inte bör föranstalta om återvinning, ifall den egendom eller det belopp som kunde återgå är alltför ringa. Inställningen förefaller mig rimlig.

[17] SOU 1970:75 s 141; NJA II 1976 s 183 f; Lennander s 173; Walin s 167.

11. Skade- och nackdelsrekvisit. Typfall

I detta kapitel behandlas ett av grundrekvisiten för återvinning alltsedan den romerska actio Pauliana, kravet på borgenärsskada. Här skall också upptas ett antal typfall, där återvinning aktualiseras. Det andra huvudrekvisitet, den subjektiva sidan med gäldenärens skadeavsikt och medkontrahentens onda tro, följer i nästa kapitel 12. För svensk konkursrättslig återvinning komplicerades bilden något genom 1975 års reform, där begreppet nackdel introducerades. Jag ger under 11.2 några kortfattade kommentarer kring detta rekvisit, som synes sakna direkt motsvarighet utomlands, och den senaste praxis på området. I följande 11.3 upptas frågan om medelbar eller indirekt skada, varpå under 11.4–11.7 behandlas skadeeffekter vid utbyte av egendom, passivitet, ensidiga rättshandlingar och processhandlingar samt avstående från mottagande av egendom. Slutligen, 11.8, upptas en smula exkursartat, comfort letters i jämförelse med naturliga fordringar och andra av tredje man gjorda åtaganden.

11.1 Allmänt om kravet på borgenärsskada

När det gäller återvinning utom konkurs är, som ofta påpekats i det föregående, antalet objektiva återvinningsgrunder begränsat. Den huvudsakliga inriktningen sker mot återvinning på subjektiv grund. Detta förhållande medför i sin tur, att det nödvändiga kravet på en rättshandlings skadeeffekt tar sig ett mera robust uttryck än vad vi numera är vana vid från de objektiva fallens område.

På samma sätt som i äldre svensk konkursåtervinning beskrivs i de undersökta rättsordningarna skada utom konkurs på så sätt, att borgenärens utsökningsmöjlighet skall ha försämrats eller helt gått om intet.[1] Rättshandlingen skall ha minskat gäldenärens aktiva eller ökat hans passiva på ett sådant sätt, att den enskilde fordringsägaren inte

[1] För äldre svensk konkursåtervinning, se Welamson, Konkursrätt s 209 ff.

kan påräkna full prestation för sin fordran. Bevisskyldigheten för att ett sådant tillstånd inträtt åvilar borgenären. Det har därför på många håll gjorts en mer eller mindre nödvändig anknytning mellan skadebevisning och resultatlös specialexekution, aktualiserad redan i medeltida *romersk* rätt. Särskilt tydligt idag är detta samband i *västtysk* rätt.

Genom kravet på skada utesluts från återvinning rättshandlingar, där gäldenären fått fullvärdig motprestation. Standardexemplet utgör kontantaffärer. Om gäldenären säljer lagertillgångar och ökar sin kassa med motsvarande belopp eller genom en bytesaffär förmerar sitt lager med fullgod valuta, kan återvinning inte äga rum. Det synsättet har särskilt profilerats i *anglo-amerikansk* rätt med dess typiska hänsynstagande till common laws principer om "consideration". Där intar å andra sidan inte de ensidiga gynnandena i alla lägen en lika självklar ställning som återvinningsgrund. Om skulden är förfallen, kan dess gäldande i England endast angripas konkursvägen enligt reglerna om fraudulent preferences. Inställningen enligt den senaste amerikanska modellagen har dock fjärmat sig från common laws synsätt, att det står en icke konkursförsatt fritt hur han skall destinera sin egendom i förhållande till kreditorerna.

Till bilden hör även att de flesta rättsordningar på ett mer eller mindre entydigt sätt sökt underlätta angrepp på *inkongruenta* avtal även utom konkurs. Hos oss är typfall som blandade fång, förskottsbetalningar och pantsättning i efterhand väl kända i raden av objektiva grunder för konkursrättsliga återvinning. När man som utomlands oftast inte fullt ut accepterar objektiv återvinning utom konkurs, används diverse medel för att underlätta borgenärens bevisskyldighet om för återvinning nödvändiga rättsfakta.

Mera svårfångat är det närmare innehållet i skadebegreppet. Sett från svensk utgångspunkt föreligger varianterna uppkommen insolvens eller insufficiens. Att ett redan iråkat sådant tillstånd ytterligare förvärras innebär alltid skada, och har därför knappast ens berört det. De båda begreppen är hos oss väl analyserade, medan inställningen utomlands förefaller mig långt mindre profilerad. Jag måste erkänna, att det inte alltid varit möjligt för mig att komma den utländska uppfattningen riktigt in på livet. När det talas om insolvens, har det i något fall tyckts mig som om redan illikviditet skulle räcka för återvinning. Det *franska* uttrycket *appauvrissement* är talande. I det läget ser man alltså blott till den omedelbart föreliggande betalningsförmågan hos gäldenären. Krävs han på fullgörelse och

inte kan eller vill verkställa den fullt ut, har borgenären förorsakats skada.

Betraktar man som i svensk rätt endast förhållandena i konkurs blir problemet kanske inte så stort, eftersom exempelvis resultatlös utmätning utgör insolvenspresumtion och således grund för konkursförsättande. Där sådan skada måste visas för återvinning, nämligen enligt den subjektiva grunden i 4:5 konkurslagen, torde bevissvårigheterna inte vara så stora i fall av nyligen dessförinnan företagna rättshandlingar. I motsatt fall, dvs om rättshandlingen företagits långt före konkurs, kan säkerligen många förfoganden bli oangripna. Borgenären förmår inte prestera bevis om gäldenärens ekonomiska ställning vid den relevanta tidpunkten. Emellertid räcker, som senare skall behandlas, medelbar skada för återvinning enligt den grunden. Det förhållandet, att gäldenären sedermera försätts i konkurs, kan måhända tillåtas utgöra åtminstone indicium på ett tidigare iråkat obestånd. Även vid återvinning utom konkurs är det tänkbart att dra sådana paralleller mellan rättshandlingen och den senare ådagalagda betalningsoförmågen.

11.2 Nackdelsrekvisitet i svensk rätt

Vid konkurslagsreformen 1975 infördes ett allmännare rekvisit än skada för åtskilliga objektiva återvinningsgrunder. Det talas i stället om att gäldenärens förfogande måste innebära *nackdel* för borgenärer. Nackdelen skall uppstå i samband med rättshandlingen men kräver inte därigenom uppkommen betalningsoförmåga. I kombinationen med insolvenskrav enligt den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen kommer det nya synsättet för det fallet dock att ligga mycket nära äldre rätts.[2]

Här skall inte göras något försök att lika ingående behandla det svenska nackdelsrekvisitet som jag kommer att diskutera otillbörlighetskravet nedan under 12.2. Anledningen är, att komplikationerna med nackdelskravet främst uppstår i samband med tillämpningen av de objektiva återvinningsgrunderna, som inte automatiskt äger motsvarighet vid återvinning utom konkurs.

[2] Litteraturen på området är redan omfattande och profilerad. Den tveklöst mest djuplodande utredningen gör *Lennander* i kap 4, s 83 ff. Se vidare Håstad s 116 ff; Rodhe § 21 vid not 21 ff; Walin s 134 ff; Welamson, Konkurs s 60 ff; Gregow, SvJT 1986 s 297. Motiven återfinns i SOU 1970:75 s 132 ff; NJA II 1976 s 165 f.

Allmänt sett företer det svenska nackdelskravet en likhet med det ävenledes särpräglade otillbörlighetsrekvisitet. Tanken att det skall krävas nackdel tycks mig främst dikterad av en önskan att ge ett utrymme för undvikande av återvinning i situationer, då sådan från mera allmänna utgångspunkter inte är påkallad. I stället för att på objektiv grund obevekligt slå till mot ett antal typfall, lämnas genom det okodifierade nackdelskravet en nödutgång, genom vilken gäldenärens medkontrahent kan slinka ifrån återgångsföljderna. Det hänger i sin tur samman med att inte ens bevisning om bibehållen solvens eller sufficiens räddar från angrepp annat än vid specialfall med utsträckta frister.

Lennander har i sin utförliga behandling av nackdelsrekvisitet givit det en mera omfattande materiell innebörd än vad förmodligen avsågs från lagstiftarens sida.[3] Lennanders grundinställning har kritiserats av *Walin, Gregow* och *Welamson* som alltför långtgående.[4] För egen del kan jag hålla med kritikerna. När det gäller en tänkt återvinning *utom* konkurs blir dessutom flera av de omdiskuterade situationerna inte aktuella, i vart fall om man efter utländskt mönster utgår från att hela katalogen av objektiva grunder inte lämpar sig annat än inom konkursrätten.[5]

Debatten har alltså kretsat kring möjligheter att från återvinning undanta vissa fall, där transaktionen i och för sig faller under de objektiva återvinningsgrundernas ordalydelse men likväl inte anses böra äga rum; borgenärernas ställning har nämligen inte försämrats. Högsta domstolen har för sin del tagit klarast ställning till detta spörsmål i *NJA 1987 s 320,* där Lennanders linje inte fick framgång. I stället följde domstolen lagberedningens inställning:

> Till ett factoringbolag överlät gäldenären kundfordringar som säkerhet för tidigare beviljade krediter. Vid tillfället gav visserligen äldre säkerhet full täckning för factorns fordran. Åtgärden befanns emellertid innebära nackdel för andra borgenärer, eftersom de därigenom utsattes för "en ökad risk för förlust, bestående i att deras betalningsutsikter blir i högre grad beroende av att inte den tidigare ställda säkerheten minskar i värde".[6]

[3] Lennander s 83 ff, särsk s 91 med åsikten, att rättshandlingens nackdelseffekt skall utläsas från det läge som uppstått för borgenärer, ifall konkurs inträffat i omedelbar anslutning till handlingens företagande.

[4] Walin s 139 f; Gregow, SvJT 1986 s 297; Welamson s 62.

[5] Jfr den mera konkreta diskussionen de lege ferenda, nedan *kap 15.*

[6] *NJA 1987 s 320,* 330.

Praxis har alltså fastlagt ett i hög grad uttunnat nackdelskrav. En ökad *risk* för förlust räcker. Som synes har Högsta domstolen inte vid tillämpningen av en objektiv grund ansett sig böra se till den situation, som rådde i omedelbar anslutning till den återvunna rättshandlingen. Det förefaller därför riktigt, att betrakta nackdelskravet, åtminstone när rättshandlingen utgör betalning eller säkerställande, som ett uttryck för att *inkongruenta* rättshandlingar är återvinningsbara.

Sett i nu angiven belysning innebär kravet på nackdel endast ett fastslående av en allmängiltig grundsats i återvinningssammanhang. Fullt kongruenta transaktioner är fredade från angrepp. Särskilt när det gäller fall av omedelbart uppkommet men, tycks det mig därför som om den omfattande debatten kring nackdelsrekvisitets innehåll inte är fruktbärande. Om menet kallas skada eller nackdel framstår närmast som en lek med ord. Men kanske det 1975 nyskapade begreppet då var lämpligt som ett uttryck för objektiverande nyordningar. I ett rättsjämförande perspektiv framstår det inte som oundgängligen nödvändigt.

11.3 Medelbar skada

I svensk konkursrätt torde det vara oomtvistat, att medelbar skada – i svensk litteratur oftast kallad indirekt – erkänns endast vid tillämpning av den subjektiva återvinningsgrunden i 4:5 konkurslagen. Stadgandet förtydligades 1987 språkligt i denna del.[7] All annan återvinning anses kräva omedelbart inträdd nackdel för borgenär.

Med det nackdelskrav, som Högsta domstolen knäsatte i det nyss refererade *NJA 1987 s 320,* synes emellertid likheterna vara mycket stora mellan ett så uttunnat nackdelsrekvisit och medelbar borgenärsskada. Redan en risk för vissa borgenärers försämrade ställning beaktas. Den viktiga skillnaden föreligger dock, att de objektiva återvinningsgrunderna går längre, eftersom där saknas ett direkt samband mellan skada och inträdd betalningsoförmåga. De undersökta utländska rättsordningarna ger inte mycket underlag för jämförelser på den enstaka punkten.

Desto tydligare har *utländsk* rätt vid återvinning utom konkurs sedan länge godtagit medelbar skada. Bland de talrika exemplen på

[7] Lennander s 141 ff; Walin s 134, 152 f, 158, båda med hänvisningar; NJA II 1987 s 283 f. Se även *NJA 1983 s 737,* behandlat nedan *avsn 12.2* vid not 5 ff.

rättshandlingar, som medför sådant förfång för borgenärer, kan särskilt nämnas framtida värdeförändringar på egendom gäldenären förvärvat eller överlåtit. Tendensen är klar, men bilden är i detaljer splittrad, vilket framgår av de tidigare länderöversikterna. Jag tror inte att försök till en närmare analys skulle vara särskilt fruktbärande.

11.4 Utbyte av egendom. Belastningar

Ett särskilt uppmärksammat fall av borgenärsskada uppkommer, då gäldenären byter egendom, som skulle ha varit tillgänglig för utsökning, mot sådan som är fredad från borgenärerna. Hos oss har särskilt uppmärksammats gäldenärens förvärv av utmätningsfria tillgångar, exempelvis vissa typer av försäkringar.[8] Att en dylik åtgärd är till nackdel och skada för borgenärer framstår som självklart.

I *utländsk* rätt förefaller egendomsutbyte ha varit föremål för en mera omfattande diskussion i återvinningssammanhang än hos oss.[9] I mer eller mindre tydlig kombination med kravet på enbart medelbar skada framstår därför en rad typer av transaktioner som mera lätt återvinningsbara. Till och med utbyte av fastighet mot kontanter, dvs ett normalt fall av försäljning, har nämnts som möjligt att angripa på den grund att gäldenären *kanske* snabbt gör sig av med medlen eller gör dessa oåtkomliga genom utlandsplacering.

Bland annat i *fransk* och *engelsk* rätt har vidare kunnat återvinnas belastningar av egendom med nyttjanderätt, trots att sådan upplåtelse skett mot rimligt vederlag. För *svensk* rätts del kommer vi här in på frågan i vilken utsträckning nyttjanderätter står sig mot tredje man, ett klassiskt spörsmål som det skulle föra för långt att närmare gå in på. Det förekommer dock inom sakrätten en debatt, som syftar till att stärka åtminstone de mera varaktiga och ekonomiskt betydelsefulla nyttjanderätternas ställning.[10] I konkursfallen måste också undersökas i vilken utsträckning en konkursförvaltare anses bunden av gäldenärens avtal.[11]

[8] Lennander s 94 f; Walin s 139.

[9] Se dock redan Lejman, s 204, ang byte av lätt realiserbar egendom mot sådan, som utgör ett bräckligare eller osäkrare utsökningsunderlag, exvis konstföremål eller fordringar med lång uppsägningstid. Jfr Welamson, Konkursrätt s 213; Lennander s 95 f.

[10] Se Håstad s 322 ff med åtskilliga hänvisningar. Leasingkontraktens sakrättsliga ställning kommer att behandlas av leasingutredningen (Ju 1988:15).

[11] Se Möller, kap V.3, VI.3 ang nyttjanderätter.

Samspelet mellan sakrättsliga regler och återvinningsmöjligheter kan ge upphov till intressanta intresseavvägningar. Det är ju, som bland andra Håstad och Möller påpekat,[12] inte alltid säkert, att egendomen är mindre värd bara för att den är uthyrd. Rör det sig om specialtillverkad sak, exempelvis en maskinell utrustning, kan det vara svårt att få tag i en bättre hyresman än den ursprunglige. Åtminstone när det gäller återvinning på subjektiv grund måste dock hänsyn tas till parternas insikter. Det är inte osannolikt att, i den mån nyttjanderätten åtnjuter sakrättsskydd i någondera eller flera riktningar, felaktiga påståenden om redan före insolvensen verkställd upplåtelse kan komma att framställas. En frikostig återvinningstillämpning skulle förmodligen något hjälpa till att motverka skenhandlingar.

I samband med diskussionen om sakrättsligt skydd för nyttjanderätter har *Möller* gjort intressanta iakttagelser beträffande betalningar *till* gäldenären, exempelvis stora leasingförskott, som uthyraren före konkurs gjort sig av med. I tysk konkursrätt finns vissa begränsningar i möjligheten för hyresbetalaren att få åberopa beloppen mot boet; för fortsatt nyttjande kan han därför i flagranta fall tvingas betala på nytt.[13] För det fall nyttjanderätten i sig tillerkänns sakrättsskydd vore kanske en variant att föredra. Med hjälp av en återvinningsregel skulle man ge borgenärerna tillgång till dessa av gäldenären förbrukade medel. Därigenom vinns möjligheten att också i framtiden eventuellt utom konkurs komma till rätta med i vart fall kollusivt överenskomna betalningsströmmar, som går borgenärerna i allmänhet förbi.

11.5 Passivitet

I detta och de tre avslutande avsnitten upptas återvinningsmöjligheten vid vissa former av gäldenärens agerande, som inte direkt kan jämställas med aktivt rättsskapande handlande i form av avtalsslut eller fullgörelse av ingångna förpliktelser. Först följer några allmänna frågor om passivitet. Under 11.6 upptas ensidiga rättshandlingar och processuella ageranden. Därpå behandlas avstående från arv, testamente och gåva, 11.7, och slutligen en modern borgensliknande utfästelse, s k comfort letters.

[12] Håstad s 325 f; Möller s 553 f.

[13] Möller s 526 f med analogier även till svensk fastighets- och exekutionsrätt, 7:17 st 1 p 3 JB och 12:47 st 2 p 2 UB.

Det *utländska* materialet har visat skiftande inställning i återvinningshänseende till verkan av olika former av passivitet från gäldenärens sida. Allmänt sett förefaller dock inget principiellt motstånd ha mött mot att godta underlåtenhet i allmänhet som återvinningsgrundande. Av särskilt intresse i sammanhanget är ett *nederländskt* rättsfall om betalningsströmmar, som ingående behandlats i det föregående.[14]

I *svensk* konkursrättslig återvinning är passivitetsverkningar inte reglerade i lag. Vid 1975 års reform uttalades i motiven, att i vart fall en analog tillämpning av nuvarande 4:5 konkurslagen kunde komma i fråga i särskilda fall.[15] Inställningen hade förebådats i äldre litteratur och har godtagits i senare.[16]

Någon vägledande modern svensk praxis på området finns inte. Jag delar nämligen *Walins* ståndpunkt, att *NJA 1978 s 194* inte är uttryck för ren passivitet från gäldenärens sida.[17] Samma gäller i minst lika hög grad för *NJA 1987 s 407*.[18] Båda fallen rör betalning från vissa av konkursgäldenärens egna gäldenärer till negativt belastade konton hos en bank respektive postgirot. Genom betalningarna minskades gäldenärens skuld till kreditinrättningen. Med hänsyn till att de betalande följde tidigare anvisningar, som utgått från konkursgäldenären, jämställdes förfarandet med gäldenärens eget agerande.

Dessa fall kan inte jämföras med det nyssnämnda *nederländska,* där betalningen hade överenskommits mellan två av gäldenärens fordringsägare, till nytta för dem båda men till men för andra borgenärer. Återvinningsgäldenären hade alltså förhållit sig helt passiv; transaktionen återgick ändå.

11.6 Ensidiga rättshandlingar. Processhandlingar

De undersökta *kontinentala* rättsordningarna synes för återvinning ha intagit en öppen inställning till möjligheten att angripa ensidiga rättshandlingar och processhandlingar. Inte minst har i för borgenärerna

[14] Se ovan *avsn 4.6.2* vid not 101.

[15] SOU 1970:75 s 160 med åtskilliga hänvisningar i not 8; NJA II 1976 s 179.

[16] Lejman s 146 ff, särsk s 155; Lennander s 139 f; Rodhe § 21 vid not 31; Walin s 130 ff, 154 f.

[17] Walin s 130 not 4. Jfr Lennander s 139. Se även Håstad s 208 f, som betecknar HD:s tolkning som extensiv men rättspolitiskt välmotiverad.

[18] *NJA 1987 s 407* avser inte återvinning utan frågan om tredje mans betalning var att jämställa med gäldenärens egen vid tolkning av 3:2 konkurslagen.

positiv riktning prövats gäldenärs uppsägning av fördelaktiga avtal. Till samma kategori hör ageranden av typ bristfällig processföring, som leder till förlust av talan genom underlåtenhet att i rätt tid göra invändning eller exempelvis yrka återupptagande av målet efter tredskodom.

I *svensk* rätt har återvinningsmöjligheten av ensidiga rättshandlingar och processhandlingar inte prövats i aktuell praxis. Allmänt förefaller dock litteraturen vara enig om att återvinning är möjlig, låt vara att oftast det subjektiva stadgandet i 4:5 konkurslagen är det enda tillämpbara.[19] *Lejman* har för sin del uttryckligen krävt, liksom för passivitet i allmänhet, att underlåtenheten att vidta viss åtgärd skall ha skett av gäldenären själv.

I samband med behandlingen av *nederländsk* rätt har jag redan diskuterat angreppsmöjligheter mot gäldenärs underlåtenhet att göra *preskriptionsavbrott*.[20] Jag har i det sammanhanget anfört svårigheter att finna en principiellt godtagbar lösning av konflikten mellan fordringsgäldenärens intresse av att hans skuldförhållande en gång för alla upplöses och insolvensborgenärernas intresse av goda återvinningsmöjligheter. Det har även visat sig svårt att konstruera realistiska ondtrossituationer. Det kan inte rimligen krävas, att en fordringsgäldenär, ens om han är i ond tro om den prestationsberättigades insolvens, själv skall ta initiativ till preskriptionsavbrott. Och har den berättigade, återvinningsgäldenären, kollusivt avtalat med sin fordringsgäldenär att de skall låta fordringen preskriberas, torde det vara möjligt att på allmänna eller analogiska grunder betrakta den överenskommelsen som ett preskriptionsavbrott i sig.

På likartat sätt förhåller det sig med det av *Walin* diskuterade exemplet om underlåtenhet att *reklamera* en felaktig vara.[21] Det må vara, att säljaren av en urusel bil känner till dess hävningsberättigande felaktigheter. Ingen reklamation kommer emellertid. Blott det förhållandet, att säljaren känner till att köparen har ekonomiska svårigheter, berättigar enligt min mening inte till återvinning.[22] Skälet till att reklamation uteblivit kan ha andra orsaker än en önskan från

[19] Lejman s 88 f, 143 ff, 156 ff; Welamson, Konkursrätt s 290; Walin s 130, 155; Lennander s 138, 140.

[20] Se ovan *avsn 4.6.2.2* vid not 99.

[21] Walin s 154.

[22] Att *konkursförvaltaren* i sig har en reklamationsrätt torde ligga inom ramen för hans ställning, men återvinningsfrågan ställs på sin spets i det läget att reklamationsfristen löpt ut. Har den inte det, kan emellertid borgenär utom konkurs ändå inte agera på gäldenärens vägnar; vi saknar *l'action oblique*.

köparen att undandra borgenärer viss egendom, i detta fall betalningen till bilsäljaren. Han är kanske nöjd med det förvärvade eller avser att utnyttja förhållandet på annat sätt i en framtida förbindelse med samma säljare. På sätt som vid utebliven preskription anser jag dock, att en överenskommelse mellan parterna att med hjälp av utebliven reklamation dra köparens borgenärer vid näsan kan direkt jämställas med verkställd reklamation. De blir således inte på preskriptionsgrund betagna rätten att kräva avtalets återgång genom hävning.

11.7 Avstående från arv, testamente eller gåva

En gäldenärs avstående från arv, testamente eller gåva innebär en skada för hans borgenärer i den meningen, att hans utsökningsbara tillgångar inte ökas. Förfarandet har i flera utländska rättsordningar ansetts återvinningsbart, låt vara på olikartade grunder.

Ett sätt att *utomlands* lösa återvinningsfrågan är att undersöka, om gäldenären tillträtt egendomen, om äganderätten övergått. Anses så ske omedelbart som en följd av arvlåtarens död eller gåvoutfästelsens bindande verkan, innebär avståendet disposition över egna tillgångar. Förfarandet blir således återvinningsbart. Krävs däremot en aktiv eller konkludent accept från mottagarens sida, utgör uteblivet mottagande inte en sådan rättshandling, som kan återvinnas.

I *svensk* rätt kan det knappast sägas föreligga någon enhetlig syn på förevarande frågor, vilket nära sammanhänger med vår ovilja att se äganderätten substantiellt. Så långt torde man dock vara ense, att uttryckliga accepter inte krävs för mottagande av vare sig arv, testamente eller gåva. Ofta nog fordras däremot ett agerande av något slag, som kan liknas vid en konkludent accept.[23]

Hos oss infördes 1975 specialregler i ärvdabalken, som enligt motiven utesluter återvinning av underlåtelse att klandra testamente, som är negativt för gäldenären. Både påstående om kränkning av laglott enligt 7 kap och om klander av ogillt testamente enligt 14 kap är en rättighet som inte "övergår till hans /arvtagarens/ borgenärer".[24] Därmed är emellertid långt ifrån alla situationer lösta.

[23] Mest omfattande undersökning av hithörande frågor har gjorts av Lejman s 192 ff. Hans slutsatser kommer nära den då aktuella tyska rättsuppfattningen. I alla delar motsvarar den inte dagens ståndpunkter i Förbundsrepubliken.

[24] 7:7 resp 14:6 ÄB. Motiven återfinns i SOU 1970:75 s 112 ff, 236 ff. Stadgandena tillkom för att uppnå nordisk rättslikhet.

Näraliggande är att gäldenären avstår från att göra gällande ett för honom förmånligt testamente; den formella bevakningen är nyligen avskaffad. Lagberedningen ville som i de nyssnämnda klanderfallen låta gäldenären själv avgöra. Övriga nordiska länder hade annan åsikt. I motiven sägs dock, att avstående från testamente före konkurs inte bör kunna angripas återvinningsvägen Har däremot testamentstagaren redan åberopat testamentet men sedan ångrar sig och avstår från honom tillkommande lott, står återvinning öppen som för gåva.[25] *Walin* har sedermera för egen del velat göra ytterligare inskränkningar i återvinningsrätten för det fall testamentet bevakats av annan än återvinningsgäldenären och denne inte på annat sätt gjort sin rätt gällande. Så snart gäldenär försatts i konkurs, anses rätten att bevaka och göra gällande testamentarisk rätt övergå på konkursförvaltaren.[26]

Arvsavstående före arvlåtarens död, vilket enligt 17:2 ärvdabalken är giltigt under vissa förutsättningar, anses i svensk rätt inte vara angripbart återvinningsvägen. Möjligen skulle avståenden i mycket nära anslutning till arvlåtarens bortgång bedömas annorlunda. Att däremot efter dödsfall avstå från arv, vilket är ganska vanligt av arvsskatteskäl, bedöms som en disposition över egna tillgångar och kan därför återvinnas enligt reglerna om gåva i 4:6 konkurslagen. Synsättet är belagt redan i medletida *romersk* rätt. Likartat förhåller det sig möjligen vid eftergifter genom arvskifte.[27]

Vid gåva anses gälla, att så snart gåvotagaren på något sätt manifesterat en accept, exempelvis mottagit ett gåvobrev, kan ett senare avstående från en för givaren enligt 1936 års gåvolag bindande utfästelse återvinnas. Passivitet gentemot blotta utfästelsen skulle däremot inte vara angripbar.[28]

Såväl svensk som utländsk återvinningsrätt ger i de nu behandlade avståendefallen ett *mycket splittrat intryck.* Det saknas tveklöst ett övergipande synsätt på själva huvudfrågan, om avstående från egendomsförvärv kan angripas återvinningsvägen. Till likartade fall kan för övrigt läggas avstående från lönsam arbetsanställning, som i tysk

[25] SOU 1970:75 s 113.

[26] Walin s 168 f.

[27] SOU 1970:75 s 112 f; Lennander s 175 f; Walin s 168 f.

[28] SOU 1970:75 s 113 f; Walin s 169, båda med hänvisning till Lejman s 193 och Welamson, Konkursrätt s 213; Lennander s 177.

rätt återvunnits, men som hos oss strängt avvisats av *Lejman.*[29] Jag ser här ingen möjlighet att ingående kommentera alla de avståendesituationer, som behandlats i de föregående länderöversikterna. Jag hänvisar allmänt till den mest detaljerade redogörelsen ovan, avsnitt 4.6.5.3 om *nederländska* successionsförhållanden, och nöjer mig i övrigt med följande.

Det är påtagligt, att redan frågan om avstående från *förmering* av den egna förmögenheten vållat principiella svårigheter inom återvinningsrätten. Huruvida den utövas inom eller utom konkurs torde inte göra någon avsevärd skillnad utom i vissa fall. En konkursförvaltare övertar gäldenärens totala rättshandlingsförmåga på så sätt, att det är han som bestämmer om bevakning skall ske av testamente eller som hindrar gäldenären i möjligheten att efter konkursförsättandet avstå från arv. Att gäldenären i det läget är avskuren från friheten att välja icke förvärv, hindrar emellertid inte i sig att sådana avståenden skulle kunna angripas av hans nödlidande fordringsägare utom konkurs.

Ser vi närmare till *svensk* rätts lösning, menar jag att framhävandet av det personliga i att avstå från testamentsklander för att få ut laglott eller i att angripa ett ogillt testamente väl kunde lägga grunden för resonemang kring återvinning. När emellertid det särskilt personliga draget i de benefika eller successionsrättsliga förvärv, som må komma en återvinningsgäldenär till del, endast givits punktvisa lagstöd till förhindrande av angrepp från borgenärer, förlorar argumentet mycket av sin tyngd. I stället borde lagstiftaren noggrannare ha benat upp samtliga fall och därefter träffat ett val.

Även tanken att en särskilt personlig rätt skulle skyddas annorlunda än andra förvärv är enligt min mening inte helt invändningsfri. En nära släkting kan mycket väl tänkas vilja understöda gäldenären i avsikt att denne med en gåva eller en testamentslott skall frigöra sig från sina skulder i stället för att drabbas av skandaliserande insolvens. Släktingen kan också anse, att den presumtive mottagaren är framgångsrik i sin affärsverksamhet. Han vill gynna den initiativrike, låt oss anta ett barnbarn, i avsikt att denne skall fortsätta på en inslagen bana. Helt plötsligt ändras emellertid förutsättningarna för verksamheten: några aktie- eller optionsspekulationer slår fel, ett lönsamt licensavtal förlorar sin avsättningsbas. Så kan lätt ske i dagens ekonomiska klimat. Den som vill gynna sådan verksamhet, måste vara

[29] Lejman s 202 f; argumenteringen har likheter med det tal om förbud mot "slavkontrakt", som stundom möter i det tidiga 1900-talets obligationsrättsliga framställningar.

medveten om att risker föreligger och att belopp som var tänkta som stöd helt eller delvis kan komma att användas till förlusttäckning.

Ytterligare ett steg tas, om gäldenärens avstående i sin tur gynnar en närstående till honom. Antag att han som barnbarn till testator avstår från en testamentslott och att gäldenärens far, testators son, därigenom får sin arvslott utökad. Det kanske inte dröjer så länge innan det sålunda förmerade arvet efter denne faller och det vid en tid då gäldenären redan gjort ackord med sina fordringsägare. Och vilken gäldenär skulle vilja klandra ett testamente, som gör intrång på hans laglott, om det är skrivet till förmån för gäldenärens make eller barn. Det finns således åtskilliga situationer, då det benefika eller altruistiska i denna typ av förfoganden inte alls är det huvudsakliga syftet med agerandet.

Det har visserligen sagts, att rent kollusiva avstående skulle kunna angripas med hjälp av den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen.[30] Svårigheten med ett sådant stadgande är emellertid, som särskilt uppmärksammats i *nederländsk* rätt, att det inte finns någon egentlig medkontrahent, vars onda tro är nödvändig för återvinning. I nederländsk rätt har ondtroskravet applicerats på den genom avståendet gynnade förvärvaren. Den lösningen är kanske ovanligt sträng mot återvinningsborgenärerna, eftersom det är slumpartat i vilket förhållande han står till avstående gäldenär. Borde det i stället inte räcka med att den disponerande, dvs återvinningsgäldenären, inser följderna av sitt avstående från ett ta emot arv, gåva eller testamente.

Det har också framförts, att reglerna om återvinning av gåva enligt 4:6 konkurslagen i några fall kunde tillämpas på avstående. Skulle man därvid ha att följa kravet på gåvoavsikt från den disponerande, kommer man in i ännu en svårighet.[31] Han kan ju mycket väl som huvudskäl för sitt avstående känna ren illvilja mot en eller flera borgenärer. Antag att en testator inte har några legala arvingar och insatt vår återvinningsgäldenär som mottagare av hela boet. Skulle den som vägrar tillträda testatmentet för den skull ha en gåvoavsikt gentemot allmänna arvsfonden? Knappast! Men utan gåvoavsikt skulle det ju enligt mångas mening inte gå att tillämpa den objektiva återvinningsgrunden.

När det gäller svensk doktrins inställning till avstående från *gåva* märks en säregen tänjning av begreppen. *Lagberedningen* och *Walin*

[30] Lennander s 176; Walin s 168.

[31] Jfr min diskussion om gåvoavsikten ovan *kap 10* vid not 7 ff.

har likalydande sagt, att det inte kommer "hans borgenärer vid", om en gäldenär inte vill utnyttja en gåvoutfästelse. Det hänvisas till Lejman och Welamson.[32] Såvitt jag kunnat se uttalar sig inte *Welamson* alls om den situationen på angivet ställe. *Lejman* har däremot varit mycket mera kategorisk än beredningen och Walin. Han har nämligen förordat, att återvinning är utesluten, så länge en gåva enligt gåvolagen inte är *"fullbordad"*, dvs givit gåvotagaren skydd mot givarens borgenärer. Beredningen och Walin har emellertid en annan inställning, byggd på att gäldenären skall på något sätt ha *accepterat* gåvan, ett institut som inte är känt inom gåvorätten. *Lennander* tycks å sin sida mena, att det för återvinning räcker med att en bindande utfästelse föreligger.[33]

Lagberedningen och Walin påstår, att det "som regel" skulle krävas medverkan från gåvotagarens sida för att få en gåva till stånd. Uttalandet förefaller inte helt genomtänkt. En offentlig utfästelse kan ske utan mottagarens vetskap. Ett gåvobrev kan komma oväntat på posten. En penningutfästelse kan fullgöras genom insättning på mottagarens bank- eller postgirokonto. Ett konstverk kan skickas med stadsbud och ställas in i lägenheten med vicevärdens biträde. Den presumtive mottagaren förhåller sig rent passiv, och likväl har för givaren bindande utfästelse respektive mot hans borgenärer verkande fullbordan inträtt.

De hittills i svensk rätt förda resonemangen om återvinning av avståenden vilar, som jag sökt visa, på bräcklig grund. De är också uttryck för en försiktighet att tillåta återvinning av fall som på något sätt inte passar in i mönstret. Jag har tyvärr ingen patentmedicin att erbjuda, som skulle lösa alla upptänkliga problem. Min huvudinställning är alltjämt att underlätta återvinning. I flera av nu diskuterade fall, anser jag den hittillsvarande ordningen i svensk rätt vara alltför rigorös i förhållande till andra länders synsätt och inte minst till de förfördelade borgenärernas intresse.

11.8 Comfort letters, naturlig fordran och tredjemanspant

I den mån det anses lämpligt att kunna med särskild stränghet ingripa mot betalning av naturliga fordringar, bör även fullgörandet av

[32] SOU 1970:75 s 114; Walin s 169. Lejman s 193; Welamson, Konkursrätt s 213.

[33] Lennander s 177.

förpliktelser enligt ett *comfort letter* vara återvinningsbart vid utställarens oförmåga att därefter tillgodose sina övriga borgenärer.[34] Kanske redan utställandet kan angripas, om det i övrigt uppfyller reglerna om överlämnande av säkerhet i efterhand. Även benefika dispositioner är fullt tänkbara som jämförelsematerial.[35]

I sammanhanget bör uppmärksammas, att Högsta domstolen efter en enligt min mening missriktad teleologisk utläggning *icke* godtagit återvinning av i efterhand ställd tredjemanspant enligt 4:12 konkurslagen, *NJA 1985 s 117.* Skälet skulle vara att det stadgandets huvudsyfte, enligt motiven, är att förhindra brådstörtade gynnanden av vissa borgenärer. Det mera övergripande syftet med återvinning, att hindra illojala undandraganden av utdelningsbar egendom, kan enligt domstolen inte föranleda till en "utvidgning av tillämpningsområdet för" 4:12. Detta uttalande är så mycket märkligare, som domskälen på ett tidigare ställe säger, att stagandets ordalydelse inte hindrar dess tillämpning på fall, då gäldenär ställt säkerhet för annans skuld. Till yttermera visso tar domstolen dessutom stöd hos "intresset av säkerhet i den allmänna omsättningen". I synnerhet beträffande återvinning trodde man, att detta sloganartade och till intet förpliktande argument helt saknade tyngd. Hela institutet syftar ju till att i flagranta fall åsidosätta omsättningens säkerhet.

Walin har utsatt avgörandet för synnerligen sträng men välgörande kritik,[36] som jag helt ställer mig bakom. Han är här på sitt allra bästa stridshumör, och jag skall inte förta läsaren nöjet av hans temperamentsfulla skrivsätt med lösryckta citat. Det skall bara understrykas, att Walin verkligen tagit sikte på realiteter i koncernförhållanden, när han menar att 4:12 konkurslagen – och i förekommande fall 4:10 – bör användas även då tredje man agerar. Till Högsta domstolens försvar kan dock sägas, att den öppnar vägen för en vidsträckt tillämpning på tredjemanspantfallet av reglerna om benefika transaktioner enligt 4:6 konkurslagen; i målet hade av någon anledning endast 4:12 åberopats som återvinningsgrund.

Comfort letters har sin naturliga plats i en ofta komplicerad och stundom inte öppet redovisad samverkan mellan olika bolag. Sådant

[34] Om denna avtalstyp, se Bogdan, TfR 1988 s 653 ff med talrika hänvisningar. Se även M Gröndals examensuppsats Exporthandelsavtal (ht 1989).

[35] Jfr Lennander, s 298, om gåva och tredjemanspant.

[36] Walin s 210 ff med hänvisningar till egna tidigare uttryckta ståndpunkter och med enligt mitt synsätt välriktad kritik av Lennanders och Rodhes godtagande av HD:s inställning.

samarbete är typiskt för dagens storskaliga industristruktur. Min principiella inställning är, att – i skuggan av dagens svenska försiktiga rättstillämpning inte bara på återvinningsområdet – det måste påfordras väl genomtänkt lagstiftning för att komma till rätta med avarterna i den verksamheten. Det har emellertid inte varit möjligt att inom ramen för denna studie uttrycka mera långtgående förslag om hur ett sådant regelkomplex borde gestaltas.

12. Ond tro och otillbörlighet

I förra kapitlet behandlades det objektiva grundrekvisitet borgenärsskada. Här skall det subjektiva upptas. Dels skall gäldenären enligt den ursprungliga actio Pauliana ha haft avsikt att skada borgenär, dels skall hans medkontrahent ha varit i ond tro om skadeavsikt och därmed sammanhängande insolvens hos gäldenären.

Under 12.1 beskrivs kort utvecklingen från ett rent kollusivt förfarande till dagens reglering i de utländska rättsordningarna. Därefter skall jag försöka belysa den svenska konkursrättens allmänna otillbörlighetsregel i 4:5 konkurslagen med komparativa erfarenheter, 12.2. Slutligen upptas något om förvärvarens onda tro under 12.3.

12.1 Från kollusion till presumtion

Den ursprungliga actio Pauliana i romersk rätt byggde huvudsakligen på tanken att återbrytning kunde ske av rättshandlingar, där båda parter i kollusivt samförstånd avsåg att skada en eller flera borgenärer. Den huvudtanken finns kvar i här undersökta kontinentala rättsordningar, men regleringen har av lagstiftare och rättstillämpare byggts ut i riktning mot att göra även andra förfaranden angripbara. Ett mål har länge varit, att den erkänt svåra bevisningen om återvinningskontrahenternas onda tro skall underlättas.

Ser vi först till gäldenärssidan har utvecklingen gått mot att beakta i första hand *effekten* av hans rättshandlande. Det räcker regelmässigt att kunna visa, att förfogandet lett till att gäldenären åskamkat skada genom att han, på sätt närmare behandlats i föregående kapitel, inte längre kan göra rätt för sig. Som typfall nämns därvid, att gäldenären minskat sina aktiva eller ökat sina passiva.

Jämför vi med det svenska stadgandet i 4:5 konkurslagen, ser vi å ena sidan de nyss nämnda typfallen aktivminskning och passivökning beskrivna som att egendom undandragits borgenärerna eller gäldenären ökat sina skulder. Härutöver upptas också det ensidiga

gynnandet, som utom konkurs inte lika ofta utomlands kan bli föremål för återvinning utom konkurs. Från svensk utgångspunkt fordras härutöver, att rättshanldingen skall vara *otillbörlig.* Detta rekvisit återfinns inte explicit i de utländska rättssystemen. Såvitt det alltjämt krävs skadeavsikt hos gäldenären föreligger dock vissa likheter med otillbörlighetskravet. Effekten å andra sidan anges hos oss som att gäldenären genom rättshandlingen ensam eller i förening med annan omständighet blev insolvent.

För svensk del har *gäldenärens onda tro* om rättshandlingens insolvensverkan till synes förlorat betydelse. I utländska system har den frågan *utom* konkurs lösts olika. I *Frankrike* och *Tyskland* finns ett grundläggande synsätt kvar, som kräver *dolöst* förfarande. För åtskilliga i praxis stadgade typfall har emellertid beviskravet satts lågt, även om regelrätta presumtioner inte utvecklats. Till bilden hör även, att indirekt och kanske även någon form av eventuellt uppsåt godtas. I okodifierad *common law* har dolustanken levt kvar, men där förekommer å andra sidan en rad typiska presumtioner, som tycks svåra att motbevisa.

För *Nederländernas* del innebär den nya civillagen en klar markering av att *culpös* skadeinsikt är tillräcklig. Den reformerade återvinningsrätten har härutöver infört entydiga *presumtionsregler* i en rad fall, särskilt vid inkongruenta avtal. Samma inställning finner vi i lagreglerad *amerikansk* rätt. Kravet på någon form av skadeinsikt har genom denna typ av reglering i det närmaste försvunnit.

Längst har den nya *engelska* insolvenslagen gått, eftersom varje spår av skadeavsikt från gäldenärens sida försvunnit. Regleringen är emellertid svårtolkad genom sin inskränkning till "undervalue"-transaktioner. Med en i vart fall inte inskränkande tolkning kan de sägas utgöra ett slags blandat fång eller inkongruent avtal. Sett från det hållet, liknar även den engelska ordningen andra moderna rättssystems.

I jämförelse med de nu skisserade utvecklingstendenserna återfinns i svensk konkursåtervinning ett krav på otillbörlighet. Det innehåller i viss utsträckning ett ondtrosmoment, låt vara atypiskt.[1]

[1] Lennander, s 146, talar om att förvärvarens agerande inte behöver visa på subjektiv otillbörlighet men väl på objektiv.

12.2 Otillbörlighetskravet i jämförande perspektiv

Även om inte själva bevekelsegrunden för rättshandlingen i sig är avgörande, finns genom det svenska otillbörlighetskravet kvar ett generalklausulliknande rekvisit, som i vissa fall får en för återvinningsborgenärer negativt verkande följd. Det krävs nämligen hos oss, att man ser till helheten av transaktionen. Ligger förfarandet exempelvis inom ramen för gott handelsbruk eller parternas normala agerande i de inbördes mellanhavandena, försvåras återvinningen avsevärt. Den skall då, under vissa ytterligare förutsättningar, inte bedömas som otillbörlig.

En jämförelse med resultatet i utländska rättsordningar av att där saknas detta allmänna otillbörlighetsrekvisit torde visa, att där träffade val får resultat, som i vissa fall liknar dem vi känner från svensk rätt. Från återvinning utesluts alltså transaktioner, som allmänt sett kan betraktas som lojala. En kritisk betraktelse av kravet på otillbörlighet i svensk rätt är dock på sin plats.

Av betydelse är hos oss, att det i sig för återvinning enligt 4:5 konkurslagen krävs varken skadeavsikt eller ens vårdslöshet från gäldenärens sida. Det otillbörliga kan ligga i förhållanden helt på förvärvarens, medkontrahentens, sida.[2] Det är således endast effekten, gäldenärens betalningsoförmåga, som skall ha uppkommit på ett otillbörligt sätt. Fråga blir emellertid, om begreppet otillbörlighet dessutom skall anses innehålla ett tilläggsfaktum om illojalitet inför förestående konkurs. *Lennander* förespråkar ett sådant synsätt, medan *Walin* finner tillägget inte "ge så mycket ledning".[3] Är som i denna studie siktet inställt på återvinning utom konkurs ger det sig självt, att det illojala förfogandet, som Walin menar redan för konkursrättslig återvinning, tar sikte på betalningsoförmågan som sådan och inte på följderna vid en inträdande generalexekution. Därmed är dock inte sagt, att ett krav på någon form av illojalitet är obehövligt.

Lennander fortsätter sina försök att kvalificera det nödvändigt illojala eller klandervärda med att hänvisa till de typbedömningar, som ligger i bestämningen av objektiva återvinningsgrunder. Hon menar också, att något av de i 4:5 konkurslagen fastlagda rekvisiten skall vara "påfallande starkt uppfyllt" och att inga särskilda omständigheter skall tala mot att transaktionen bedöms som otillbörlig. Hon uppdelar dessutom rekvisitet i en principiell och en

[2] Se vidare Lennander s 136 ff, 144 ff; Walin s 152 ff.

[3] Lennander s 150 ff; Walin s 153 f.

praktisk funktion. Otillbörlighetskravet skall utpeka klandervärda rättshandlingar men undanta vissa av dessa från återvinning.[4] I den fortsatta framställningen ger Lennander i anslutning till nordisk praxis exempel på vissa typfall.

Den invändning man kan rikta mot Lennanders bestämning av otillbörlighetsrekvisitet rör frågan, om hennes inställning inte onödigtvis försvårar återvinning. Tvivelaktig är åsikten, att något av de övriga rekvisiten, exempelvis aktivminskning, måste vara påtagligt starkt uppfyllt. En lika rimlig utgångspunkt vore, enligt mitt återvinningsvänliga synsätt, att tona ned otillbörlighetskravet till den grad, att endast på allmänna grunder vällovliga transaktioner, som i sig skulle falla under stadgandet, fredas. Typfallsresonemang kan förvisso vara till hjälp men endast i den delen det därigenom en gång för alla kan sägas fastslaget, att återvinning är medgiven. Jag skall återkomma till utländska exempel.

En radikal tanke för svensk rätts del vore, att otillbörlighetsrekvisitet egentligen inte bör ha någon självständig betydelse. Det skulle bara vara ett slags påminnelse om att det i övrigt beskrivna förfarandet i sig innebär en angripbar rättshandling, som strider mot borgenärers befogade intresse. Att det över huvud taget intogs 1975 i lagen kunde ses som en övergång från det dolösa skaderekvisitet i äldre rätt. Sett i ljuset av modern rättspraxis, förhåller det sig uppenbarligen inte så. Det viktigaste avgörandet är *NJA 1983 s 737:*

> I stället för att fullfölja en konkursansökan gick staten in i en ackordsuppgörelse. Den krävde emellertid att för denna eftergift erhålla företagsinteckningar till säkrande av gäldenärens skatteskulder. Med hänsyn till statens allmänna förmånsrätt för skattefordringar medförde åtgärden ingen skada för oprioriterade. Staten medgav dock, att den blivit gynnad på övriga borgenärers bekostnad och att den var i ond tro om gäldenärens inslovens. Säkerställandet skulle likväl inte anses otillbörligt, bl a under åberopande av att vid den tidpunkt det skedde samtliga inteckningshavare kunde påräkna full täckning.
>
> Högsta domstolen konstaterade, att det på grund av ökade förlustrisker fanns fog att redan vid säkerställandet anta en indirekt eller medelbar skada för sådana borgenärer, som hade inteckningssäkerhet med lägre prioritet än staten. Ett gynnande hade också medgivits. Enligt domstolen är det emellertid inte tillräckligt, att parterna inser att rättshandlingen har den effekten. "Härutöver fordras att det gynnande som skett av just den ifrågavarande borgenären framstår som föranlett av någon omständig-

[4] Lennander s 152 f.

het som förtjänar beteckningen otillbörlig eller att annars särskilda skäl föreligger för att bedöma säkerställelsen som otillbörlig. Med hänsyn till bakgrunden till säkerställelsen i förevarande fall kan det ej anses visat, att det gynnande av staten som må ha skett genom säkerställelsen är att betrakta som otillbörligt."

Lennander har helt ställt sig bakom avgörandet: "...en transaktion, vilken tämligen klart framträder som *icke* otillbörlig" (hennes kurs).[5] Hon utvecklar ytterligare skälen mot återvinning: staten hade kunnat ta emot betalning för skatteskuld utan att riskera återvinning (4:1 p 1 KL), staten hade kunnat försätta gäldenären i konkurs, full täckning fanns för alla inteckningshavare vid tidpunkten för transaktionen, syftet med säkerställandet var vällovligt. *Walin* är mera kritisk och finner rättsfallet "nog så välvilligt mot staten".[6] *Welamson* har utifrån detta och andra prejudikat gjort en intressant jämförelse med möjligheterna att återvinna transaktioner i samband med "öppnande" av dold äganderätt till fast egendom. Hans grundinställning till domstolens "restriktiva inställning" andas viss kritik.[7]

Lennanders argumentering är inte stark. Två av hennes argument bygger på vad som hänt om staten inte agerat på sätt den gjorde. Men vad har det för betydelse? En återvinningssituation måste väl – i likhet med de flesta andra juridiska problem – lösas utifrån vad som verkligen inträffat. Staten kunde inte utnyttja sitt skydd mot återvinning, när den aldrig fick betalt; annat tvång till fullgörelse än exekutiva åtgärder i vanlig ordning finns inte. Att staten kunde försätta gäldenären i konkurs gäller även för andra borgenärer, prioriterade eller icke. Hygglighet betalar sig inte alltid i insolvenssituationer, men jag har svårt att se att den en gång visade välviljan mot gäldenären skall få indirekt utdelning genom att skydda mot återvinning, ett institut som är tillkommet i övriga borgenärers intresse och inte i de rättshandlandes.

Även de av henne som "viktigare" betecknade argumenten är svaga. Att omedelbar skada inte uppstod för övriga inteckningshavare är ointressant, om rättsordningen erkänner medelbar.[8] Kan som i detta fall säkerhetsförvärvarens onda tro om medelbar skada

[5] Lennander s 155; de övriga positiva skälen för avgörandet, s 156.

[6] Walin s 163.

[7] Welamson, Fskr Hessler s 438 ff, cit s 439. Se även Welamson, Konkurs s 70 med not 7.

[8] Jfr HD:s mycket stränga inställning till medelbar skada i *NJA 1987 s 320,* 329; "ökad risk för ekonomisk förlust".

fastställas, till yttermera visso genom parts eget erkännande, saknas anledning att bedöma det fallet mildare. Särskilt betänkligt är det enligt min mening att rädda en sådan situation från återvinning genom ett strängt tillämpat tilläggsrekvisit som otillbörlighet. Dessutom saknar domstolens hållning stöd i förarbetena, ett vanligen på de flesta bitande argument.[9]

Lennanders sista argument för utgången i *NJA 1983 s 737,* "framför allt att syftet med säkerställandet var vällovligt", är svårbegripligt; HD har inte sagt det. Vari ligger det vällovliga i att en borgenär översäkrar sig? Rättsordningen har för skattefordringar givit allmän förmånsrätt, vilket i sig är generösare än i många utländska system. Enligt min mening får det räcka med den prioriteten. Det kan knappast vara lämpligt att exempelvis löntagare i samband med försvagning av arbetsgivarens ekonomi börjar kräva företagshypotek för att inte säga upp sig. Inte heller kan förordas att hyresvärdar på ett sent stadium fordrar realsäkerhet för längre tid än de tre månader förmånsrättslagen ger.

Själv är jag inte alls tillfreds med utgången. Oavsett vilken inställning man kan ha till statens särställning som återvinningsbefriad borgenär vid fullgörelse av skatteskuld, innehåller domskälen uttalanden, som gör otillbörlighetsrekvisitet till en verklig stötesten för återvinningsborgenärer. Dessa har för övrigt bevisbördan för rekvisitet, vilket framgår av Högsta domstolens skrivsätt. Domstolens skärpta krav på rättshandlingen kräver nämligen "någon omständighet som förtjänar beteckningen otillbörlig", ett uttryckssätt som knappast underlättar förståelsen.

Vad mera är, ger domstolen som ett alternativ att "särskilda skäl" skall föreligga för bedömningen otillbörlig. "Särskilda skäl" uppfattas eljest som ett strängt krav. Lagtextens ordval ger enligt min mening inte utrymme för en sådan, närmast reducerande, tolkning. Dessutom talar motiven ett helt annat språk. Det är för övrigt påtagligt, att införandet av själva otillbörlighetsrekvisitet inte direkt tydligt kommenteras.[10] Som nyss sades, ser jag det som en mild övergång från det äldre dolösa skadekravet. Från den som eljest uttryckt en negativ

[9] Motiven till otillbörlighetsrekvisitet är inte särskilt fylliga, och depchefen uttalade att dess närmare innehåll överläts till rättspraxis, NJA II 1976 s 179 ff, särsk s 181. Se även SOU 1970:75 s 128 ff, särsk s 131, och 159 ff. De exempel som ges på *tillbörliga* rättshandlingar är av helt annan art än den i *NJA 1983 s 737,* exvis avhändelse för att skaffa sig nödtorftigt levebröd eller betalning av skuld som är tryggad av fullgod säkerhet.

[10] Jfr strax ovan vid och i not 9.

hållning till förarbetenas starka ställning som rättskälla, kan det synas märkligt att förhållandet anförs som en brist. Jag gör det likväl med hänsyn just till den gängse inställningen till motivens värde.

Vad slags dolus, som före 1975 krävdes för tillämpning av dåvarande 34 § konkurslagen, synes inte entydigt klarlagt. *Welamson* utgick då från att direkt och indirekt uppsåt men kanske också eventuellt skulle godtas.[11] I *tysk* rätt menar doktrinen, att alla tre formerna kan förekomma i återvinningssammanhang. Jag har däremot inte funnit praxis, som accepterat ett eventuellt uppsåt som liknar vårt. Härtill måste dock fogas, att svensk straffrätts eventuella uppsåt är särpräglat och knappast ägnat för jämförelser ens med inhemsk civilrätt, långt mindre med utländska förhållanden. Även om *tysk* rätt, och även *fransk,* således inte helt släppt kravet på skadeavsikt från gäldenärens sida, har borgenärens beviskrav för detta rekvisit satts förhållandevis lågt.

Det svenska kravet på rättshandlingens otillbörlighet har, som visats, tillkommit efter oklara överväganden. Det saknar direkt motsvarighet i här undersökt utländsk rätt. Enligt min mening hade det kanske varit ägnat att skapa bättre klarhet, om lagstiftaren bibehållit skadekravet men samtidigt i lag eller motiv fastställt att alla tre formerna av uppsåt godtogs, direkt, indirekt och eventuellt. Under sådana förutsättningar hade förmodligen statens inteckningsförvärv i det nyss behandlade målet kunnat återvinnas. Redan av det sätt, på vilket staten lade upp sin talan, förefaller det stå klart, att gäldenären, ackordsgodemannen och statens företrädare inte avhållit sig från att anordna säkerheten även om de insett att andra borgenärer skulle komma till skada. Det manar till eftertanke, att den genom 1975 års införande av ett otillbörlighetsrekvisit avsedda utvidgningen av möjligheterna att återvinna på subjektiv grund i en situation som den behandlade snarast medför en inskränkning i förhållande till äldre rätt.

Att rättstillämpningen däremot skall freda rent lojala rättshandlingar säger sig nästan självt. Om därför hade krävts ett förtydligande i lagtext är för mig mera tveksamt. I svensk rättstillämpningsmiljö hade säkert klara förarbetsuttalanden varit tillräckliga. Vidare bör särskilt understrykas de förmånliga jämkningsmöjligheter av återbäringsskyldigheten, som stadgas i 4:17 konkurslagen och som behandlas mera utförligt i avsnitt 13.5 nedan. Även de saknar direkt motsvarighet i utländsk rätt. Räcker inte de? I svensk konkursrättslig återvinning har således införts två borgenärsfientliga, varandra

[11] Welamson, Konkursrätt s 217 f.

kompletterande regler: kravet på otillbörlighet och möjligheten till jämkning. Om sådana förmåner skall ges även ondtroende kontrahent, förefaller ett av instituten vara tillfyllest. Jag är inte odelat positiv till någotdera.

Ytterligare kritik kan på allmänna insolvensrättsliga grunder riktas mot det aktuella prejudikatet i *NJA 1983 s 737.* Försök att minska underlaget för allmänna och särskilda förmånsrätter utgör en tydlig tendens i många länders reformering av detta rättsområde.[12] De oprioriterades hittills svaga ställning bör förstärkas. Högsta domstolens inställning till återvinning enligt den allmänna regeln i 4:5 konkurslagen motverkar uppenbarligen att en sådan inriktning får spelrum redan i praxis.[13]

Uppenbarligen står mången gäldenär inför ett nästan utpressningsartat hot, när en borgenär i en obeståndssituation kräver säkerhet för att fullfölja tidigare åtgaganden eller som i målet gå med på ackordseftergifter. Det förefaller mig inte, att situationen då skulle vara så olik den som beskrivs i 4:12 konkurslagen om återvinning av för sent ställd säkerhet, låt vara att tidsfristen i fall som det behandlade omöjliggör direkt tillämpning av det objektiva stadgandet. Just den press en borgenär kan utsätta gäldenären för upptogs i ett senare mål om otillbörlighetsrekvisitets räckvidd, *NJA 1985 s 29:*

> En bokföringsbyrå hade löpande skött gäldenärens räkenskaper samt upprättat bokslut och även vid befarat obestånd gjort särskild utredning om hans ekonomi. För att lämna ut det för insolvensbedömningen avgörande tertialbokslutet, vari byrån hade retentionsrätt,[14] fordrade den betalning även för sedan länge utestående fordringar avseende tidigare utfört arbete. Betalning erlades för hela skulden. Byrån erkände sig ha varit i ond tro om gäldenärens insolvens – annat torde inte ha varit möjligt – men bestred att gynnandet var otillbörligt.

[12] Se exvis Lennander, TfR 1987 s 545 ff.

[13] För tydlighets skull påpekar jag, att oprioriterade i just *NJA 1983 s 737* även vid återvinning av säkerhetsrätten skulle ha gått lottlösa på grund av skattefordringarnas allmänna förmånsrätt.

[14] Jag har i annat sammanhang vänt mig mot det av Rodhe, Obligationsrätt § 35 vid not 3, lanserade uttrycket *detentionsrätt* som en onödig och utomlands okänd uppdelning. Frågan vem som är ägare till det gods retinenten innehåller, han själv, motparten eller tredje man, är endast i vissa situationer av betydelse för retentionsrättens innehåll. I avsaknad av ett substantiellt äganderättsbegrepp kan för övrigt frågas, om detention utövas i sakrättsligt skyddat eller blott obligatoriskt "ägande" till det innehållna. Begreppet detention hör sedan romarrätten hemma i *besittningsläran;* där hade det bort stanna även i svensk rätt.

> Högsta domstolen förde ett nyanserat resonemang kring betalningen för det räkenskapsmaterial, som varit nödvändigt för insolvensbedömningen: "Det är också uppenbart att det med hänsyn till både enskilda och allmänna intressen är angeläget att ett företag i ekonomiska svårigheter kan få expertbistånd med att skaffa fram ett tillförlitligt underlag för bedömning av företagets affärsmässiga situation." Den betalningen var inte otillbörlig. Så bedömdes däremot ersättningen för arbete, som utförts under det räkenskapsår, som låg längre tillbaka i tiden och för vilken ingen retentionsrätt förelåg i senare framställt bokföringsmaterial. Ytterligare skäl för otillbörlighetsbedömningen var, att beloppet var betydande och utestått obetalt i två till fyra månader, att betalningen tillkommit efter påtryckning, att byrån haft försteg framför andra borgenärer genom inblicken i gäldenärens bokföring samt att betalningen skett i ett prekärt ekonomiskt läge kort före konkurs.

Såvitt avser gäldenärens betalning för räkenskapsmaterial, framtaget i samband med insolvensbedömningen, delar jag helt Högsta domstolens åsikt. Det rör sig om en i sammanhanget nödvändig kostnad, som det även från allmänna insolvensrättsliga utgångspunkter är rimligt att ersätta, i synnerhet som retentionsrätten innebar en oantastlig säkerhet låt vara av negativt slag. I den mån den utövas, står ju både gäldenären och övriga borgenärer, som behöver det framställda, utan det för dem oundgängliga underlaget för den ekonomiska bedömningen. För egen del anser jag emellertid, negativ som jag är till otillbörlighetsrekvisitet, att detta undantag från återvinning kunnat grundas, främst på allmänna överväganden om återvinningens intresseinriktning men kanske också på en jämkningsrätt för betalningsmottagande retinent.

När det sedan gäller den betalning för äldre räkenskapsmaterial, vartill ingen säkerhetsrätt förelåg, kan jag inte inse, att domstolen behöver inveckla sig i en närmare otillbörlighetsbedömning. Det farliga ligger i att rättstillämpningen hålls inom snäva ramar och att någon ville hävda, att det krävs ett antal omständigheter som talar för återvinning. Skall rekvisitet finnas kvar, upprepar jag, bör det betraktas precis tvärtom. Kanske till och med en omkastad bevisbörda borde föreligga, så att återvinningssvaranden finge värja sig genom att styrka tillbörlighet.[15] Av de i *NJA 1985 s 29,* 38, uppräknade skälen måste vissa sättas under lupp.

Att skulden ackumulerats talar för återvinning på samma sätt som den omständigheten används i argumenteringen kring den objektiva

[15] Så uppenbarligen inte enligt HD, se *NJA 1983 s 737,* 741.

grunden enligt 4:10 konkurslagen om återgång av betalning. Påtryckningsargumentet är mera märkligt, särskilt i jämförelse med det nyss behandlade *NJA 1983 s 737,* där staten gick fri från återvinning av i efterhand betingad säkerhet. Jag kan inte inse, att bokföringsbyråns påtryckning var annorlunda, än mindre mera förkastlig.[16] Än betänkligare är domstolens princip att särskilt utpeka byråns inblick i gäldenärens ekonomi. Härvidlag kan man ana ett stöd i departementschefens katalog över återvinningens ändamål, där det bland annat nämndes att borgenärerna inte skulle behöva hålla sig à jour med gäldenärens ekonomiska ställning.[17] Från allmänna insolvensrättsliga utgångspunkter är denna slapphet i inställningen betänklig, särskilt vad gäller kreditgivares verksamhet. Det finns anledning till allmän kritik av bankers frikostiga kreditgivning i förlitande på betingad, heltäckande realsäkerhet. Större vigilans på det området skulle säkert inte skada.

Domstolens sista stöd för otillbörlighetsbedömningen kan också kritiseras. Att betalning ägt rum i ett för gäldenären "prekärt ekonomiskt läge" säger inget av ytterligare värde i återvinningssammanhang. Det skall i stället frågas, huruvida medkontrahenten är i ond tro om insolvensen och om rättshandlingens omedelbart eller medelbart skadliga effekter. Skulle vid ond tro om medelbar borgenärsskada en betalning likväl betecknas som tillbörlig, bara för att den skett långt tid tillbaka?

Jag slutar denna utförliga behandling av otillbörlighetsrekvisitet för återvinning enligt svensk konkursrätt utan att närmare gå in på andra moderna rättsfall, som behandlat frågan.[18] Tillkomsten av detta tilläggsfaktum vid övergången från ett krav på dolös skadeavsikt är inte entydigt klarlagd i förarbetena. Jag har uppfattat skälet som ett slags kompromisslösning. Den tolkning och tillämpning av rekvisitet,

[16] Jag delar i och för sig *Walins,* s 154, i kritik mot Lennander anförda försvar för borgenärers allmänna vigilans. Däremot bör inte godtas, som jag nyss nämnt, utpressningslika förfaranden i avsikt att i efterhand skaffa sig säkerhet.

[17] Se NJA II 1976 s 162. Jfr *Walins* inte missriktade kritik, s 126 not 1, av *Lennanders* metod att utlägga tolkningen av återvinningsinstitutet i nära anslutning till dessa departementsmotiv. Jag delar närmast Walins och lagberedningens mera handfasta utgångspunkter.

[18] Se framför allt *NJA 1981 s 562,* kommenterat av Lennander s 157; Håstad s 209; Walin s 162 samt av Hessler, SvJT 1983 s 199 f; Gregow, SvJT 1984 s 307 f, men även i någon mån *NJA 1984 s 816* (otillbörligheten prövad endast i TR). Från det nära förflutna är även *NJA 1978 s 194* om tredje mans inbetalningar till skuldbelastat checkkonto av intresse.

som Högsta domstolen gjort i två prejudikat, har gått i linje med *Lennanders* uppfattning men kritiserats av *Walin* och *Welamson*. *Rodhe* har för sin del sökt tona ned rekvisitets självständiga betydelse i avvaktan på klarläggande praxis.[19]

Som en av den komparativa metodens viktigaste resultat i denna studie ser jag upplysningen, att ett motsvarande rekvisit saknas i utomnordisk återvinningsrätt. Antingen behåller man kravet på dolös skadeavsikt och underlättar eventuellt som i Tyskland bevisningen genom att godta indirekt och eventuellt uppsåt. Eller tar man steget fullt ut och ser endast til effekterna av gäldenärens handlande. Den mindre djärve kan som i Nederländerna uppställa en presumtion, svår att motbevisa, om att gäldenären haft nödvändig skadeavsikt. Den nordiska mellanformen är vag, öppen för utdragna tvister och försvårar återvinning genom att bevisbördan för otillbörlighet placerats på återvinningskäranden.

Med stöd av den utländska erfarenheten har jag ansett mig kunna vara ännu mera kritisk än hittillsvarande kommentatorer, inte bara mot utläggningen i praxis utan även mot rekvisitet som sådant. De i sig oklara mål kravet på otillbörlighet är satt att uppfylla, kan nås med hjälp av andra återvinningsregler, främst en snävt avgränsad lojalitetsgrundsats men i nödfall jämkning. Skall likväl rekvisitet bibehållas, anser jag mig böra anbefalla en reducerande tolkning och helst en presumtion för att förfoganden som uppfyller övriga rekvisit i 4:5 konkurslagen också är otillbörliga. Det skulle ankomma på återvinningssvaranden att prestera bevis som bröt presumtionen.

Slutligen kan det vara skäl att framhålla lagberedningens allmänt framförda tanke, att återvinningen skall drabba rättshandlingar, som "i och för sig framstår som avvikande från det normala".[20] Statens förfarande att betinga sig säkerhet i rättsfallet *NJA 1983 s 737* uppfyller väl den förutsättningen. Därför borde förfogandet ha återvunnits.

[19] Rodhe § 21 vid 35 ff. Jag uppskattar odelat Rodhes inställning, att otillbörlighet skall bedömas som ett rent objektivt rekvisit utan "etiskt färgad kritik av den handlande". HD:s domskäl i *NJA 1983 s 737* och *1985 s 29* kan tyvärr knappast sägas vara uttryck för samma synsätt. Det förtjänar att tilläggas, att etiken, som inte är oväsentlig i återvinningssammanhang, har sin plats inom ondtrossfären.

[20] SOU 1970:75 s 129.

12.3 Förvärvarens onda tro

I svensk återvninningsrätt fordras alltså enligt 4:5 konkurslagen, att gäldenärens medkontrahent, förvärvaren, vid onerösa transaktioner är i culpös ond tro om gäldenärens insolvens och om de "omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig". Lika litet som gäldenären själv måste emellertid förvärvaren subjektivt sett ha uppfattat rättshandlingen som otillbörlig. Det räcker med att han kände till de faktiska omständigheter, som låg bakom transaktionen. Otillbörligheten är en rättslig kvalifikation. Om dessa av rättsordningen uppdragna gränser för otillbörlighet krävs för återvinning ingen insikt hos kontrahenterna.[21]

Bevisskyldigheten för förvärvarens onda tro ligger på återvinningskäranden. Från effektivitetssynpunkt är det olyckligt men har ansetts nödvändigt för "omsättningens säkerhet". Genom den nya konkurslagen 1987 infördes en väsentlig lättnad, om den angripna transaktionen skett mellan närstående. 4:5 st 2 konkurslagen uppställer för de fallen en presumtion om förekomsten av ond tro om alla för återvinning nödvändiga rekvisit. Jag hälsar denna förenkling av återvinningsmöjligheterna med tillfredsställelse.

Det bör särskilt noteras, att *nederländsk* rätt i och med den nya civillagen accepterar en regel av nästan identiskt samma slag, låt vara att den där redan förebådats i praxis. Över huvud taget ger *utländsk* rätt en omfattande katalog av presumtioner för ond tro på sätt som liknar vad som tidigare diskuterats kring kravet på gäldenärens skadeavsikt.

[21] Här kan kort hänvisas till allmänna regler om rättsvillfarelse i olika skepnader, som jag inte skall utveckla närmare. Det vare nog sagt, att återvinning inte intar någon särställning i just dessa rättsliga bedömningsfrågor.

13. Primärförvärvarens ställning

I detta kapitel diskuteras de *materiella följderna* av återvinningen. Även här kommer den svenska konkursrättsliga återviningen att belysas. Förvärvaren har ett mer eller mindre befogat anspråk på att av honom utgivet vederlag skall skyddas. Ser vi till huvudföremålet för denna studie, den icke konkursrättsliga återvinningen, görs därvid regelmässigt skillnad mellan onerösa och benefika förvärv. För onerösa avtalens återgång krävs vanligen att förvärvaren var i ond tro.

Vid benefika avtal saknas det kravet. Förvärvarens anspråkskrav behandlas följaktligen olikartat för dessa situationer, som upptas nedan under 13.1. I den mån återvinningsgrunder även utom konkurs är objektiverade, torde det krävas en fristående godtrosprövning i vederlagsdelen.

Huruvida förvärvaren har rätt att i stället för naturaprestation utge värdeersättning behandlas under 13.2. I skilda avsnitt följer därpå vissa jämförelser beträffande skyldighet att utge återvinningsegendomens avkastning, 13.3, och möjlighet för återvinningssvaranden att kompenseras för nedlagda kostnader, 13.4. Slutligen upptas den specifikt svenska möjligheten till jämkning enligt 4:17 konkurslagen, 13.5.

13.1 Vederlagskrav vid onerösa och benefika rättshandlingar

13.1.1 Onerösa rättshandlingar

I svensk konkursrättslig återvinning förlorar återvinningssvarande förvärvare under vissa förutsättningar rätten att kvittningsvis göra gällande det vederlag han utgivit. Rekvisiten återfinns i 4:14 st 2 p 2 konkurslagen: vederlaget skall inte ha kommit konkursboet till godo

och utgivaren skall ha varit i ond tro om gäldenärens avsikt att undanhålla borgenärerna vederlaget.[1]

En reglering likartad det nämnda svenska undantaget återfinns i de undersökta utländska rättsordningarna, låt vara något olikartat utformad. Huvudregeln vid återvinning av onerösa rättshandlingar med hjälp av actio Pauliana och dess motsvarigheter förutsätter ond tro hos medkontrahenten. Hans vederlagsanspråk kan därför sällan göras gällande.

Krävs härutöver ett rekvisit, som liknar den svenska konkursrättens krav att vederlaget inte skall ha kommit boet till godo? Jag exemplifierar med att utgiven köpeskilling inte längre finns kvar hos återvinningsgäldenären i den meningen att den är tillgänglig för dennes borgenärer utom konkurs. Skulle så vara fallet är nämligen själva återvinningen utesluten. Även om detta förhållande sällan synes understruket i utländska framställningar, föreligger således en likhet med svensk reglering av konkursfallen. Den har tidigare i förra avdelningen särskilt undersökts beträffande *nederländsk* rätt.[2]

En rad gränsfall kan emellertid uppstå. Ett viktigt sådant är de blandade fången. Är det rimligt att man för att underlätta återvinning betraktar även en sådan överlåtelse som till största delen benefik men vid frågor rörande vederlaget ser mera till dess onerösa karaktär? I det för mig tillgängliga utländska materialet har jag inte funnit frågan explicit diskuterad.

Vederlaget kan finnas i behåll hos gäldenären men av någon anledning vara oåtkomligt eller svåråtkomligt för hans borgenärer. Överlag synes det mig, som om *utländsk* rätt intagit en relativt sträng attityd till vederlagskrav. Är rekvisiten för återvinning uppfyllda, inklusive förvärvarens onda tro, återstår för denne att rikta sitt vederlagsanspråk mot gäldenären; det kommer inte återvinningsborgenären vid. Att ett sådant krav ofta är illusoriskt faller sig naturligt, eftersom gäldenärens betalningsförmåga i sig är en förutsättning för återvinning. När det som i denna undersökning gäller återgång utom konkurs, finns dock den vaga förhoppningen, att gäldenären framdeles skall komma på grön kvist.

[1] Se härom Lennander avsn 10.1, särsk s 343 ff; Walin avsn 9.11.1, särsk s 223 f.

[2] Se ovan *avsn 4.7.3* vid not 24 ff.

13.1.2 Benefika förvärv

Vid rent benefika överlåtelser finns regelmässigt inget vederlag, som förvärvaren är berättigad att återfå. En godtroende gåvotagare, som efter lång tid blir utsatt för återvinning, kan alltså drabbas av en oväntat tyngande ersättningsskyldighet gentemot återvinningsborgenären. I *tysk* rätt och i vart fall i den reformerade *nederländska* har denna fråga knutits till reglerna om *obehörig vinst.*

Det framstår som naturligt, att vid svensk återvinning i konkurs regler om obehörig vinst inte tillämpas. Institutet är outvecklat hos oss, och att i detta sammanhang införa vinstberäkning hade säkert, som lagberedningen anmärkte 1970, medfört tillämpningssvårigheter. Frågan övervägdes emellertid i samband med de nordiska överläggningarna, eftersom *dansk* och särskilt *norsk* rätt utgår från den regleringen. Jämkningsregeln i 4:17 konkurslagen avsågs att spela en motsvarande roll.[3] Till den svenska jämkningsregeln återkommer jag under 13.5.

13.2 Värdeersättning i stället för naturaprestation

Det kunde tyckas naturligt, att den från vilken egendom återvinns hade fri valmöjlighet mellan natura- och penningprestation. Särskilt vid konkursrättslig återvinning skulle förvaltaren genom ersättning i penningar slippa problemet med realisation. Emellertid kan återvinningsegendomen utgöra en väsentlig beståndsdel för att möjliggöra rekonstruktion av ett företag eller för att betinga ett bättre pris på boets tillhörigheter vid en samlad realisation.

I *utländsk* rätt har flera länder ställt sig positiva till att ge förvärvaren valrätt. I *Nederländerna* har stadgandet dock blivit oklart, eftersom det givits generellt för olika former av ogiltighet; där finns ett drag av olägenhet som krav för utbyte. Förmodligen sammanhänger frågan med allmänna överväganden kring möjligheten att i stället för naturaprestation erbjuda penningersättning. Längst i detta hänseende tycks den nyligen reformerade *engelska* rätten ha gått. Allmänt sett har common law av ålder – liksom på sin tid den romerska rätten – varit njugg med att ålägga tappande part naturaprestation, *specific performance.* I England står det nämligen numera domstolen fritt att arrangera följderna av återvinning som den finner bäst. Det

[3] SOU 1970:75 s 164 f. Se utförligt om dansk och norsk rätt, Lennander s 314 ff.

är dock av lagtexten oklart vilket reellt inflytande återvinningssvaranden själv har över domstolens dispositioner.

Svensk konkursrätt intar en rigid inställning. För det fall parterna inte kommer överens om penningersättning, kan förvärvaren slippa naturarestitution endast om sådan är omöjlig eller förenad med "särskild olägenhet", 4:14 st 3 konkurslagen. *Lennander* har på ett ingående och uppslagsrikt sätt diskuterat hithörande frågor, även hur värdeersättning skall beräknas. På vissa punkter har hon mött gensaga av *Walin.*[4] Särskilt med hänsyn till att nyare praxis på området saknas, lämnar jag detta spörsmål för svensk rätts del med en hänvisning till Lennander och Walin.

13.3 Skyldighet att utge avkastning

Ett klassiskt problem vid alla typer av återgång är frågor som rör avkastning och kostnader. De senare behandlas i nästa avsnitt. Enighet synes råda i de här undersökta rättsordningarna, att ondtroende förvärvare är skyldig att utge även återvinningsegendomens avkastning. Däremot har särskilt i *Nederländerna* och *Tyskland* understrukits, att återvinning inte drabbar ren värdestegring.

För svensk rätts del finns klarläggande regler i 4:15 st 1 och 2 konkurslagen. Borgenärssidan har rätt till avkastning, som belöper på tiden efter det att återvinning "påkallades" enligt de alternativ som anges i 4:19 konkurslagen. Väcks talan är den dagen och inte stämningsdelgivningen utslagsgivande. Vid återgång av betalning hänvisas till räntelagen. Sker återvinning enligt 4:5 konkurslagen från en ondtroende förvärvare, åläggs han att utge avkastning redan från tiden då han mottog egendomen.

Reglerna förefaller inte kontroversiella, och jag hänvisar till litteraturen på området utan närmare kommentarer.[5]

13.4 Kompensation för nedlagda kostnader

I svensk konkursrätt har ingen uppdelning gjorts mellan nödvändiga och nyttiga kostnader. För båda äger förvärvaren rätt till kompensation enligt 4:15 st 3 konkurslagen. Ett undantag görs dock från full

[4] Lennander s 323–338; Walin s 224 ff.

[5] Lennander s 338 ff; Walin s 228 ff.

ersättning för nedlagda kostander, nämligen om det finns "särskilda skäl" mot kompensation.[6]

Det sistnämnda stadgandet om utebliven kostnadsersättning i vissa fall är något dunkelt. I stället för att som i allmänhet låta ondtroende innehavare av egendom själv stå risken för nyttiga kostnader, har rekvisitet omkastats. Föreligger "särskilda skäl" kan alltså konkursboet undgå ersättningsskyldighet. Som lagtexten står, skulle det kunna gälla även nödvändiga kostnader. Så har dock säkerligen inte varit avsikten.

Även i fråga om nedlagda kostnader har således svensk återvinningsrätt komponerat ett rekvisit med ett generalklausulliknande tillägsfaktum.[7] Det må vara riktigt, som påpekats av bland andra Lennander,[8] att främmande rätts anknytning till obehörig vinstersättning får en likartad effekt beträffande anspråk på grund av nedlagda kostnader. I de rättsordningar som har en utvecklad lära om vinstberäkning finns emellertid en långt säkrare grund att stå på även i dessa sammanhang.

Motiven till 4:15 st 3 konkurslagen säger inget om åberops- och bevisbörda beträffande de särskilda skäl som skall medföra befrielse från full ersättning för nyttiga kostnader nedlagda på återvinningsegendomen. Som lagen är skriven förefaller dock återvinningskäranden skyldig att ta initiativet. Hade däremot det äldre synsättet, som också är förhärskande utomlands, bibehållits, är rollerna omkastade. Den ondtroende förvärvaren måste därvid för att få kompensation för nyttiga kostnader söka visa, att viss kostnad i stället varit nödvändig.[9]

Resultatet av den svenska nyordningen beträffande kostnader är alltså negativt för borgenärssidan. I likhet med åtskilliga andra situationer, där tilläggsfakta införts, innebär kravet på särskilda skäl för att undgå ersättningsskyldighet för nyttiga kostnader en fragmentering av regelsystemet.

[6] Motiven för kostnadsersättningsregeln finns i SOU 1970:75 s 167. För litteraturkommentarer, se Lennander s 342 f, 348; Walin s 231 f.

[7] Jfr min kritik i det föregående av främst otillbörlighets- och nackdelskraven.

[8] Lennander s 343.

[9] 37 § 3 st ÄKL i lydelse före 1975. Se härom Welamson, Konkursrätt s 277 f.

13.5 Jämkningsregeln i 4:17 konkurslagen

Som tidigare anmärkts, infördes jämkningsregeln i 4:17 konkurslagen bland annat som en inhemsk variant i avsikt att uppnå vad dansk och norsk rätt erhåller genom en anknytning till läran om obehörig vinst.[10] Jämkning i förvärvarens återbäringsskyldighet skall dock ske endast om det föreligger *synnerliga skäl.* En sådan allmän regel saknar motsvarighet i de här undersökta utländska rättsordningarna, även om den engelska regleringen med närmast full frihet för domstolarna att "reorganisera" gäldenärens ekonomi förmodligen i sig kan sägas innehålla ett moment av jämkningsrätt.

Jag går inte närmare in på motiven till jämkningsregeln annat än med understrykande av den restriktivitet, som departementschefen anbeföll.[11] Stadgandet är utförligt kommenterat av *Lennander* och *Walin.*[12] Några axplock dock. Både motiv och doktrin har, som redan understrukits, gjort jämförelser med den annorstädes utvecklade läran om obehörig vinst. En följd därav blir, att jämkning är lämplig särskilt i det fall någon i god tro konsumerat återvinningsbar egendom. Men jämkning kan dock tänkas gå längre än vad mottagaren vunnit, om återvinningen skulle medföra obilliga resultat. Vid förstörelse av egendomen bör jämkning kunna ske till försäkringsersättningen, om sådan förekommit.

Väl en jämkningsmöjlighet införts, framstår det som naturligt att rättstillämpningen får anledning att söka utstaka gränserna. Det är också påfallande att jämkningsfrågor aktualiserats i flera av Högsta domstolens under de senaste årens publicerade återvinningsavgöranden. Tillämpningen har i stort hållit sig inom de snäva ramar förarbetena anbefallt.[13]

Inte mindre än fyra av de fem refererade målen rör säkerhet som har lämnats med dröjsmål och är återvinningsbar enligt 4:12 konkurslagen, närmare bestämt företagsinteckning som sökts efter den i

[10] Se ovan *avsn 13.1.2* vid not 2. Utförligt om dansk och norsk rätt hos Lennander s 352 f.

[11] SOU 1970:75 s 129, 164 f, 169 ff; NJA II 1976 s 207 f.

[12] Lennander s 350 ff; Walin s 240 ff; dens i utlåtande i *NJA 1980 s 530,* 533 ff. Se även Welamson, Konkurs s 69 f.

[13] Praxis är mest ingående bearbetad av Lennander s 353 ff. Se vidare Walin s 243 f; Gregow, SvJT 1984 s 309 f, med kommentaren att de i översikten behandlade fallen inte uppfyller kravet på synnerliga skäl för jämkning. Även Welamson, s 69 not 9, och Håstad, s 366, noterar en restriktiv domstolstillämpning av jämkningsregeln.

tredje stycket angivna tiden.[14] Endast i ett av fallen har jämkning ägt rum. Det femte, icke jämkade, fallet rörde återvunnen betalning av ett betydande belopp enligt 4:10 konkurslagen. Jag refererar kortfattat först de mål, där jämkning *inte* skett.

NJA 1980 s 530: Den återvunna företagsinteckningen hade sökts efter drygt 40 dagar. Den var avsedd att säkra en checkräkningskredit med hjälp av vilken gäldenären betalade ett större belopp till sitt moderbolag. Helhetssynen på transaktionen som ensidigt gynnande beaktades.

I *NJA 1981 s 829* var dröjsmålet drygt två månader. Företagsinteckningen var lämnad för äldre gäld och förvärvaren, som dessutom redan tidigare erhållit stora betalningar, var i ond tro om gäldenärens ekonomiska ställning.

Hela sju månader hade en bank dröjt med att söka företagsinteckning i *NJA 1986 s 623 II.* Det bör inte godtas, att övriga borgenärer hålls i okunnighet om en "så att säga latent förmånsrätt". Återvinningssvarande bank hade heller inte anfört några omständigheter hänförliga till krediten, som talade till dess förmån. – Jag spränger in den korta kommentaren, att det är förvånande att domstolen ens meddelade prövningstillstånd i ett sådant mål; upptagandet företer starka drag av gamla tiders ändringsdispens.

NJA 1981 s 534 rör en betalning av ett betydande belopp, som stått ute under mera än ett halvt år. Dröjsmålet hade sin grund i den komplicerade betalningsvägen via schweizisk bank. Domstolen anmärkte, att gäldenärens skuld hade kunnat lösas snabbt och enkelt, om den för betalningen ansvariga, tillika företrädare för betalningsmottagande borgenär, hade agerat mera rättframt. Det förelåg alltså, förutom närståendesituationen, culpösa drag som ledde till återvinningsbarhet.

Motivuttalandena för positiv tilämpning av jämkningsregeln tar snarast sikte på situationer, där privatpersoner förvärvar viss återvinningsbar egendom. Eftersom förarbetena inte varit direkt vägledande har domstolen självständigt sökt staka ut gränserna. Domskälen är i flera fall utförliga. Vill man betrakta motiveringarna kritiskt, antyder särskilt de senare målen ett slags sökande efter ouppfyllda anledningar till jämkning snarare än ett enkelt konstaterande av att vad återvinningssvaranden åberopat inte utgör sådana synnerliga skäl, som lagrummet kräver.

Jag biträder gärna *Gregows* sammanfattande omdöme om 1980 och 1981 år mål, att avgörandena inte ger vägledning för i vilka situationer jämkning bör ske.[15] I inget av fallen har heller den typiska

[14] Registerpant skall sökas inom två veckor från skuldens tillkomst, 4:12 st 3 KL; eljest föreligger återvinningsgrundande dröjsmål.

[15] Gregow, SvJT 1984 s 310.

godtrossituation förelegat, som i motiven angavs vara en naturlig utgångspunkt för att medge jämkning. Men den förelåg förmodligen inte heller i det hittills enda mål, där jämkning har ägt rum, *NJA 1986 s 623 I:*

> En enskild näringsidkare hade upptagit kredit, för vilken ställdes företagsinteckning som säkerhet. Verksamheten ombildades till ett sedermera konkursdrabbat aktiebolag, som övertog betalningsansvaret. I samband därmed medgav bolaget nya företagsinteckningar, som emellertid söktes först en dryg månad senare. Om återvinningsförutsättningarna enligt 4:12 st 3 KL förelåg alltså inte tvist i annat hänseende än att banken framgångslöst påstod, att transaktionen trots gäldenärsbytet skulle ses som en låneomsättning.
>
> HD:s avgörande förefaller grundat på tre omständigheter. Dröjsmålet med inteckningsansökan var kortvarigt. Om utbyte till inteckning i bolaget inte skett, hade banken haft s k förföljelserätt för sin äldre säkerhet i den av gäldenären personligen drivna rörelsen.[16] Så länge bolaget var gravationsfritt, hade gäldenärens övriga borgenärer anledning att räkna med att dessa äldre säkerheter fortfarande kunde belasta det nya bolaget. – Synnerliga skäl ansågs därför föreligga, och jämkning skedde till noll, dvs banken fick behålla förmånsrätt för sina inteckningar.

Innan jag kommenterar dessa tre huvudgrunder skall något sägas om domstolens inställning till bankens goda tro och till läran om obehörig vinst.

I jämkningsfrågan påstod banken bland annat god tro om gäldenärens insolvens. Frågan berördes av hovrätten med lokutionen "anledning att ifrågasätta bankens goda tro finns inte". En sådan godtrosprövning är enligt min mening oriktig. Om ett påstående om god tro skall anses rättsskapande bör någon form av positiv bevisning åberopas, eljest blir den falska bevisbördan omkastad, återvinningsborgenären till skada.[17]

Även Högsta domstolen synes av skrivsättet att döma ha avsett att uttala sig om bankens goda tro: "När det...gäller frågan om illojalt förfarande från gäldenärens sida och i anslutning därtill bankens goda eller onda tro..." Märkligt nog kommer ingen vidare kommentar om bankens goda tro.[18] Mellan raderna kan visserligen utläsas, att gäldenären inte agerat illojalt. Men bankens subjektiva inställning

[16] Se numera 2:3 FHL, där förföljelserätten i ondtrosfall som detta enligt andra stycket gäller i den nya verksamheten sex månader från det att den överläts.

[17] *NJA 1986 s 623 I,* 627.

[18] *NJA 1986 s 623 I,* 630.

måste väl även omfatta gäldenärens ekonomi för att ge underlag för en bedömning av vad billigheten fordrar i jämkningshänseende. Återvinning enligt 4:12 kräver förvisso inte att åtgärden medfört gäldenärens insolvens, men den effekten har aldrig själva säkerställandet. Vid jämkning är i stället fråga om att lägga grunden för en avvikelse från lagstadgad, objektivt grundad, återvinningsbarhet.

Högsta domstolen uttalde sig vidare kritiskt till resonemang om jämkning till den vinning, motsvarande obehörig vinst, som förvärvaren kunde anses ha gjort. I säkerställandesituationer ledde sådana överväganden ofta till "något av ett cirkelresonemang".[19] Vari denna cirkel består, förklaras dock inte. En elak tolkning vore, att domstolen härvidlag avser ett av den särskilt noterat men i annat mål på begäran av återvinningssvarande bank avgivet utlåtande av Walin, *NJA 1980 s 530,* 533 ff, särsk s 536. Walin gör där en koppling mellan själva kreditgivningen och säkerställandet, som är märklig. Den objektiva återvinningsgrunden i 4:12 konkurslagen drabbar ju inte en sådan transaktion, om dröjsmål inte förekommer. Det är det ensidiga gynnandet, uppkommet genom säkerställande i efterhand, som grundar anpråk på återgång. Mig förefaller det naturligt, att behållandet av en sålunda återvinningsbar säkerhet utgör en vinst på andra borgenärers bekostnad.

Jag övergår så till de tre huvudargumenten för domstolens jämkningsbeslut. Dröjsmålet var *ringa,* en dryg månad. Som påpekats i litteraturen kan jämkningsregeln inte rimligen användas enbart på denna grund, eftersom en sådan tillämpning skulle innebära en av praxis utsträckt frist i strid mot klar lag. Dröjsmålet var för övrigt inte mycket kortare än i *NJA 1981 s 829.* Argumentet har därför, enligt min mening, ingen större tyngd.

Företagsinteckningshavaren hade s k *förföljelserätt* i den nya rörelsens, gäldenärsbolagets, tillgångar. När konkursen inträffade hade borgenären, om han inte dödat den gamla inteckningen och tagit ut ny i bolaget, ännu kunnat göra säkerheten gällande i det nybildade bolagets egendom. Detta resonemang lider enligt min mening av flera brister. För det första är själva sättet att argumentera utifrån hypotetiska antaganden om ett annat händelseförlopp än det i målet aktuella tvivelaktigt.[20] Vad som verkligen skedde och avsågs var känt och i stort ostridigt. Borgenären hade ingen ursprunglig tanke på att vänta ut sexmånadersfristen och se förföljserätten upphöra.

[19] *NJA 1986 s 623 I,* 629.

[20] Jfr min kritik av Lennander ovan *avsn 12.2* efter not 8.

En enskild rörelseidkare hade alltså ombildat sin verksamhet till ett aktiebolag. För det andra måste därvid frågas, vilken rimlig anledning det finns för en borgenär, som inte bara är medveten om förfarandet utan fastmer aktivt biträder i verksamhetsöverlåtelsen, att inte snarast föranstalta om säkerhet i den nya rörelsen? Enligt min mening ingen, i synnerhet som uttagande av nya inteckningar uppenbarligen var en förutsättning för hela transaktionens genomförande.

Förföljelserätten är tillkommen som skydd för säkerhetshavare, som inte på nära håll följer verksamhetens utveckling, som inte har möjlighet att få samma säkerhet i den nya rörelsen eller som över huvud taget inte har någon fordringsrätt mot eller annan förbindelse med den nya verksamheten. Som förutsättning för förföljelserättens utövande saknas visserligen ett godtroskrav i nuvarande 2:3 företagshypotekslagen och i äldre lag. Förekomsten i målet av ond tro om överlåtelsen gör emellertid, enligt min uppfattning, att rättsregelns åberopande som skäl för jämkning förlorar avsevärt i tyngd.

För det tredje innebär själva förföljelserätten ett snävt spel med tidsmarginaler, där tillfälligheter kan komma att fälla utslaget. Om i målet bolagets konkurs inträffat två månader senare, hade sexmånadersfristen löpt ut och rätten upphört. Nyckfullheten torde vara uppenbar. Det är dessutom från allmän synpunkt olämpligt att uppmuntra til följande scenario. En slarvig bank konstaterar först fördröjningen med inteckningsansökningen och låter därpå i stället för att söka ny inteckning den gamla bestå i avsikt att försätta gäldenären i konkurs inom förföljelsefristen. Just kapplöpning och förhastade konkursansökningar är förhållanden som en modernt inriktad insolvensrätt till varje pris vill motverka.

Ett sista och det förra likartat skäl att inte använda förföljelserätten som argument till förmån för jämkning vid återvinning ligger i själva vigilanskravet. Som jag ser det, är just ett av motiven till 1975 års återvinningsreform tvivelaktigt i sig, nämligen att återgångsmöjligheterna skulle göra det mindre riskfyllt för borgenärer att inte noggrant följa gäldenärens verksamhet. Det må kanske gälla för vissa oprioriterade fordringsägare, exempelvis kreditleverantörer. Men i fråga om ett seriöst kreditinstitut är en sådan uppmuntran till bristande omsorg om den egna kreditgivningen och intresse för gäldenärens ekonomiska ställning snarast förödande.

Som ett tredje och slutligt huvudargument för jämkning anförde Högsta domstolen, att gäldenärens *övriga borgenärer* kunnat räkna

med att bolagets verksamhet var belastat med åtminstone förföljelserätt. Samtidigt som säkerhetsförvärvarens onda tro om vissa omständigheter inte hindrar jämkning, tillåts övriga borgenärers onda tro om en icke i saken aktuell säkerhetsrätt stötta jämkningsmöjligheten. Resonemanget är oklart. Varför har den subjektiva inställningen hos andra än återvinningskontrahenterna större betydelse än dessa senares medvetna uppfattning om händelseförlopp och bevekelsegrunder? Skall över huvud taget utomståendes uppfattning tilläggas betydelse i återvinningssammanhang?

Tankengången hänger måhända samman med det strax ovan diskuterade vigilanskravet. Övriga borgenärers tillgång till återvinning skulle göra sig än starkare gällande, om de efter normala kontroller kunnat konstatera, att gäldenärens verksamhet inte var intecknad. En likväl giltig men dold säkerhet vore mera ägnad att återvinnas än en öppen. Om detta var domstolens åsikt, har den i sig skäl för sig.

Beträffande förföljelserätten förhåller det sig emellertid på ett ganska speciellt sätt. Antag att en presumtiv borgenär träder i förbindelse med ett bolaget, på fallrepet som det i målet aktuella. Borgenären låter först kontrollera företagsinteckningsregistret och finner där ingen anteckning. Därvid kan han inte skaffa närmare kunskap om en eventuell förföljelserätt från annan borgenär. Hur skall han ens få vetskap om att gäldenärsbolaget härstammar från en tidigare enskild näringsidkare? Endast de borgenärer, som var med redan på verksamhetsöverlåtarens tid, kan träffas av domstolens resonemang. Det finns inget förnuftigt skäl att göra en sådan åtskillnad mellan en konkursgäldenärs äldre och yngre fordringsägare. Även detta argument för jämkning har således uppenbara svagheter.

Sammanfattningsvis vill jag alltså efter denna mångordiga utläggning uttrycka min skepsis mot att Högsta domstolen i *NJA 1986 s 623 I* medgav jämkning i en försumlig banks återbäringsskyldighet och det dessutom till noll. Några synnerliga skäl förelåg enligt min uppfattning inte. Snarast är utgången uttryck för ett allmänt billighetsresonemang.[21] Men för ett sådant borde lagtexten inte ha krävt mer än skäl, allra mest särskilda skäl. Banken uppfyllde heller inte ett för jämkning generellt önskvärt godtroskrav, som inte bara behöver vara

[21] Denna glidning från en markering av jämkningens undantagsställning till ett allmänt billighetsresonemang återfinns senare i ett mål av helt annat slag, *NJA 1987 s 845 I* om återgång av ogiltigt fastighetsköp. Där åberopar nämligen HD en analogi till 4:17 KL, som sägs ge uttryck för en "möjlighet att jämka ersättningen av billighetsskäl", s 855. Detta var knappast återvinningslagstiftningens ratio och bör inte heller vara det.

inriktat på gäldenärens solvens. Dess agerande var snarast grovt culpöst. Det är svårbegripligt, att en högst professionell kreditgivare skall skyddas på oprioriterade borgenärers bekostnad, när han inte gitter följa de uppdragna spelreglerna.

För egen del vill jag förorda en sträng inställning till kreditgivares skyldighet att i tid söka skaffa sig säkerhet. I någon mån sammanhänger det med min ganska kritiska hållning till företagshypotekets vidsträckta utbredning över hart när all gäldenärens lösegendom. Den säkerheten sätter på ett lättförvärvat sätt de oprioriterade i strykklass.

Skulle någon gång återvinning av för sent ställd säkerhet jämkas, borde förvärvaren åtminstone vara fri från culpa. I inskrivningssammanhang krävs ofta olika former av behörighetshandlingar, som det kan ta tid att få fram. Inskrivningsmyndigheternas önskan att i sådana fall gärna uppmana sökanden till ärendets återtagande för komplettering i stället för att vilandeförklara ansökningen eller uppskjuta ärendets behandling inom myndigheten kan, om återvinning aktualiseras, ge olyckliga följder. Då kanske viss jämkning kan vara påkallad.

Slutligen upprepar jag i en mera generell syn på jämkningsräten, att reglerna om obehörig vinst nog har goda skäl för sig i dessa sammanhang. Det råder väl ingen tvekan om att en borgenär, som slipper återställa en med dröjsmål överlämnad pant, har gjort en betydande vinst på bekostnad av dem som saknar särskild förmånsrätt. Inom ramen för vinstberäkning ligger också ett särskilt understrykande av att god tro gynnar. I flera undersökta utländska rättssystem – så även i dansk och norsk rätt – har den grunden för ersättingsberäkning visat sig ge välavvägda resultat. Hade lagstiftaren haft djärvheten att uttryckligen införa "berikelseläran" i återvinningssammanhang, hade också mycket varit vunnet för att ytterligare utveckla den i svensk rätt. Det hade även befordrat rättslikheten med de kontinentala systemen, där läran intar en central ställning vid många typer av ersättingsplikt.

14. Sekundärförvärvarens ställning

Om återvinningsgäldenärens medkontrahent vidareövelåter egendomen uppstår åtskilliga intressanta rättsfrågor när det gäller möjligheten att fullfölja återvinnignsanspråket mot dennes singularsuccessor, här kallad sekundärförvärvaren.[1] Som jag redan sprängt ramarna för den ursprungligen tänkta framställningen, har jag tyvärr sett mig nödsakad att här bli kortfattad kring tre frågeställningar, anspråket från systematisk synpunkt, 14.1, ersättningskravets storlek, 14.2, och valfrihet för återvinningenskäranden att vända sig mot primär- eller sekundärförvärvaren, 14.3.

14.1 Sekundärförvärvarens ställning som singularsuccessor

Som berörts redan i avsnitt 8.2 ovan om återvinningsanspråkets rätta systematiska inplacering, har det varit naturligt att i nederländsk och tysk rätt knyta sekundärförvärvarens ställning till frågan om anspråkets sak- eller obligationsrättsliga karaktär. Vore återvinning sakrättsligt skyddat, skulle krävas fullbordat exstinktionsförvärv för att en singularsuccessor till gäldenärens ursprunglige medkontrahent skulle gå fri från borgenärens angrepp. Vore återvinning blott en fordringsrätt, skulle andra regler gälla, eventuellt skulle successorn inte alls kunna erhålla skydd för sitt förvärv. Denna sista inställning finns inte företrädd i de undersökta rättsordningarna. Sekundärförvärvarens fång av i tidigare led återvinningsbar egendom kan vinna skydd, dock under olikartat uppbyggda förutsättningar.

I svensk rätt har frågeställningen diskuterats ganska livligt, sedan *Lejman* på sin tid lanserade tanken att återvinningen är ett endast obligatoriskt anspråk. Skiljelinjen har därefter gått mellan dem som

[1] För svensk litteratur, se Lennander s 362 ff; Walin s 244 ff; Welamson, Konkursrätt s 282 ff och Konkurs s 91 ff.

dragit omdelbara paralleller till reglerna om exstinktivt godtrosförvärv och dem som sett godtrosskyddet som en fristående reglering. Till saken hör även den i sig begreppsmässiga eller funktionella kopplingen till möjligheten att separera återvinningsgods ur förvärvarens konkursbo.

Jag har i annat sammanhang tagit ställning till förmån för att med majoriteten i litteraturen särbehandla återvinningsanspråket eller snarare att jämställa det med sken och annan svag ogiltighet.[2] Jag återupptar inte diskussionen här men anmärker, att *Walin*[3] intar en pragmatisk inställning och understryker stadgandets ställning av specialreglering. Huruvida förvärvaren dessutom uppnått skydd mot fångesmannens borgenärer är ett annat spörsmål, konstaterar han. Jag har samma inställning. *Lennander* däremot är försiktigare och uttalar, såvitt jag kunnat se, ingen egen ståndpunkt i frågan om kraven för exstinktionsförvärv skall gälla fullt ut. Hennes inställning att det i vart fall föreligger ett vidare skydd för sekundärförvärvaren än enligt sedermera godtrosskyddslagen talar väl dock för att hon går längre, trots att hon tidigare sagt, att det rör sig om "en slags godtrosförvärvsregel".[4]

14.2 Sekundärförvärvaren ersättningsskyldig endast för vinst?

När återvinningsbar egendom överlåtits i flera led, kan ofta tänkas att de fången i kedjan varit av olikartad natur. Gäldenären kan ha gjort en benefik överlåtelse till primärförvärvaren, som i sin tur sålt egendomen vidare mot värderiktig köpeskilling. Skall sekundärförvärvaren i det läget inte vara berättigad till kompensation för utgiven motvaluta? Likartad blir frågeställningen, låt vara beloppsmässigt mindre iögonenfallande, om sekundärförvärvaren betalt ett högre belopp än primärförvärvaren för samma egendom. Olikartade lösningar har träffats i de undersökta rättsordningarna.

Först kanske kunde antas, att billigheten fordrade rätt för sekundärförvärvaren att alltid erhålla kompensation för utgivet vederlag. Häremot måste dock ställas, att de flesta situationer, där återvinning utom konkurs aktualiseras, fordrar någon form av ond tro hos den

[2] Göranson, Ogiltighet s 25 f, 31 ff med där redovisad litteratur.

[3] Walin s 245 f.

[4] Lennander s 364 f.

förvärvare som drabbas. Redan detta förhållande gör honom mindre skyddsvärd, för att använda ett hos oss ofta använt rättspolitiskt uttryck. I de rena ondtrosfallen har ju regelmässigt, som framgått i föregående kapitel, inte heller primärförvärvarens vederlagsanspråk skyddats.

Särskilt i *nederländsk* och *tysk* rätt har man i situationer som de nu diskuterade haft förmånen av att snabbt och smidigt kunna utnyttja välutbildade läror om *obehörig vinst*. Där kombineras med större lätthet än vi är vana vid förhållandet mellan god tro och vederlag. Även i *norsk* och *dansk* konkursrätt har denna anknytning till "berikelseläran" vunnit allmän uppslutning.[5]

I förarbetena till 1975 års reformering av äldre konkurslagen har frågan också behandlats ingående.[6] Den lösning som träffades för svensk rätts del blev emellertid inte en utveckling av reglerna kring obehörig vinst. I stället tillkom det ovan i avsnitt 13.5 behandlade stadgandet om *jämkning* i 4:17 konkurslagen.

I litteraturen kring svensk konkursrättslig återvinning är problemet med sekundärförvärvarens skydd för utgivet vederlag uppmärksammat av bl a *Welamson.*[7] Han understryker särskilt situationen, då primärförvärvaren visar sig insolvent. När i det läget återvinning riktas mot sekundärförvärvaren, har denne ingen möjlighet att få annat än en oprioriterad fordran – således oftast värdelös – mot sin fångesman. Men inte heller konkursboet skulle enligt Welamsons synsätt ha separationsrätt i primärförvärvarens bo. Den inställningen är riktig, om det ursprungligen förvärvade som i exemplet gått i utbyte mot penningar som sedan förbrukats eller sammanblandats. Varför, frågar sig Welamson, skall i det läget sekundärförvärvarens återbäringsskyldighet jämkas till noll, bara för att denne givit full motvaluta vid sitt fång från primärförvärvaren. Varför skall återvinningsboet vara närmare än en singularsuccessor att bära risken av insolvens hos den mot vilken återvinningsanspråk kan riktas?

Jag delar Welamsons kritiska inställning till jämkningsmöjligheterna i det av honom beskrivna fallet. Det är dessutom inte så, att det måste avskrivas som udda eller opraktiskt. Särskilt om det förekommit kollusiva överväganden mellan gäldenären och primärförvärvaren, faller det sig nästan naturligt, att de båda i nära tidsmässig anslutning tömmer sina verksamheter på tillgångar.

[5] Se ovan *avsn 13.1.2.*

[6] NJA II 1976 s 207 ff.

[7] Welamson, Konkurs s 93 f.

Det fordras visserligen synnerliga skäl för jämkning, och det må bli rättstillämpningens sak att ange gränserna härför. Det är emellertid viktigt att varna för att bara se till sekundärförvärvarens skyddsvärde i ett läge då hans möjligheter att rikta ersättningsanspråk av regresskaraktär mot sin fångesman är stängda på grund av dennes kanske frivilligt eller medvetet iråkade insolvens.

Av stor betydelse i sammanhanget borde också vara sekundärförvärvarens egen subjektiva inställning. Är det så att han varit fullt medveten om "lömskheter" mellan gäldenär och primärförvärvare, vilket ju är en förutsättning i åtskilliga fall för att hans förvärv över huvud taget skall kunna angripas. Då finns väl all anledning att inte sätta hans ekonomiska intresse framför återvinningsborgenärernas.

14.3 Valfrihet att vända sig mot sekundär- eller primärförvärvaren eller båda

Welamson synes för sin del godta, att förvaltaren har full frihet att rikta konkursrättsligt återvinningsanspråk mot den av primär- eller sekundärförvärvaren han själv väljer.[8] Detta var också lagberedningens uppfattning, som delades av departementschefen i anslutning till reformeringen 1975 av återvinningsreglerna.[9] *Lennander* instämmer och understryker för sin del möjligheten att stmma in båda förvärvarna och kräva dem solidariskt. *Walin* tycks vara av samma åsikt.[10]

I *tysk* rätts har uppmärksammats frågan, vad som händer om egendom överlåts under pågående rättegång om återvinning. Bundesgerichtshof har därvid slagit fast, att en dom i pågående rättegång mot primärförvärvaren inte påverkar en framtida prövning av samma återvinningskrav mot sekundärförvärvaren. Fastmer måste saken prövas på nytt i domstol, om borgenären hellre vill kräva sekundärförvärvaren.

[8] Welamson, Konkurs s 94.

[9] NJA II 1976 s 209.

[10] Lennander s 369; Walin s 259 f.

15. Återvinning utom konkurs även i svensk rätt?

15.1 Inledning

En första uppgift för den komparativa rätten är att söka likheter och olikheter mellan de undersökta rättsordningarnas institut. De uppnådda resultaten kan brukas i skilda sammanhang. Ett väsentligt syfte har ofta nämnts i samband med de vällovliga strävandena mot en unifiering av världens rättsordningar.

Att förhoppningarna på aktiva försök till likriktning av många länders juridiska lösningar, både av enskilda institut och av större sammanhängande rättsområden, ofta blir fruktlösa, behöver i vart fall inte förskräcka rättsvetenskapsmannen. Jag anlägger en ganska illusionslös syn på sådana spörsmål. En blick på brottningskampen inom EG är tillräcklig. De konkreta resultaten av ståtliga program är förhållandevis blygsamma. De nordiska länderna inbördes har i vart fall inte varit mindre framgångsrika på rättslikhetens område. På grundval av det i denna studie presenterade materialet går det knappast att finna en idealisk lösning av institutet återvinning utom konkurs. Därtill hade det krävts mera intensiva diskussioner med jurister från skilda länder. Inte minst en konkretion av förekommande rättstillämpningsproblem, hur de hanteras och förhoppningsvis undviks, hade fordrats för utmejslande av detaljregler i ämnet.

Av det sagda framgår, att jämförelsematerialet inte har givit anledning till konstruktionen av en heltäckande lagtext med sammansmälta godbitar från ett antal undersökta rättsordningar och med varje lands olägenheter utelämnade eller korrigerade. Om så kunnat ske, hade vi genast haft grunden för en inhemsk återvinning utom konkurs. För den som inte vill plädera för reorganisation av även den svenska konkursrättsliga återvinningen, hade likväl ett sådant idealinstitut varit tvunget att modifieras i de delar det inte överensstämde med de lösningar, som valts inom konkursrätten. Det förefaller nödvändigt, att de båda återvinningsformerna går hand i hand. Så har man i regel också förfarit utomlands

Ett mindre högtflygande syfte med komparativa studier är att för den inhemska rättsliga regleringen skapa inspiration till lösningar de lege lata och de lege ferenda. Längre än så har mina ambitioner inte sträckt sig. Det har dock i den tidigare framställningen inte saknats profilerade och kritiska ställningstaganden i förhållande till nationellt framförda tankegångar.

Om hur återvinning utom konkurs skulle kunna gestalta sig i Sverige handlar alltså detta kapitel. Med hjälp av svensk konkursrättslig återvinning å ena sidan och av de utländska erfarenheterna å den andra har jag i de föregående kapitlen gjort vissa iakttagelser, som ofta direkt kunnat appliceras på svenska förhållanden. Framställningen har dock inte syftat till en handboksmässigt heltäckande kartläggning av området. Vad som här sägs de lege ferenda skall ses i det ljuset.

15.2 Lagstiftning nödvändig

Först kan klarläggas, att återvinning utom konkurs hos oss näppeligen kan skapas utan en direkt insats av lagstiftaren. Det torde saknas varje förutsättning att i Sverige som i viss dansk doktrin överväga en tillämpning av konkursrättslig återvinning analogt eller som en allmän rättsgrundsats.[1] I utomnordisk rätt har frågeställningen av naturliga skäl inte aktualiserats. Där har man redan institutet. Att då tala om en allmän rättsgrundsats innebär en onödig omgång. Genom att återvinningens systematiska ställning, åtminstone i Nederländerna och Tyskland, i vissa stycken är oklar och omdiskuterad, saknas dessutom en för oskrivna rättssatser nödvändig allmängiltighet i synen på institutet. Hos oss har lagstiftaren 1975 konkretiserat tankegången på återvinning utom konkurs i ett lagförslag, som dock förkastades under departementsbehandingen av den nya utsökningsbalken.

En första reflexion till frågan om återvinning utom konkurs i svensk rätt kunde vara, att det institutet nog inte skulle skada. Men är en sådan inställning tillräckligt positiv för att påfordra lagstiftning i ärendet? Måste det inte samtidigt finnas ett uttryckligt behov? Jag är visserligen inte så säker på att alla lagstiftningsärenden dikterats av ett särdeles starkt behov, i vart fall inte av ett oundgängligt. En påvisbar nytta bör emellertid vara en grundförutsättning för lagstiftning.

[1] Jfr Lennander s 134 f.

För mig, som starkt pläderat för ett avskaffande av traditionskravet för borgenärsskydd vid omsättningsöverlåtelse av lös egendom – en anomali i västvärldens rättsordningar – framstår möjlighet till återvinning utom konkurs som ett värdefullt komplement till införandet av avtalsprincipen på borgenärsskyddsområdet. Jag har inte satt särskilt högt det i litteraturen länge hävdade huvudskälet för traditionskravet, nämligen att det skulle motverka simulation och andra borgenärsskadliga förfoganden.[2] Den rättspolitiska debatten om traditionskravet har fortsatt efter en riksdagsmotion i ärendet, vilken, med Håstads ord, varit "förtjänt av en mer omsorgsfull behandling än den som utskottet och riksdagen bestod den med".[3] Någon framgång för reformivrarna blev det alltså inte, den gången. I justitiedepartementet diskuteras för närvarande frågan om en avtalsprincip åtminstone vid konsumentköp.[4]

Jag återupptar inte diskussionen om traditionsprincipen. För min del framstår det som väsentligt, att rättsordningen underlättar angrepp på borgenärsskadliga förfoganden, där sådana verkligen har ägt rum. Ett verksamt medel skulle därvid vara återvinningsmöjligheter utom konkurs. För att ett sådant institut skall få någon effekt, krävs emellertid regler om bevisbörda och presumtioner samt klarlägganden av vilka återvinningsgrunder, subjektiva och objektiva, som skall tillämpas.

[2] Se närmare om ändamålsskälen för traditionskravet, Göranson, Traditionsprincipen s 621 ff. – Högsta domstolen har profilerat sin ändamålsinriktade inställning först efter publiceringen av Traditionsprincipen, tydligast i *NJA 1987 s 3,* 12; jfr min artikel i SvJT 1987 s 484 ff. Därefter se *NJA 1988 s 257,* 262, varigenom denuntiationskravet för borgenärsskydd utsträcktes till förvärv av hyresrätt.

[3] Håstad, SvJT 1988 s 242 ff med en fördomsfri inställning. Ang riksdagsinitiativet, se motion 1986/87:L801, LU 1987/88:1 och kammardebatten, prot 1987/88:21 anf 138 ff, där vissa argument av rent antediluvianska drag framfördes.

[4] Vid en hearing i departementet våren 1989 var endast företrädare för kronofogdekåren deciderade anhängare till den nuvarande ordningen för stiftande av borgenärsskydd.

15.3 Subjektiv eller objektiv återvinningsgrund

15.3.1 Allmänt

Två huvudvarianter står till buds vid val av återvinningsgrund. Antingen kan man för den icke konkursrättsliga återvinningen stanna vid det subjektiva huvudstadgandet om *actio Pauliana*. Återvinning kan ske endast om den angripbara rättshandlingen har ett mer eller mindre profilerat syfte att skada borgenären, vid onerösa förfoganden känt av båda parter. Eller kan man löpa linan fullt ut och helt sonika kopiera konkurslagens samtliga återvinningsgrunder, även de objektiva, och göra dem tillämpliga oavsett upprättad insolvensförvaltning. I det senare fallet står det i och för sig fritt att knyta återvinningsmöjligheten till resultatlöst utmätningsförsök.

Bland de i denna studie undersökta rättsordningarna har ingen gått så långt som det senare alternativet. En klar markering har gjorts mot konkursrätten, så att endast vissa objektiveringar av återvinningsgrunderna vidtagits för de icke konkursrättsliga fallen. Särskilt kan pekas på följande. Gäldenären anses i de flesta fall ha ett tillräckligt skadesyfte, redan då han är culpöst medveten om att en eller flera borgenärer kommer att drabbas negativt av hans förfogande. Det har också införts presumtioner för återvinningssvarandens, förvärvarens, onda tro om det skadliga syftet eller den negativa effekten av rättshandlingen. Med särskild stränghet har ganska naturligt betraktats dispositioner mellan närstående fysiska och juridiska personer.

I anglo-amerikansk rätt, även i dessa sammanhang inte så litet avvikande från den kontinentaleuropeiska, har särskild vikt lagts vid benefika överlåtelser. Resultatet har i England lett till att ett nytt rekvisit, *undervalue,* skapats. Det ligger i vissa stycken nära det särskilt i Tyskland profilerade *inkongruenstänkandet.* I inget land har dock den för konkurs typiska grundåsikten om alla borgenärers likabehandling vunnit fullt insteg i fråga om återvinning utanför det området. Sedan är det en annan sak att denna principiella inställning starkt fått maka åt sig till förmån för utbredda system av säkerhets- och förmånsrätter. Just det området hör till de mest varierade man kan finna vid rättsjämförande studier.

Det kan tyckas att den negativa inställningen till alla borgenärers likabehandling även utom konkurs är tecken på en överdriven försiktighet. Flera skäl talar emellertid mot ett allmänt accepterande av den principen. Jag skall här behandla några.

15.3.2 Tidsfrister och utomprocessuell återvinning

Ett problem synes vara det nödvändiga kravet vid objektiva återvinningsgrunder att tillämpa en relativt kort återverkande tidsgräns för deras åberopande. I konkurssammanhang uppkommer inga teoretiska svårigheter i behandlingen av fristfrågor. Konkursutbrottet eller ansökan om konkursförsättande är den naturliga utgångspunkten. Vid återvinning utom konkurs har utomlands blickarna riktats mot dagen för framställande av återvinningskravet. Erkänns endast återvinning grundad på stämning vid domstol, uppstår inga problem. Dagen för talans väckande blir utgångspunkt. Åtminstone från svensk sida ligger den närmare till hands än dagen för stämningens delgivande med återvinningssvaranden.

Godtas å andra sidan som i Nederländerna utomprocessuell återvinning, måste anknytas till dagen då sådant krav framtälls. Här möter generella svårigheter, kända från bland annat avtals- och köprätten, om bevisning kring frågan när så skall anses ha ägt rum. Skall tidpunkten för delfående av återvinningspåståendet gälla, och på vems risk går i så fall meddelandet, avsändarens eller mottagarens?[5] Från denna utgångspunkt synes det bäst förenligt med ordning och reda, att endast godta *inomprocessuell* återvinning utom konkurs. Som diskuterats ovan i avsnitt 9.1 kan det kanske beredas möjligheter att utnyttja ett reformerat svenskt summariskt förfarande även för handläggningen av återvinningsanspråk.

Beträffande tidsfristernas längd bör en samordning ske mellan de båda återvinningsinstituten. Det utländska material, som redovisats, har inte i detalj gått in på de konkursrättsliga återvinningsfristerna. Ett allmänt intryck är dock att de svenska efter 1987 års reform i vart fall inte är onödigt korta i jämförelse med utländska förhållanden.

15.3.3 Frivillighet och ensidiga gynnanden

Även om man skulle få bukt med de nu behandlade tids- eller fristmässiga skillnaderna mellan återvinning inom och utom konkurs, återstår andra svårigheter för den som vill helt likställa instituten. Inte minst i engelsk och nederländsk rätt har framhållits, att den angripbara rättshandlingen skall vara *frivillig och oförpliktad.* I den nyligen företagna engelska lagreformeringen har särskilt understrukits, att återvinning utom konkurs inte skall ske blott på den grund

[5] Paralleller kan i och för sig dras till regler för reklamation och hävningsförklaring men även till anbud och accept.

att en borgenär gynnats på annans bekostnad. Ett fall som inte kan pressas in under detta rekvisit utgör vad vi känner som ett av exemplen i 4:10 konkurslagen, icke ordinär betalning som avsevärt försämrar gäldenärens ställning. Utgör prestationen inte förskott, är den heller inte oförpliktad.

Men ensidiga gynnanden kan ske på andra sätt. Att ställa säkerhet i efterhand är rättsligt sett en frivillig åtgärd från gäldenärens sida. Ekonomiskt kan den däremot vara absolut nödvändig, eftersom kreditgivaren eljest med stöd av troligen ensidigt uppställda villkor har möjlighet att ytterst uppsäga hela krediten. Inte minst i nederländsk och tysk rätt har understrukits, att man återvinningsmässigt bör godta sådana säkerhetsarrangemang, om de baseras på villkor som inte kan underkännas på annan grund, exempelvis att de i förhållande till gäldenären är oskäligt betungande.[6]

Jag är inte säker på att svensk rätt skulle vara lika fördelaktigt inställd till kreditgivaren i en konkursrättslig återvinningssituation. Snarast är det en avvägning mellan olika borgenärsgruppers intresse, som får fälla utslaget. Å andra sidan är marknaden inte betjänt av att kreditgivare i ett "ofarligt" läge översäkrar sig bara för att framdeles inte riskera återvinning. Tolkningen hos oss får sökas i det närmare innehållet av uttrycket att betinga sig säkerhet.

Ett annat gränsfall är betalning med osedvanliga betalningsmedel. Antar vi att gäldenärens skuld var förfallen, har det ändå ansetts på något vis misstänksamt att han erlägger den med annat än penningar. Hos oss finns i 4:10 konkurslagen hela tiden säkerhetsventilen, att rättshandlingen vid sidan av de rent objektiva förutsättningarna också skall vara icke ordinär, en generalklausul som domstolarna i några fall sökt precisera. Särskilt när det rör sig om ett pågående kontokurantförhållande, har rättshandlingen räddats från återvinning genom att den inte uppfyllt den förutsättningen.[7] På likartat sätt har

[6] Skulle en skade- och ondtrossituation föreligga, är naturligt nog även sådana förfoganden återvinningsbara enligt grundstadgandet om actio Pauliana.

[7] Jfr senast *NJA 1988 s 149.* Målet prövades snarast på frågan om det ordinära i en betalning, som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomi. Parterna var nämligen ense om att det rörde sig om en betalning med *sedvanliga* betalningsmedel och att den försämrat gäldenärens ställning. Till det vill jag bara stillsamt undra, om den frågeställningen är på ett för domstolen bindande sätt föremål för parternas dispositionsfrihet. Den processuella knäcken kan dock inte utföras här.

för övrigt förskottsbetalning undantagits i aktuell praxis.[8] Över huvud taget kan sägas, att en blick på de senaste årens svenska återvinningspraxis i vart fall inte andas rigorös stränghet.

15.3.4 Jämförelse med ackord och utmätning

Det kan anföras ytterligare ett, låt vara mera allmänt, argument mot att direkt kopiera konkursrättens samtliga objektiva återvinningsgrunder på ett institut utanför generalexekutionen. Ser vi till ackord och utmätning, finner vi att exempelvis förmånsrätts- och säkerhetshavares ställning inte är likartad. I ett svenskt ackord deltar i princip inte alls de förmånsberättigade, även om den regeln i praktiken inte tillämpas. Skulle nämligen inte de förmånsberättigade medverka till ackordsuppgörelsen, blev den regelmässigt utan värde. Det finns annars så litet att dela på för de oprioriterade.

Vid utmätning i sin tur skall visserligen skatteförmånsrätten beaktas automatiskt genom att särskida regler gäller för statens fordringar. Men egendom som är belastad med företagshypotek kan mycket väl utmätas för en oprioriterads fordran, även om det finns skyddsregler, som säger att hypotekshavaren kan inträda och bevaka sin rätt på fördelaktiga villkor.

Jag har nämnt dessa exempel bara som ett memento, att just återvinningsinstitutet mycket väl kan få en olikartad gestaltning inom och utom konkurs. I någon mån är det en polemik mot lagberedningens förslag 1973 till "utmätningsåtervinning". Det var i sig positivt men enligt min mening inte i alla delar tillräckligt genomtänkt.

15.4 En närmare gränsbestämning mellan återvinning inom och utom konkurs

Det hittills sagda har enbart jakande besvarat frågan, huruvida vissa av konkursrättens objektiva återvinningsgrunder bör förbehållas det området. Närmast i tankarna faller ensidiga gynnanden i form av betalningar av förfallna skulder. Men redan betalning i förtid eller med osedvanliga betalningsmedel synes mig väl lämpade för återvinning även utom konkurs. Jag utgår från att man därvid behåller kon-

[8] *NJA 1987 s 872:* HD hänvisade till att förskotteringen i vart fall inte avvek från det lilla företagets normala rutiner vid fakturabetalning samt att förvärv av ifrågavarande slag står kontantköpet nära.

kursrättens tilläggsfaktum att fullt lojala och kongruenta transaktioner undantas.[9]

Vari består då skillnaden mellan dessa former av *betalning?* Den ligger enligt min mening i att förskott och datio in solutum har något opåkallat över sig av helt annat slag än betalning av blott i sig avsevärda belopp. Det kan ofta vara tillfälligheter som styr, om den penningprestation som förorsakar gäldenärens vidare betalningsoförmåga är stor eller liten. För övrigt torde av praktiska skäl tvistiga återvinningsanspråk framställas, endast när något beaktansvärt står att vinna för borgenären. Synpunkten har särskilt profilerats i det nyligen framlagda tyska reformförslaget, låt vara inskränkt till vissa gåvofall.

Huruvida det vid betalning av blott avsevärda belopp rör sig om en sedan länge *ackumulerad skuld* eller om en just förfallen faktura, har inget direkt med saken att göra. Den frågeställningen hör snarast till lojalitets- och kongruensaspekten. Möjligen skulle man under återvinning utom konkurs kunna dra in även betalning av förfallna skulder, om de tillhör kategorin ackumulerad gäld. Det ensidiga i förfarandet blir i vart fall mera tydligt. Det skulle emellertid innebära en ytterligare fragmentering av återvinningsgrunderna. I en första reformvända kanske man bör nöja sig med de i konkurslagen uppdragna kategorilinjerna.

På likartat sätt förhåller det sig med *kvittning.* Vissa typer ligger betalning med osedvanliga medel nära, andra utgör ordinära kontokurantförhållanden, andra åter äger rum då rena penningfordringar står mot varandra. Särskilt det sistnämnda fallet liknar så mycket den sedvanliga betalningen, som jag här valt att utesluta från återvinning, att även den sortens kvittning får falla. Övriga bör bedömas med utgångspunkt i hur fordringen eljest nyttiggjorts. Resulterar kvittningen i ett fall, som kan jämställas med förskottsbetalning eller datio in solutum, bör den vara återvinningsbar även utom konkurs.

Den moderna avtalstypen *comfort letters* intar en komplicerad mellanställning.[10] Man kan söka jämförelser med behandlingen i utländska system av naturliga fordringar. Sett från den gynnades sida, kan även paralleller dras till borgen och tredjemanspant. Att vid en eventuell lagstiftning om återvinning utom konkurs inskrida med

[9] Att ett sådant undantag enligt min mening inte lämpligen regleras genom vårt allmänt hållna otillbörlighetskrav torde ha framgått med önskvärd tydlighet av attackerna ovan i *avsn 12.2.*

[10] Se ovan *avsn 11.8.*

separatlösningar för comfort letters strider dock mot den allmänna princip om generella regler, som jag redan uttryckt.

Vidare bör från återvinning utom konkurs undantas *utmätnings- och betalningssäkringsfallen* i 4:13 konkurslagen. Det stadgandet är typiskt sett tillkommet för att i någon mån upprätthålla likabehandlingsmaximen inom konkursrätten. Att medborgenärer utom konkurs börjar angripa betalningar eller förmånsrätter, som vunnits genom specialexekution, förefaller mig klart olämpligt och mera än mycket annat uppmana till kapplöpningar. Det skulle också störa utmätningsförfarandet. Snarare bör man väl se återvinning utom konkurs som ett komplement och inte som en konkurrent till specialexekution. Båda har till syfte att i någon mån förhindra den mera drastiskt verkande generalexekutionen.

Det finns ytterligare tre i konkurslagen specifikt behandlade återvinningsgrunder, som jag inom ramen för denna undersökning inte haft anledning att undersöka närmare. Det gäller å ena sidan extraordinära lönebetalningar och avsättningar till pensions- och personalstiftelser enligt 4:8 och 4:9 konkurslagen samt å den andra växel- och checkbetalningar enligt 4:11.

När det gäller *löner samt avsättningar* enligt 1967 års lag om tryggande av pensionsutfästelse m m,[11] kan en överskottsbetalning i många fall ses som en benefik avhändelse. I det läget skulle det egentligen inte fordras specialregler. En allmän bestämmelse av "undervalue"-karaktär vore tillräcklig. I andra fall inom tryggandelagens område rör det sig snarare om betalning, som väl kunde inbegripas under de generella bestämmelserna därom. Av förarbetena till den gällande konkursrättsliga regleringen får man snarast intryck av att stadgandena tillkom på grund av då aktualiserade förhållanden. Av vida större betydelse vore i dag preciserade regler om alla slags överföringar mellan samverkande bolag i ett koncernförhållande. Här står säkerligen vida mera att vinna för förfördelade borgenärer än det specialfall som hittills reglerats.

Växel- och checkfallen innebär en inskränkning av de allmänna reglerna om återvinning av betalning. Den har, förmodligen på goda grunder, tillkommit för att tillgodose växel- och checkrättens särskilda villkor. I annat sammanhang skall jag återkomma till värdepappersrättsliga förhållanden. I denna bok måste de tyvärr lämnas obeaktade.[12]

[11] Se härom SOU 1970:75 s 146 ff; Lennander s 181.

[12] Se Lennander s 379 ff.

Följande typfall av rättshandlingar skulle alltså, sammanfattningsvis, lämpa sig för en reglering av återvinning utom konkurs. Allmänna skadefall med bibehållet krav på ond tro hos förvärvaren, benefika överlåtelser inkluderande skeva familje-, successions- och associationsrättsliga skiften, förskott, betalning med osedvanliga betalningsmedel samt ställande av säkerhet i efterhand. Koncerntransaktioner kan därvid behöva särskilt genomlysas. Ofta nog borde de därefter kunna hänföras till de återvinningsbara benefika fallen eller icke ordinära betalningssituationerna eller till säkerställande i efterhand. Ett närmare ställningstagande i just detta komplicerade sammanhang måste emellertid gå hand i hand med reformer inom ramen för bland annat associations-, skatte- och redovisningsrätten, som jag inte kunnat behandla närmare i denna studie.

Sedan denna gränsdragning gjorts återstår den viktiga frågan vilken grad av *objektivering,* som skulle vara tillrådlig för återvinning utom konkurs. Även på det området är de undersökta rättsordningarna försiktiga. I nederländsk rätt inskränks den reformerade objektiveringen till presumtioner om ond tro hos de agerande i vissa särskilt "riskfyllda" situationer, särskilt transaktioner mellan närstående. Även tysk rätt intar härvidlag explicit en strängare ståndpunkt. I fransk rätt och inom common law har rättstillämpningen bäddat för en kritisk inställning till närståendefallen.

Tar vi ett ytterligare steg, kan snabbt konstateras att benefika transaktioner behandlas i övervägande antal fall på ett objektiverat sätt. Visserligen måste skada kunna påvisas, men det är inte fråga om krav på insikt därom från den förvärvandes sida. I engelsk rätt kan numera alla "undervalue"-fall ses som objektiva återvinningsgrunder. Det stora frågetecknet i England efter införandet av Insolvency Act drabbar i stället de fall, där onerösa rättshandlingar företagits i ond tro från bådas sida.

Mycket längre än med dessa fall kommer vi inte på objektiveringssidan vid en jämförelse med utländsk återvinningsrätt utom konkurs. Vad där saknas är alltså, generellt sett, betalningsfallen och den i efterhand ställda säkerheten. Det hänger i sin tur samman med att konkursrättens likabehandlingsprincip inte fått fullt genomslag.

Att för svensk rätts del godta även vissa *betalnings- och säkerställandefall* i en inskränkt katalog över objektiva återvinningsgrunder utom konkurs skulle medföra, att vi sträckte oss längre än de undersökta utländska systemen. Kravet på medkontrahentens onda tro släpps då i ett utökat antal fall. Jag ser emellertid ingen större fara

med en sådan lösning. För återvinning utom konkurs krävs nämligen ett *skaderekvisit,* vilket hittills i detta kapitel kanske varit alltför undanskymt och vartill jag strax återkommer.

Först måste dock något sägas om kravet på medkontrahentens onda tro vid det bevarade *subjektiva* huvudstadgande, som skulle motsvara 4:5 konkurslagen. Bevissvårigheterna för detta rekvisit är allmänt kända och omdiskuterade. Vad skall krävas för att slå fast, att förvärvaren insåg borgenärsskada? Att fordra dolös ond tro är föråldrat; culpa räcker. Men även vårdslös ond tro kan vara svår att styrka, inte minst med de regelmässigt höga beviskrav som gäller i svensk civilprocess. De rent ekonomiska effektresonemang, som kan föras beträffande gäldenärens skadeavsikt, ger föga hjälp, när medkontrahentens onda tro är i fråga.

Presumtionsregler är enligt min mening en mycket lyckosam lösning, eftersom det då alltid finns möjlighet att rädda fullt lojala transaktioner. Svensk rätt har redan genom 4:5 st 2 konkurslagen tagit ett förtjänstfullt steg. Närstående, såväl familje- som associationsrättsligt, presumeras vara i ond tro.[13] Denna väg har även Nederländerna slagit in på. För egen del skulle jag vilja rekommendera en viss tänjning av närståendebegreppet. Särskilt när det gäller långvariga affärsförbindelser, inte minst mellan gäldenär och kreditinstitut, kunde presumtion om ond tro övervägas. I vart fall finns det spelrum för en sänkning av det materiella beviskravet, ifall bevisbördan fullt ut skall bäras av återvinningsborgenären.

En mera långtgående variant vore att i alla fall där *skadeeffekter* uppkommit av ett gäldenärens förfogande *presumera ond tro* hos förvärvaren. Man låter således bevisinitiativet ligga på svarandesidan. Sådan djärvhet har inte generellt förespråkats utomlands. Att återvinningssvarande inte har svårt att finna argument till sin fördel visar svensk rättspraxis kring jämkningsregeln i 4:17 konkurslagen.[14]

Om försiktighet anses påkallad, kunde en förmedlande ståndpunkt vara, att för det allmänna ondtrosfallet låta presumera skadeinsikt beträffande rättshandlingar, som företagits förhållandevis kort tid före det återvinning görs gällande, säg tre till sex månader. För

[13] Beträffande närståenderekvisitet kan noteras, att HD i *NJA 1988 s 673* innefattat *förutvarande* make, skild sedan fyra månader, i rekvisitet "på annat sätt står gäldenären personligen särskilt nära" enl 4:3 st 1 KL. Någon känslomässig relation fordras inte. Härvidlag går således svensk rätt längre än exempelvis *nederländsk,* vilket inte skadar bl a med hänsyn till den hos oss snabba handläggningen av obestridda äktenskapsskillnadsmål.

[14] Se ovan *avsn 11.7.*

dispositioner, som ligger längre tillbaka i tiden, finge gängse bevisbördereglering gälla. En sådan ordning skulle ha den ytterligare fördelen, att den som känner sig förfördelad måste agera snabbt. En förvärvare i god tro är trots allt berättigad att tillerkännas trygghet och inte alltför länge behöva gå i ovisshet om eventuella återvinningsanspråk. Allmänt sett blir också godtrosbevisning för att bryta presumtionen successivt svårare att prestera ju längre tid som förflyter från rättshandlingstillfället. Det är orimligt att återvinningsborgenären av den orsaken dröjer med att framställa sitt krav.

15.5 Borgenärsskada

I den svenska konkursrättsliga återvinningens objektiva regler har inom ramen för relativt korta tidsfrister släppts kravet på att gäldenären i och med rättshandlingen skall ha blivit insolvent eller insufficient. Har han väl försatts i konkurs, är hans ekonomiska situation vid exempelvis betalningstillfället utan intresse.[15]

Till komplikationerna i svensk konkursrätt hör emellertid det okodifierade kravet på att även en sådan rättshandling i vart fall skall ha varit till nackdel för borgenärerna.[16] I praxis har dock nackdelskravet starkt uttunnats. För att det inte skall föreligga återvinningsgrundande nackdel fordras, att rättshandlingen inte ens ökat riskerna för ekonomisk förlust.[17] För egen del har jag velat ytterligare tona ned rekvisitet och sett det mest som en påminnelse om den allmänna rättsgrundsatsen att fullt kongruenta rättshandlingar inte är återvinningsbara.

Hur än nackdels/skaderekvisitet behandlas inom konkursrätten står det klart, att utom konkurs fordras för återvinning någon form av borgenärsskada som en följd av gäldenärens förfogande. Skulle ett sådant rekvisit saknas, blev det fritt fram att kräva återgång av allehanda dispositioner till men för allmänna intressen. Av det utländska materialet framgår emellertid, att man regelmässigt godtagit även

[15] Från den utsträckta fristen vid objektiv återvinning av närståendetransaktioner, där rättsföljden kan avvärjas genom förvärvarens motbevisning om gäldenärens bibehållna betalningsförmåga, kan i detta sammanhang bortses.

[16] För egen del känner jag stark sympati för *Walins*, s 139 ff, mera resoluta behandling av nackdelskravet än för *Lennanders*, s 83 ff, mera sofistikerade.

[17] Tydligast har HD på senare tid definierat nackdel i *NJA 1987 s 320,* 329. Jag har inget att invända mot den tolkningen.

medelbar skada som återvinningsgrundande, låt vara främst i fall då åtminstone gäldenären varit i ond tro därom.

Jag har redan tidigare förespråkat att släppa kravet på bevisning om *gäldenärens skadeavsikt* och i stället endast se till den *omedelbart* skadliga effekten av rättshandlingen. Detta skulle gälla både den subjektiva och de objektiva återvinningsgrunderna. Man bör nämligen utan att rättssäkerheten sätts i fara kunna utgå från att gäldenären i varje situation är medveten om eller åtminstone bör svara för sin egen ekonomi. Det är för övrigt inte han utan medkontrahenten som skall skyddas mot alltför drastiska verkningar av återvinningsregleringen. Institutet blir enligt min mening alltför lamt, om förvärvaren fredas redan då han inte bevisligen är i ond tro om en säkerligen ofta vagt formulerad skadeavsikt hos gäldenären.

Det sagda gäller omedelbar borgenärsskada. För den *medelbara* varianten är läget mera komplicerat, i synnerhet om effekterna visar sig först efter lång tid. I sådana fall torde god tro böra ges skyddsskapande verkan. Från effektivitetssynpunkt skulle även i det fallet presumtion om ond tro vara till fördel. Måhända för dock en sådan inställning för långt.

Hur skall slutligen borgenärsskada definieras? Självfallet kan man stanna vid omedelbart eller medelbart uppkommen *insolvens.* Beträffande det medelbara fallet har jag tidigare konstaterat, att den härskande meningen inte erkänner medelbar skada/nackdel vid tillämpning av de objektiva återvinningsgrunderna. Som emellertid nackdelskravet i *NJA 1987 s 320* uttunnats till att avse ökad risk för framtida ekonomisk förlust, kan jag inte se att en sådan gränsdragning längre förefaller motiverad. Det är dock, som nyss sagts, rimligt att ha högre beviskrav för medelbar än för omedelbar skada.

Huruvida *insufficiens* är en bättre mätare på borgenärsskada, har jag svårt att bedöma. Stundom förenklas återvinning av prognostiseringen vid insolvens, stundom försvåras den. Våghalsigt framkastar jag, att borgenärsskada uppstår redan genom *illikviditet.* Det utländska materialet är svårjämförbart på denna punkt, men jag har tyckt mig i något fall se ganska okvalificerad betalningsoförmåga som tillräcklig återvinningsgrund. För svensk konkursrätt är den emellertid okänd, såvitt avser själva återvinningsinstitutet. Illikviditet finns emellertid klart markerad genom insolvenspresumtionerna i 2:8 och 9 konkurslagen.

Kanske omständigheter motsvarande *insolvenspresumtionerna* kunde brukas som tillräckligt stöd för en återvinningskärandes på-

stående om uppkommen borgenärsskada. I de rättsordningar, främst den tyska, som nära anknyter återvinningsmöjligheter utom konkurs till resultatlös utmätning, är kombinationen inte så fantasifull. Men den idoge läsaren har väl vid det här laget tröttnat på alla mina presumtionsförslag. Illikviditet som presumtion om nödvändig borgenärsskada vore i vart fall ett utmärkt påtryckningsmedel mot en försumlig gäldenär och hans medkontrahent. Är han trots allt inte insufficient eller insolvent kommer förmodligen pengarna fram illa kvickt. Gör de inte det, talar det med än större styrka för att en mera kvalificerad borgenärsskada orsakats.

15.6 Slutord

Jag slutar denna bok med en sista kritik av den rad tilläggsfakta, som uppenbarligen försvårar användningen av det svenska återvinningsinstitutet i konkurs. De har få motsvarigheter utomlands. Jag avser följande i skilda riktningar verkande rekvisit.

De allmänt hållna kraven på *otillbörlighet* och *nackdel* är enligt min mening inte annat än uttryck för en allmän regel om att återvinning inte bör ske av rättshandlingar, som i sig är fullt lojala och som uppfyller kongruenskravet vid ömsesidiga förfoganden. Deras förekomst har emellertid komplicerat bilden, både i litteratur och praktik. För fastställande av nackdel har från vissa håll rent av påfordrats en bedömning av utdelningsförhållandena i en hypotetisk konkurs i omedelbar anslutning till den ifrågasatta rättshandlingen.

I betalningsfallen fredas från återvinning fullgörelser, som kan karakteriseras som *ordinära.* När det gäller betalning av förfallen skuld krävs härutöver för återvinning, att prestationen *avsevärt* försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Högsta domstolen har i ett antal mål sökt ge det rekvisitet ett närmare innehåll.[18] Dessa tilläggsfakta har också föranlett omfattande litteraturdiskussioner, även med försök att finna relevanta procenttal för gränsbestämning.[19]

Katalogen med försvårande eller i vart fall opraktiska normer inom den konkursrättsliga återvinningen är inte slut. Ytterligare kan

[18] *NJA 1981 s 759* med ogillande av återvinningsyrkandet trots att betalningen omfattade 145 000 kr; hänsyn togs till övriga tillgångar i konkursen. Motsatt utgång i *NJA 1982 s 135* och *1982 s 224,* där beloppen visserligen var mindre men så även boets tillgångar.

[19] Se Lennander s 218 ff och Walin s 186 f med viss kritik och nedtoning av "avsevärt"-rekvisitet, en inställning jag delar.

nämnas regleringen av återvinningssvarandens krav på ersättning för nedlagda *kostnader.* I stället för den äldre klara gränsdragningen i ondtrosfallen, att nyttiga kostnader inte restituerades, blir numera återvinningskäranden befriad från ersättningsskyldighet, om det kan visas *särskilda skäl.* Vidare ges återvinningssvaranden rätt att vid *särskild olägenhet* byta naturaprestation mot *värdeersättning.*

Slutligen föreligger en *allmän jämkningsregel,* som förutsätter *synnerliga skäl.* Den är bland annat tänkt att ge resultat, som motsvarar utländska rättsordningars koppling till läran om obehörig vinst och därvid ger visst skydd för godtroende återvinningskontrahent. Svensk praxis har hittills varit sträng, så när som i ett fall där en culpös bank märkligt nog slapp att återställa säkerhet som överlämnats med dröjsmål.[20]

Jag har i andra sammanhang varit mycket positiv till *öppna normer* inom förmögenhetsrätten, inte minst för att de ger domstolarna ett större spelrum att laga efter läglighet och ta hänsyn till billighetens krav. När det gäller återvinning, kan jag däremot inte se lika stora fördelar. En grundtanke måste vara, att så effektivt som möjligt eliminera effekterna av en genom gäldenärens försorg uppkommen ekonomisk snedfördelning. Den rubbade balansen skall återställas. Därvid är det inte rimligt att kontrahenter, särskilt de ondtroende, skall dra fördel av ett regelsystem, vars bristande precision ytterst kan leda till att en återvinningsberättigad avstår från att göra anspråk gällande.

Uppsättningen av öppna normer har gjort den svenska återvinningen lik ett sinnrikt rävgryt med åtskilliga utgångar för återvinningssvaranden att ganska helskinnad smita ut genom. Några av rekvisiten är en följd av visserligen vällovlig men i detta lagstiftningsärende olycklig kompromissvilja vid nordiska överläggningar. Dessutom motverkar en sådan mängd tilläggsfakta snabb och enkel handläggning. Deras förekomst uppmuntrar heller inte till utomprocessuella uppgörelser och förlikningar, eftersom slutresultatet av en återvinningstvist i många fall framstår som oviss även vid tillämpningen av en objektiv grund.[21]

Till bilden hör också, att *åberops- och bevisbördornas* placering inte är helt klar i alla fall. Otillbörlighet och nackdel svarar återvinningskäranden för, förmodligen också för betalningens icke ordinära

[20] *NJA 1986 s 623 I.*

[21] Så även Lennander, s 350 f, i anslutning till jämkningsregeln i 4:17 KL.

karaktär och avsevärt försämrande inverkan på gäldenärens ekonomi. Önskemål om byte av naturaprestation mot värdeersättning samt krav på jämkning och på ersättning för nedlagda kostnader torde förutsätta åberopande och bevisning från återvinningssvarandens sida. För att slippa ersätta nyttiga kostnader måste emellertid käranden antas vara den initiativskyldige. Av Högsta domstolens skäl i jämkningsfallen framgår det inte med önskvärd tydlighet hur dessa frågor bedömts. Kostnadsersättning har inte prövats där efter 1975 års ändringar.

Det är snart 20 år sedan lagberedningens välbehövliga reformering av det svenska återvinningsinstitutet sattes i sjön. I efterhandsperspektiv kan konstateras, att den konkursrättsliga återvinningen idag ger ett försiktigt, komplicerat och vagt intryck. Den insolvensrättsliga debatten hemma och utomlands har gått vidare. En öppnare inställning till utländska förhållanden medför att åtskilliga slöjor lyfts. På sikt leder det förhoppningsvis till att partikuljära lösningar i vår sakrättsliga och exekutionsrättsliga reglering elimineras eller åtminstone förändras.

Lätt tillämpbara och effektivt verkande återvinningsstadganden, avskalade en räcka öppna normer och styrda av mera välvilliga bevisbörderegler, hör till de nödvändiga ingredienserna i en framtida svensk insolvensrättsreform. Förhoppningsvis låter den inte vänta på sig alltför länge, vem som än har vilja, kraft och förmåga att sätta sig i spetsen för ett sådant omfattande arbete. Det vore därvid läge att hos oss pröva den internationellt erkända möjligheten att angripa borgenärsskadliga dispositioner även utom konkurs.

Bibliografi

Agell, A, Äktenskaps- och samboenderätt enligt den nya lagstiftningen, 3 uppl, Uppsala 1989.

Alces, P A & Dorr, L M, A critical analysis of the new Uniform Fraudulent Transfer Act, U Ill L Rev 1985 s 527–564.

American Jurisprudence, 2 ed, vol 37, St Paul 1979 jämte årssupplement (cit 37 Am Jur 2d).

Ankum, J A, De geschiedenis der "actio Pauliana", Zwolle 1962 (cit Ankum, Geschiedenis).

– De Paulinana buiten faillissement in het Nederlandse Recht sedert de Codificatie, Zwolle 1962 (cit Ankum, De Pauliana).

Asser's, Mr C, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. IV. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten. 5 druk bewerkt door L E H Rutten, Zwolle 1979 (cit Asser–Rutten 4–II).

Ibid. IV. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek. 7 druk bewerkt door A S Hartkamp, Zwolle 1985 (cit Asser–Rutten–Hartkamp 4–II).

Beekhuis, J H, Preadvies betreffende de regeling van de z g "actio Pauliana" in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1959.

– noot till rättsfallet HR 28 juni 1957, NJ 1957, 451, Ars Aequi 7 (1957/58) s 80–84.

Bengtsson, B, Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s 689–708.

Berry, Ch & Beiley E, Bancruptcy: Law and practice, London 1987.

Bogdan, M, "Comfort Letters" i samband med internationell upplåning, TfR 1988 s 653–659.

Bramsjö, S, Om avtals återgång, Lund 1950.

BRÅ PM 1982:5 Återvinningsregler vid konkurs.

Böhle-Stamschräder, Anfechtungsgesetz, se Kilger.

Clark, R C, The duties of the corporate debtor to its creditors, 90 Harv L Rev (1977) s 505–562.

Contractenrecht ... onder redactie van A R Bloembergen en W M Kleyn. V. De overeenkomst en derden. E. Art 1377: Actio Pauliana door T J Mellema-Kranenburg, Deventer 1972– [lösbladsverk med kontinuerliga supplement] (cit Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr).

Cork Committee, se Report...Insolvency law...

Corpus iuris civilis. Digesta, recognovit Th Mommsen, Berolini 1905.

Costede, J & Kaehler, M, Haftungsweisung und Haftungszugriff Dritten gegenüber, ZZP 1971 s 395–418.

Croes, A L, De vermoede Pauliana, Kwartaalbericht NBW 1984/3 s 81–84.

Diamond, A L, Commercial and consumer credit, London 1982.

Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, se Gesetz zur Reform...

Drielsma, H A, De nieuwe rechtsontwikkeling bij de natuurlijke verbintenis en het echtschedingsconvenant, NJB 42 (1967) s 313–322.

Drukarczyk, J, Kreditsicherheit und Insolvenzverfahren, ZIP 1987 s 205–217.

Ds 1988:71. Ny summarisk process.

DsJu 1975:11. PM med förslag till preskriptionslag.

Ekelöf, P O, Rättegång II, 7 uppl, Stockholm 1985.

Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1985.

Everdingen, H G van, Verhouding tot financiers. [Rapport till] Bedrijfsjuridisch congres "Zeggenschap en infloed in ondernemingen", 1985 (stencil).

Fehr, M, Bidrag till läran om fordringspreskription enligt svensk rätt, Uppsala 1913.

Fleck, H-J, not i EWiR § 3b AnfG, 1/86, s 9 f.

Fletcher, I & Crabb, L, Insolvency Act 1986, London 1986.

Forssell, H, Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen "köp bryter lega" och indelningen i sakräter och obligatoriska rättigheter, Stockholm 1976.

Frisinger, J, Zur Unmöglichkeit der "Rüchgewähr" in § 7 Anfechtungsgesetz...,MDR 1970 s 557–559.

Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling....af därtill utsedda kommitterade, Stockholm 1911 (cit Förslag 1911).

Gerhardt, W, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969.

Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts: Diskussionsentwurf. Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) und anderer Reformvorschriften; mit Begründung und Anhang. Bundesminsterium der Justiz, Köln 1988.

Ghestin, J, La fraud paulienne. I: Mélanges dédiés à G Marty, Toulouse 1978.

Glenn, I G, Fraudulent conveyances and preferences, 2 rev ed, 1940.

Good faith and fraudulent conveyances, Note (anonym), 97 Harv L Rev (1983) s 495-510.

Goodeve, L A, Modern law of personal property, 9 ed by R H Kersley, London 1949.

Gregow, T, Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1975–1981, SvJT 1984 s 257–320.

– [Anmälan av] Lennander, Återvinning i konkurs, SvJT 1986 s 295–300.

Grimmond, J, Applying *Hulm* in Iowa: Avoiding involuntary transfers as fraudulent conveyances under section 548(a)(2) of the Bankruptcy Code, 71 Iowa L Rev (1986) s 1437–1471.

Gröndal, M, Exporthandelsavtal. Examensarbete vid Uppsala universitet höstterminen 1989 (stencil).

Göranson, U, Ogiltighet i sakrätten. Svag ogiltighets genomslagskraft mot medkontrahents singularsuccessor, Uppsala 1984.

– Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Uppsala 1985.

– Det civilrättsliga äganderättsbegreppet i några skattesammanhang, Skattenytt 1985 s 18–33.

– Sakrättsmomentets ändamål – HD visar färg i NJA 1987 s 3, SvJT 1987 s 484–491.

– Civillagstiftning och juridisk debatt. Reflexioner kring det nederländska sisyfusarbetet på en ny civillagbok, SvJT 1989 s 102–114.

Halila, J, Konkursrätten i huvuddrag, Helsingfors 1981.

Halsbury's Laws of England, 4 ed, London 1972– .

Hartkamp, se Asser

Heemskerk, noot till rättsfallet HR 12 apr 1985, NJ 1986, 808.

Helander, B, Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spörsmål, Stockholm 1984.

– [Anmälan av] Göranson, Traditionsprincipen, SvJT 1987 s 369–383.

Henckel, W, Grenzen der Vermögenshaftung, JuS 1985 s 836–842.

- not, EWiR § 3 AnfG 2/85 s 537.
- not, EWiR § 11 AnfG 1/87 s 428.

Hessler, H, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, Stockholm 1973.
- Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964–1981, SvJT 1983 s 161–215.

Hult, Ph, [Anmälan av] Lejman, Bidrag till läran om återvinning, SvJT 1940 s 782–793.

Håstad, T, Studier i sakrätt, Stockholm 1980.
- Sakrätt avseende lös egendom, 3 uppl, Stockholm 1986 jämte följdpaginerat supplement 1988 (cit Håstad).
- Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s 224–261.

Håstad, T & Lambertz, G, Förbättring av företagsintecknad egendom under konkurs, SvJT 1985 s 257–310.

Jaeger, E, Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens, 2 Aufl, Berlin 1938.

Juris-classeur civil (lösbladsverk med kontinuerliga supplement), art 1167 par A Ponsard (1976) och par J Devèze & C Saint-Alary-Houin (1986).

Kedner, G & Roos, C M, Aktiebolagslagen II, 3 uppl, Stockholm 1989.

Kennedy, F R, The Uniform Fraudulent Transfer Act, 18 UCC L J (1986) s 195–215.

Kerr on The law of fraud and mistake, 7 ed by D L McDonnell & J G Monroe, London 1952.

Kilger, J, Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens, 7 Aufl (von A Böhle-Stamschräder begründet), München 1986 (cit Böhle-Stamschräder/Kilger).

Kleineman, J, Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Stockholm 1987.

Korthals Altes, A, De appel te ver van de stamcessie, Kwartaalbericht NBW 1988 s 29 f.
- Pauliana, over de band gespeeld, Kwartaalbericht NBW 1988 s 68–72.

Kuhn, G, Anfechtung ausserhalb des Konkurses, WM 1976 s 242 f.

Lejman, F, Bidrag till läran om återvinning i konkurs, Uppsala 1939.

Lehrberg, B, Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Uppsala 1989.

Lennander, G, Återvinning i konkurs, Stockholm 1985 (cit Lennander).
- Den nya insolvensrätten. Utvecklingstendenser inom konkurs- och ackordsrätten, särskilt i västtysk, engelsk, fransk och österrikisk rätt, TfR 1987 s 545–589.

Lhoëst, S A M & Verhagen-Maat, M L W, De Faillissementspauliana in het jaar 2000 (?), Kwartaalbericht NBW 1985 s 118–123.

Lindblom, P H, Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt, Stockholm 1974.
- Grupptalan. Det amerikanska class action-institutet i svensk belysning, Stockholm 1989.

Lögdberg, Å, [Anmälan av] Bramsjö, Om avtals återgång, SvJT 1951 s 345–355.

Marotzke, W, "Dingliche" Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, KTS 1987 s 1–25.

Mazeaud, H, L, & J, Leçon de droit civil II, 1 vol, 7 éd par F Chabas, Paris 1985.

McCoid, J C, Constructively fraudulent conveyances: Transfers for inadquate consideration, 62 Tex L Rev (1983) s 639–664.

Meijers E M, noot till rättsfallen HR 17 febr 1927, NJ 1927, 1031, och HR 15 mars 1940, NJ 1940, 848.

Munch, M, Konkursloven af 1977 med kommentarer, København 1987.

Möller, M, Konkurs och kontrakt. Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Uppsala 1988.

National Conference of Commissioners on Unifrom State Laws. Proceedings of the Twenty-Eighth Annual Meeting 1918 (cit Proceedings 1918).

Nederländskt parlamentstryck, numrerade i s k *Kamerstuks*.

Nytt Juridiskt Arkiv II. 1921:1. Den nya giftermålsbalken.
- 1973:4 Familjelagstiftning.
- 1976:3. Vissa ändringar i konkurslagen m m.
- 1987:1. Äktenskapsbalk m m.
- 1987:7. Reformerat tingsrättsförfrande.
- 1987:8. Ny konkurslag m m.

Onrechtmatige daad ... onder redactie van H Drion. III. Diverse problemen van algemene aard door C J J van Maanen, Deventer

1972– [lösbladsverk med kontinuerliga supplement] (cit Onrechtmatige daad III (van Maanen) nr).

Oven, J C van, Lex specialis derogat legi generali. (Derogatie aan art 1401 BW), NJB 1961 s 133–139.

Parlamentaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Door C J van Zeben & J W Du Pon. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981

Pitlo, A, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht. 8 druk door M F H J Bolweg, Arnhem 1979 (cit Pitlo–Bolweg).

Planiol, M & Ripert, G, Traité pratique de driot civil français, 2 éd, VI. Obligations 1, par P Esmain, Paris 1952.

Proposition, Regeringens, 1975:6. Ändringar i konkurslagen m m.

- 1980/81:8. Förslag till utsökningsbalk.
- 1986/87:1. Förslag till äktenskapsbalk.
- 1986/87:90. Förslag till konkurslag.

Proceedings 1918, se National Conference...1918.

Ratford, W F et al, A Guide to the Insolvency Act 1985, London 1985.

Reed, H, The Bills of Sale Acts..., 14 ed by E H Pearce, London 1926.

Répertoir de droit civil. I: Encyclopédie juridique Dalloz (lösbladsverk med kontinuerliga supplement), "L'action paulienne" par B Starck (cit Rép civ, v° L'action paulienne).

Report of the Review Committee on Insolvency law and practice (Cmnd 8558), London 1982, (cit Cork Committee).

Rodhe, K, Obligationsrätt, Stockholm 1956.

- Handbok i sakrätt, Stockholm 1985 (cit Rodhe).
- Aktiebolagsrätt enligt 1975 års aktiebolagslag, 13 uppl, Stockholm 1987.

Rutten, se Asser, C.

Schmidt, K, Zwangsvollstreckung in anfechtbar veräusserte Gegenstände, JZ 1987 s 889–895.

Schoordijk, H C F, Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B W (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer 1986.

Sealy, L S & Millman, D, Annotated guide to the 1986 insolvency legislation, Chicago 1987.

Serick, R, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, III, Heidelberg 1970.

Simfors, I, Något om förmånsrätt i återvunnen egendom, SvJT 1988 s 340–367.

Snijders, W, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW. I: Speculum Langmeijer, Zwolle 1973 s 453–471.
SOU 1957:11. Fordringspreskription m m.
– 1970:75. Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m.
– 1973:22. Utsökningsbalk. Utsökningsrätt XII.
– 1981:85. Äktenskapsbalk.
– 1983:60. Återvinning i konkurs.
– 1986:56. Personföräkring.
– 1987:59. Ansvarsgenombrott m m.
Story, J, Commentaries on equity jurisprudence, 1836.
Tintelnot, A, Gläubigeranfechtung kraft Wissenszurechnung..., JZ 1987 s 795–803.
Top, F, [Anmälan av] Ankum, De pauliana buiten faillissement...., Tijdschrift voor Privaatrecht 1964 s 147–153.
Uniform Laws Annotated, vol 7A, St Paul 1985 jämte årssupplement (cit 7A U L A).
Ussing, H, Obligationsretten. Almindelig Del. 4 udg ved A Vinding Kruse, København 1961.
Wacke, D, Zur Geschichte und Dogmatik der Gläubigeranfechtung, ZZP 1970 s 418–434,
Wagner, H, Insolvenzrecht, 2 Aufl, Wiesbaden 1987.
Vaines, Crossley, on Personal property, 5 ed by E L G Tyler & N E Palmer, London 1973.
Walin, G, Materiell konkursrätt, 2 uppl, Stockholm 1987
Welamson, L, Konkursrätt, Stockholm 1961
– Konkurs, 8 uppl, Stockholm 1988.
– Några frågor kring s k dold äganderätt till fastighet. I: Festskrift till H Hessler,Stockholm 1985, s 433–447.
Verschuur, R Ch, Nieuw BW en procesrecht, Kwartaalbericht NBW 1988 s 86–95.
Williams' Contract for sale of land and title to land, 4 ed by G Battersby, London 1975 (cit Williams' Contract).
Williams and Muir Hunter, The law and practice in bankruptcy, 19 ed by M Hunter & D Graham, London 1979.

Romerska källställen

Corpus iuris civilis

Institutiones (Inst)

4.6.6	49, 53, 54

Digesta (D)

22.1.38.4	47, 49, 53, 60
38.5.1.6	58
42.8.1.pr	48, 55, 172
42.8.1.1	172
42.8.6.2	58
42.8.6.4	58
42.8.6.11	48
42.8.7	48
42.8.8	48
42.8.9	49
42.8.10.pr	48, 55
42.8.10.20	49
42.8.10.24	48, 55
42.8.19	58
42.8.25.4	49, 60
42.8.25.5	49, 60
42.8.25.6	49

Rättsfallsregister

Sverige

NJA 1912 s 156	51
NJA 1922 s 399	222
NJA 1930 s 306	222, 225
NJA 1940 s 682	256
NJA 1973 s 635	150
NJA 1978 s 194	271, 289
NJA 1980 s 530	297 f, 300
NJA 1980 s 642 I	258 f, 261
NJA 1980 s 642 II	258 f, 261
NJA 1981 s 534	298
NJA 1981 s 562	289
NJA 1981 s 759	321
NJA 1981 s 829	298, 300
NJA 1982 s 135	321
NJA 1982 s 224	321
NJA 1982 s 900	237
NJA 1983 s 737	268, 283 f, 285, 287 f, 288 f, 290
NJA 1984 s 816	220, 240, 289
NJA 1985 s 29	287 f, 290
NJA 1985 s 117	278
NJA 1985 s 178	222, 225
NJA 1986 s 478	261
NJA 1986 s 623 I	299 f, 302, 322
NJA 1986 s 623 II	298
NJA 1987 s 3	310
NJA 1987 s 145 I	302
NJA 1987 s 320	267 f, 284, 319 f
NJA 1987 s 407	271
NJA 1987 s 845 I	302
NJA 1987 s 872	314
NJA 1988 s 52	262

NJA 1988 s 149 313
NJA 1988 s 257 310
NJA 1988 s 433 250, 252
NJA 1988 s 673 318
NJA 1989 s 31 250, 252

Nederländerna

HR 21 febr 1873, W 3565 71
HR 2 febr 1880, W 3459 128
HR 14 april 1881, W 3705 70
HR 14 april 1881, W 4635 70, 73
HR 14 april 1881, W 4655 71
HR 24 jan 1896, W 6768 102
HR 12 april 1900, W 7427 101
HR 3 april 1911, W 9169 93
HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 69, 70, 88
HR 13 febr 1924, NJ 1924, 711 95
HR 17 febr 1927, NJ 1927, 1031 85
HR 25 jan 1929, NJ 1929, 616 86
HR 8 jan 1937, NJ 1937, 431 83, 86, 104
HR 13 jan 1938, NJ 1938, 566 86
HR 15 mars 1940, NJ 1940, 848 72, 77
HR 23 dec 1949, NJ 1950, 262 70, 88
HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 77, 124
HR 13 mars 1959, NJ 1959, 579 77
HR 13 juni 1975, NJ 1976, 98 92
HR 10 dec 1976, NJ 1977, 617 92, 105
HR 3 okt 1980, NJ 1980, 643 92
HR 28 maj 1982, NJ 1983, 310 119
HR 25 sept 1981, NJ 1982, 443 126
HR 12 apr 1985, NJ 1986, 808 74
HR 8 nov 1985, NJ 1987, 170 78, 80
HR 16 jan 1987, NJ 1987, 528 86, 107
HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 90, 93, 95

Hof Arnhem 20 okt 1959, NJ 1960, 333 105

Frankrike

Civ 14 nov 1970, JCP 1970 G IV 313 135
Civ 10 dec 1974 132
Civ 19 jan 1977, JCP 1977 G IV 63 133
Civ 23 apr 1981, D 1981 inf rap 421 137
Civ 7 jan 1982, D 1982 inf rap 175 136

Paris 25 febr 1986, D 1986 inf rap 236 137

Förbundsrepubliken Tyskland

BGH 3 april 1968, KTS 1968, 235 151, 153
BGH 16 febr 1972, NJW 1972, 719 158
BGH 15 okt 1975, KTS 1976, 132 148
BGH 23 febr 1984, BGHZ 90, 207 156
BGH 10 jan 1985, NJW 1985, 2031 156
BGH 25 april 1985, BGHZ 94, 232 154
BGH 23 maj 1985, KTS 1986, 93 147, 153, 170
BGH 5 dec 1985, KTS 1986, 310 155
BGH 11 dec 1986, NJW 1987, 1268 148
BGH 5 febr 1987, NJW 1987, 1703 164
BGH 9 juli 1987, ZIP 1987, 1062 162, 165

OLG Frankfurt 29 okt 1985, KTS 1986, 355 144, 147, 153
OLG Hamburg 5 febr 1970, MDR 1970, 598 158
OLG Hamburg 6 dec 1985, ZIP 1986, 227 152
LAG Hamm 29 april 1986, ZIP 1986, 1262 156

England

Alton v Harrison (1869) LR 4 Ch 622 181
Belding v Read (1865) 3 H & C 955, 159 ER 812 183
Cadogan v Cadogan [1977] 3 All ER 831, CA 176
Copis v Middleton (1818) 2 Madd 410, 56 ER 386 178
Edwards v Harben (1788) 2 Term Rep 587, 100 ER 315 183
Fasey, Re [1923] 2 Ch 1 181
Freeman v Pope (1870) LR 5 Ch 538 177, 188
Koppel v Koppel [1966] 2 All ER 187, CA 184
Lloyds Bank Ltd v Marcan [1973] 2 All ER 359, [1973] 1 WLR 339; [1973] 3 All ER 754, CA,

[1973] 1 WLR 1387, CA 179, 185 ff, 245
Middleton v. Pollock (1876) 2 ChD 108 189
Mogridge v Clapp [1892] 3 Ch 382, 401, CA 186
Ramsay v Margrett [1894] 2 QB 18 184
Reed v Wilmot (1831) 7 Bring 577, 131 ER 223 183
Strong v Strong (1854) 18 Beav 408, 52 ER 161 178
Twyne's Case (1602) 3 Co Rep 80b, 76 ER 809 174, 180 ff, 195, 202
Wordall v Smith (1808) 1 Camp 332 184

Förenta staterna

Durrett v Washington National Insurance Co 621 F2d 201 (5th Cir 1980) 200
Reade v Livingston, 3 Johns Ch 481 (NY 1818) 196

Sakregister

Ackord 167, 314
Anfechtungsgesetz 142
Actio Pauliana
- romersk rätt 47 ff
- fransk rätt 129 ff
- nederländsk rätt 63, 65 ff
- svensk rätt 28, 38, 311
- tysk rätt 145 ff
- Se vidare Skadeavsikt

Action paulienne 129 ff
Action oblique 21, 50, 100, 112 f, 126, 134, 140, 146, 223, 238
Aktivminskning, se Avhändelse
Ansvarsgenombrott 23, 148, 169 ff
Arvs- och gåvoskattelagen 258 ff
Associationsrätt 22, 106, 152, 181, 199, 204, 299 ff
Avhändelse som återvinningsgrund (aktivminskning) 91 ff, 132, 181, 283
Avkastning, förvärvarens rätt till
- romersk rätt 49, 60
- amerikansk rätt 207
- nederländsk rätt 113 f, 295
- svensk rätt 295
- tysk rätt 157, 295

Avstående från arv, testamente, gåva
- romersk rätt 50, 57 f, 274
- fransk rätt 134
- nederländsk rätt 99 ff
- svensk rätt 273 ff

Belastningar 71, 74, 138, 185 ff, 269
Benefika förfoganden
- romersk rätt 49, 254
- engelsk rätt 174, 180, 254
- fransk rätt 132, 137, 255
- nederländsk rätt 76, 81 f, 94, 109, 255
- svensk rätt 30 ff, 255 ff
- tysk rätt 156 f, 168
- Se även Blandade fång, Familjerättsliga förfoganden, Remuneratorisk gåva

Berikelse, se Obehörig vinst
Betalning, återvinning av
- romersk rätt 50, 58 f
- fransk rätt 133
- nederländsk rätt 81, 83 ff, 119 f
- svensk rätt 317, 321
- Se även Kontantaffärer

Bevisbörda, allmänt
- - romersk rätt 48
  - amerikansk rätt 196
  - engelsk rätt 177, 180 ff
  - nederländsk rätt 103 ff
- för förvärvarens onda tro
  - amerikansk rätt 198
  - engelsk rätt 180 ff
  - fransk rätt 137 f
  - nederländsk rätt 104 ff
  - svensk rätt 291
  - tysk rätt 152 f
- för gäldenärens skadeavsikt
  - amerikansk rätt 198
  - engelsk rätt 180 ff
  - fransk rätt 136
  - nederländsk rätt 103 ff
  - svensk rätt 266 ff
  - tysk rätt 150 ff
- omvänd, presumtionsregler
  - amerikansk rätt 196 f, 202
  - engelsk rätt 177, 180 ff
  - fransk rätt 137 f
  - nederländsk rätt 105 ff
  - svensk rätt 318
  - tysk rätt 152 f

Blandade fång (gåvor)
- amerikansk rätt 198, 201 ff
- engelsk rätt 177
- fransk rätt 132, 137
- nederländsk rätt 85, 106

- svensk rätt 255 ff
- tysk rätt 156
Bodelning
- engelsk rätt 176
- fransk rätt 134
- nederländsk rätt 81
- svensk rätt 31 ff, 261
- Se även Familjerättsliga förfoganden
Borgenär, se Talerätt
Borgenärsskydd, återvinningsborgenärens
- romersk rätt 56
- fransk rätt 139, 221
- nederländsk rätt 79, 121 f, 221
- svensk rätt 221 ff, 239
- tysk rätt 159, 221

Condictio indebiti, se Obehörig vinst
Consideration 21, 173, 175, 178, 197 f

Dading 93
Datio in solutum, se Betalning
Derdenbeslag 77, 80, 84, 97, 100 f, 114 f
Direkt nackdel, skada, se Omedelbar skada

Ensidig rättshandling 72, 80, 94
- Se även Avstående, Underlåtenhet
Ensidigt gynnande
- romersk rätt 58
- engelsk rätt 181, 189
- fransk rätt 132 f
- nederländsk rätt 90 f, 93, 106, 276
- svensk rätt 275 ff
- tysk rätt 148 ff
Exekutionsrättsligt anspråk, återvinning som 54, 158, 165, 218, 226, 242 f
Exstinktivt godtrosförvärv, se Sekundärförvärvare i god tro

Familjerättsliga och successionsrättsliga förvärv
- engelsk rätt 176, 184
- fransk rätt 134, 137
- nederländsk rätt 98 ff
- tysk rätt 147, 153
- Se även Bodelning

Fast egendom 78, 79 f, 133, 138, 147, 156, 302
Fraudulent conveyances 172 ff, 195 ff
- Se även Uniform Fraudulent Conveyance/Transfer Act
Frist
- för allmänna otillbörlighetsgrunden (actio Pauliana)
  - romersk rätt 48, 55
  - nederländsk rätt 78 f, 229
  - svensk rätt 312
  - tysk rätt 154, 155, 229
- för särskilda (objektiverade) grunder
  - nederländsk rätt 78 f
  - svensk rätt 36, 41
  - tysk rätt 154, 229
- Se även Preskription
Frivillig rättshandling
- engelsk rätt 175, 257
- fransk rätt 257
- nederländsk rätt 83 ff, 87, 91, 103, 107 f, 257
- svensk rätt 257, 312
- tysk rätt 151
Förbättring av egendom, se Kostnader
Företagshypotek, företagsinteckning 233 ff, 297 ff
Förfarandefrågor 244 ff
Förskottsbetalning, se Betalning
Försäkring 24, 94, 96 ff
Förvärvare, definition 18
- i god tro
  - romersk rätt 48
  - amerikansk rätt 198, 201
  - engelsk rätt 179, 193
  - fransk rätt 139
  - nederländsk rätt 72 ff, 102
  - svensk rätt 291, 297 ff
  - tysk rätt 152 f
- i ond tro
  - romersk rätt 48
  - amerikansk rätt 198, 201, 204
  - engelsk rätt 179, 185 ff, 193 f
  - fransk rätt 132

- nederländsk rätt 72 ff, 102, 126
- svensk rätt 291, 297 ff, 318
- tysk rätt 152 f
- Se även Sekundärförvärvare

Godtrosförvärv, se Sekundärförvärvare i god tro
Gåva, se Benefikt förfogande

Indirekt nackdel, skada, se Medelbar skada
Inkongruent prestation 265
- romersk rätt 49
- amerikansk rätt 198, 202
- engelsk rätt 177 ff, 311
- fransk rätt 137, 265
- nederländsk rätt 80, 85, 92, 119 f
- svensk rätt 257, 268
- tysk rätt 153, 257, 265, 311
- Se även Betalning, Blandade fång, Säkerställande i efterhand

Insolvency Act 188 ff
Insolvens
- romersk rätt 229
- amerikansk rätt 229
- engelsk rätt 229
- fransk rätt 130 ff, 135 f
- nederländsk rätt 87 ff
- svensk rätt 29, 320
- tysk rätt 144

Insufficiens, alternativgrund till insolvens
- fransk rätt 132
- nederländsk rätt 117
- svensk rätt 320
- tysk rätt 144

Jämkning av återvinningssvarandens skyldighet 42, 241, 297 ff, 306, 322

Kongruent prestation 92, 133, 152
- Se även Betalning, Kontantaffärer, Inkongruent prestation

Kontantaffärer
- engelsk rätt 180
- nederländsk rätt 85, 92
- svensk rätt 321

Kostnader, nedlagda
- romersk rätt 49, 60
- nederländsk rätt 114
- svensk rätt 295 f, 322
- Se även Obehörig vinst

Kvasidelikt 54 f
Kvasikontrakt 21 f, 54 f
Kvittning
- engelsk rätt 180
- svensk rätt 250 f, 315
- tysk rätt 155

Lagfart, se Fast egendom
Latent fordran 117
Letter of comfort 277 ff, 315
Likabehandlingsprincipen 42, 93, 190
- Se även Ensidigt gynnande

Medelbar skada
- amerikansk rätt 198
- engelsk rätt 177
- fransk rätt 136
- nederländsk rätt 86, 88, 91
- svensk rätt 268 ff, 284
- tysk rätt 154

Nackdel 19, 29, 266 ff
- Se även Medelbar skada, Omedelbar skada

Natura, återgång genomförd in, se Rättsföljder
Naturlig fordran 70, 82, 85, 134, 255, 277
Närstående
- amerikansk rätt 202, 204 f
- engelsk rätt 185 ff
- nederländsk rätt 104, 106 f
- svensk rätt 318
- tysk rätt 155 f, 168

Nyttjanderätt, se Belastningar

Obehörig vinst
- romersk rätt 48, 55 ff
- nederländsk rätt 74 f, 76, 120 f, 306
- svensk rätt 294, 305 f
- tysk rätt 158, 306

Obestånd, se Insolvens
Obligationsrätt, återvinning betraktad som 214 ff, 239 ff
- romersk rätt 49, 52 ff, 56, 212
- nederländsk rätt 80, 212, 218, 224, 241
- svensk rätt 218 ff, 239 ff

- tysk rätt 159 ff, 212, 217, 222 ff, 241
Ogiltighet 19 ff, 68, 72, 110, 154, 160 ff, 241
- Se även Borgenärsskydd
Omedelbar skada
- romersk rätt 48
- amerikansk rätt 196, 201 f, 265
- engelsk rätt 177 f, 265
- nederländsk rätt 84, 87 ff, 103
- svensk rätt 264 ff, 284
- tysk rätt 154 f
Ordinär betalning, se Betalning
Osedvanliga betalningsmedel, se Betalning

Pant, se Säkerställande
Passivitet, återvinning av
- romersk rätt 49, 57
- fransk rätt 134 f
- nederländsk rätt 81, 89 ff, 98 f, 272
- svensk rätt 272, 275
- tysk rätt 146, 150
Passivökning, se Skuldökning
Preskription av återvinningsanspråk
- romersk rätt 48, 57
- fransk rätt 131, 229
- nederländsk rätt 78 f, 229, 270
- svensk rätt 228 ff, 241, 243, 270 ff
- tysk rätt 154, 229
- Se även Frist
Presumtionsregler, se Bevisbörda
Primärförvärvare, se Förvärvare

Remuneratorisk gåva 255
Retentionsrätt 116, 287 f
Rättsföljderna av återvinning
- allmänt om återbäring
  - romersk rätt 60 f
  - nederländsk rätt 110 ff, 117 ff, 120 f
  - tysk rätt 157
- krav på återbäring in natura
  - romersk rätt 61
  - nederländsk rätt 111, 117
  - svensk rätt 294 f, 322
- värdeersättning som alternativ
  - romersk rätt 61
  - engelsk rätt 191, 294
  - nederländsk rätt 111 f, 117, 294
  - svensk rätt 294 f, 322
- Se även Avkastning, Kostnader, Vederlag

Sakrätt, återvinningsanpråket betraktat som 214 ff, 239 ff
- romersk rätt 49, 52 ff, 56
- nederländsk rätt 218
- svensk rätt 240
- tysk rätt 159 ff, 217
Sekundärförvärvare, definition 18
- i god tro
  - romersk rätt 49, 54, 56
  - amerikansk rätt 199
  - engelsk rätt 192, 195
  - fransk rätt 138
  - nederländsk rätt 75 f, 110 f
  - svensk rätt 218 ff, 227, 240, 304 ff
  - tysk rätt 158
- i ond tro
  - romersk rätt 49, 56
  - fransk rätt 138
  - nederländsk rätt 76
  - svensk rätt 304 ff
  - tysk rätt 158
Separationsrätt, se Borgenärsskydd
Simulation 50 f, 127, 141
Skada, se Medelbar skada, Omedelbar skada
Skadeavsikt, gäldenärens
- romersk rätt 48
- amerikansk rätt 196 ff, 281
- engelsk rätt 176 ff, 186 ff, 193 f, 281
- fransk rätt 130, 135 f, 281
- nederländsk rätt 101 f, 103 f, 281
- svensk rätt 280 ff, 317 f, 319 ff
- tysk rätt 145 ff, 167 f, 281
Skadestånd 19, 23, 50, 77, 123 ff, 137, 141, 158
Sken, se Simulation
Skuldökning som återvinningsgrund (passivökning)
- fransk rätt 132
- nederländsk rätt 91 ff, 98 f
Specialexekution 24
- romersk rätt 51

- amerikansk rätt 200, 253
- engelsk rätt 253
- fransk rätt 131
- nederländsk rätt 88, 246, 253
- svensk rätt 39 ff, 242, 246, 252 ff, 314
- tysk rätt 144 f, 163, 246, 253

Statute of Elizabeth 173 f, 175, 186, 195
Successionsrätt, se Familjerätt
Successorskydd, se Sekundärförvärvare i god tro
Summarisk process 247
- Se även Förfarandefrågor

Säkerställande
- allmänt 71, 86 f, 108 f, 146
  - romersk rätt 49
  - nederländsk rätt 75, 82, 85
  - tysk rätt 147, 148, 151
- i efterhand
  - romersk rätt 50, 51, 265
  - fransk rätt 133
  - nederländsk rätt 85 f, 104, 108 f
  - svensk rätt 297 ff, 317
  - tysk rätt 153, 265

Talerätt
- romersk rätt 48
- fransk rätt 130 f
- nederländsk rätt 69 ff, 84
- svensk rätt 28, 248
- tysk rätt 144 f

Testamente, se Avstående från
Tredje man, se Borgenärsskydd, Sekundärförvärvare
Tredjemansavtal 82, 95, 278
Tvångsmedel, civilprocessuella 77, 79 f, 87, 100, 115, 244

Underhållsbidrag, se Familjerättsliga förfoganden
Underkapitaliserad rörelse 151, 198, 202
Underlåtenhet, se Passivitet
Undervalue-transaktion 174, 191 ff, 311
Uniform Fraudulent Conveyance Act 197 ff
Uniform Fraudulent Transfer Act 200 ff
Utbyte av egendom 92, 135, 269
Utmätning, se Specialexekution
Utomprocessuell återvinning 249 ff, 312
Utvidgad actio Pauliana 61 f

Vederlag, förvärvarens anspråk på
- romersk rätt 60
- amerikansk rätt 199, 206
- fransk rätt 139 f
- nederländsk rätt 110 ff, 116 f
- svensk rätt 292 ff

Villkorad fordran 70, 144
Wilsrecht 73, 80, 94
Vinsträkning, se Obehörig vinst
Voluntary conveyance 175, 177 f, 187
Värdeersättning, se Rättsföljder
Värdestegring 119, 157

Återbäring, se Rättsföljder
Återvinningssvarande, se Förvärvare

Motsvarigheter till nuvarande konkurslags återvinningsbestämmelser i äldre lag

KL (1987:672)	*KL (1921:225) i lydelse enl lag 1975:244*	*KL (1921:225)*
4:1	28 §	–
4:2	29 §	–
4:3	29 a §	–
4:4	29 b §	2 § 2 st
4:5	30 §	34 § och 32 §
4:6	31 §	28 §
4:7	32 §	33 § 1 st
4:8	33 §	32 a § 2 st (1944)
4:9	34 §	28 a § (1967)
4:10	35 §	29 § 1 st, 30 §
4:11	36 §	36 §
4:12	37 §	29 och 30 §§
4:13	38 §	31 §
4:14	39 §	37 § 1 och 2 st
4:15	39 a §	37 § 3 st, 29 § 2 st
4:16	39 b §	–
4:17	40 §	–
4:18	40 a §	38 §
4:19	40 b § 1 st	39 § 1 st
4:20	40 b § 2, 3 st	39 § 2, 3 st
4:21	40 c §	40 §

232 6!

ULF GÖRANSON

ÅTERVINNING UTOM KONKURS

Återvinning *utom* konkurs är ett välkänt institut utanför Skandinavien. Det har visat sig vara ett verkningsfullt medel att komma till rätta med mindre nogräknade gäldenärers försök att undanhålla tillgångar i en insolvenssituation. I studien presenteras de tre huvudformer, som kan urskiljas i västerländska rättssystem: nederländsk och fransk actio Pauliana, som har närmast kontakt med det romerskrättsliga ursprunget, tysk Anfechtung, utvecklad ur särlagstiftning på 1800-talet; anglo-amerikansk återvinningsrätt med rötter i common laws regler om fraudulent conveyances. I åtskilliga länder har under senare år även den icke konkursrättsliga återvinningen blivit föremål för moderniseringar eller reformförslag.

I en analyserande och komparativ andra del diskuteras även svensk återvinningsrätt, bl a gränsdragningen mellan onerösa och benefika rättshandlingar, bevissvårigheter rörande parternas onda tro, vederlagsanspråk och jämkning samt återvinningens systematiska ställning. Rättsjämförelserna ger anledning till kritisk granskning av åtskilliga grundläggande svenska regler, särskilt otillbörlighets- och nackdelskraven. Studien avslutas med ett förslag om att införa återvinning utom konkurs även i svensk rätt.

Ulf Göranson är t f professor i civilrätt vid Uppsala universitet.

NORSTEDTS
ISBN 91-1-887141-9