

Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat

1520

– och totalt tjugo
konkreta exempel
på forskning kring
BANKJURIDISKA TEMAN
som illustrerar vad
en resultatriktning
skulle kunna tillföra
i förmögenhetsrätten

CLAES MARTINSON

iUSTUS

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 vidare distribuera 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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

CLAES MARTINSON

Femton förmögenhets- rättsliga forskningsresultat

– och totalt tjugo konkreta exempel på
forskning kring bankjuridiska teman som
illustrerar vad en resultatriktning skulle
kunna tillföra i förmögenhetsrätten

Nr 029 Juridiska institutionens skriftserie Handelshögskolan Göteborgs universitet

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2018

Upplaga 1:1

ISBN 978-91-7737-027-7

Produktion: eddy.se ab, Visby 2018

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group, Denmark 2018

Innehåll

Notering om vetenskaplig granskning 23

Förord 25

Förkortningar 27

1 Vad är detta för en bok? 29

- 1.1 Varför en bok som denna? 29
- 1.2 Utgör boken en kritik av andra forskningsinsatser i förmögenhetsrätt? 33
- 1.3 Vilka är de tänkta läsarna? 34
- 1.4 Vad kommer läsarna att möta? 35

2 Sammanställningar av resultaten 39

- 2.1 Forskningsresultat och andra forskningsinsatser 39
- 2.2 Resultatens varierande karaktär 40
- 2.3 Kategorisering utifrån resultatens karaktär 44
- 2.4 Tematisk kategorisering av resultaten 48
- 2.5 Är det verkligen just femton forskningsresultat? 52

3 Beskrivning av resultatriktningen och ambitionerna 53

- 3.1 Inriktningen på att nå målbilden ”forskningsresultat” 53
- 3.2 Något om kriterierna för målbilden ”forskningsresultat” 56
- 3.3 Ambitionen att presentera ”forskningsresultat” 59
- 3.4 Metoderna i sammanställning 61
- 3.5 Några allmänna påpekanden kring metoderna 64

4 Förankring av ansatsen och ambitionerna och ytterligare förklaringar till dessa 69

- 4.1 Förankring av ansatsen kring forskningens relevans för det praktiska rättslivet 70

- 4.1.1 Rättsvetenskapliga insatser behöver inte vara relevanta för praktiker ... 71
- 4.1.2 ... men det kan ha ett värde även för forskningen om rättsvetenskapliga insatser blir relevanta för praktiken ... 75
- 4.1.3 ... och jag har försökt tillgodose intresset av praktisk relevans genom urvalet av forskningsfrågor 75
- 4.2 Förankring av ansatsen att inte enbart ägna forskningsinsatsen åt systematisering med hjälp av rättsdogmatisk metod 76
 - 4.2.1 Skall rättsvetenskapliga insatser bestå i systematisering med rättsdogmatisk metod? 76
 - 4.2.2 Det råder delade meningar om vad systematisering med rättsdogmatisk metod är 78
 - 4.2.3 Det råder delade meningar om det är en fördel eller nackdel att rättsvetenskapens metoder är vagt definierade 80
 - 4.2.4 En ytterligare beskrivning av rättsdogmatisk metod 85
- 4.3 Förankring av användandet av flera metoder 89
 - 4.3.1 Rättsvetare anses använda flera olika metoder ... 89
 - 4.3.2 ... men det finns få etablerade metoder i rättsvetenskapen ... 91
 - 4.3.3 ... och en utveckling av fler metoder är därför välkommen 93
- 4.4 Förankring av forskningsinriktningen – resultatinriktningen 95
 - 4.4.1 Rättsvetenskapen är inte resultatinriktad 95
 - 4.4.2 Uppfattningar om att resultatbegreppet inte passar för rättsvetenskapen 98
 - 4.4.3 Föreställningen att en användning av resultatbegreppet innebär ett angrepp på rättsvetenskapen 99
 - 4.4.4 Försvar av rättsvetenskapen är just försvar och användning av resultatbegreppet innebär inget angrepp 101

- 4.4.5 Rättsvetenskapen är mer än systematisering med rättsdogmatisk metod 105
- 4.4.6 Rättsvetenskapen kan vara mer än systematisering med rättsdogmatisk metod 108
- 4.5 En förklaring av hur forskningsinriktningen påverkar forskningen 109
 - 4.5.1 Forskningsprocessens olika led 110
 - 4.5.2 Forskningsprocessen med en tematisk forskningsinriktning 110
 - 4.5.3 Forskningsprocessen med en resultat-inriktning 112
 - 4.5.4 Jämförelse mellan forskningsinriktningarna 114
- 4.6 Förankring av ansatsen att reflektera utifrån kriterier för forskningsresultat 115
 - 4.6.1 Förankring av användandet av kriterier 116
 - 4.6.2 Svårigheter och risker med kriterier 119
 - 4.6.3 Avsikten med reflektionerna 122
- 4.7 I vilken mån har jag gjort något annorlunda i jämförelse med annan förmögenhetsrättslig forskning? 123
 - 4.7.1 Ett konkret exempel på en förmögenhetsrättslig riskanalys 124
 - 4.7.2 Ett konkret exempel på en förmögenhetsrättslig intresseanalys 127
 - 4.7.3 Ett konkret exempel på en förmögenhetsrättslig konsekvensanalys 129
 - 4.7.4 Från exemplen på likheter vidare till den fortsatta framställningen 131

5 (a) Betalning av fordran med befriande verkan efter passivitet i factoringförhållande 132

- 5.1 Forskningsfrågan – kan betalning vara befriande trots denuntiation? 132
- 5.2 Resultat (a) – denuntierade kunder som betalat fel skall under vissa omständigheter slippa betala på nytt 133
- 5.3 Metoder – intresseanalys och rättsdogmatisk utredning 134

- 5.4 Parternas typiska intressen och antaganden om varför situationen kan uppstå 134
- 5.5 Rättsdogmatisk utredning 137
- 5.6 Ytterligare om kartläggningen av intressen och normativa utsagor 140
- 5.7 Hur en norm som hanterar frågan skulle kunna konstrueras 143
- 5.8 Reflektioner kring resultatet 144

- 6 (b) Objektet för återvinning i kontokreditrelationer 147**
 - 6.1 Forskningsfrågan – vad skall återvinnas vid kontokredit? 147
 - 6.2 Resultat (b) – objektet för återvinning skall vara de insättningar som leder till minskning av en gäldenärs skuldsaldo 148
 - 6.3 Metoder – beslutsteoretisk analys och rättsdogmatisk utredning 149
 - 6.4 Analys av parternas möjligheter 149
 - 6.5 Rättsdogmatisk utredning 151
 - 6.6 Reflektioner kring resultatet 154

- 7 (C) Omfattningen av återvinning i kontokreditrelationer 156**
 - 7.1 Forskningsfrågan – hur omfattande återvinningen skall vara? 156
 - 7.2 Resultat (C) – eventuella uttag efter insättning skall beaktas 157
 - 7.3 Metoder – matematisk analys, utfallsanalys och rättsdogmatisk utredning 157
 - 7.4 Analyser beträffande relevant sammanhang i objektshänseende 158
 - 7.5 Analysen av segment och deras förhållande till omfattning/nackdel 160
 - 7.5.1 Relationen mellan flera insättningar och uttag 160
 - 7.5.2 Ytterligare om relationerna mellan insättning och uttag när minussaldot åter blir större vid ett senare tillfälle 161
 - 7.5.3 Variation med insättningar som är mindre än minussaldot 162

- 7.5.4 Variation med en följd av två likadana slags transaktioner 163
- 7.5.5 Variation där inte alla insättningar är återvinningsbara 164
- 7.5.6 Variation med oregelbunden transaktionsserie – plussaldo 165
- 7.5.7 Variation där inte alla insättningar är återvinningsbara 166
- 7.5.8 Slutsatser om mönster i segmentmodellen 167
- 7.6 Analys av nettoförbättringsmodellen 167
- 7.7 Analys av tidsperiodmodellen 170
- 7.8 Den rättsdogmatiska utredningen 172
 - 7.8.1 Det äldsta kontokreditfallet – Kreuger & Toll 1937 172
 - 7.8.2 Det näst äldsta kontokreditfallet – Stelvio 1978 174
 - 7.8.3 Ytterligare kontokreditfall o likn 175
 - 7.8.4 Doktrinutsagor i linje med tidsperiodmodellen 175
 - 7.8.5 Ytterligare utsagor i linje med tidsperiodmodellen 178
 - 7.8.6 Utsagor i linje med nettoförbättringsmodellen 178
 - 7.8.7 Lagtext 179
- 7.9 Reflektioner kring resultatet 180

8 (D) Otillbörlighetsrekvisitet och avsikt 183

- 8.1 Forskningsfrågan – hur skall avsikt tillmätas betydelse i otillbörlighetsbedömningen? 184
- 8.2 Resultat (D) – borgenärens onda tro om gäldenärens avsikt att gynna borgenären skall bidra till att göra en insättning otillbörlig 184
- 8.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och hanteringsanalys 185
- 8.4 Rättsdogmatisk utredning 186
 - 8.4.1 Otillbörlighetsrekvisitet – ett vagt rekvisit 186
 - 8.4.2 Otillbörlighetsrekvisitet och betalningar 189
 - 8.4.3 Dogmatiska utsagor om hur otillbörlighetsrekvisitet förhåller sig till andra rekvisit 190

- 8.5 Analys avseende avsiktens roll i hanteringen av otillbörlighetsbedömningen 191
- 8.6 Reflektioner kring resultatet 194

9 (E) En logiskt användbar norm för att hantera otillbörlighetsrekvisitet i kontokreditförhållanden 197

- 9.1 Forskningsfrågan – är förarbetsnormen användbar? 198
- 9.2 Resultat (E) – förarbetsnormen är logiskt användbar i kontokreditrelationer 198
- 9.3 Metoder – identifiering av karakteristika, sambandsanalys, kvantifieringsanalys och rättsdogmatisk utredning 200
- 9.4 Analys av aspekterna och hur de förhåller sig till varandra 201
 - 9.4.1 Aspekterna verkar i olika grad kvalificerande och diskvalificerande 202
 - 9.4.2 Aspekternas påverkan i förhållande till sammanhang 204
 - 9.4.3 Särskilda antaganden utifrån analysen 206
- 9.5 Analys av otillbörlighetsbedömning m h t kontokrediters karaktäristika 206
 - 9.5.1 Transaktionsmönstren följer affärshändelserna 207
 - 9.5.2 Antalet transaktioner överskrider vad som behövs för att gynna 207
 - 9.5.3 Frekvensen av transaktioner är tätare än vad som behövs för att gynna 208
 - 9.5.4 Insättningar som leder till plussaldo har en annan karaktär 208
 - 9.5.5 Möjligheterna att avbryta förhållandet med liten kreditförlust 209
 - 9.5.6 Slutsats av analysen av kontokrediters karaktäristika och otillbörlighet 211
- 9.6 Otillbörliga insättningar och normens användbarhet för att bedöma kvalifikation 212
 - 9.6.1 Hur en faktisk skuldminskning i perioden närmast konkursen principiellt förhåller sig till otillbörlighet och aspekterna 212
 - 9.6.2 Avvikande transaktionsmönster i perioden innan konkurs 213

- 9.6.3 Insättningar som gjorts i tidigare perioder än perioden närmast konkurs 213
- 9.6.4 Särskilt om minskningens storlek 215
- 9.6.5 Kvantifieringsanalyser 215
 - 9.6.5.1 *Analys kring vad som kan vara kvalificerande i tidshänseende* 215
 - 9.6.5.2 *Analys kring vad som kan vara kvalificerande i beloppshänseende* 217
- 9.6.6 Slutsats om normens användbarhet 218
- 9.7 Uppsägning av kontokredit 218
 - 9.7.1 Bankens uppsägning – ett dilemma 219
 - 9.7.2 Lösning på dilemmat 220
 - 9.7.3 Gäldenärens uppsägning 221
- 9.8 Den rättsdogmatiska utredningen av om normen för otillbörlighetsbedömning skall användas 221
 - 9.8.1 Den grundläggande förarbetsutsagan 222
 - 9.8.2 Citerad och använd i praxis 223
 - 9.8.3 Doktrinens variant 223
 - 9.8.3.1 *Ytterligare utsagor kring förhållandet mellan aspekter* 224
 - 9.8.3.2 *Avvikande utsagor* 224
 - 9.8.4 Slutsats – stöd för normen 226
- 9.9 Den rättsdogmatiska utredningen av aspekterna 226
 - 9.9.1 Tidsaspekten 226
 - 9.9.2 Beloppsaspekten 227
 - 9.9.3 Ordinärhetsaspekten 228
 - 9.9.4 Ondtrosaspekten 228
- 9.10 Reflektioner kring resultatet 229

10 (f) Lagstiftarens aktiviteter kring kontokort och riskfördelning 233

- 10.1 Forskningsfrågan – har lagstiftarens intentioner genomförts? 233
- 10.2 Resultat (f) – en säregen diskrepans mellan lagstiftarens intentioner med lagstiftningen, lagstiftningens innehåll och tillämpningen av lagstiftningen 234
- 10.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och utfallsanalys 235
- 10.4 Lagstiftarens ursprungliga intention och riskfördelning 237

- 10.5 Lagstiftarens syn på hur riskfördelningsregeln använts under de första fyra decennierna med kontokort 239
- 10.6 Lagstiftarens lagändring 2010 vilken kan förefalla vara i linje med den ursprungliga intentionen 241
- 10.7 Lagstiftarens syn på hur riskfördelningsregeln i den ändrade regleringen använts och lagstiftarens förändrade intention 243
- 10.8 Reflektioner kring resultatet 246

11 (g) Lagregleringens användbarhet för riskfördelning kring kontokort 249

- 11.1 Forskningsfrågan – var lagstiftaren realistisk? 249
- 11.2 Resultat (g) – lagstiftaren hade anledning att förvänta att lagregleringen inte skulle användas i enlighet med lagstiftarens intentioner 250
- 11.3 Metoder – hanteringsanalys 250
- 11.4 Analys av lagstiftningens förutsättningar att uppfylla intentionen 251
- 11.5 Ytterligare indikationer och reflektioner till stöd för att lagstiftaren inte haft realistiska förväntningar 254
- 11.6 Reflektioner kring resultatet 255

12 (H) Riskfördelning avseende kontokort under period då Sverige underlåtit att implementera EU-direktiv 258

- 12.1 Forskningsfrågan – normkollision? 258
- 12.2 Resultat (H) – upptäckten av en normkonflikt som kan hanteras 259
- 12.3 Metoder – utfallsanalys och konstruktiv analys 260
- 12.4 Normkonflikten 261
- 12.5 Normhierarkisk metod och resultat av denna variant av rättsdogmatik 264
- 12.6 Konstruktiv analys – vilka är lösningsalternativen? 269
- 12.7 Prioritering mellan lösningarna utifrån styrkan i argumenten 273
 - 12.7.1 Antaganden 273
 - 12.7.2 Bedömningar 274
 - 12.7.3 Lösning A 274
 - 12.7.4 Lösning B 275
 - 12.7.5 Lösning C 275
 - 12.7.6 Lösning D 277

- 12.7.7 Lösning D1 278
- 12.7.8 Lösning D2 278
- 12.7.9 Lösning D3 278
- 12.7.10 Lösning C1 279
- 12.7.11 Kan några lösningar prioriteras framför de övriga? 279
- 12.8 Argumentation utifrån utgångspunkten att avgöra hur den del av normkonflikten som innebär störst friktion skall hanteras 280
- 12.9 Reflektioner kring resultatet 283
- 13 (I) Effekterna av ett olagligt eftergivande av en fordran 286**
 - 13.1 Forskningsfrågan – har ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran har några effekter? 286
 - 13.2 Resultat (I) – ett olagligt koncernbidrag som genomförs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på sitt moderbolag har effekter 288
 - 13.3 Metoder – beslutsteoretisk analys och konsekvensanalys 289
 - 13.4 Analys beträffande koncernbidragets effekter 289
 - 13.5 Jämförelse mellan värdet av den ursprungliga fordran och anspråket på återbäring 292
 - 13.6 Konsekvens och frekvens 294
 - 13.7 Reflektioner kring resultatet 296
- 14 (J) Skall effekterna av ett olagligt eftergivande beaktas? 299**
 - 14.1 Forskningsfrågan – skall effekterna av ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran bortses ifrån? 299
 - 14.2 Resultat (J) – det finns inte relevant normativt stöd för att bortse från effekterna av att ett dotterbolag olagligen efterger en fordran på sitt moderbolag 300
 - 14.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och logikanalys 300
 - 14.4 Rättsdogmatisk utredning 301
 - 14.5 Ytterligare rättsdogmatisk utredning 303
 - 14.6 Analys av logiken för den uppställda tankegången 304
 - 14.7 Ytterligare analys av logiken – objekt 308
 - 14.8 Mer om resultatet 310
 - 14.9 Reflektioner kring resultatet 311

- 15 (K) Vilka sanktioner skall följa med värdeöverföringsansvar? 313**
- 15.1 Forskningsfrågan – vilka sanktioner skall komma i fråga vid dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran? 313
 - 15.2 Resultat (K) – skadeståndsansvar är en möjlig sanktion 314
 - 15.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, systematiseringsanalys och konsekvensanalys 314
 - 15.4 Rättsdogmatisk utredning av om bristtäckning skall anses vara den exklusiva sanktionen 315
 - 15.4.1 Lagtexten 315
 - 15.4.2 Doktrinära utsagor för en skadeståndssanktion 316
 - 15.4.3 Utsagor i rättspraxis om regleringens exklusivitet i viss mening 318
 - 15.4.4 Doktrinutsagor om exklusivitet i viss mening 320
 - 15.4.5 Ytterligare doktrinutsagor om exklusivitet i viss mening 321
 - 15.4.6 Doktrinutsagor om exklusivitet i förhållande till ABL 29 kap? 323
 - 15.4.7 Förarbetsutsagor om påföljder 325
 - 15.4.8 Slutsatser av den rättsdogmatiska utredningen 326
 - 15.5 Rättsdogmatisk utredning av riskfördelning kring olagligt överförda värden 326
 - 15.6 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen skadestånd 329
 - 15.7 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen bokföringsbrott 332
 - 15.8 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen bedrägeri 334
 - 15.9 Rättsdogmatisk utvikning avseende EU-rättslig reglering 334
 - 15.10 Analys av möjliga regleringsmönster avseende sanktioner 336
 - 15.11 Konsekvensanalys – skadeståndssanktion behövs 337
 - 15.12 Reflektioner kring resultatet 338

- 16 (L) Vad skall krävas för att undanröja värdeöverföringsansvar? 342**
- 16.1 Forskningsfrågan – hur kan värdeöverföringsansvar undanröjas? 342
 - 16.2 Resultat (L) – det finns ett antal olika rättsligt möjliga lösningar beträffande vad som skall krävas för att undgå sanktionerna av en olaglig värdeöverföring 343
 - 16.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och konstruktiv analys 343
 - 16.4 Rättsdogmatisk utredning kring läkning 344
 - 16.5 Konstruktiv analys kring alternativa krav 345
 - 16.5.1 Såväl återställande som läkning på initiativ av företrädarna 345
 - 16.5.2 Endast läkning 346
 - 16.5.3 Endast återställande, på initiativ av företrädarna 346
 - 16.5.4 Återbäringskrav från dotterbolagets konkursbo och godkännande av betalningsdugligt moderbolag 347
 - 16.5.5 Endast återbäringskrav från dotterbolagets konkursbo, mot betalningsdugligt moderbolag 347
 - 16.5.6 Automatiskt återbäringskrav vid dotterbolagets konkurs, eller senare, mot betalningsdugligt moderbolag 348
 - 16.5.7 Endast moderbolagets beslut om återställande, även efter dotterbolagets konkurs 348
 - 16.5.8 Undanröjande av den faktiska bristen innan dotterbolagets konkurs 349
 - 16.6 Reflektioner kring resultatet 349
- 17 (M) Uppsägning av kredit som leder till bolags konkurs 352**
- 17.1 Forskningsfrågan – vilken skada lider bolaget av att gå i konkurs? 352
 - 17.2 Resultat (M) – ett bolags skada av konkurs skall anses vara verksamhetens försäljningsvärde 354
 - 17.3 Metoder – relationsanalys, konsekvensanalyser och rättsdogmatisk utredning 354
 - 17.4 Konkursens effekter för de olika subjekten 356

- 17.5 Förhållandet mellan konkursens effekter för bolaget och effekterna för de övriga subjekten 357
 - 17.6 Regleringen avser subjektens relationer 360
 - 17.7 Rättsdogmatisk utredning 362
 - 17.7.1 Rättspraxis 362
 - 17.7.2 Doktrin om förlust av resurs och intrång 362
 - 17.7.3 Doktrin om positiva kontraktsintresset 365
 - 17.7.4 Slutsatser av den rättsdogmatiska utredningen – inget klart stöd 367
 - 17.8 Konsekvensanalys 367
 - 17.8.1 Konsekvenser av en marknadsvärdesmodell 367
 - 17.8.2 Konsekvenser av en reparationskostnadsmodell 371
 - 17.8.3 Konsekvenser av en återanskaffningskostnadsmodell 373
 - 17.8.4 Jämförelse och antaganden om konsekvenser 375
 - 17.9 Relevansen av syftet med skadestånd 376
 - 17.9.1 Syftet att reparera eller att försätta skadelidande i samma situation som om skadan aldrig inträffat 377
 - 17.9.2 Syftet att säkra avtalets fullgörande 379
 - 17.9.3 Syftets relevans i förhållande till andra relevanta faktorer 380
 - 17.10 Reflektioner kring resultatet 381
- 18 (N) Bedömning och bevisning avseende skada vid konkurs 386**
- 18.1 Forskningsfrågan – hur värdera en skada av att bolaget går i konkurs? 387
 - 18.2 Resultat (N) – det finns i bevishänseende anledning att värdera en skada utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs 388
 - 18.3 Metoder – beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys och rättsdogmatisk utredning 388
 - 18.4 Bedömningssvårigheterna vid värdering i efterhand 389
 - 18.5 Betydelsen av bolagsföreträdarnas val 391
 - 18.5.1 Valmöjligheten att skaffa likviditet 392
 - 18.5.2 Valmöjligheten företagsrekonstruktion 393
 - 18.5.3 Förutsättningarna för val 394

- 18.5.4 Inträffad konkurs är en betydelsefull faktor i bedömningen 396
- 18.5.5 Den övre gränsen för värdet (skadans storlek) 396
- 18.6 Relevansen av risken för irrationellt handlande 398
- 18.7 Kända faktorer som indikerar något direkt om värdet 399
- 18.8 Relevansen av faktorer som inte är kända 400
- 18.9 Rättsdogmatisk utredning 402
- 18.10 Reflektioner kring resultatet 403

19 (O) Utrymmet för skada för ett bolag vid en skadelidande handling som leder till konkurs för bolaget 406

- 19.1 Forskningsfrågan – hur stor kan ett bolags skada av en konkurs bli? 406
- 19.2 Resultat (O) – den skadegörande handlingen kan endast anses leda till en viss nivå av skada 407
- 19.3 Metoder – beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys, sambandsanalys och rättsdogmatisk utredning 408
- 19.4 Om sambanden 408
- 19.5 Skadebegränsningsskyldigheten 409
- 19.6 Sambandskravet 411
- 19.7 Analys av variabler 413
- 19.8 Reflektioner kring resultatet 414

20 (p) Samband mellan handling och effekten konkurs? 416

- 20.1 Forskningsfrågan – skall konkursrisken utesluta skadeståndsskyldighet? 416
- 20.2 Resultat (p) – skadeståndsansvar även vid skadegörande handling mot bolag med hög risk för att ändå gå i konkurs 417
- 20.3 Metoder – sambandsanalys och rättsdogmatisk utredning 417
- 20.4 Analys av hur konkursrisken i övrigt kan påverka att konkursen inträffar 418
- 20.5 Effekten av sambandet mellan konkursrisken och verksamhetens värde 420
- 20.6 Rättsdogmatisk utredning kring sambandskravet 421
- 20.7 Reflektioner kring resultatet 423

21 (Q) Skadeståndsgrundande handlande vid uppsägning av kontokredit 425

- 21.1 Forskningsfrågan – är ansvarsnormerna användbara för att hantera komplexiteten? 425
- 21.2 Resultat (Q) – norm för komplex avvägning 426
- 21.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, intresseanalys och hanteringsanalys 426
- 21.4 Den formella ansvarsgrunden 427
 - 21.4.1 Normerna om avtalet som grunden för skadestånd 427
 - 21.4.2 Normerna om skadeståndslagen som grunden för skadestånd 430
 - 21.4.3 Ansvarsgrunden behöver förstås i beaktande av kontexten 431
- 21.5 Beroendeförhållandet och bankernas dubbla roller 432
- 21.6 Kraven på att banken agerar 435
- 21.7 Beslutsunderlaget är begränsat 436
- 21.8 Betydelsen av föreliggande kreditsäkerheter 438
- 21.9 Specifikt om skälen för bedömningen att regleringen är användbar 439
- 21.10 Reflektioner kring resultatet 443

22 (R) Separationsrätt vid kontanthantering 445

- 22.1 Forskningsfrågan – vad är relevant för separationsrätt? 446
- 22.2 Resultat (R) – identifiering av sju relevanta omständigheter för separationsrättsbedömningen 447
- 22.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, systematiseringsanalys och riskanalys 449
- 22.4 Kontanthanteringsverksamhetens roll i samhällssystemet 450
- 22.5 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i en hög grad av komplexitet 454
- 22.6 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i avvikelser och oklarheter i avtalsrelationen 456
- 22.7 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i förekomsten av skillnader i relationerna med olika kunder 459

- 22.8 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i uteblivet utnyttjande av möjligheten att klargöra förhållandena senast innan obeståndet 461
- 22.9 Förekomsten av brist på medel 462
 - 22.9.1 Brist och riskfördelning 463
 - 22.9.2 Brist och värdebaserade argument 465
- 22.10 Förekomsten av brist på dokumentation 467
- 22.11 Huvudlinjer i de presenterade analyserna 468
- 22.12 Rättsdogmatisk utredning med systematisering, antaganden och bedömningar 469
 - 22.12.1 Utsagor om grunden för separationsrätt 469
 - 22.12.2 Utsagor om gränsdragning utifrån att avskiljandet är reellt 472
 - 22.12.3 Antaganden kring användbarheten hos normen om reellt avskiljande 475
 - 22.12.4 Förhållandet mellan RvmL och riskbegränsningsmöjligheten i BrB 478
 - 22.12.5 Betydelsen av att inte utnyttja riskbegränsningsmöjligheten 481
 - 22.12.6 Betydelsen av uttag, brist och bristande avsikt 483
 - 22.12.7 Betydelsen av vissa slag av uttag i en viss kontext 485
 - 22.12.8 Bevisaspekter 487
 - 22.12.9 Utrymmet för lösningar och indirekt behovet av sådana 489
 - 22.12.10 Några slutsatser beträffande det rättsdogmatiska underlaget 491
- 22.13 Reflektioner kring resultatet 492
- 23 (S) Prioritet för ”medelsomvandlare” 496**
 - 23.1 Forskningsfrågan – kan en medelsomvandlare få prioritet till överlämnade pengar? 496
 - 23.2 Resultat (S) – identifieringen av relevanta argument för att teckna en helhetsbild beträffande frågan om prioritet 498
 - 23.3 Metoder – helhetsanalys, beslutsteoretisk analys, riskanalys och rättsdogmatisk utredning 499

- 23.4 Beskrivningen uppdragsavtal och dogmer som kan följa 500
 - 23.4.1 Betaltjänstlagens relevans 501
 - 23.4.2 Dogmer om kvittning vid betalningsuppdrag 506
 - 23.4.3 Avtalsvillkor mellan banken och kontanthanteraren 508
 - 23.4.4 Transportsrättsliga dogmer 509
 - 23.4.5 Betoning av argumentationslinjen 510
- 23.5 Kvittning mot redovisningsskuld 510
 - 23.5.1 En central dogm 511
 - 23.5.2 Nyansering av den centrala dogmen 513
 - 23.5.3 Äganderättsargumentens relevans 514
 - 23.5.4 Betoning av argumentationslinjen 516
- 23.6 Relevansen av medlens status 516
- 23.7 Relevansen av återvinningsmöjligheterna 517
- 23.8 Beskrivningen kontoavtal och de dogmer som kan följa 520
- 23.9 Relevansen av att parterna kan reglera själva 521
- 23.10 Relevansen av samhällsfunktion och samhällsrisk 523
- 23.11 Relevansen av helhetsbilden 525
- 23.12 Reflektioner kring resultatet 526

24 (T) Otillbörlighetsbedömningen beträffande kontanthanterares insättningar på kontokredit 530

- 24.1 Forskningsfrågan – är förarbetsnormen användbar? (II) 531
- 24.2 Resultat (T) – normen för otillbörlighetsbedömning är även användbar när gäldenären i kontokreditförhållandet är en kontanthanterare 532
- 24.3 Metoder – utfallsanalys och konsekvensanalys 533
- 24.4 Kontokreditens funktioner och hur otillbörlighetsbedömningen kan förhålla sig till dessa 533
- 24.5 Återvinning vid separationsrätt – återvinning av överskott 534
- 24.6 Återvinning av tillskott för bristtäckning 537
- 24.7 Återvinning av insättning med ”fel del” av redovisningsmedlen 539
- 24.8 Reflektioner över resultatet 546

| | | |
|-----------|--|------------|
| 25 | Reflektioner kring mina anspråk och ambitioner med boken | 549 |
| 25.1 | Jag gör anspråk på att ha åstadkommit en förmögenhetsrättslig framställning | 549 |
| 25.2 | Jag gör anspråk på att ha åstadkommit forskning | 550 |
| 25.3 | Mitt anspråk på att ha åstadkommit forskningsresultat bör förstås i beaktande av att det handlar om en målbild | 550 |
| 25.4 | Jag antar att jag åstadkommit ett underlag för rättsteoretiska studier | 552 |
| 25.5 | Jag gör anspråk på att ha tagit ett litet steg i utvecklingen av metoder för förmögenhetsrättslig forskning | 553 |
| 25.6 | Jag har ambitionen att övertyga om att resultatriktningen kan ha effekter | 554 |
| 25.7 | Jag har ingen ambition att definiera vad som är forskning | 555 |
| 25.8 | Jag har en ambition att förändra genom att bidra till den övergripande ambitionen med forskning | 555 |
| | Referenslista | 559 |
| | Sakregister | 593 |

Notering om vetenskaplig granskning

Denna bok har genomgått vetenskaplig granskning genom s k double blind peer-review. Granskarna har varit arvoderade och de har haft fyra månader till förfogande för sin granskning. De är verksamma vid två andra universitet än Göteborgs universitet.

För Juridiska institutionens skriftserie

Andreas Moberg

Redaktör

Förord

Det har påståtts att förordet är det enda avsnittet som blir läst när det handlar om tjocka böcker i rättsvetenskap. Risken för detta är kanhända särskilt stor för en bok som är så annorlunda som denna. Därför behöver jag redan här i förordet nämna, att jag förstår att denna bok kan komma att uppfattas som ”kontroversiell”. Om boken uppfattas på så vis är det emellertid inte nödvändigtvis synonymt med något dåligt. Med tanke på att bokens centrala tema handlar om vad rättsvetenskaplig forskning kan vara, kan det ”kontroversiella” istället vara något som ger särskild anledning att läsa boken. Det beror på att det är karaktäristiskt för forskningen att den utvecklas genom insatser som utmanar invanda tänkesätt.

Jag vet inte om denna bok verkligen blir kontroversiell och inte heller om den kan bidra med något utvecklande. Vad jag kan uttala mig om är de insikter jag fått genom projektet. En insikt är central för boken. Det kan tillföra något att inrikta en förmögenhetsrättslig forskningsinsats på att nå forskningsresultat!

Hur många andra som kommer att se möjligheterna med denna forskningsinriktning kan jag emellertid bara spekulera i. Det hjälper nämligen inte att påståendet i förrföra meningens kan framstå som en truism. Redan begreppet forskningsresultat kan nämligen vara kontroversiellt när det används i rättsvetenskapen.

På grund av att boken kan bli kontroversiell är det här ett andra förord till denna bok. I det första förordet tackar jag sex namngivna personer som bistått med direkta arbetsinsatser i form av läsning och kommentarer. Jag tackar också tjugosex namngivna personer, från runt om i världen, för att de bidragit genom samtal om projektet eller kring enskildheter som jag stött på i arbetet. Det första förordet har jag emellertid bestämt mig för att spara. Risken är nämligen att jag gör dem som hjälpt mig en otjänst genom att nämna dem vid namn. Jag hoppas att ni alla ändå kan uppfatta min tacksamhet. Tack! Thank you! Kiitos! Aitäh! Danke! Tak! Takk! Merci! Grazie!

Vad jag just förklarar om risker med att associeras med boken framstår för mig själv som en oerhörd överdrift. Jag har dock fått inse att det verk-

ligen är möjligt att jag går för långt när jag med denna bok försöker peka på möjligheter för den förmögenhetsrättsliga forskningen. Det beror inte minst på mitt tilltag att använda konkretioner. Konkretionerna blottlägger nämligen tematiken på sätt som kan bli provocerande. I jämförelse med att jag skulle ha begränsat mig till en teoretisk framställning finns det därmed också mer att rikta in kritiken på. Jag sticker helt enkelt ut mer än hakan. Om jag skulle begränsat mig till generaliserande påpekanden på temat hade jag haft större möjligheter att bli uppfattad på sätt som även helt olika läsare uppfattar som någorlunda konformt med sin egen förståelse. Att undvika konkretion kan ha den fördelen. Om jag gjort ett sådant val hade jag emellertid inte själv kommit framåt från den position där jag är.

Av nämnda skäl är det med viss anspänning som jag nu lämnar ifrån mig denna bok. Samtidigt måste jag framhålla att jag från mitt perspektiv har svårt för att betrakta det jag gjort som särskilt märkvärdigt. Som jag ser det handlar det främst om att omsätta ord i handling, och teori i konkretion.

Apropå perspektiv på vad jag gjort är det två personer som jag kan tacka på samma sätt i detta förord som i det förord jag sparar för framtiden. De två personerna är de anonyma granskarna av mitt manus. Ni båda har definitivt bidragit till en förbättring av framställningen. En viktig del i denna förbättring har att göra med att ni påmint mig om att det jag presenterar kan uppfattas som något annat och mer kontroversiellt än jag trodde. För mig har det varit alldeles utmärkt att få den utmaning era skarpa och användbara synpunkter inneburit. Tack! Thank you!

Jag vill också tacka Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning. Stiftelsens insats har inte bara betytt att boken kunnat tryckas, den har också inneburit en uppmuntran under processens gång. Av samma skäl vill jag tacka för ett andra tryckningsbidrag från annat håll. Jag sätter verkligen värde på den gesten. Tack!

Av alla de personer som jag vill tacka är det en som jag kan nämna vid namn. Det beror på att han ändå själv skrivit sitt namn i boken. Tack Andreas Moberg! Du har i egenskap av redaktör för Juridiska institutionens skriftserie varit vetenskapligt ansvarig för processen med dubbelt anonym granskning. Din insats har varit både funktionell och osjälvisk. (Notera att Andreas ansvarat för granskningsprocessen och att det givetvis bara är jag ensam som skall skyllas för innehållet.)

Förkortningar

| | |
|------------------|---|
| ABL | Aktiebolagslag (2005:551) |
| ARN | Allmänna reklamationsnämnden |
| AvtL | Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| Avtalslagen | Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| Betaltjänstlagen | Lag (2010:751) om betaltjänster |
| bl a | bland annat |
| Brf | Bostadsrättsföreningen |
| Ds | Departementsstencil |
| d v s | det vill säga |
| ed / eds | editor/editors (se red nedan) |
| FT | Förvaltningsrättslig tidskrift |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR | Hovrätt |
| i o f s | i och för sig (i fotnot) |
| jfr | jämför liknande (i fotnot) |
| JT | Juridisk tidskrift |
| KonkL | Konkurslag (1987:672) |
| KöpL | Köplag (1990:931) |
| KkredL | Konsumentkreditlag (2010:1846) |
| m a o | med andra ord |
| m h t | med hänsyn till |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv, avdelning I |
| NJA II | Nytt juridiskt arkiv, avdelning II |
| p g a | på grund av |
| Prop | Proposition |
| red | Redaktör eller redaktörer |
| RvmL | Lag (1944:181) om redovisningsmedel |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok |
| SkbrL | Lag (1936:81) om skuldebrev |
| Skuldebrevslagen | Lag (1936:81) om skuldebrev |

| | |
|------|--------------------------------|
| s | sidan, alternativt, sidorna |
| s k | så kallad |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| SvJT | Svensk juristtidning |
| TfR | Tidskrift for Rettsvitenskap |
| TSA | Tidskrift för advokatsamfundet |
| u | upplaga |

1 Vad är detta för en bok?

Ett sätt att beskriva vad detta är för en bok är att hänvisa till andra liknande böcker. Jag kan peka på exempelvis Hjalmar Karlgrens Studier i allmän avtalsrätt från 1935, Håkan Nials Aktiebolagsrättsliga studier från 1935, Ulf Perssons Skadestånds- och försäkringsrättsliga studier från 1962, Torgny Håstads Studier i sakrätt från 1980, Bert Lehrbergs Uppsatser i bankrätt från 2002, och Mikael Möllers Insolvensrättsliga utlåtanden från 2016. De böckerna är liksom denna bok presentationer som bygger på ett urval av olika förmögenhetsrättsliga teman. En skillnad mellan dessa böcker och denna är emellertid att den här boken i relativt hög grad omfattar även ett annat tema. Jag redovisar nämligen också hur den forskningsinriktning jag använt haft betydelse. Därmed behandlar jag indirekt frågan om vad förmögenhetsrättslig forskning kan vara.¹

1.1 Varför en bok som denna?

Syftet med denna bok är att presentera ett antal forskningsresultat i förmögenhetsrätt på ett sådant sätt att jag samtidigt illustrerar vad en uttalad resultat-inriktning kan innebära i förmögenhetsrättsliga forskningsprojekt. Det handlar således om dubbla ambitioner.² Den centrala ambitionen är att presentera forskningsresultaten. Eftersom det handlar om förmögenhets-

¹ Jag återkommer till förebilder i detta avseende, se särskilt kapitel 4. Redan så här inledningsvis vill jag dock peka på en programförklaring som Jan Hellner gjorde redan 1969 i artikeln Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, i Festskrift till Ross, 1969 s 205–229. Han berör där vad den rättsvetenskapliga forskningen kan ta upp för frågor, vilka ”resultat” som forskningen når, vad inriktningen får för betydelse för metodval, frågan om forskningens praktiska relevans, att inriktningen på gällande rätt ”uppenbarligen” inte kan vara bestämmande för rättsvetenskapen, och lite till av sådant som jag behandlar i denna bok. Se även Jan Hellner, Civilrättsforskningen och framtiden, TfR 1975 s 393–401.

² Inte heller denna egenhet hos framställningen saknar förebilder, jfr Håkan Anderssons tanke om ”... en *dubbel uppgift*: Att penetrera både det materiella problemet med ansvarets gräns och det metodologiska problemet att skapa och använda ett arbetsprogram ...”, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 16–17. Jag har själv också tidigare arbetat med dubbla ambitioner i bland annat Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002, se särskilt kap 2 och 10. Alternativet att särskilja ambitionerna hade varit möjligt, men krävt en mycket välvillig

rättsliga resultat är boken en förmögenhetsrättslig framställning. Bokens övergripande tema har emellertid en annan karaktär. Det är visserligen relevant för förmögenhetsrättslig forskning, men det handlar om att visa vad den forskningsinriktning jag använt kan innebära för en forskningsinsats. Eftersom temat är just övergripande och jag använt det för att binda ihop framställningen, är det en viktig del av förklaringen till varför jag skrivit en bok som denna. Jag avvaktar därför med att beskriva vilka de förmögenhetsrättsliga forskningsresultaten är och återkommer till dessa, närmast i en översikt i nästa kapitel.

Bokens övergripande tema är således att visa att en viss forskningsinriktning kan vara relevant för förmögenhetsrättslig forskning. Jag vill visa detta för att jag genomfört forskningsprojektet bakom boken med hjälp av en uttalad forskningsinriktning och då funnit att denna inriktning haft intressanta effekter. Forskningsinriktningen har varit avgörande för vad jag kunnat åstadkomma och tillföra.³ Den har påverkat varje led av forskningsprocessen. Det innebär att den påverkat vilka kunskapsintressen jag haft och vilka forskningsfrågor jag ställt.⁴ Därmed har den också påverkat vilka metoder jag valt för att hantera dessa frågor. Likaså har den påverkat hur jag hanterat metoderna. Allt detta innebär i sin tur att inriktningen påverkat vad jag valt att presentera som resultat av mina insatser. Jag menar med andra ord att forskningsinriktningen har haft betydande effekter.⁵

Bakom mitt val att genomföra forskningsprojektet med en uttalad resultat-inriktning ligger en tes. Tesen är att det har betydelse att forskare gör explicita överväganden kring olika delar av forskningsprocessen. Den har att göra med att det sedan ganska länge framförts kritik mot rättsvetenskapliga studier som inte redovisar mer om de metodologiska övervägandena än att forskaren använt vad som kallas traditionell rättsdogmatisk metod. En vanlig kritik har handlat om studier som går ut på att till synes oreflekterat ”fastställa

tidskriftsredaktion som kunnat acceptera en lång rad artiklar, eller en egen bokserie, jfr Torbjörn Ingvarsson, *Fordringsrättsliga studier*, (nummer 01, *Condictio Indebiti*, 2016).

³ För att framhålla att forskningsinriktningen verkligen haft avgörande betydelse vill jag som jämförelse peka på Petri Mäntysaaris lista över ”societal and discipline-specific benefits of the new discipline”, *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017, se som en introduktion förteckningen på s 5–7.

⁴ Jag använder i denna bok termen ”kunskapsintresse” i den enkla betydelsen kunskap som en forskare är intresserad av att nå. Vad jag oftast vill belysa när jag använder termen är att det *i förmögenhetsrätten* går att ha andra kunskapsintressen än att ”fastställa gällande rätt.” Jfr Mats Glavå, *Arbetsbrist*, 1999 s 29–31. Jürgen Habermas, *Knowledge and Human Interests*, 2 u, (1968), 1978, se särskilt s 366–371, 196–213, 289–300.

⁵ Se vidare förklaring i avsnitt 4.5.

gällande rätt”. Jag har över huvud taget beaktat att det förekommer kritik mot att förmögenhetsrättsforskare inte intresserat sig för de metakognitiva frågorna kring den kunskap som forskningsprocessen ger. Kritiken har handlat om bristen på redovisning av vari forskningsinsatsen egentligen består. Det är kritik som har förefallit mig relevant,⁶ trots att det kan diskuteras om den verkligen är rättvisande.⁷ En relevant fråga är hur som helst om det är möjligt att komma längre bara genom att försöka sätta termer på företeelser som vi känner igen när det handlar om hur vi går till väga.⁸ Mitt intresse för temat beror såväl på mitt perspektiv på forskning, som på mitt sätt att betrakta kunskapsbildning utifrån pedagogiska utgångspunkter.⁹

Den övergripande ambitionen och det övergripande temat för boken har som framgått att göra med forskningsprocessen. Min redovisning av forskningsinriktningens betydelse kan antagligen leda till intrycket att boken handlar om annat än förmögenhetsrätt. Jag menar emellertid att det jag redovisar om forskningsinriktningen är relevant för forskningsresultaten som sådana. Vad jag redovisar i detta hänseende är relevant för att andra forskare skall kunna förstå vad resultaten innebär, vad resultaten har för karaktär och

⁶ Med relevant menar jag just att jag sett anledning att intressera mig för temat. Min intention är inte att åstadkomma något påbud. Jfr tanken ”Trots att jag hyser ett stort intresse för teori- och metodfrågor, är jag inte alltid övertygad om att teori- och metodavsnitt är nödvändiga eller ens önskvärda i rättsvetenskapliga monografier. ... Den använda metoden eller teorin skall ju egentligen framgå tydligt av den argumentation som förs i arbetet i dess helhet.” Marie Sandström, *Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet?*, i *Konsten att rättsvetenskap, Den tysta kunskapen i juridisk forskning*, 2004, s 223, citatet från s 234.

⁷ Beaktat exempelvis några av de förmögenhetsrättsliga doktorsavhandlingarna under det senaste decenniet: Märten Schultz, *Kausalitet*, 2007. Joel Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, 2008. Jenny Söderlund, *Konkursrätten*, 2009. Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, 2010. Niklas Arvidsson, *Aktieägaravtal*, 2010. Peter Strömgren, *Tillbehör och accession*, 2012. Johan Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen*, 2013. Daniel Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet*, 2015. Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, 2017. Likaså beaktat motsvarande anmärkningar över tid, se exempelvis: Hans Petter Graver, *Hva er rettsvitenskap?*, *TfR* 1994 s 561, se s 570–573. Jørgen Dalberg-Larsen, *Retsvitenskapen som samfundsvidenskab, i Regulering og styring*, 1989 s 35, på s 37–38.

⁸ Se exempelvis Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, 2009 s 371–373, 359, se nedan avsnitt 4.3.2.

⁹ Se avsnitt 4.2–4 för referenser. Beträffande pedagogiken därutöver exempelvis: John Dewey, *How We Think*, 1910. För ett exempel på några huvuddrag och en enkel översikt över några grunder se Karen Mann, Jill Gordon och Anna MacLeod, *Reflection and reflective practice in health professions education: a systematic review*, *Advances in Health Science Education*, 2009 s 595–621. Samt, varför inte, John Biggs, *Enhancing teaching through constructive alignment*, *Higher Education*, 1996 s 1–18, jfr John Biggs och Catherine Tang, *Teaching for Quality Learning at University*, 3 u, 1996 s 50–62.

vilka egenheter de har. En öppen redovisning av inriktningens betydelse tillför helt enkelt kvalitativa aspekter i förmögenhetsrättsligt hänseende.

Med detta sagt kan jag dock ändå inte undvika frågan, om den del av min insats som handlar om det övergripande temat, borde betraktas som forskning om forskning, och därmed som vetenskapsteoretisk forskning. Någon sådan ambition har jag emellertid inte. Jag gör inte anspråk på att ha visat något av vetenskapsteoretisk substans. Vad jag hävdar med boken är att en resultatinriktad forskningsprocess kan vara relevant i förmögenhetsrätten. Jag gör inte mer än att bidra till tesen om att det kan ha betydelse att forskare i förmögenhetsrätt gör explicita överväganden kring olika delar av forskningsprocessen.¹⁰

Av vad jag nämnt följer att jag menar att det finns anledning att presentera både de förmögenhetsrättsliga resultaten och temat om forskningsinriktningen, i en och samma framställning.¹¹ Det innebär att jag förmedlar mitt budskap om forskningsinriktningen huvudsakligen genom konkretioner. De olika konkreta exemplen kan betraktas som den metod jag använt för att svara på frågan om det tillför något till förmögenhetsrättslig forskning att använda en resultatinriktning.¹² Boken omfattar tjugo exempel för att framföra detta budskap. Åtminstone femton av dessa exempel är samtidigt relevanta bidrag till den förmögenhetsrättsliga forskningen. Det är åtminstone vad jag hävdar med bokens titel – Femton förmögenhetsrättsliga

¹⁰ Notera att jag förvisso arbetat med frågan om huruvida det tillför något till förmögenhetsrättslig forskning att använda en resultatinriktning. Hade jag med det övergripande temat haft ambitionen att vetenskapligt visa något skulle nämnda fråga också utgjort forskningsfrågan. Jag hade då dock gjort andra val beträffande metod, se fotnot strax nedan.

¹¹ Jfr ”En metodisk och metodologisk debatt kan aldrig i längden fortgå utan konkreta forskningsexempel.” Matti Mikkola, *Teser om rättsvetenskaplig forskning*, TFR 1981 s 273, på s 302.

¹² Som nämnts menar jag att metoden är otillräcklig för att föranleda ett anspråk på vetenskaplighet. Med detta menar jag emellertid inte att det helt saknas förutsättningar för ett sådant anspråk. Vad jag gjort skulle kunna sägas ha vissa likheter med delar av samhällsvetenskapliga metoder. Som kommer att framgå har jag arbetat med ett material ur vilket jag kunnat identifiera intressanta kunskapsintressen och forskningsfrågor som haft potential att leda till forskningsresultat. I mina avsnitt om kunskapsintresse, forskningsfrågor, metod och reflektion har jag redovisat en del av hur jag agerat i detta avseende. Jag har behövt gå fram och tillbaka mellan material och analys. Reflektionsavsnitten innebär också att jag i viss mån redovisar hur jag ser på de teoretiska och praktiska implikationerna av vad jag gjort, bland annat i förhållande till vad som redan gjorts. Processen har därtill inneburit att jag arbetat med en dynamisk målbild för att vara öppen för vad materialet skulle kunna leda till för teoretiska förklaringar. Jag ser dock ändå anledning att inte göra något anspråk på att vetenskapligt ha visat vad jag hävdar om forskningsinriktningen. Jfr, för både likheter och skillnader, exempelvis Barney Glaser och Anselm Strauss, *The Discovery of Grounded Theory*, 1967. Kathy Charmaz, *Constructing Grounded Theory*, 2006.

forskningsresultat. Jag återkommer till nyanserna i detta anspråk, på flera olika ställen i framställningen.

1.2 Utgör boken en kritik av andra forskningsinsatser i förmögenhetsrätt?

Vad jag förklarar i föregående avsnitt är att den forskningsinriktning jag använt haft effekter. Likaså har jag förklarar att en del av bakgrunden till projektet är kritik som riktats mot andra framställningar. Därtill har jag använt en uttalad inriktning på att nå ”forskningsresultat” vilket kan uppfattas som att jag gör anspråk på att definiera vad som skall anses vara forskning. Vad jag gjort kan därför uppfattas som ett ifrågasättande av forskningsinsatser som andra gjort. En relevant fråga blir därmed om avsikten med boken är att kritisera annan förmögenhetsrättslig forskning?¹³

Det finns onekligen en risk att denna framställning uppfattas som sådan kritik. Vad jag gjort kan antagligen rent av uppfattas som provocerande. Att i den förmögenhetsrättsliga forskningen använda en uttalad målsättning att nå forskningsresultat är främmande. Antagligen är det så främmande att det kan finnas läsare som till och med kommer att ifrågasätta om jag själv verkligen gjort en forskningsinsats. De menar kanhända att min inriktning på att nå forskningsresultat lett till något så avvikande att det inte passar in i föreställningarna om rättsvetenskap. Till saken hör då att min begreppsanvändning kan uppfattas som att jag inte förstätt de vetenskaps-teoretiska rönen om att samhällsvetenskaperna behöver befria sig från den begreppsapparat som byggts upp för annan forskning än rättsvetenskapen.¹⁴ Jag avviker helt enkelt från konventionen. Av dessa skäl kan det finnas läsare som menar att det jag redovisar inte är förmögenhetsrättslig forskning. De kommer kanske att anse att jag använt fel utgångspunkter, att jag gått till väga på ett bristfälligt sätt, eller att de resultat jag redovisar inte är tillräckligt rättsligt relevanta, etc.

Vad jag härmed pekat på är risken för att denna bok kan uppfattas som att jag exkluderar vad andra forskare gjort samtidigt som det finns en risk för att andra forskare kommer att exkludera vad jag gjort.¹⁵ Denna ömsesidiga exklusion innebär ett spänningsfält. Fältet får sin laddning av frågan om

¹³ Det finns förvisso en rad ifrågasättanden av rättsvetenskapens vetenskaplighet, se avsnitt 4.4.

¹⁴ Se vidare avsnitt 4.4, och exempelvis litteraturöversikten i Jürgen Habermas, *Samhällsvetenskapernas logik*, Daidalos, (1970), 1994, notera s 13.

¹⁵ Jfr Svein Eng, *U/enighetsanalyse – med särskilt sikte på jus og allmenn rettsteori*, 1998 s 246–252.

vad som skall anses vara rättsvetenskap? Jag anser att det är en intressant fråga. Som jag redovisar i boken är jag inte ensam om det.

Min avsikt med denna bok är emellertid inte att svara på frågan om vetenskaplighet. Avsikten är heller inte att åstadkomma vare sig någon definition av forskning eller något ifrågasättande av vad andra forskare gjort. Vad jag vill är bara att illustrera vad en forskningsinriktning mot en viss målbild kan leda till. Jag har nämligen funnit den inriktning jag använt mycket användbar.

Vad olika läsare väljer att läsa in i min presentation återstår emellertid att se. Jag vill bara nämna att jag har förstått att det finns en risk att den antydda spänningen blir dramatisk. Möjligen blir detta fallet oavsett om jag når fram med mina intentioner. Spänningsförhållandet är därför ett tema som jag återkommer till upprepade gånger. Jag gör det för att jag anser mig behöva uttrycka mina avsikter på flera olika ställen i texten, och med aningen olika nyanser. På detta sätt kan jag förhoppningsvis övertyga de olika läsarna om mina intentioner.

1.3 Vilka är de tänkta läsarna?

Framställningen har som nämnts ett dubbelt syfte. Det innebär att den inte är renodlad till vad förmögenhetsrättsligt intresserade läsare känner igen. Boken innehåller helt enkelt inte en tematisk systematisering av gällande rätt. I den mån någon istället läser boken på grund av ett renodlat intresse för forskningsinriktningar, eller för kriterier för forskning, får jag också medge att boken heller inte är anpassad för en sådan läsare. Jag behandlar visserligen temat forskningsinriktning och jag använder kriterier avseende rättsvetenskapliga resultat, men boken är inte anpassad för en läsare som söker en framställning som är renodlad till dessa teman. Boken passar i första hand de läsare som inte vill ha renodlingen, utan istället just de förmögenhetsrättsliga resultaten redovisade tillsammans med de aspekter av forskningsinriktningen som är relevanta för forskningsresultaten. Att framställningen inte i lika hög grad passar de läsare som vill ha renodling, är emellertid något jag försökt beakta. Läsarna som vill ha renodling är nämligen alltför intressanta att nå för att jag inte skall anstränga mig för att försöka nå dem. Jag har därför vidtagit en rad åtgärder kring framställningen

för att underlätta för dem. Förhoppningen är att jag i utbyte från dessa läsare får deras förståelse för mina val.¹⁶

Som författare har jag förstås tänkt på vilka kategorier av läsare jag riktar mig till. Jag har också gjort antaganden om vilka kategorier av läsare det kan bli fråga om. En kategori är forskare i förmögenhetsrätt som är intresserade av vad resultatniriktning kan innebära. I denna kategori har jag placerat forskare som jag vet samarbetar med forskare i andra vetenskaper och som har uttryckt behov av reflektioner kring hur rättsvetenskapen kan passa in i ämnesöverskridande projekt.¹⁷ Till den kategorin hör också de som intresserar sig för en utveckling vid sidan av den rättsvetenskapliga monografitraditionen med tematiska framställningar över normstrukturen. Det är ett intresse som jag flera gånger stött på. En annan kategori av läsare kommer att vara intresserade bara av ett visst forskningsresultat, för att det är användbart i ett eller annat sammanhang. Det kan handla om såväl forskare som praktiskt verksamma jurister. För denna kategori av läsare kan boken bli en artikelsamling i förmögenhetsrätt. Det kan möjligen också finnas en tredje kategori av läsare med rättsteoretiskt intresse. De kan förhoppningsvis vilja ta del av vad jag redogör för om betydelsen av forskningsinriktning, metodologisk redovisning och reflektioner kring forskningsresultat. Kanske kan det handla om rättsteoretiker som är intresserade av frågor kring vad begreppet forskningsresultat kan användas till och vad det ställer till med. Jag har också spekulerat i en fjärde kategori av läsare. De vill kanhända ta del av exempel på att rättsvetenskapliga forskningsresultat inte behöver handla om att fastställa gällande rätt och inte ens ha syftet att vara normativa. Dessa läsare kan ha varierande bakgrund och de behöver inte nödvändigtvis vara jurister.

1.4 Vad kommer läsarna att möta?

Efter denna inledning är nästa steg i att få fram mitt budskap att jag presenterar en sammanställning över resultaten. Jag har gjort en tematisk kategorisering och en kategorisering beroende på resultatens karaktär. Kategoriseringarna

¹⁶ Det finns förstås uppfattningar om vad som är gångbart i framställningshänseende, se exempelvis Øyvind Ravna, *Hvordan skrive bedre rettsvitenskap*, *Kritisk Juss*, 2009 s 307–319.

¹⁷ "... the very least we as legal researchers could do, is to use the speculative freedom, for the time being still at our disposal, to try to develop exciting theoretical transdisciplinary ideas." Bart Du Laing, *Promises and Pitfalls of Interdisciplinary Legal Research*, i Mark Van Hoecke, ed, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, 2011 s 255–256. Se även Claes Sandgren, *On Empirical Legal Science*, *Scandinavian Studies in Law*, 2000 s 445–482.

ger en överblick över vad boken omfattar. Läsaren får helt enkelt en första presentation av resultaten tillsammans med en övergripande spegling av resultatens karaktär. Förhoppningsvis underlättar denna överblick för läsare med renodlat intresse av ett eller annat ovan nämnt slag.

I ett därpå följande steg förklarar jag ansatsen och ambitionerna. Jag förklarar varför jag valt att genomföra ett projekt där jag inriktat mig på att nå vad jag föreställer mig som resultat. Där förklarar jag att jag med denna inriktning behövt reflektera över vad det är som gör att något är värt att hävda som ett resultat av forskning. Jag redovisar också en sammanställning av vilka metoder jag har använt och ambitionsnivån som jag haft med dessa.

För att visa i vilken mån jag menar att det går att förankra vad jag gjort, redovisar jag därefter en del utsagor och referenser som jag relaterat till i min ansats och mina ambitioner med projektet. Kapitlet motsvarar mer eller mindre vad som hade kunnat vara fotnoter till föregående kapitel, men jag har valt att utveckla denna del särskilt för att inte belasta det centrala i mitt budskap. Jag återkommer till hur olika läsare kan hantera detta kapitel.

Huvuddelen av boken ägnar jag därefter åt de olika forskningsfrågorna. Jag presenterar där resultaten och de specifika analyserna bakom resultaten. Denna del av boken omfattar tjugo kapitel och ett stort antal sidor. Jag presenterar i varje kapitel ett resultat. Olika läsare kommer att vara mer eller mindre intresserade av de olika resultaten eftersom de härrör från flera olika områden av förmögenhetsrätten. För de läsare som inte vill ta del av hela boken medger upplägget emellertid valmöjligheter. Det är inte nödvändigt att läsa alla kapitel för att förstå bokens övergripande tema. Läsarna kan välja mellan resultat beroende på intresseinriktning. Det finns resultat som rör såväl vardagliga som mer komplexa fenomen. Det mest vardagliga fenomenet är antagligen förlust av kontokort och det mest komplexa fenomenet kontanthanterarnas verksamhet. Samtidigt är resultaten inte nödvändigtvis begränsade till just sin specifika kontext. Såväl de vardagliga som de mer särpräglade fenomenen leder till resultat som kan ha relevans också i andra sammanhang.

Jag vill understryka vad jag ovan nämnt om att urvalet utgör en variation av resultat. En del av de resultat som jag redovisar kan exempelvis framstå som självklarheter. Egenheter av detta slag är något som jag tar upp explicit, inte minst i mina specifika reflektioner kring respektive resultat. Jag har på flera ställen också pekat ut var det finns anledning att gå vidare än vad jag gjort. För att därtill även på ett annat sätt få fram vad jag tänker kring resultatets kvalitativa nivå, pekar jag i flera kapitel på hur jag själv betraktar vad jag gjort i förhållande till vad andra forskare i förmögenhetsrätt gjort. Jag

tror att en del av de läsare jag hoppas på, kan ha hjälp av att jag också förklarar från en sådan utgångspunkt, som antagligen någotsånär kan motsvara deras. Förhoppningsvis får läsaren därmed ett förtroende för mina avsikter som är tillräckligt för att dessa kommentarer inte skall missuppfattas. Det finns nämligen en risk att mina betraktelser av vad jag gjort uppfattas som kritik mot vad andra forskare gjort. Jag hoppas dock att det blir tydligt att min avsikt bara är att förklara hur jag ser på vad jag gjort.

Beträffande de tjugo resultatkapitlen ligger en del av valmöjligheterna för läsaren i att jag inleder varje kapitel med en redovisning av det resultat som jag presenterar i kapitlet. Därefter visar jag hur resultaten har nåtts genom att redogöra för hur jag gjort. Jag avslutar varje kapitel med mina reflektioner kring om jag betraktar resultatet som ett "forskningsresultat" eller något annat.

Jag vill gärna peka på att en fördel med formatet är att läsaren i inledningen av varje kapitel får veta vad resultatet i kapitlet är och vilka metoder jag använt för att nå detta. Läsaren kan därför enkelt bilda sig en uppfattning om han eller hon är intresserad av att läsa hur jag nådde resultatet och vilken specifik analys som ligger bakom. När läsaren blir intresserad ett resultat av visst slag och vill bedöma resultatets kvalitet kan läsaren läsa kapitlet i sin helhet. En läsare som tänker använda ett resultat till något har anledning att läsa vad jag redovisar som stöd för resultatet.

Jag avslutar boken med några ytterligare reflektioner kring mina avsikter och ambitioner med boken. Detta sista kapitel knyter an till kapitel 4.

Med detta första kapitel har jag presenterat boken. Kanske är det några läsare som i detta skede helst vill ha ett svar på frågan om varför jag genomfört detta projekt med den resultatnriktning som jag använt. Avsnitt 1.1 ovan är avsett att tillfredsställa detta behov, men det är kanhända otillräckligt som svar för dessa läsare. Jag föreslår i så fall att de härnäst läser avsnitt 4.5, innan de fortsätter med kapitel 2, 3 och 4, osv. Så kallad tjuvläsning är, termen till trots, över huvud taget helt osanktionerad. Såvitt jag kan bedöma innebär sådan läsning i varje fall knappast att någon dramaturgisk poäng går förlorad. I den mån framställningen har potential att innebära någon form av drama, exempelvis på grund av det spänningsförhållande som jag omnämnt i avsnitt 1.2, antar jag att det dramat skapas ändå. Ett eventuellt drama är nämligen i hög grad beroende av läsarens utgångspunkter och associationer. I den mån det finns någon ökad risk med att inte följa dispositionen har den snarare med selektiv läsning att göra än med dramaturgin. De forskningsinsatser och forskningsresultat som jag presenterar i de olika kapitlen är olika i flera avseenden. Det kan finnas skäl att påpeka att det även

gäller nivån. En selektiv läsare som råkar välja ut kapitel med enkla insatser och enkla resultat, får antagligen en missvisande bild. Kanske kan jag därför nämna att kapitlen om de enklare insatserna i högre grad är redovisade i de tidiga kapitlen och att de mer avancerade är utspridda.

2 Sammanställningar av resultaten

I detta kapitel ger jag en första presentation av resultaten tillsammans med en övergripande spegling av resultatens karaktär. Härigenom kan läsaren få en första bild av vad jag menar med resultat och samtidigt en bild av vilka ämnesmässiga teman som det går att läsa om i boken. Närmare bestämt handlar det om några frågor kring återvinning, separationsrätt, redovisningsskyldighet, bristtäckningsansvar, uppsägning av kontokredit, obehörigt användande av kontokort och lite till. Eftersom detta är teman från vad som betraktas som olika delområden av förmögenhetsrätten finns det anledning att dela in resultaten i kategorier. Jag redovisar i detta kapitel några tankar kring sådana kategoriseringar. Avsikten är att ge läsaren en överblick över den forskning jag redovisar i boken.

2.1 Forskningsresultat och andra forskningsinsatser

Jag redovisar i boken femton resultat som jag menar uppfyller den målbild jag ställt upp. Det är dessa femton som jag, i linje med bokens huvudtitel, kallar för forskningsresultat. Härutöver redovisar jag fem resultat som jag inte menar uppfyller min målbild. Dessa fem benämner jag resultat. Som följer av bokens undertitel innebär detta dock inte att jag utesluter dem från vad jag anser bör betraktas som förmögenhetsrättslig forskning. Vad de därmed bör kallas anser jag inte att jag behöver avgöra, men resultat, forskningsinsatser, forskningsunderlag och forskningstester, ser jag som några alternativ. Det väsentliga i sammanhanget är dock att de inte uppfyller den målbild som jag ställt upp i detta projekt. Jag vill poängtera att jag tror att de ändå kan ha något att tillföra för de allra flesta läsare som intresserar sig för de respektive teman som de omfattar.

En anledning till att jag redovisar både forskningsresultat och andra resultat är att redovisningarna fungerar som jämförelser med vad jag reflekterar över som forskningsresultat. Jämförelsemöjligheten skall bidra till den bild jag vill ge av möjligheterna att inrikta rättsvetenskaplig forskning på att just den målbild jag benämnt som forskningsresultat. Även de resultat som

inte utgör forskningsresultat är således relevanta för framställningen. De sätter de angränsande frågorna i boken i sammanhang.

Med detta nämnt vill jag återkomma till det faktum att begreppet forskningsresultat kan väcka uppmärksamhet i rättsvetenskapliga sammanhang. Jag antar att mitt användande av termen forskningsresultat kan komma att väcka reaktioner. Vad jag beskriver kan antagligen uppfattas som att jag klassificerar vissa insatser som forskning, och därmed som vetenskap, medan de övriga blir något annat än forskning, och därmed något annat än vetenskap. Så går det att läsa vad jag gjort. Det är rent av möjligt att det inte går att läsa min text på något annat sätt. Vad jag är ute efter är emellertid något annat.¹⁸ Jag vill bara få ut de effekter som en viss inriktning av forskningsinsatserna kan innebära. Det handlar om att inrikta arbetsinsatserna på vad forskaren själv ställer upp som målbild.

Jag redovisar min målbild i nästa kapitel och jag utvecklar där varför jag benämnt denna målbild ”forskningsresultat”. Huruvida denna målbild kan användas för att definiera vad rättsvetenskaplig forskning är, har ganska lite med denna framställning att göra. Jag är, som jag förklarat, inte ute efter att exkludera. Tvärt om är jag ute efter att försöka inkludera något. Vad jag gör är att försöka övertyga om att den forskningsinriktning jag använt har potential att betraktas som ett tillskott till den förmögenhetsrättsliga forskningen. Bokens undertitel är som framgått – och totalt tjugo konkreta exempel på forskning kring bankjuridiska teman som illustrerar vad en resultatinriktning skulle kunna tillföra i förmögenhetsrätten. Den är avsedd att understryka både tanken om tillskott och att det inte handlar om att exkludera.

2.2 Resultatens varierande karaktär

De resultat som jag redovisar är av varierande karaktär. Några av de resultat jag presenterar är normativa på relativt traditionellt sätt. Det handlar exempelvis om att en viss aspekt skall beaktas i en viss typ av bedömning, eller om att jag identifierat vissa argument som relevanta för lösningen av en specifik rättsfråga. Likaså kan det handla om vad som skall anses vara objektet i en viss intresse motsättning. Ett par andra resultat handlar om att just objektet för en reglering inte kan omfatta mer än en viss nivå. Det beror på att objektet helt enkelt har en viss karaktär som kan påverka den rättsliga lösningen. Jag har också nått några resultat som handlar om vissa

¹⁸ Se vidare avsnitt 3.1–3, 4.4–6 och kapitel 25.

normers användbarhet för vissa situationer. De resultaten angränsar till en annan typ av resultat som handlar om lagstiftarintentioner och lagstiftarens befogade förväntningar. Ett ytterligare resultat består i underkännandet av vissa argument i en viss rättsfråga. Jag redovisar också resultatet att det p g a vissa informationsförhållanden finns anledning att bedöma bevisningen kring en viss typ av skada på ett visst sätt. Ett ytterligare exempel på resultat består i en upptäckt. Det finns ett visst fall av normkonflikt där EU-direktiv, svensk lag, normativa utsagor i förarbeten och rättstillämpningen pekar i olika riktningar.

För att ytterligare karaktärisera resultaten vill jag nämna att jag haft ambitionen att resultaten skall kunna vara till såväl teoretisk som praktisk nytta. Det handlar om normativt möjliga lösningar på rättsfrågor som ingen tidigare konstruerat någon lösning för. Likaså handlar det om delar av lösningar och om vederläggande eller förbättringar av lösningar som andra tidigare konstruerat. Jag menar också att det finns resultat som innebär tillskott till förståelse av rättsliga fenomen. Exempelvis redovisar jag förståelse som som kan bidra i tvisthantering på sätt som har potential att vara mer användbart än utlåtanden om gällande rätt. Resultaten kan också bidra till mer genomarbetad reglering, inte minst i form av förbättrade standardvillkor. Likaså finns det rättstillämpningsbeslut som med fördel kan sättas i perspektivet av några av mina resultat. Detsamma gäller för en del slutsatser i doktrin. Resultaten bör också kunna ligga till grund för ytterligare forskning.

I den allmänna beskrivningen av resultatens karaktär vill jag poängtera att mina forskningsinsatser handlar om något annat än att ”fastställa gällande rätt”. Vad jag gör är att tillföra andra slags resultat. I flera fall är de visserligen normativa, men det innebär inte att de handlar om att fastställa gällande rätt. Jag ser nämligen tankegången att fastställa gällande rätt som en missriktad ambition.¹⁹ Tanken på att fastställa gällande rätt är

¹⁹ Jfr David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 u, 1993 s 24–26, där de i lärobokssammanhang menar att formuleringen gällande rätt reser fler spørsmål än den ger svar, varför de; ifrågasätter hur vi kan få vetenskaplig kunskap om gällande rätt, i princip konkluderar att vi inte kan få det, men ändå upprätthåller föreställningen om att det är vad rättsvetenskapen försöker nå kunskap om. Jfr David Roland Doublet, *Retten, vitenskap og fornuft*, 1995, särskilt s 538–540. Jfr däremot Jan Fridthjof Bernt, *Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren*, i *Festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s 259, på s 270. Likaså Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, 2009 s 408–410. Annan vinkling Henrik Zahle, *At forske ret*, 2007 s 165–168.

med mitt synsätt vilseledande.²⁰ Detta är helt enkelt en av mina grundpositioner.²¹

Jag vill samtidigt påpeka att jag heller inte ägnar mig åt prognoser av hur domare kommer att döma. Mina resultat går inte ut på att göra sådana prognoser. Min ambition är en annan. Det beror inte på att jag menar att en sådan ambition skulle leda till något annat än en rättsvetenskaplig insats, utan bara på att jag bedrivit förmögenhetsrättslig forskning som handlat om andra resultat. Att det handlar om andra resultat beror på att projektet handlat om andra kunskapsintressen, andra forskningsfrågor och delvis andra metoder än de som blir aktuella om resultaten skall vara prognoser.

Det faktum att jag inte inriktat forskningsinsatserna på att ”fastställa gällande rätt” eller göra prognoser av hur rättstillämpare skulle agera är ett väsentligt karaktäristika för vad jag gjort. En läsare som har en föreställning om att rättsvetenskap går ut på sådant och därför läser även denna bok utifrån ett sådant synsätt, kommer att ha svårt att förstå vad jag skriver. Det är möjligt att det ställer till problem med tanke på hur fast föreställningar som dessa är rotade.²² Jag skall inte här visa hur fast rotade de är, utan bara med ett skämt illustrera hur denna fastrotning kan te sig:

²⁰ Här vill jag hänvisa till flera av de andra referenser som jag anger i kapitel 4, men en särskilt klaggörande framställning på temat är Mats Glavå och Ulf Petrusson, *Illusionen om rätten*, i *Minneseminar for David Roland Doublet 1954–2000*, 2002 s 109–151. Jag vill också peka på Håkan Gustafssons konkluderande retoriska fråga om fiktionen gällande rätt är värd priset, *Rättens polyvalens*, 2002 s 91–92.

²¹ Härmed skulle jag riskera att mötas av ”förvåning, sträng kritik och i värsta fall kollegornas föraktfulla tystnad”, eftersom de anser det vara ett grundantagande att gällande rätt utgör ”juridikens” forskningsobjekt, se Aleksander Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995 s 325. Hela denna bok är dock en förklaring som borde påverka åtminstone risken för förvåning. Med mina illustrationer i form av resultatkapitlen 5–24 hävdar jag att det i varje fall inte är irrelevant att rättsvetenskapen ägnar sig också åt annat än utsagor om gällande rätt, av traditionellt snitt. I den mån jag ändå möter sträng kritik och kollegornas föraktfulla tystnad, för att de trots denna bok menar att gällande rätt utgör rättsvetenskapens forskningsobjekt, tror jag inte att jag hade kunnat förebygga de reaktionerna på något enkelt sätt. Det hade i varje fall inte räckt med ett abstrakt förklarande avsnitt av sådant slag som jag i kapitel 4 använder för en del övriga frågor. Min ambition är dock inte att redovisa en forskningsats i frågan om gällande rätt. Vad jag vill är just bara att hävda att inte är irrelevant att rättsvetenskapen ägnar sig också åt annat än att konstruera utsagor om innehållet i fiktionen gällande rätt.

²² Jag har i arbetet med denna bok haft särskild anledning att notera hur vanligt det är med framställningar som i huvudsak handlar om att författarna försöker förklara hur och varför rätten gäller. Som forskningsambition är det givetvis relevant och studierna kan vara både givande och intressanta, men med mitt synsätt hade jag haft svårt att använda den forskningstes som ligger bakom.

– ”Om en rättsvetenskaplig forskare inte forskar om gällande rätt, vilken rätt forskar hon då om? Den rätt som inte gäller?”

Min position är knappast särskilt anmärkningsvärd. Det finns givetvis olika kunskapsintressen bakom den forskning som kallats rättsvetenskaplig. I den mån det finns något anmärkningsvärt i sammanhanget är det istället föreställningar om att rättsvetenskapen bara skulle ha ett enda kunskapsintresse, vare sig det nu kallas gällande rätt eller prognos.

”I stedet for å sig at prognosteorien bygger på en feilaktig oppfattelse av *retten*, bør innvendingene heller rettes mot at den gir et misvisende bilde av *rettsvitenskapen*. Rettsvitenskaplige forfattere gjør mer enn å forutsi dommeratferd, og det er sjelden de formulerer sine utsagn som slike forutsigelser. Dessuten er det kunstig å bruke et slikt krav for å skille mellom de ulike deler av rettsforskeres aktivitet, og si at de deler som går på forutsigelser er vitenskap, mens de andre ikke er det. Hvis man knytter vitenskaplighet ikke til karakteren av utsagn, men til at det brukes anerkjente metoder for kartlegging, beskrivelse og analyse av et materiale, vil det kunne hevdes at forutsigelser ikke engang behøver å utgjøre kjernen av den rettsvitenskaplige aktivitet.”²³

Olika kunskapsintressen kan, givetvis, leda till betydande skillnader för den rättsvetenskapliga forskningen. Enkelt uttryckt blir insatsen mer realistisk om kunskapsintresset är att kunna förstå och förklara sådant som normativa utsagor, reella eller antagna samband, möjliga effekter och konsekvenser, etc. En del av dessa kan visserligen bestå i icke underbyggda antaganden och på så vis utgöra fiktioner. Det handlar dock om en annan nivå av fiktion än den nivå som fiktionen ”gällande rätt” utgör. Gällande rätt är en överfiktion. En användare av överfiktionen riskerar att förlora uppmärksamheten på i vilken mån överfiktionen är uppbyggd av andra fiktioner. Användaren riskerar därmed att inte ens uppfatta andra kunskapsintressen än de som går ut på att bidra till odlandet av överfiktionen. Gällande rätt är en överfiktion som rent av kan skymma förståelsen för vad normer spelar för roll. Jag menar därför att det just i rättsvetenskapen blir särskilt tydligt hur avgörande kunskapsintresset är för forskningsinsatsen och resultaten.

För de resultat som jag presenterar är ett väsentligt karaktärsdrag att flera av dem inte ens är normativa. De omfattar således inget anspråk på att peka ut hur en rättstillämpare skall agera. Istället har de bakgrund i andra slag

²³ Hans-Petter Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, TfR 2001 s 429, citatet på s 461.

av kunskapsintressen. De följer av en bredare ambition som handlar om att helt enkelt nå kunskap. Med tanke på den dominans som de normativa ambitionerna traditionellt har haft i förmögenhetsrätten, ser jag det som väsentligt att visa exempel på just dessa andra slag av forskningsresultat. Rättsvetenskapen har större potential än att bara åstadkomma normativa utsagor. Jag hoppas därför på särskild förståelse, för just dessa, de icke normativa resultaten. Som jag ser det är de särskilt intressanta från ett allmänt perspektiv på rättsvetenskap.

En följd av den forskningsinriktning jag haft i projektet är att jag bidrar med analyser av flera olika slags frågor. Jag ser ett värde i att presentera analyserna av frågorna samlat i en och samma framställning. Variationerna som de olika frågorna ger är avsiktliga. Jag vill illustrera olika aspekter och möjligheter kring forskning. Som jag redan antytt menar jag att det är missvisande att tänka sig förmögenhetsrättslig forskning som enbart producent av lösningar på rättsliga problem. Min förhoppning är att variationen i de olika kapitlen kommer att göra detta tydligt för läsaren. Jag hoppas kunna visa att även slutsatser som förefaller ha ganska liten relevans för hur ett rättsligt problem skall lösas, skulle kunna framhållas som forskningsresultat.

2.3 Kategorisering utifrån resultatens karaktär

Utifrån de resultat jag gjort kan det fungera att karaktärisera dem med hjälp av en indelning i fem kategorier. Jag räknar också med underkategorier eftersom det tydliggör att även resultaten i samma kategori har olika karaktäristika. I uppställningen nedan har jag i kolumnen till höger gjort markeringar för hur många resultat jag gjort i varje kategori. De femton resultat som jag anser utgöra "forskningsresultat" är markerade med *versal* och de andra fem resultaten är markerade med *gemen*. (Som nämnts innebär terminologin bara att vissa insatser uppfyller den målbild jag ställt upp medan andra inte gör det.) Bokstäverna markerar också i vilken ordning resultaten presenteras i boken. Resultat a presenteras i kapitel 5, resultat b i kapitel 6, resultat C i kapitel 7, osv.

| Kategori | Resultat/Forskningsresultat |
|---|-----------------------------|
| 1) Normativ utsaga | |
| – Normativ utsaga om hur en norm skall användas i en viss kontext: | a D K p |
| – Normativ utsaga om det rättsliga objektet: | b J M |
| – Normativ utsaga om förekomsten av flera olika rättsligt möjliga lösningar: | L |
| 2) Logisk slutsats | |
| – Logisk slutsats om det rättsliga objektet: | C I O |
| – Logisk slutsats om vissa bevisförhållanden: | N |
| 3) Identifiering | |
| – Identifiering av att viss aspekt skall beaktas i en viss typ av bedömning | R |
| – Identifiering av argument som är relevanta för hanteringen av en viss rättsfråga: | S |
| 4) Bedömning | |
| – Bedömning av normers användbarhet för vissa förhållanden/situationer: | E g Q T |
| – Bedömning av lagstiftarens intentioner och lagstiftningens utfall i visst avseende: | f |
| 5) Upptäckt | |
| – Upptäckten av en normkonflikt: | H |

Med sammanställningen går det att peka på att den största andelen av resultaten, åtta av tjugo, hamnat i kategorin *normativa utsagor*. Vad jag åstadkommit är således i hög grad sådana utsagor. I jämförelse med tanken på en rättsvetenskap som sysslar med att ”fastställa gällande rätt”, har en betydande del av mina resultat med andra ord hamnat i den kategori som ligger närmast denna tanke. Det handlar om resultat av mer eller mindre gängse rättsvetenskapligt slag. Samtidigt kan det noteras att tre av de resultat som jag placerat i denna kategori är sådana att jag inte bedömer dem som forskningsresultat. Det är inte alls märkligt i beaktande av att det går att göra många slags normativa utsagor.²⁴

²⁴ Huruvida normativa utsagor över huvud taget skall anses vara vetenskapliga är ett ytterligare tema, se exempelvis Jaap Hage, *The Method of a Truly Normative Legal Science*, i Mark Van Hoecke, ed, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* 2011.

En annan betydande kategori, med fyra resultat, är vad jag kategoriserat som *logiska slutsatser*. Dessa resultat skiljer sig från normativa utsagor i det att de bygger på logiska slutledningar utifrån antaganden, och inte på slutledningar eller ställningstaganden kring normativa utsagor. En effekt av en logisk slutsats kan mycket väl vara att den uppfattas som en normativ utsaga, men tanken är att resultatet har en annan karaktär. Det behövs i princip inga normativa utsagor för att dra slutsatsen. De logiska slutsatsernas position som forskningsresultat är antagligen inte särskilt problematisk att motivera.²⁵ I förmögenhetsrättsliga texter betraktas de ofta som särskilt intressanta.²⁶

Kategorin *identifieringar* rymmer resultat där jag identifierat aspekter eller argument som relevanta för en rättslig lösning eller bedömning. Dessa insatser kan bara ge ett bidrag till en lösning eller en bedömning, eftersom det återstår för användaren av resultatet att själv göra bedömningen eller att konstruera lösningen. Det normativa inslaget är därför begränsat, om än inte obetydligt. Vad jag har identifierat är alltså begränsat till en viss aspekt eller ett visst argument i en viss kontext. Som jag tänker mig kategorin omfattar den insatsen att identifiera olika karaktäristika kring ett fenomen och dra en generell slutsats av dessa karaktäristika, för att på så sätt tillföra något.

Att motivera varför *identifieringsresultaten* skall utgöra en kategori av forskningsresultat är besvärligt. I denna kategori skulle ett ymnigt flöde av idéer kunna placeras. Det är ingen slump att de två resultat jag placerat här avser två av bokens mest komplexa teman. Kanhända är det först kring sådana som det blir en tillräcklig prestation att ”bara” identifiera en aspekt eller ett argument.

I kategorin *bedömningar* har jag placerat fem resultat och tre av dem anser jag vara forskningsresultat. De tre forskningsresultaten handlar om normers användbarhet. Med termerna ”bedömningar” och ”användbarhet” har jag valt en oprecis målbild. Det går förstås att diskutera huruvida en bedömning kan vara ett forskningsresultat. Likaså går det att diskutera en

²⁵ Jfr logikerns roll enligt Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5 u, 1996 s 59–64, 4 u, 1992, s 53–58, jfr Hur många rättsvetenskaper finns det? TfR 1978 s 648–652. Jfr Håkan Hydén, Normvetenskap, 2002 s 16–18.

²⁶ Se exempelvis Stefan Lindskogs ifrågasättande av kravet på denuntiation till gäldenär som redan är i ond tro, se Om legitimation och sakrättsligt skydd vid överlåtelse av enkel fordring, SvJT 1994 s 113, och Denuntiation och subjektivt tillräknande, SvJT 2010 s 499, på s 513, med hänvisningar till hur slutsatsen uppmärksammades (och med ytterligare argument i saken). Jfr Jan Hellner, Rättsteori, 2 u, 1994 s 50–55.

slutsats om huruvida en norm är användbar eller inte.²⁷ Jag har heller inte gjort särskilt mycket för att öppet definiera vad jag menar. För den som betraktar kapitlen framgår det dock att jag bedömt om de olika delarna av en viss norm, eller ett paket av normativa utsagor, går att få ihop rent logiskt, givet de antaganden jag gjort om förhållandena respektive norm skall reglera. Vad jag gjort i dessa delar kan förstås användas i normativt syfte, men resultaten bygger inte på normativitet.

Det kan vara svårt att motivera varför bedömningar skall utgöra en kategori som uppfyller den målbild jag ställt upp. Som framgår av sammanställningen anser jag att två av resultaten som jag placerat i denna kategori inte bör betraktas som ”forskningsresultat”. De resultaten illustrerar att bedömningar som i och för sig kan vara av intresse för ett visst sammanhang, inte behöver anses uppfylla sådana kriterier för forskning som jag använt. Att exempelvis bedöma vad som varit lagstiftarens intentioner ur lagförarbeten, kan, som jag ser det, bara vara en del i att komma fram till ett forskningsresultat. De forskningsresultat jag placerat i kategorin illustrerar emellertid att bedömningar faktiskt bör kunna betraktas som forskningsresultat. Kanske går det lättare att acceptera denna tanke om jag byter termen bedömning mot termen prövning, evaluering eller liknande. Jag menar dock att bedömning på ett tydligt sätt speglar det betydande mått av värdering som det blir fråga om. När det subjektivt värderande inslaget i en bedömning blir mycket begränsat menar jag dock att resultatet kan uppfylla den målbild jag arbetat med i detta projekt.

Jag har slutligen ställt upp en särskild kategori för *upptäckter*. Utifrån det resultat jag placerat i denna kategori går det att fundera över om det inte handlar om en tveksam typ av resultat i rättsvetenskapen. Jag vill emellertid hålla öppet för reflektioner på temat.²⁸ Jag tänker mig i första hand att termen kan passa för rättsvetenskapliga prestationer som består i att identifiera och påvisa samband och effekter av olika slag.²⁹ Notera att jag härmed inte gör något normativt anspråk. Temat och terminologin rättsvetenskapliga ”upptäckter” kan förstås leda vidare i olika riktningar.³⁰

²⁷ Se exempelvis Daniel Hult, Lagstiftnings ändamålsenlighet, 2015.

²⁸ Jfr Claes Martinson, ”Johan Sandstedt, Sakrätten, Norden och Europeiseringen – nordisk funktionalism möter kontinental substantialism”, SvJT 2014 s 662.

²⁹ Jfr Thomas Wilhelmssons betraktelse av hur EU-rätten möter den nationella jurisdiktionerna som en ”gubben i lådan”. Thomas Wilhelmsson, Jack-in-the-box theory of European Community Law, 1997 s 180.

³⁰ Jag skall inte här utveckla temat i någon riktning, men vill peka på Hans Kelsens välkända insatser varav några kanske kan beskrivas i termer av försök att upptäcka grundnormen, Pure Theory of Law, 1967, (Reine Rechtslehre, 1960). Om han hade lyckats med detta hade det kanske

2.4 Tematisk kategorisering av resultaten

I tematiskt, eller med andra ord ämnesmässigt, hänseende kan frågorna som jag behandlar i boken betraktas som främst krediträttsliga och insolvensrättsliga frågor. I den mån det finns anledning att generalisera kan alla frågorna sägas ha bankjuridisk relevans. Det är så jag skulle beskriva innehållet, även om det också kan passa med andra termer. Flera av de frågor jag behandlar breder emellertid ut sig över gränserna för nämnda ämneskategorier och jag menar därför att det finns anledning att tala om en mer allmän kategori som förmögenhetsrätt. Det finns inte anledning att i denna framställning dra några klara gränser mellan de delar av förmögenhetsrätten som jag behandlar.

För att kommunicera något närmare om de ämnesmässiga temana i boken har jag valt att dela in dem i sex kategorier. De sex kategorierna är återvinning i kontokreditförhållanden, separationsrätt i kontanthanteringsverksamhet, prioritet för bank i kontanthanteringsverksamhet, värdeöverföringsansvar i koncernförhållanden, skadeståndsansvar för spärr av kontokredit och betalningsansvar efter tredje mans inblandning i en avtalsrelation.

I var och en av de sex kategorierna placerar jag ett eller flera resultat. En översikt ser ut som följer nedan. Som framgår är beskrivningarna kondenserade men de bör vara tillräckliga för att ge den översiktssbild som är relevant i detta skede. Flera av resultaten är relevanta även utanför den närmare kontext som jag utgått från i respektive analys.

Jag har även här angivit resultaten med den bokstav för varje resultat som jag använt ovan. De resultat som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat” är markerade med versal och övriga resultat med gemen bokstav.

| | |
|--------------|---|
| Ämnesområde: | Fordringsrätt |
| Ämnestema: | Betalningsansvar efter tredje mans inblandning i en avtalsrelation |
| Resultat: | (a) Identifiering av omständigheter som kan leda till att kunder som blivit denuntierade att betala till en factor i ett factoringförhållande, men som ändå betalat till sin ursprungliga motpart, kan anses ha betalat med befriande verkan. |

bäst beskrivits som en upptäckt (och därtill en överraskande sådan, mild uttryckt). Det faktum att han inte gjorde det kan leda vidare till frågan om även misslyckade försök att upptäcka något bör betraktas som forskningsresultat? Likaså kan man fundera över om upptäckten av, eller snarare bevisningen för, att det inte finns någon grundnorm, bör ses som ett forskningsresultat? Den viktigare frågan är dock antagligen om vi verkligen har någon användning av en grundnorm. Jfr Håkan Gustafsson, *Fiction of Law, Rechtsstheorie* 41, 2010 s 363. Jfr Aleksander Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995 s 116–122.

(f) Lagstiftaren har reglerat riskfördelningen kring obehörigt användande av kontokort utifrån en viss intention som lagstiftaren under åren övervägt att ändra genom lagstiftning så att intentionen i högre grad skulle uppnås, och till slut har lagstiftaren, efter direktiv från EU-lagstiftaren, ändrat lagstiftningen.

(g) Lagstiftaren hade anledning att förvänta sig att lagregleringen inte skulle användas i enlighet med lagstiftarens intentioner, utan detta var tvärt om vad man kunde förvänta.

(H) Upptäckten av ett exempel på en normkonflikt där EU-direktiv, svensk lag, normativa utsagor i förarbeten och rättstillämpningen pekar i olika riktningar, och att flera alternativa lösningar kan användas för att hantera normkonflikten.

Ämnesområde: Insolvensrätt

Ämnestema: Återvinning, främst avseende kontokreditförhållanden

Resultat: (b) Objektet för återvinning är de av gäldenärens insättningar som leder till minskning gäldenärens skuldsaldo.

(C) Omfattningen av återvinning från en kontokreditgivare skall vara beroende av de eventuella uttag som följer efter vad som antas vara en återvinningsbar insättning och återvinningen av en sådan insättning skall reduceras med de eventuella uttag som görs efter insättningen.

(D) Borgenärens onda tro om gäldenärens avsikt att gynna borgenären skall göra borgenärens onda tro mer kvalificerad och därför typiskt sett vara något som bidrar till att göra en insättning otillbörlig i bedömningen av återvinning med konkurslagen 4:5.

(E) Den norm för otillbörlighetsbedömning avseende rätts handlingen betalning som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin, är logiskt sett användbar i kontokreditrelationer.

(T) Det nämnda resultatet E är användbart även när gäldenären i kontokreditförhållandet är en kontanthanterare, som hanterar kontantmedel för andra, men i en sådan partskonstellation kan avvägningen behöva göras annorlunda.

Ämnesområde: Associationsrätt

Ämnestema: Värdeöverföringsansvar i koncernförhållanden

Resultat: (I) Rätts handlingen då ett koncernbidrag som genomförs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på sitt moderbolag har effekter som det finns anledning att beakta i rättsligt hänseende.

(J) Det finns inte normativt stöd för att bortse från effekterna som fastställts i det föregående resultatet I.

(K) Skadeståndsansvar är en sanktion som kan komma ifråga för att angripa den form av olaglig värdeöverföring som genomförs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på sitt moderbolag.

(L) Det finns ett antal olika rättsligt möjliga lösningar på vad som skall krävas för att undanröja effekterna av den olagliga värdeöverföring genomförs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på sitt moderbolag.

Ämnesområde: Krediträtt – Kontraktsrätt – Skadeståndsrätt – Insolvensrätt

Ämnestema: Skadeståndsansvar för banks avtalsvidriga spärrande av kontokredit som leder till konkurs

Resultat: (M) Den skada ett bolag lider av att gå i konkurs efter uppsägning av kontokredit skall anses vara förlusten av bolagets verksamhet och bedömas utifrån verksamhetens försäljnings- eller marknadsvärde.

(N) I bevishänseende finns anledning att värdera en skada efter uppsägning av kontokredit utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs.

(O) En avtalsvidrig uppsägning och spärr av en kontokredit skall endast anses leda till en viss nivå av skada i rättslig mening eftersom skadenivån skall begränsas av de alternativ till konkurs som bolaget hade och av verksamhetens värde.

(p) Det finns anledning att inte utesluta ansvar vid spärr av kontokredit p g a att spärren av kontokredit bara hade en liten del i att bolaget gick i konkurs, men i den mån konkursrisken var stor redan innan den skadegörande handlingen påverkar det dock värdet av verksamheten och konkursrisken blir istället relevant i detta senare led.

(Q) Ansvarsgrunden för skadeståndsansvar vid spärr av kontokredit behöver användas för att hantera en ganska komplex avvägning och den aktuella regleringen kan användas för att göra just denna komplexa avvägning.

Ämnesområde: Sakrätt

Ämnestema: Separationsrätt, främst i kontanthanteringsverksamhet

Resultat: (R) Identifiering av sju omständigheter eller aspekter av kontanthantering som är relevanta att beakta för att hantera frågan om separationsrätt skall ges.

| | |
|--------------|--|
| Ämnesområde: | Krediträtt |
| Ämnestema: | Prioritet för bank i kontanthanteringsverksamhet |
| Resultat: | (S) Identifiering av relevanta argument för att teckna en helhetsbild beträffande frågan om prioritet för en bank som tar emot medel från kontanthanteraren för att i ett nästa steg, utifrån kontanthanterarens instruktion, kreditera olika kundkonton som kontanthanteraren anger, skall ges prioritet till medlen. |

I betraktande av denna översikt går det att peka på att resultaten avser specifika delar, specifika frågor och specifika aspekter av förmögenhetsrätten. Jag menar att det är i enlighet med vad det finns anledning att förvänta av forskningsresultat i förmögenhetsrätt. De allra flesta forskningsresultaten i förmögenhetsrätt rör just enskildheter inom specifika teman. Forskningsresultat av allmän och principiell betydelse är förstås inte lika frekventa till antalet. Det förekommer dock givetvis sådana. För illustrationens skull vill jag peka på vad som uppfattas som resultatet att obehörig vinst är ett rättsinstitut som vi har liten användning för i den svenska och skandinaviska rättstraditionen.³¹ Ett annat allmänt forskningsresultat, som jag själv svarat för, är att den krediträttsliga argumentationen i svensk rätt har misslyckats med den självpåtagna uppgiften att avväga subjektens intressen på ett konsekvent sätt.³² Vad jag redovisar i denna bok kan dock antagligen inte kvalificera som sådana allmänna resultat. De resultat som närmast är av allmän karaktär är R och M.

Vad jag härmed presenterat är en variation av rättsvetenskapliga forskningsresultat. Presentationen kan kanske ge intrycket, att även slutsatser

³¹ Med formuleringen att ”resultatet uppfattas” på sådant sätt vill jag markera att forskningsinsatserna inte nödvändigtvis framstår som inriktade mot att visa ett sådant resultat. I sammanhanget resultatinkniktning är detta intressant i sig. Se Jan Hellner, Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden, 1950, och, Anders Vinding Kruse, Restitutioner: et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrund-sætningen i dansk og fremmed ret, 1950. Jfr tidigare på samma tema Vilhelm Lundstedt, Obligationsbegreppet, 1929 s 168–170 (fotnot 2). Ett exempel på hur insatserna kommenterats finns i Hjalmar Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning, 1982 s 11–12. Se även en nutida betraktelse kring följderna av dessa insatser Marie Sandström, Obehörig vinst, Svensk privaträttsdogmatik mellan Skylla och Karybdis, Juridisk publikation, 2017 s 221–243.

³² Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002 s 622–623. I boken uttrycker jag detta allmänna forskningsresultat som en slutsats och av intresse beträffande resultatbegreppet är att slutsatsen kanske lika gärna skulle kunna betraktas som en tes. Vad jag redovisar om hur jag underbyggt slutsatsen är nämligen inte inriktat på att föra slutsatsen om misslyckande i bevis. I boken har jag istället med drygt trettio exempel visat hur en mer medveten, och därmed i någon mening mer konsekvent, avvägning skulle kunna gå till, se sidorna 154–618.

som förefaller ha ganska liten relevans för hur ett rättsligt problem skall lösas, skulle kunna vara forskningsresultat.³³ Intrycket är beroende av i vilken mån om läsarens perspektiv är att rättsvetenskaplig forskning är en producent av lösningar på konkreta rättsliga problem. Ett sådant perspektiv är kanske särskilt framträdande när det handlar om förmögenhetsrättslig forskning.³⁴ Som jag redan nämnt är det min förhoppning att jag kan påverka detta perspektiv. Jag vill illustrera att den insats som tillför något inte sällan består i något annat än i själva lösningskonstruktionen. Det gäller även i förhållande till vad som är praktiskt användbart.³⁵

Eftersom de olika resultaten är specifika och hör till olika delar av förmögenhetsrätten kan det finnas anledning att redovisa vad som ligger bakom den ordningsföljd som jag valt, och som läsaren nu redan mött. Det handlar i viss mån om att jag i senare kapitel vill kunna utnyttja delar av vad jag presenterat i kapitel. Väsentligt är också att jag vill introducera den metodologiska variationen i steg.

2.5 Är det verkligen just femton forskningsresultat?

Min redovisning i denna bok omfattar femton forskningsresultat. Mot bakgrund av vad jag redovisat i detta kapitel 2 finns det kanhända läsare som ifrågasätter om det verkligen stämmer? Jag vill därför understryka att jag är beredd att både diskutera och revidera anspråket på att termen forskningsresultat passar. Likaså är jag beredd att diskutera och revidera antalet. Mitt centrala anspråk är att ha åstadkommit förmögenhetsrättslig forskning. I de två följande kapitlen utvecklar jag skälen till varför mitt anspråk inte behöver uppfattas som mer precist än så.

³³ Här borde jag kanhända inskränka formuleringen från ”rättsvetenskapliga” till ”förmögenhetsrättsliga” forskningsresultat, men jag vill öppna för reflektioner kring vad det kan finnas anledning att kalla rättsvetenskapliga forskningsresultat i bred mening. Jfr exempelvis de resultat som Claes Sandgren redovisar i *Vad gör juristen? Och hur?*, Del I, JT 1999–2000 s 591–611, och Del II JT 1999–2000 s 867–893.

³⁴ Förmögenhetsrätten är förstås vad jag utgår från i denna studie. Det nämnda temat förefaller dock vara generellt, se exempelvis Hans Petter Graver, *Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi*, TfR 2011 s 230, på s 232–235, med hänvisningar.

³⁵ Se vidare avsnitt 4.1.

3 Beskrivning av resultat- inriktningen och ambitionerna

I det projekt som ligger bakom denna bok har jag som nämnts arbetat med en specifik forskningsinriktning. Jag har redan från början inriktat arbetsinsatserna på att nå forskningsresultat. I detta kapitel förklarar jag närmare vad jag menar med denna resultat-inriktning och vilka ambitioner jag haft med detta projekt.

3.1 Inriktningen på att nå målbilden ”forskningsresultat”

Den sedvanliga förmögenhetsrättsliga forskningsansatsen är att sammanställa och systematisera normativa utsagor för att åstadkomma systematik och koherens.³⁶ Arbetsinsatsen kan beskrivas som ”tolkning”. Den kan vara både kreativ och normativ i det att rättsvetaren sätter samman normativa utsagor på ett sätt som är distinkt för syftet med den valda forskningsuppgiften.³⁷ En sådan sedvanlig forskningsinriktning leder bland annat till att termen resultat får underordnad betydelse.

I mitt arbete med detta projekt har jag emellertid haft ambitionen att mina insatser skall leda till vad jag betraktar som resultat. Med detta menar jag att de skall nå en någorlunda bestämd målbild. Jag har eftersträvat att nå fram till slutsatser som har nyhetsvärde, som tillför något tillräckligt kvalitativt till det mänskliga vetandet och som nåtts genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Därtill har jag beaktat en del ytterligare aspekter.

³⁶ Se avsnitt 4.2 för referenser.

³⁷ Se exempelvis John Bell, *Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law*, i Mark Van Hoecke, ed, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* 2011.

Vad jag gjort är att redan från början fråga mig var det skulle gå att göra en intressant insats i förhållande till tidigare forskning.³⁸ I varje led av forskningsprocessen har jag använt denna målbild för att avgöra vad jag skall göra. Jag har således formulerat den potentiella forskningsfrågan utifrån denna målbild. Med utgångspunkt i forskningsfrågan har jag också valt metoder i beaktande av målbilden. När jag arbetat med metoderna har jag även gjort det i beaktande av målbilden. I ett sista led har jag också reflekterat över om resultatet verkligen ger mig anledning att göra anspråk på att ha tillfört något av relevans.³⁹ Jag har försökt genomföra processen på ett reflexivt sätt. Det innebär bland annat att jag har utgått från det konkreta resultat som jag åstadkommit och reflekterat kring resultatets egenskaper och karaktäristika. Utifrån dessa reflektioner har jag sedan reflekterat över min målbild och mina föreställningar om forskningsresultat. Resultatets egenskaper har härvid fått påverka min uppfattning om vad min målbild skall vara. Således har jag använt öppna och flexibla kriterier. Jag har reflekterat i förhållande till dessa med utgångspunkt i de enskilda resultatens karaktäristika.

Med den inriktning som jag valt har jag kunnat göra forskningsinsatser som jag annars inte hade gjort. Genom att inrikta arbetet på att nå forskningsresultat har jag kunnat identifiera forskningsfrågor utifrån vad jag sett som intressant i förhållande till vad jag föreställer mig som forskningsfronten. Därtill har jag i relativt hög grad kunnat använda metoder som varit anpassade till respektive forskningsfråga. Jag har också kunnat genomföra analyserna med ganska liten anledning att beakta formatet för presentationen.

Vad jag gjort skiljer sig från en traditionell rättsvetenskaplig forskningsansats. De handlar typiskt sett om att sammanställa och systematisera normativa utsagor för att åstadkomma systematik och koherens. Med en sådan ansats påverkas både urvalet av frågor, metod och intentionsdjup.⁴⁰ Formatet ger helt enkelt en inriktning som jag denna gång önskat undvika, just för att kunna pröva en annan inriktning.⁴¹

Vad jag nu beskrivit innebär att jag med forskningsinriktningen är ute efter vissa effekter. Dessa är inte beroende av om jag använder termen forskningsresultat som benämning för min målbild. Med tanke på de reaktioner

³⁸ Inspirationen till dessa tankegångar har jag fått från flera håll, men inte minst från samarbeten med forskare i andra vetenskaper.

³⁹ Se vidare avsnitt 4.5–6.

⁴⁰ Se vidare avsnitt 4.5.

⁴¹ Se vidare avsnitt 4.5 och kapitel 25.

som termen kan orsaka har jag övervägt att använda annan terminologi. Kritiska reaktioner är nämligen både förståeliga och relevanta.⁴² För att antyda något om svårigheterna med kriterier kan jag exempelvis peka på en utsaga av relevans för ett kriterium som nyhetsvärde:

”After people understood Democritus with the help of Galileo they could reproach the latter for not really reporting anything new. All great insights and discoveries are not only usually thought by several people at the same time, they must also be rethought in that unique effort to truly say the same thing about the same thing.”⁴³

Antagligen hade termer som exempelvis ”tillskott” eller ”bidrag” kunnat uppfattas som mindre kontroversiella än ”forskningsresultat”. Att jag ändå valt att använda termen forskningsresultat beror på att det går att nå effekter med associationerna som följer med just detta begrepp. Jag är ute efter associationer till nyhetsvärde och till att insatsen tillför något tillräckligt kvalitativt till det mänskliga vetandet. Likaså vill jag orsaka associationer till resultat som nåtts genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Jag försvarar mitt tilltag med olika argument. Det viktigaste är att inriktningen haft sådana effekter som jag redan hävdar. Ett annat argument är att liknande föreställningar om rättsvetenskaplig forskning trots allt förs fram. Frågan om vad som skall anses utgöra rättsvetenskaplig forskning ställs och besvaras nämligen ständigt.⁴⁴ Kommunikation kring föreställningar om forskning kan därför vara både meningsfull och betydelsefull.⁴⁵ Även om det anses avgjort att det inte går att definiera forskning utifrån allmänna kriterier, finns det en rad utsagor som går ut på att rättsvetenskapen har anledning att utvecklas.⁴⁶ Därtill innebär slutsatsen att det inte går att definiera forskning utifrån allmänna kriterier att en ständigt pågående diskussion blir nödvändig.

⁴² Notera vad jag nämnt i avsnitt 1.2, 2.1 och i bokens undertitel.

⁴³ Martin Heidegger, *Modern Science, Metaphysics and Mathematics*, 2 u, (1962), 1993 s 281.

⁴⁴ Se avsnitt 4.4 och 4.6 för referenser.

⁴⁵ Se vidare avsnitt 4.4.

⁴⁶ Se avsnitt 3.3, 4.3 och kapitel 25.

3.2 Något om kriterierna för målbilden ”forskningsresultat”

När jag nu valt att inrikta arbetet på att nå en målbild har jag haft anledning att fundera över vad denna målbild skall vara. För att avgöra detta har jag tänkt i termer av kriterier. Som nämnts har jag tänkt på aspekter som nyhetsvärde, på vad som tillför något tillräckligt kvalitativt till det mänskliga vetandet och på om insatsen görs genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Därtill har jag haft ytterligare målsättningar inom ramen för en reflexiv process. Det centrala har dock varit att för varje resultat göra en intressant insats i förhållande till vad som redan åstadkommit i tidigare forskning.

I mina överväganden kring målbilden har jag använt mig av vad som hävdas kring generella kriterier för vetenskap, forskning och forskningsresultat. Jag har beaktat en del av vad som framförts i den rättsvetenskapliga litteraturen om just forskningskriterier. Härvid har jag inkluderat varianter på temat kriterier för forskning. Det handlar om sådant som grundläggande forskningsvärden och kriterier för kvalitet i rättsvetenskap.⁴⁷

Eftersom frågan om kriterier för forskning kan innehålla mycket och därtill betraktas på olika sätt från olika perspektiv, har jag försökt förhålla mig till vad användning av kriterier kan leda till.⁴⁸ Jag har beaktat sådant som att rättsvetenskapen är sin egen specifika vetenskapsgren. I rättsvetenskapliga sammanhang är det över huvud taget ovanligt att tala om forskningsresultat och därmed relativt märkligt att använda kriterier.⁴⁹ Det beror på flera faktorer. Redan frågan om vilket vetenskapligt kunskapsintresse som rättsvetenskapen fyller kan leda till funderingar över i vilken mån det är vettigt att tala om kriterier.⁵⁰

Vad jag just nämnt innebär dock inte att det helt saknas rättsvetenskapliga utsagor på temat. Faktiskt finns det många utsagor som handlar om vad rättsvetenskap är och vad rättsvetenskap skall vara. Likaså finns det utsagor om vilka metoder som behövs för en vetenskaplig hantering.⁵¹ Det finns också utsagor om sådana kvalitativa kriterier beträffande rättsvetenskaplig

⁴⁷ Se även referenser i avsnitt 4.6.

⁴⁸ Låt vara att jag kunnat ägna ännu fler tankar åt detta tema. Frågorna om vetenskaplighet, vad som är ny kunskap och hur vi alls identifierar forskningsfrågor, är bara några. Jfr exempelvis Michael Polanyi, *The Tacit Dimension*, 1966. Se även nedan kapitel 4.

⁴⁹ Se vidare avsnitt 4.6.

⁵⁰ Jfr Niclas Bruun och Thomas Wilhelmsson, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet*, SvJT 1983 s 701–713, och rättsvetenskapens utveckling sedan dess.

⁵¹ Se vidare avsnitt 4.2–4.4.

metod som är av särskilt intresse för inriktningen i detta projekt. Vad gäller produktion av rättsvetenskapliga bidrag har de exempelvis uttryckts som krav på:

- a) vetenskaplig signifikans så att bidraget inte är trivialt, och,
- b) vetenskaplig innovation så att det inte föreligger total identifikation med ett tidigare resultat.
- c) resultatet behöver få social acceptans så att det inte blir idiosynkratiskt/överkänsligt,
- d) metoden har vetenskaplig kontinuitet och ger förutsebara resultat så att det inte blir en radikal diskontinuitet med tidigare godtagbara metoder,
- e) metoden är rationellt och justifierbar så att det inte handlar om slump eller slantsingling,
- f) metoden är adekvat och noggrann så att det inte är fråga om metodologisk anarkism,
- g) metoden har en förmodad existens så att det inte blir fråga om metodologisk nihilism,
- h) metoden har en autonom identitet, d v s faktiskt används och inte total reduceras i förhållande till det undersökta,
- i) metoden inte är extremt komplex och därför tar mycket lång tid att förstå.⁵²

De ovan presenterade rättsvetenskapliga kriterierna anses kräva en ”ytterligare differentiering” beträffande den del av rättsvetenskapen som utgörs av rättsdogmatik. Något förenklat hävdas att den metod som används i rättsdogmatiken är lika med rättslig argumentation. Rättslig argumentation anses då vara:

- j) tolkning av rättsliga regler,
- k) systematisering av rättsliga regler och av rättsprinciper och prejudikat, samt
- l) värdebaserad avvägning och balansering av rättsprinciper och andra rättsliga normer i enlighet med rådande meta-normer för rättslig argumentation.⁵³

⁵² Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003, sammanfattningen del 8. Syftet med Siltalas bok är att ge en omfattande översikt (983 s) av innehållet i dessa normer.

⁵³ Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003, sammanfattningen del 8.

Rättsdogmatiken som metod skulle således kunna sägas omfatta ”tolkning”, ”systematisering”, ”värdebaserad avvägning och balansering”, allt ”i enlighet med rådande meta-normer”. Det blir tre ytterligare kriterier.

Som framgår är dessa kriterier kvalitativt inriktade. Att det i några fall förefaller som att den kvalitativa nivån har satts mycket lågt, såsom med uttrycken trivialt, total identifikation och slantsingling, skall inte tas alltför bokstavligt.⁵⁴ Det handlar om kortfattade beskrivningar för att hävda kriterierna, inte om att ange nivåer.

Vad jag nu beskrivit antyder att det kan bli en ganska omfattande och svåröverskådlig process att reflektera över om ett visst resultat uppfyller kriterier som dem jag pekat på. I detta projekt har jag emellertid varit ute efter att nå en viss inriktning med min forskning. Jag har inriktat projektet på att nå en viss målbild. Den målbild jag arbetat med är enkel och vag för att den inte är avsedd att utgöra någon på förhand bestämd definition av forskning. Den är enkel och vag för att därmed vara ännu mer öppen och dynamisk än vad ovan nämnda kriterier ger uttryck för.

Istället för kriterier handlar det för min del om *utgångspunkter för reflektioner* över vad jag åstadkommit. Jag reflekterar över huruvida dessa reflektioner motiverar mig till att vilja göra anspråk på att jag tillfört något.⁵⁵ Mina ambitioner med reflektionerna är att belysa att en resultatriktad ansats leder till reflektioner kring vad forskningsatsen lett fram till. Mina reflektioner är därför någorlunda systematiska, men jag gör inte anspråk på precision. Reflektionerna utgår från mina betraktelser av respektive resultat. I den mån jag genomgående utgått från och beaktat några mer specifika kriterier handlar det just om huruvida det jag åstadkommit har nyhetsvärde, om det tillför något tillräckligt kvalitativt till det mänskliga vetandet och om jag gjort insatsen med ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Som kommer att framgå har reflektionerna i en del fall även lett till att jag reflekterat över andra aspekter, som förstärkt eller försvagat grunden för mitt ställningstagande. Notera att jag med denna process varken är ute efter att åstadkomma eller odla några allmängiltiga kriterier för forskning. Jag är, som jag nämnt, inte ute efter att definiera, och jag vill med min insats heller inte exkludera.

⁵⁴ Inte minst som det är fråga om en översättning av en engelskspråkig sammanfattning av en i grunden finsk text.

⁵⁵ Se avsnitt 4.5–6.

3.3 Ambitionen att presentera ”forskningsresultat”

Det övergripande syftet med projektet bakom denna bok har varit att åstadkomma forskningsresultat i förmögenhetsrätt. Syftet med boken är som nämnts att presentera dessa resultat på ett sådant sätt att jag samtidigt illustrerar vad en uttalad resultatriktning kan innebära i ett förmögenhetsrättsligt forskningsprojekt.

För att uppfylla det övergripande syftet har jag använt vad jag betraktar som flera olika metoder. Jag redogör för de metoder jag använt i respektive kapitel och jag redovisar en sammanställning i nästa avsnitt. I flertalet fall har jag använt rättsdogmatisk utredning som en del i undersökningen. Som kommer att framgå är denna metod otillräcklig för att nå vad jag bedömt som ett forskningsresultat.⁵⁶ Det avgörande analytiska bidraget har jag åstadkommit med vad jag betraktar som andra metoder än rättsdogmatiska utredningar.⁵⁷

Som jag framhållit ovan anses kvalitén på metodologin vara ett centralt kriterium för vetenskaplighet.⁵⁸ Vad de metoder jag använt bör kallas kan diskuteras, men jag tänker på dem i termer av konsekvensanalys, intresseanalys, beslutsteoretisk analys, utfallsanalys, etc. Jag använder i framställningen dessa benämningar i syfte att kortfattat förmedla hur jag ser på vad jag gjort. Vad jag gjort är att i efterhand försöka beskriva de olika tankeoperationerna i kategorier med hjälp av kortfattade benämningar. Det handlar närmast om för projektet nödvändiga antaganden.⁵⁹ Jag kan genom denna förenkling peka på att jag gått tillväga på vad jag betraktar som olika sätt och på så sätt kan jag illustrera hur resultatriktningen påverkat. Samtidigt tar jag

⁵⁶ Notera att jag med denna utsaga inte avser att angripa fenomenet rättsdogmatik, se vidare avsnitt 4.2–4.3.

⁵⁷ Detta beror förstås på hur man väljer att definiera rättsdogmatiska utredningar och rättsdogmatisk metod, se vidare avsnitt 4.2–4.3.

⁵⁸ Utifrån vad jag refererat ovan skulle det, i linje med de där nämnda punkter om rättsvetenskapliga bidrag, gå att kritisera vad jag gjort på grunden att jag inte uppfyller kriterierna. Med punkterna d–h i Raimo Siltalas kriterier skulle kritiken kunna uttryckas så här: d) vad jag kallat en viss metod som jag använt har inte vetenskaplig kontinuitet i förhållande till hur det brukar se ut i förmögenhetsrättsliga studier och ger därför bara i begränsad mån förutsebara resultat, e) vad jag kallat en viss metod förefaller rationellt och motiverbart men vad jag gjort framstår ändå som slump eller slantsingling, f) vad jag kallat en viss metod är möjligen en adekvat sådan men den är inte genomförd på ett noggrant sätt, g) vad jag kallat en viss metod har knappast en förmodad existens utan förefaller snarare vara ett påhitt för stunden i så hög grad att det blir fråga om metodologisk nihilism, h) vad jag kallat en viss metod har knappast en autonom identitet utan reduceras i hög grad i förhållande till det undersökta.

⁵⁹ Antagandena är dock inte tagna ur luften, se nedan avsnitt 4.3.

möjligan också ett steg i en tänkt utveckling. Kanhända lyckas jag indikera ett behov av att utveckla en eller annan metod utifrån vad jag, i all enkelhet, påbörjat i detta projekt. Jag menar att det jag gjort är ett steg i en ambition att på sikt utveckla just metodologin. En sådan utveckling behöver tid och insatser från fler än en enda forskare.⁶⁰

Vad jag gör kan med andra ord beskrivas som att jag utifrån reflektioner kring begreppet forskningsresultat i rättsvetenskapen indikerar möjligheter och behov av metodutveckling. Jag menar att det är viktigt att utveckla metoder och antar att detta skulle bidra till ytterligare funktioner för rättsvetenskapen. För att nå dessa tror jag att det är relevant att reflektera kring vad vi betraktar som rättsvetenskapliga forskningsresultat. Funderingarna kring hur vi kan nå sådant som ny kunskap i ett visst fält kan spela en pådrivande roll.

I sammanhanget vill jag nämna följande synsätt:

”Synen på vad som är rättsvetenskap och vad denna vetenskaps huvuduppgift är har ägnats mycken möda. Om all den energi som lagts ned på att definiera rättsvetenskapens innehåll, uppgift och gränser i stället hade koncentrerats på att utveckla analysmetoder till förmån för ett mer framåtsyftande och dynamiskt perspektiv och angreppssätt, hade nog rättsvetenskapens betydelse inom ramen för samhällsutvecklingen och i det praktiska rättslivet varit större.”⁶¹

Jag delar som nämnts uppfattningen att det är viktigt att utveckla analysmetoder och antagandet att detta skulle bidra till en ökad betydelse för rättsvetenskapen, genom ytterligare funktioner för den. Däremot tror jag att det, för att nå dithän, är närmast nödvändigt att reflektera kring vad som ”är” rättsvetenskap och rättsvetenskapliga forskningsresultat. För att visa att resultatriktningen kan ge praktiskt relevanta resultat utgår mina reflektioner i detta avseende dock i hög grad från konkreta exempel. Jag har haft ambitionen att identifiera teman av relevans även för det praktiska rättslivet. Därför har jag i processen att identifiera konkreta exempel utnyttjat kunskaper och erfarenheter som jag fått i kontakter med praktiskt verksamma jurister. I flera fall har jag rent av givit ett professionellt råd till någon praktiskt verksam jurist som efterfrågat detta i ett eller annat pågående ärende. Det har jag gjort i ett tidigare led, innan min forskningsinsats

⁶⁰ Jfr Claes Sandgren, *On Empirical Legal Science*, *Scandinavian Studies in Law*, 2000 s 445–482.

⁶¹ Anne Ramberg, *Rättsvetenskapen i teori och praktik – några tankar från en advokat*, i *Festskrift till Gertrud Lennander*, 2010 s 284, på s 293. Jfr Petri Mäntysaari, *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017 s 3.

blev aktuell. Vad jag gjort i forskningsprojektet är sedan att identifiera forskningsfrågor utifrån de olika kunskapsintressen, metoder och resultat som jag vill använda för att illustrera vad en resultatriktning kan innebära. Det har således handlat om att jag, ur ett sammanhang där praktikens juridik varit det relevanta, i efterhand identifierat var det skulle kunna gå att göra en insats som skulle ha potential att flytta forskningsfronten. Som kommer att bli tydligt i min redovisning i resultatkapiteln, 5–24, är det fråga om en insats med ett specifikt forskningssyfte.⁶²

3.4 Metoderna i sammanställning

Något som i hög grad påverkar hur resultaten ser ut är de metoder som ligger bakom dem.⁶³ Forskningsresultat åstadkoms med vetenskapliga metoder. I bokens olika kapitel har jag beskrivit de metoder jag använt. Jag har i rubrikerna till varje metodavsnitt använt kortfattade benämningar för att förmedla min syn på vad jag gjort. Sammantaget har jag använt 16 kategorier av metoder i projektet. I sammanställningen nedan redovisar jag vilka resultat som helt eller delvis nåtts med respektive metoder. Kolumnen till höger anger respektive resultat med en bokstav, forskningsresultat med versal och andra resultat med gemen. Notera att samma resultat kan förekomma flera gånger eftersom jag använt flera metoder för att nå flertalet av resultaten.

| Metod | Resultat/Forskningsresultat |
|----------------------------------|-----------------------------------|
| Rättsdogmatisk utredning: | a b C D E f H J K L M N O p Q R S |
| Intresseanalys: | a Q |
| Beslutsteoretisk analys: | b I N O S |
| Matematisk analys: | C |
| Utfallsanalys: | C f H T |
| Hanteringsanalys: | D g Q |
| Identifiering av karaktäristika: | E |
| Kvantifieringsanalys: | E |
| Sambandsanalys: | E O p |
| Konstruktiv analys: | H L |
| Konsekvensanalys: | I K M N O S T |
| Logikanalys: | J |
| Systematiseringsanalys: | K R |
| Relationsanalys: | M |

⁶² Se även avsnitt 4.1 och 4.5.

⁶³ Se vidare avsnitt 4.5.

| | |
|-------------------|-----|
| Risikanalytisk: | R S |
| Helhetsanalytisk: | S |

Uppräkningen av kategorierna här ovan ger anledning att ställa frågan om hur jag drar gränserna mellan kategorierna.⁶⁴ Vad skiljer exempelvis en intresseanalys från en relationsanalys? Varför är inte systematiseringsanalys aktuell för samtliga resultat? Osv. Det går också att fråga sig hur det jag gjort förhåller sig till metoder som andra rättsvetare lanserat och beskrivit som exempelvis logiskt-systematiska, teleologi, ändamålsanalys, topisk metod, "[m]etoden för att fylla luckor" i rätten, eller "sammanvägande metod".⁶⁵ Likaså kan det förefalla relevant att undra över sådant som empiriska belägg för olika antaganden som jag gjort?⁶⁶

Mitt svar på dessa frågor är relativt. Min huvudsakliga poäng i metodhänseende är att peka på att jag gått tillväga på vad jag betraktar som olika sätt.⁶⁷ I en forskningsgenre där det under lång tid har varit i sin ordning att beskriva sin metodologi med några rader om vad som *rent allmänt* utgör "traditionell rättsdogmatisk metod" menar jag att jag haft en högre ambition.⁶⁸ Jag avser

⁶⁴ Gränsdragningsproblemet är inte unikt för vad jag gjort, jfr referenser på temat exempel på olika metoder och svårigheter att tänka i termer av olika metoder i avsnitt 4.3.

⁶⁵ Jfr exempelvis Jan Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, 2001 s 176–182, 201–205, 207–214. Jan Hellner, Positivism och metod inom rättsvetenskapen, i Festskrift till Stig Strömholm, 1997 s 351, på s 368–372. Fredrik Korling och Mauro Zamboni, Juridisk metodlära, 2013. Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 216–231.

⁶⁶ Jfr Jan Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, 2001 s 105–115.

⁶⁷ Jfr Petri Mäntysaari som betraktar sin insats beträffande teori och metod som "eclectic", User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, 2017. Han hävdar på s 7 att: "Eclecticism can be regarded as a good thing because it serves the pursuit of truth." På s 56 påpekar han: "Method theories are used for the purpose of providing a better understanding of the phenomena under investigation. There can be alternative method theories. In the long run, the diversity of method theories can improve understanding. The choice of the method theory or theories depends on what is useful. For example, it can depend on (a) the field, the user and the context; (b) the research question; and (c) doctrinal and other external expectations. The choice of these theories can thus be eclectic."

⁶⁸ Se referenser om motsvarande ambitionsnivå i avsnitt 4.3. Jag väljer att här inte referera till de många specifika verk där frågan om metod lämnas utan kommentar. Det kan räcka med en referens till en uttrycklig uppmaning att göra just så, se Lone L Hansen och Erik Werlauff, Den juridiske metode, 2013 s 175 där de rekommenderar att doktorander och studenter, när de använt gängse juridisk metod, inte redogör för mer om sin metod än att de använt rättsdogmatisk metod för att analysera gällande rätt, på ett gängse sätt med rättspositivistisk utgångspunkt. Jag kan också peka på ett humoristiskt grepp kring företeelsen: "Den metode, der er lagt til grund for den i afhandlingen gennemførte undersøgelse, er *den traditionelle, retsdogmatiske metode*. Der ses ikke være grund til at gøre rede for, hvad der nærmere ligger heri. Den anførte metode genkender man, når man ser den." Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000 s 23.

att ta ett steg på vägen till att utveckla metoder. Däremot är min ambition inte att föra metodernas vetenskapliga relevans i bevis.⁶⁹ Syftet med denna bok är att presentera förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, låt vara på ett sätt som också illustrerar vilka följder detta kan ha för metodfrågorna.

Av vad jag nu nämnt följer att jag inte är konsekvent med att relatera till beskrivningar av metoder i förmögenhetsrättslig forskning. Ett särskilt skäl till detta är att flera sådana framställningar tenderar att handla om metodbeskrivningar på en annan, mer abstrakt nivå, än den jag tänker mig. De handlar också främst om vad jag betraktar som annat än metod. Framställningarna behandlar olika synsätt på rätten eller teorier av relevans för vad juridik är.⁷⁰ Jag förhåller mig därför inte till dessa. I vissa relevanta delar har jag dock visat hur jag relaterar till etablerade analysverktyg som ligger nära vad jag gjort i vissa delar.⁷¹

Sammanställningen av metoder illustrerar att det kan finnas anledning att tänka i termer av flera olika metoder.⁷² Med en så brokig och löst definierad samling som jag åstadkommit väcks förhoppningsvis tankar om just mångfalden. Föreställningar om en mångfald kan bidra till att forskare reflekterar över metodologi. Genom en öppen redovisning får läsarna också större möjligheter att bedöma resultatet. Jag menar att medvetna och öppet deklarerade ställningstaganden kring de olika delarna av processen att åstadkomma något som blir accepterat som forskning, leder till något relevant.⁷³

Som Iversen påpekar fortsätter han dock sin metodbeskrivning i ett avsnitt om material och hur han använt detta. Till saken hör att det som Iversen gjort i metodologiskt hänseende är betydligt mer än vad jag skulle beskriva som rättsdogmatik. Notera kommentarer till Iversens utsaga, Jens Evald Retsmisbrug i *formueretten*, 2001 s 313–314, och Henrik Zahle, *At forske ret*, 2007 s 238–239. Med detta sagt kan jag peka på en förklaring till varför det trots allt fyller en funktion att forskare anger att de anser sig använda rättsdogmatisk metod, Mikael Hansson, *Kollektivavtalsrätten*, 2010 s 21.

⁶⁹ Härmed menar jag givetvis inte att det är oväsentligt att utveckla sådana metoder. Tvärt om. Se vidare avsnitt 4.3.

⁷⁰ Se exempelvis flera av framställningarna i Fredrik Korling och Mauro Zamboni, *Juridisk metodlära*, 2013, där några av kapitelförfattarna också själva påpekar att deras kapitel handlar om teori mer än om metod.

⁷¹ Med termen analysverktyg avser jag egentligen inget annat än metod, men termen signalerar en högre grad av konkretion än vad som är vanligt i rättsvetenskapliga metodsammanhang. Se exempelvis Erling Eide och Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, kapitel 2 *Analysverktyg og metoder*, s 49–60. Vidare nästa fotnot.

⁷² Se vidare avsnitt 4.3.

⁷³ Detta uppfattar jag visserligen som en självklarhet, men jag kan referera till exempelvis Erling Eide och Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008 s 54.

Vad de olika metoderna innebär följer av de olika kapitel där jag använder respektive metod. Jag ser emellertid anledning att i nästa avsnitt göra några allmänna klargöranden kring min metodologi.

3.5 Några allmänna påpekanden kring metoderna

Ett första steg i min linje av allmänna påpekanden är att jag använder uttrycket ”rättsdogmatisk utredning”. Med detta uttryck avser jag att markera en nyansskillnad i förhållande till uttrycken ”rättsdogmatisk metod” och ”rättsdogmatisk undersökning”. Som jag nämnt ovan kan rättsdogmatisk metod beskrivas som ”tolkning”, ”systematisering”, ”värdebaserad avvägning och balansering”, allt ”i enlighet med rådande meta-normer”.⁷⁴ Det ger en beskrivning av en hantering som kan vara ganska heterogen och vidsträckt.⁷⁵ Min avsikt med att använda uttrycket ”rättsdogmatisk utredning” är att det skall uppfattas som snävare. Uttrycket signalerar förstås inte någon särskilt tydlig skillnad i förhållande till ”rättsdogmatisk metod”, men jag är bara ute efter att markera en nyans, för just denna bok. Med ”rättsdogmatisk utredning” tänker jag mig en begränsad rättsdogmatisk insats, där jag identifierar dogmer och redovisar dem på ett sätt som i relativt liten mån innebär systematisering och som i relativt liten mån omfattar andra inslag såsom argumentation. Vad jag gör är mer eller mindre begränsat till att redovisa de dogmer jag identifierat som relevanta.⁷⁶ När jag i något kapitel menar att jag gör en insats som går längre har jag markerat detta.⁷⁷

Av vad jag nämnt följer således att jag betraktar mina rättsdogmatiska insatser som begränsade i förhållande till allt annat som, genom tiderna, omfattats i detta begrepp. Istället använder jag ytterligare termer för att beskriva vad jag gör. Som framgått av min sammanställning över metoder, ovan i avsnitt 3.4, använder jag exempelvis termen intresseanalys för att beskriva en del av mina insatser. Intresseanalys är en självklar del av vad som brukar inkluderas i begreppet rättsdogmatisk metod. Att analysera de olika berörda subjektens intressen för att kartlägga vari en tänkt konflikt består och identifiera möjligt utrymme för lösningar, är mycket vanligt i förmögenhetsrättslig forskning. Vad jag gör i detta avseende kan således beskrivas som att jag delar upp rättsdogmatisk metod i olika delmetoder.

⁷⁴ Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003, sammanfattningen del 8.

⁷⁵ Se vidare avsnitt 4.2.

⁷⁶ Se vidare avsnitt 4.2.

⁷⁷ Se främst avsnitt 22.12.

Syftet med denna åtgärd är att vara öppen i mina reflektioner över vad jag gör och tydlig med att redovisa vad jag gjort. Med en resultatriktning blir det särskilt intressant att överväga vilka metoder som kan användas för att besvara en specifik forskningsfråga. Olika kunskapsintressen kräver helt enkelt olika metoder. Om jag bara skulle använda en enda term, ”rättsdogmatisk metod”, för allt jag gör i forskningshänseende, skulle begreppet komma att omfatta ganska mycket. Det skulle leda till sämre precision i både mina reflektioner och i min kommunikation. Därmed skulle min forskningsinsats påverkas. Jag skulle i detta projekt fått svårare att ställa de forskningsfrågor jag ställt eftersom mitt kunskapsintresse hade påverkats av hur jag föreställer mig metoden. Begreppet hade riskerat att i högre grad styra tanken.

Jag har således sett anledning att inte bara använda en enda term för att beskriva alla delar av vad jag gör. Med hjälp av föreställningen om att flera metoder kan vara aktuella har det varit enklare för mig att välja metod utifrån kunskapsintresse och forskningsfråga. Genom att tänka i termer av flera metoder har jag haft enklare att tänka i termer av andra metoder än vad som tidigare kan sägas ha använts inom ramen för vad som kallats rättsdogmatisk metod. Likaså har det varit enklare att föreställa mig rättsvetenskapligt relevanta kunskapsintressen som inte styrs av tankar på en enda metod, låt vara en metod som möjligen kan betyda ganska många olika saker.⁷⁸

Jag menar att skillnaderna jag beskrivit är både betydande och högst relevanta. I kombination med en resultatriktad ansats där varje led av forskningsprocessen utsätts för motsvarande öppenhet blir skillnaderna just sådana. Det har, som jag redan nämnt, med flera aspekter kring forskning och kunskapssökande att göra. De metakognitiva effekterna är härvid inte minst betydelsefulla.⁷⁹

När jag nu hävdar betydande och relevanta skillnader kan det förefalla som att jag underförstått uttrycker att det jag gjort har övervägande fördelar jämfört med mer traditionell förmögenhetsrättslig metodologi. Kanske är det rent av svårt att inte uppfatta mina påståenden som att jag hävdar att

⁷⁸ Att det finns behov av att bredda de kunskapsintressen som den förmögenhetsrättsliga forskningen kan illustreras på många andra sätt än vad jag gör i denna bok. En framställning som ger ett slag av indikationer på temat är Ulf Petrusson och Mats Glavå, *Law in a Global Knowledge Economy – Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory*, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 53, 2008 s 93–113, se särskilt s 119–133.

⁷⁹ Se ovan avsnitt 1.1 och vidare avsnitt 4.5.

mitt metodologiska grepp är bättre än andra grepp.⁸⁰ Jag har inget emot att framställa en förhoppning om att så kan vara fallet. Det är emellertid inte min ambition att med denna bok visa att något sådant. Jag vill lämna bedömningen till läsarna. För att uttrycka mig pretentiöst kan jag kanske även tala om att lämna frågan till den fortsatta utvecklingen i förmögenhetsrätten. Givetvis avser jag att själv bidra till denna utveckling. Jag ser dock ingen anledning att hävda att just resultatriktningen är den mest önskvärda utvecklingen. Ambitionen med projektet bakom boken är mer försiktig. Som framgår av syftesformuleringen vill jag bara illustrera vad en uttalad resultatriktning kan innebära. Denna försiktiga ansats beror inte minst på att en utveckling i linje med en resultatriktad forskning knappast kan bygga på en enda forskares verk.

Det hör också till saken att jag tänker mig att en forskningsinsats kan vara väl genomförd även om den har en annan inriktning än den jag nu förordar. Även om forskaren säger sig använda en enda metod och forskaren tänker sig att denna metod är rättsdogmatisk metod, kan forskningsinsatsen vara lysande. Det går förstås att nå forskningsresultat i rättsvetenskapen även under sådana premisser. Jag vill i sammanhanget åter påpeka att jag inte är ute efter att exkludera något från den förmögenhetsrättsliga forskningen.

Av de allmänna metodologiska påpekanden som jag nu gjort följer att min insats kan betraktas som en fortsättning på vad andra forskare redan gjort i metodologiskt hänseende. En del av vad jag gjort motsvarar vad andra forskare tidigare inkluderat i begreppet rättsdogmatisk metod. Andra delar går kanhända inte att hänföra till vad som tidigare gjorts. På motsvarande sätt förhåller det sig med det för framställningen så centrala begreppet forskningsinriktning. Den resultatriktning jag har använt innebär i delar att jag arbetar på sätt som motsvarar vad andra forskare gjort, men i andra delar föreligger skillnader. Jag vill gärna framhålla båda dessa aspekter. Kontinuiteten är viktig för att förankra och förklara vad jag gjort. Brottet med det tidigare är viktigt för att jag vill illustrera att resultatriktningen kan ha effekter. Samtidigt ser jag det inte som relevant att peka ut precis var gränsen går mellan kontinuitet och nyhet.⁸¹ När det gäller just metodologin beror det på att jag utgår från att det finns olika uppfattningar om vad som är nytt i det jag gjort. En del läsare kommer antagligen att hävda att jag inte

⁸⁰ Jfr Petri Mäntysaari som i vissa utsagor gör vad som framstår som just angrepp på vad han kallar traditionell rättsvetenskap, men som har ambitionen att tillföra något, en disciplin, *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017, se genomgående, men särskilt tydligt på s 129.

⁸¹ Se vidare avsnitt 4.7.

gör något nytt alls i metodologiskt hänseende, eftersom ”rättsdogmatisk metod omfattar så mycket”.⁸² Om jag hade utgått från deras uppfattning och presenterat vad jag gjort enbart som kontinuitet, hade antagligen andra läsare reagerat och ifrågasatt tilltaget. För mig är det emellertid inte relevant att peka ut precis var just denna gräns mellan nytt och gammalt går. Vad jag gör anspråk på att tillföra, är att visa att det ger effekter att tänka i termer av flera metoder. Tillsammans med en resultatriktad forskningsinriktning blir det högst relevant att göra just det.

I kombination med vad jag i andra avsnitt beskrivit om resultatriktningen har jag härmed redogjort för min forskningsinsats i sådana allmänna termer som var tanken med detta avsnitt. För att också framföra budskapet på ett annat sätt kan jag peka ut två punkter:

- i I förhållande till tanken på ”rättsdogmatisk metod” som en enda metod som omfattar många olika aspekter kan det jag gjort i detta projekt beskrivas som att jag tänkt i termer av flera olika metoder och att jag explicit redovisat att jag exempelvis använder intresseanalys.
- ii I förhållande till tanken på ”rättsdogmatisk metod” har jag (möjligen) tillfört ytterligare metoder.

För att placera in dessa båda punkter i förhållande till andra centrala metodologiska tankar i projektet lägger jag också till två punkter:

- iii Det är relevant att dra konsekvenserna av att forskningen inte är inriktad på att fastställa gällande rätt, eller med andra ord producera normativa utsagor om hur rätten skall tillämpas.
- iv Det är viktigt att kunna anlägga andra kunskapsintressen än de normativa och möjligheten att tänka i termer av flera metoder kan bidra till att sådana andra kunskapsintressen blir föremål för rättsvetenskaplig forskning.

Tillsammans kan dessa fyra punkter kanske peka ut vad jag gör i detta projekt. Jag antar dock att det också kan finnas läsare som vill ha andra mer omfattande förklaringar. Kanhända behöver de se hur jag förankrar vad jag gjort i tidigare redovisade arbeten och uppfattningar. I nästa kapitel, 4, ger jag därför just ytterligare förklaringar och förankringar till projektet i stort.

⁸² Citatet uttrycker min minnesbild av vad jag fått höra, upprepade gånger, från forskare som menar att de arbetar med rättsdogmatisk metod, på ett metodologiskt konsekvent sätt. Det hör till saken att det i flertalet fall har handlat om att med uttrycket uppmuntra forskarstuderande att lita på rättsdogmatiken och att våga ta ut svängarna.

Beträffande de specifika metoderna återkommer jag i vart och ett av resultatkapitlen, 5–24. De illustrerar vad jag menar med var och en av de olika metoderna.

4 Förankring av ansatsen och ambitionerna och ytterligare förklaringar till dessa

Efter att jag i föregående kapitel 3 har förklarat ansatsen och ambitionerna redovisar jag här hur jag menar att dessa går att förankra. I detta kapitel behandlar jag referenser till de teman som jag slagit an i kapitel 1–3, och i någon mån utvecklar jag också dessa teman. Avsikten är således att förankra min ansats och mina ambitioner, samtidigt som jag ger ytterligare förklaringar till dessa.

Läsaren har anledning att notera att det handlar om att just förankra och utveckla vad jag redan förklarat i de första tre kapitlen. Där har jag beskrivit vad jag gjort och varför. Det kan därför finnas läsare som menar att de genom de tre första kapitlen har fått tillräckligt med förklaringar för att ge sig i kast med resten av boken. Dessa läsare kan bläddra förbi detta fjärde kapitel för att ta del av resultatkapitlen, 5–24. För dem räcker kanhända de tjugo illustrationerna av vad en uttalad resultatinställning kan innebära i förmögenhetsrättsliga forskningsprojekt. Alla läsare kan rent av välja att göra på det viset utan att något av framställningens centrala budskap går förlorat. Som jag redan nämnt har jag inte byggt presentationen som något drama där varje del behöver läsas i tur och ordning.

Skälet till att jag ändå skrivit detta fjärde kapitel är att det fyller en viktig funktion. Som jag nämnt är syftet med boken kontroversiellt och framställningen är annorlunda.⁸³ Om läsare bara möter budskapet och framställningen utan att se hur jag förankrar vad jag gjort, kan de reagera på sätt som det egentligen inte finns anledning till, beaktat mina ambitioner och avsikter.⁸⁴ I detta fjärde kapitel vill jag därför försöka skapa ytterligare förtroende för mina ambitioner och avsikter. Jag vill försöka skapa mer

⁸³ Jfr avsnitt 1.1–3.

⁸⁴ Jag har under processen med att färdigställa denna framställning haft möjlighet att mer konkret pröva dessa risker och vad som är att föredra för att påverka dem. Eftersom jag vänder mig till olika läsare har jag valt att använda det utrymme som kapitel 4 omfattar, men som

förtroende än vad som är möjligt med en text som är koncentrerad till att introducera vad jag gjort, såsom i de tre första kapitlen. I detta fjärde kapitel förhåller jag mig i hög grad till vad andra gjort och vad andra hävdar, även om framställningen hela tiden syftar till att förankra och förklara *min ansats, mina ambitioner och mina avsikter*. De läsare som väljer att hoppa över detta kapitel och sedan märker att de upplever budskapet som (alltför) kontroversiellt, kan förhoppningsvis ha detta i åtanke. Det går då förstås bra att bläddra tillbaka till kapitel 4.

Kapitel 4 kan också betraktas som ett kapitel där jag utvecklar ett budskap som är sidoordnat bokens syfte. Det går att läsa kapitel 4 som en framställning över vissa mer eller mindre omdiskuterade teman i rättsvetenskapen. En sådan läsning kan kanhända vara intressant för vissa läsare.

Kapitlet är disponerat som följer. I de två första avsnitten av kapitel 4 behandlar jag två vanliga föreställningar om förmögenhetsrättslig forskning. Den ena föreställningen är att förmögenhetsrättslig forskning behöver vara av praktisk relevans. Den andra är att förmögenhetsrättslig forskning behöver omfatta en viss metodologi och innebära systematisering. Jag tar upp dessa teman först för att jag tror att läsarna känner igen dem och för att de utgör en god bakgrund till de teman jag tar upp därefter. Nästa tema som jag tar upp är nämligen behovet av ytterligare metoder än rättsdogmatisk metod. Därefter förklarar jag vad en resultat-inriktad forskningsinriktning innebär och hur den förhåller sig till andra inriktningar. Jag behandlar också specifikt temat om kriterier för rättsvetenskaplig forskning. Likaså har jag sett skäl att kommentera om jag egentligen gjort något annorlunda i jämförelse med annan förmögenhetsrättslig forskning. I den delen illustrerar jag med några exempel hur andra förmögenhetsrättsliga framställningar kan anses bygga på olika metodologiska inslag.

4.1 Förankring av ansatsen kring forskningens relevans för det praktiska rättslivet

En inte sällan förekommande fråga beträffande förmögenhetsrättslig forskning är om forskningen handlar om något som är av relevans för det praktiska rättslivet. Frågan är relevant för de praktiskt verksamma juristerna som efterfrågar forskning som de har praktisk användning av. Därmed är

framgått uppmanar jag läsaren att själv ta ställning till i vilket skede det passar att läsa kapitlet. (Min rekommendation är dock givetvis att läsa kapitlen i den ordning jag placerat dem.)

frågan också viktig för de förlag som publicerar forskningen. Frågan om praktisk relevans är emellertid aktuell även från ett forskningsperspektiv. Om forskningen inte är praktisk relevant går det kanske att komma till slutsatsen att den inte är särskilt angelägen. Det är därför relevant att ställa just frågan om i vilken mån förmögenhetsrättslig forskning behöver vara av direkt relevans för det praktiska rättslivet?

4.1.1 Rättsvetenskapliga insatser behöver inte vara relevanta för praktiker ...

Frågan om forskningen behöver vara praktiskt relevant kan betraktas ur ett allmänt perspektiv på vad forskning behöver vara. Det är enkelt att konstatera att det finns föreställningar i frågan.⁸⁵ De är aktuella vid så konkreta fenomen som tilldelning av resurser för forskning. Därmed omfattar föreställningarna också system för evaluering. De är också aktuella i processer kring utvecklingen av universitet, nation och samhälle.⁸⁶

Om frågan avgränsas till att handla om rättsvetenskaplig forskning blir svaret i grunden detsamma. Det är tydligt uttalat att forskningen just behöver vara av praktisk relevans. Saken har uttryckts som att det ställs dubbla krav på rättsvetenskapen:

”Rettsvitenskapen er stilt overfor et dobbelt krav; den skall ikke bare oppfylle de metodiske krav till en vitenskap, men også ha en tematik og behandle sitt tema på en måte som gjør den relevant for den praktiske rettsanvendelse.”⁸⁷

Citatet pekar ut ett krav på en förklarande inriktning. Det finns uppfattningar om att det är centralt för rättsvetenskapen att förklara rättsregler på sätt som leder till att forskningen lägger en grund för framtida beslut.⁸⁸ I linje härmed är det följdriktigt att det anses relevant att notera i vilken mån

⁸⁵ Se exempelvis en talande titel på temat Birgitta Myrman, Bo Sandberg och Sten Söderberg, Om utvärdering av forskningens genomslag utanför akademien, Översikt över några nationella modeller och initiativ, Vetenskapsrådet 2017.

⁸⁶ Se exempelvis Ulf Petrusson, *Forskning och nytta*, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2015. Boken tar utgångspunkt i den statliga styrningen för universitetens samverkan med det omgivande samhället, se Höskolelagen 1:2 och 1:5. Den är inte begränsad till rättsvetenskapen även om författaren är just rättsvetare. Boken illustrerar att frågan kan höra till en annan nivå än den nivå som den nedan redovisade debatten om rättsvetenskapen handlat om.

⁸⁷ Jan Fridtjof Bernt och David Roland Doublet, *Vitenskapsfilosofi för jurister*, 1998 s 161.

⁸⁸ Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, 2001 s 55.

rättsvetenskaplig litteratur faktiskt använts av högsta instanser.⁸⁹ I beaktande av sådana föreställningar kan man dra slutsatsen att forskningen skall vara just användbar för praktiker. Vad praktiker anser användbart förefaller vara att forskningen förklarar regleringen och bidrar till att peka ut vad som gäller. I konsekvens härmed skulle forskningen ges en mer eller mindre deskriptiv ambition med inslag av normativa bidrag.

Frågan om på vilket sätt den rättsvetenskapliga forskningen skall vara praktiskt användbar är dock i högsta grad omdiskuterad. Jag har stött på en stor mängd framställningar på temat. För att ge en bild följer här några exempel på rubriker till artiklar och anföranden på temat om just forskningens relevans för praktiskt verksamma jurister.⁹⁰

”Vad förväntar sig domstolarna av forskningen i förmögenhetsrätt?”⁹¹

”Rättsvetenskapens betydelse för en högsta domstols prejudikatbildning på förmögenhetsrättens område”⁹²

”Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter”⁹³

”Den rättsvetenskapliga forskningens roll – Vad bör den rättsvetenskapliga forskningen syssla med och varför?”⁹⁴

”Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter”⁹⁵

”Civilrättsforskningens uppgifter – replik från en praktiker”⁹⁶

”Till frågan om rättsvetenskapen som en omedelbart verkande rättskälla”⁹⁷

”Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken”⁹⁸

⁸⁹ Se exempelvis Bertil Bengtsson, Om rättsvetenskapen som rättskälla, TfR 2002 s 14–32.

⁹⁰ Några av dem är hämtade från ett och samma rättssymposium den 22–23 november 2001 på Häringe slott, se temanumret SvJT 2002 s 217 ff.

⁹¹ Pauline Koskelo och Torgny Håstad, Nordiska förmögenhetsrättsdagarna 2009, Helsingfors universitet.

⁹² Stefan Lindskog, Nordiska förmögenhetsrättsdagarna 2017, Hesselby slott. Artikel baserad på anförandet med samma, ovan angivna titel, finns i boken Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, red Jan Kleineman, 2018 s 167–178.

⁹³ Bert Lehrberg, SvJT 1991 s 753.

⁹⁴ Ulf Petrusson, SvJT 2002 s 217.

⁹⁵ Göran Lambertz, SvJT 1992, s 78.

⁹⁶ Lars Edlund, SvJT 1992 s 418.

⁹⁷ Jan Kleineman, JT 1994–95 s 621.

⁹⁸ Dennis Töllborg, JT 1995–96 s 354.

”Nyttig och onyttig rättsvetenskap”⁹⁹

”I vilket syfte och till vilken nytta skrivs rättsvetenskapliga arbeten?”¹⁰⁰

”Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta”¹⁰¹

”Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten”¹⁰²

”Samverkan mellan rättsvetenskapen och lagstiftaren”¹⁰³

”Rättsvetenskap och lagstiftningsarbete”¹⁰⁴

”Rättsvetenskapen och lagstiftningsarbetet”¹⁰⁵

”Rettsforskernes medvirkning i lovgivningsarbeidet”¹⁰⁶

”En Herrens tjänare, eller några Herrans tjänare? Om rättsvetenskaplig forskning i den juridiska praktikens tjänst”¹⁰⁷

”Rättsvetenskap och samhällsnytta”¹⁰⁸

”Om rättsvetenskapens avnämare”¹⁰⁹

”Rättsvetenskapen i teori och praktik – några tankar från en advokat”¹¹⁰

”Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi”¹¹¹

”Retsvidenskab og pragmatisme”¹¹²

”Symbiotic Legal Theory and Legal Practice: Advocating a Common Sense Jurisprudence of Law and Practical Applications”¹¹³

⁹⁹ Göran Lambertz, SvJT 2002 s 261.

¹⁰⁰ Madeleine Leijonhufvud, SvJT 2002 s 279.

¹⁰¹ Marie Sandström, SvJT 2001 s 282.

¹⁰² Peter Wahlgren, SvJT 2002 s 293.

¹⁰³ Fredrik Wersäll, SvJT 2002 s 304.

¹⁰⁴ Petter Asp, SvJT 2002 s 311.

¹⁰⁵ Kaarlo Tuori, SvJT 2002 s 330.

¹⁰⁶ Inge Lorange Backer, SvJT 2002 s 319.

¹⁰⁷ Per Ole Träskman, SvJT 2002 s 333.

¹⁰⁸ Claes Sandgren, i Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, 2007 s 359.

¹⁰⁹ Claes Sandgren, i Vad är rättsvetenskap? (2008) 2009 s 312.

¹¹⁰ Anne Ramberg, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010 s 284–294.

¹¹¹ Hans Petter Graver, TFR 2011 s 230, på s 232–235.

¹¹² Jørgen Dalberg-Larsen, i Vänbok till Claes Sandgren, 2012 s 139–152.

¹¹³ Den sista titeln är ett exempel för att notera att liknande inlägg, föga förvånande, gjorts även utanför Norden. Jean R Sternlight, University of Miami Law Review, Volume 50, nr 4, 1996 s 707–778.

Som flera av rubrikerna antyder föreligger det skilda uppfattningar. Tanken på att rättsvetenskaplig forskning skall vara av direkt relevans för det praktiska rättslivet är ifrågasatt. Det förekommer att de som framför en sådan uppfattning ifrågasätts i sin tur. De kan bli beskyllda för att inte ha någon godtagbar grund för vad de talar om när de ställer krav på att forskningen skall vara av praktiskt nytta.

”Det som framför allt belyser den teoretiska omedvetenheten är att de flesta ... utgår från nyttobegrepp som saknar all tänkbar vetenskaplig relevans. Att värdera rättsvetenskapens uppgifter och ställning som vetenskap utifrån ett begrepp som enbart grundar sig på egna, personliga uppfattningar är, kort och gott, helt ovetenskapligt.”¹¹⁴

Av vad jag redovisat går det att konstatera att det finns önskemål om att forskningen skall vara av praktisk relevans samtidigt som det finns kritik mot att önskemålen drivs på grunder som inte är kompatibla med vetenskaplighet. Mot denna bakgrund kan jag förklara hur jag i detta projekt förhållit mig till den *principiella* frågan. Jag har utgått från att kraven på direkt praktisk relevans handlar om ytnivån av forskningen. Ytan avgör inte vad som är praktiskt relevant. Jag menar därför att det är ett misstag att förhålla sig till ytan och jag har därför inte heller gjort det. Tanken på att forskningen skall vara en producent av normativa utsagor om gällande rätt är olycklig och rent av en belastning. Såväl forskningen som samhället och de praktiskt verksamma juristerna förlorar på ett sådant krav. Ett krav på direkt praktisk relevans skulle innebära en beklaglig hämsko för en verksamhet vars målsättning behöver vara att generera kunskap.

Härmed inte sagt att delar av önskemålen om direkt praktisk relevans inte kan tillgodoses i en del forskningsinsatser. Det går också att tillgodose denna efterfrågan med populärvetenskapliga framställningar, d v s framställningar som presenterar forskningen i just ett syfte att visa hur redan genomförd forskning kan vara praktiskt relevant. Trots mitt förhållningssätt i den principiella frågan vill jag därför framhålla att det finns ett värde i att rättsvetenskapliga insatser blir praktiskt relevanta.

¹¹⁴ Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson, *Genusrättsvetenskap*, 2009 s 110.

4.1.2 ... men det kan ha ett värde även för forskningen om rättsvetenskapliga insatser blir relevanta för praktiken ...

Som jag nämnt i föregående kapitel har jag en viss preferens för att låta mitt forskningsarbete handla om att konstruera lösningar på rättsliga frågor. Det kan handla om teoretiska frågor likaväl som frågor som förekommer i praktiken. När frågorna har direkt praktisk betydelse tillför det emellertid viss inspiration att arbeta med frågorna. Kvaliteten i forskningen kan därför påverkas av att frågan får en given kontext. Jag kan därför instämma i en utsaga som denna:

”Rättsvetenskapen bör ha en bred forskningsrepertoar och det är en styrka för den att ha ett ben i vetenskapssamfundet och ett i rättstillämpningen. De nämnda [traditionella] framställningarna kan dessutom vara värdefulla element i en fördjupning och teoretisering; många av dem innehåller för övrigt teori-element, mer eller mindre utvecklade och medvetna.”¹¹⁵

4.1.3 ... och jag har försökt tillgodose intresset av praktisk relevans genom urvalet av forskningsfrågor

Beträffande de frågor jag arbetat med i detta projekt är flera av dem sådana som jag identifierat i just kontakter med praktiskt verksamma jurister. Jag har i dessa fall fått information och uppslag genom kontakter med praktiserande jurister som jag ställt frågor till eller som frågat mig om råd. Mitt sätt att tillgodose önskemålet om relevans för det praktiska rättslivet ligger i detta projekt därför i den urvalsprocess som jag gjort. Jag menar att jag därmed i hög grad har beaktat intresset av praktisk relevans. En annan sak är att jag i arbetet med projektet bakom denna bok har arbetat med det praktiskt relevanta stoffet utifrån en viss forskningsinriktning. Jag har utifrån reflektioner om forskningsrelevans identifierat ett antal frågor som jag ansett ha haft potential att leda till forskningsresultat som kan vara illustrativa. Vad jag presenterar i denna bok är ”forskningsresultat”, i förhållande till den målbild jag arbetat med i detta projekt.¹¹⁶

Jag vill här också specifikt peka på en fråga som angränsar till frågan om praktisk relevans. Ett forskningsresultat kan ha mer eller mindre betydelse. Om resultatet är av marginell relevans eller nytta kan det i sig vara anledning

¹¹⁵ Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297–333, citatet från s 333.

¹¹⁶ Jfr Petri Mäntysaaris sätt att beskriva saken med uttrycket ”Use of findings”, User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, 2017 s 85–89.

att inte betrakta insatsen som forskning.¹¹⁷ Ett forskningsresultat som exempelvis består i identifieringen av vissa argument som relevanta för lösningen av en viss rättsfråga, kan kanske anses tillföra något samtidigt som ingen egentligen bryr sig. Rättsfrågan kan vara perifer och argumenten av liten relevans för andra sammanhang. I den mån detta förhållande betraktas som ett problem hanterar problemet sig emellertid självt. Den forskare som vill bidra med något som inte är marginellt får helt enkelt inrikta sin forskning på att göra forskningsinsatser som leder till resultat som får betydelse i någon reell mening.¹¹⁸ En studie som inte bidrar med något i reell mening kommer inte att användas i vare sig forskningen eller till något annat. Därför vill jag påstå att forskare tenderar att vilja åstadkomma ”nyttig” och ”användbar” forskning.¹¹⁹

Vad jag härmed förklarar är att denna framställning har potential att vara relevant för praktiskt verksamma jurister. Det är som framgått dock inte en huvudambition. Presentationen är inte tillrättalagd för att förmedla hur forskningen kan användas i praktiken. Jag tror dock att praktiskt verksamma jurister som läser en bok som denna också har förmågan att se möjligheterna.

4.2 Förankring av ansatsen att inte enbart ägna forskningsinsatsen åt systematisering med hjälp av rättsdogmatisk metod

4.2.1 Skall rättsvetenskapliga insatser bestå i systematisering med rättsdogmatisk metod?

Som framgått redan av föregående avsnitt finns det uppfattningar om rättsvetenskaplig verksamhet och praktisk användbarhet. Det finns också uppfattningar om vad rättsvetenskaplig verksamhet går ut på i stort. En ofta citerad utsaga på temat är:

¹¹⁷ Jfr Roger Brownsword, Maps, Methodologies, and Critiques: Confessions of a Contract Lawyer, i Mark Van Hoecke, ed, Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline? 2011, särskilt s 153.

¹¹⁸ Jfr Petri Mäntysaari, User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, 2017 s 2, jfr s 32–34.

¹¹⁹ Jfr ”... att möjliggöra för forskare att förverkliga sina ambitioner om ett samhällsansvar och att verka för nyttiggörande av forskningsresultat som en integrerad del av den akademiska verksamheten.” Ulf Petrusson, Forskning och nytta, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2015 citaten från baksidestexten, men se särskilt s 29–30, 100–140, 214–216.

”Den retsvidenskabelige virksomhed går ud på at præcisere retsnormernes indhold gennem fortolkning og udfyldning, at afbøde inkonsekvenser i norm-systemet og at fremstille dette som et sammenhængende hele.”¹²⁰

Rättsvetenskapen går med denna utsaga ut på att framställa normsystemet som sammanhängande helhet.¹²¹ Verksamheten handlar med andra ord om en systematiseringsprocess.¹²² Processen och metoden för att åstadkomma denna systematisering anses vara karaktäristisk för rättsvetenskapen. Det talas exempelvis om ”systematisering som rättsvetenskapens adelsmärke” och om ”den huvudsakliga rättsvetenskapliga-rättsdogmatiska arbetsuppgiften”.¹²³ Likaså har det sagts att ”den del som gör rättsdogmatiken förtjänt av beteckningen vetenskap – är den verksamhet som syftar till systematisering av det rättsliga stoffet”.¹²⁴

Av utsagorna kan man få intrycket att rättsvetenskapens huvudsakliga uppgift är att precisera och systematisera genom att använda just rättsdogmatisk metod. En föreställning som kan följa med utsagor som dessa, är därför att rättsvetenskap *är* just precisering och systematisering med rättsdogmatisk metod, och inget annat. I så fall skulle mitt val att ägna min forskningsinsats även åt annat än precisering och systematisering kunna ifrågasättas. Det skulle också finnas anledning att ifrågasätta mitt val att

¹²⁰ Max Sørensen, Statsforfatningsret 1973 s 19, citerad av Hans Petter Graver med hänvisningar till ytterligare författare som gjort detsamma, Graver, Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, Tfr 2011, s 230, citatet från s 235.

¹²¹ För några ytterligare exempel på utsagor om att detta är vad rättsvetenskapen går ut på se exempelvis: i lärobokssammanhang Jens Evald, At tænke juridisk, 4 u, 2011 s 65, Jens Evald och Sten Schaumburg-Müller, Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære, 2004 s 207–210, 226–231 och i forskningssammanhang Aleksander Peczenik, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law, 2005 s 1.

¹²² För frågan om vad rättsvetenskaplig systematisering innebär i vetenskapligt hänseende se exempelvis Anne Ruth Mackor, Explanatory Non-Normative Legal Doctrine. Taking the Distinction between Theoretical and Practical Reason Seriously, i Mark Van Hoecke, ed, Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline? 2011. För en illustration av vad den förmögenhetsrättsliga forskningen skulle kunna bidra med i sak beträffande systematisering se Torgny Håstads önskemål om bistånd till lagstiftaren och praktikerna, i Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s 244–261. För ett konkret exempel som belyser att ett typiskt systematiseringsarbete motsvarar att passa in normativa utsagor i förklaringsmodeller se Mikael Möller, Civilrätten vid finansiell leasing, 1996 s 158–159.

¹²³ Citaten i tur och ordning från: Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297, på s 322. Jan Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som en omedelbart verkande rättskälla, JT 1994–95 s 621, på s 628.

¹²⁴ Thomas Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskällevärdet, Tfr 1985 s 181, på s 195.

använda vad jag betraktar som andra metoder än rättsdogmatisk metod. Alternativt skulle mitt resonemang kunna ifrågasättas med att jag inte förstått vad jag gör. Det skulle nämligen kunna hävdas att jag sysslar just med systematisering av gällande rätt med hjälp av rättsdogmatisk metod, utan att jag inser det.¹²⁵

4.2.2 Det råder delade meningar om vad systematisering med rättsdogmatisk metod är

Jag vill börja min förankring av vad jag gjort genom att peka på att det är ganska oklart vad som avses med att precisera och systematisera med hjälp av rättsdogmatisk metod.¹²⁶ Mot bakgrund av vad jag just redovisat – om ”adelsmärke” och huvudsaklig arbetsuppgift – skulle man kunna förvänta sig att rättsvetenskapliga forskare utan vidare kan beskriva och förklara vad precisering och systematisering med rättsdogmatisk metod är. Det förefaller emellertid inte vara fallet. Den grundläggande frågan om vad precisering och systematisering med rättsdogmatisk metod är förefaller inte vara besvarad.

”... we are still struggling with the preliminary issue of determining the main characteristics of legal doctrinal research.”¹²⁷

Beskrivningar av vad rättsdogmatisk metod är varierar betydligt.¹²⁸ Från ett kritiskt vetenskapligt perspektiv förefaller de också väcka fler frågor än

¹²⁵ Jfr Aleksander Peczeniks kommentar till Rune Lavin, i Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, FT 1990 s 41–52. Rune Lavin, Är den förvaltningsrättsliga forskningen dogmatisk, FT 1989 s 115–129, och notera Lavins introduktion i hans replik i Om förvaltningsrättslig forskning, En replik, FT 1990 s 71–74. Se även Mats Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, 1999 s 50–52, och jfr 79–96.

¹²⁶ Jfr Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297, på s 322–326 för talrika hänvisningar och en beskrivning av vad systematisering innebär.

¹²⁷ Jan BM Vranken, Exiting Times for Legal Scholarship, Law and Method, Boom Juridisch Tijdschriften, February 2012, citatet från konklusionen på s 121.

¹²⁸ Jfr exempelvis Jan Kleinemans kortfattade lärobokskapitel om rättsdogmatisk metod i allmänhet, Rättsdogmatisk metod, 2013, s 21–45. Jfr även en motsvarande men längre beskrivning, med öppningar, i Torstein Eckhoffs lärobok, Retskildelære, 5 u, 2001. Ännu en annan beskrivning, med konkreta angivna öppningar, har gjorts av Bjarne Askeland, Om rettsdogmatisk metode og sammenligning, 2013, se s 19–25. Jens Evald och Sten Schaumburg-Müller, Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære, 2004 s 210–236. Listan över olika uppfattningar om innebörden av rättsdogmatisk metod kan göras lång, se exempelvis Peter Westberg, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats, i Festskrift till Per Olof Bolding, 1992 s 421, på s 421–422, med hänvisningar.

de besvarar. Det finns därför anledning att hävda att det anses omstritt och oklart vad rättsdogmatisk metod är.

Till saken hör också att rättsvetare ibland kan förefalla ha en ganska vag bild redan av vad som skall läggas in i begreppet ”metod”. Det finns rättsvetare som beskriver ”metod” genom att förklara vilka verktyg jurister använder. Exempelvis kan det handla om vilka texter som är relevanta att läsa, hur jurister utformar dokument, hur de formulerar sig eller om att regleringen är indelad i olika rättsområden.¹²⁹ Eftersom sådana beskrivningar blir en sorts instruktioner går det förstås att motivera att begreppet ”metod” används i sammanhanget. Att peka ut hur jurister identifierar texter och vad jurister anser relevant i olika slags texter är förstås förklaringar av hur jurister går till väga och därmed ”metod”. Det är dock möjligt att den nämnda begreppsanvändningen bidrar till rättsvetares svårigheter att förklara vad ”metod” är i vetenskapligt hänseende.¹³⁰

Till saken hör vidare att termerna ”juridisk metod”, ”traditionell juridisk metod”, ”rättsvetenskaplig metod” och ”gängse metod” används på sätt som bidrar till bristen på precision.¹³¹ Med denna terminologi blir ”metod” synonymt med normalitet, d v s metod blir vad som än anses normalt att jurister gör. Det är härvid av betydelse att termerna används för att beskriva metoderna som jurister i största allmänhet använder. Vad rättsvetenskapliga *forskare* avser med att använda ”rättsdogmatisk metod”, i en rättsvetenskaplig *forskningsinsats*, är däremot en fråga som tenderar att inte bli adresserad.¹³² Därmed förbigås även frågan om vad systematiseringen innebär.¹³³

¹²⁹ Se exempelvis Lone L Hansen och Erik Werlauff, *Den juridiske metode*, 2013. Jfr i kontrast Bert Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, 10 u, 2017. Jfr annan vinkling Jens Ewald, *At tænke juridisk*, 4 u, 2011. Jfr även Robin Wellford Slocum, *Legal Reasoning, Writing, and Persuasive Argument*, 2 u, 2006. För undvikande av missförstånd vill jag påpeka att jag inte alls har någon avsikt att kritisera användningen av termen ”metod”. Jag avser bara att peka på ett fenomen. Jfr min egen framställning i Folke Grauers och Claes Martinson, *Studiematerial för juridisk grundkurs*, 20 u, 2017 s 11–17.

¹³⁰ Att notera i sammanhanget är att man i vissa länder använder termen ”legal research” när man lär ut identifikationsprocessen på introduktionskurser. I Sverige har termen ”rättsteknik” tidigare använts för att beskriva just metoderna för att hitta relevanta texter och argument samt referera till fynden. Teknik är i sammanhanget bara ett annat ord för metod.

¹³¹ Jfr exempelvis David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 u, 1993 s 25–26 och den förenkling de använder för att ändå för en gångs skull göra en distinktion mellan juridisk metod och rättsvetenskaplig metod.

¹³² Som jag nämnt i fotnot i avsnitt 3.4 förekommer det rent av rekommendationer av innebörden att det för dem som anser att de använder denna metod är överflödigt att förklara vad de gjort.

¹³³ Den förbigås trots att det är givet att systematisering kan utföras på många olika sätt och att en central fråga är vilken utgångspunkt systematiseringen bygger på, jfr Håkan Gustafsson, *Rättens polyvalens*, 2002 s 105–169.

4.2.3 Det råder delade meningar om det är en fördel eller nackdel att rättsvetenskapens metoder är vagt definierade

Att jurister och rättsvetare har vaga bilder av vad de gör är en föreställning som går långt tillbaka. Föreställningen har sin grund i ett historiskt skede som beskrivits som viktigt för utvecklingen till den rättsvetenskap vi idag har.¹³⁴ Med denna föreställning är det helt i sin ordning att jurister och rättsvetare har en ganska vag bild av sin metodologi. Det är rent av en fördel.

”Rimligen borde ingenting vara juristerna mer bekant än den juridiska metoden, ty det är just den som gör dem till jurister. Ändock är det inte för mycket sagt, att säga att de flesta jurister fullständigt saknar egentlig *kunskap* om metoden, och att deras vetenskap känner alla lagar bättre än *sina egna*. Genom och i användningen känner de den juridiska metoden mycket väl, men det handlar mer om känsla och övning än om kunskap. Skulle de behöva ange, vari metodens själva väsen ligger, som det sätt, på vilket juristen bedömer rättsförhållandena, på vilket juristen skiljer sig från lekmannen, den juridiska metodens uppgifter, medel och grundprinciper – svaret skulle bli oändligt torftigt och svårligen nå utöver de recipierade fraserna. Också de romerska juristerna, virtuoser vid handhavandet av den juridiska metoden, som de var, har ju också, såvitt vi vet, inte ens gjort den beskedligaste ansats till teori om metoden; inte en antydning om ändamålet, metodens uppgift, inga besked, inte ens ett yttrande om metodens mest basala grundsatsar – ett nytt belägg för den gamla sanningen, att det korrekta utövandet av en konst, också på den högsta nivån, inte betingas av vetenskaplig kännedom om konstens regler eller väsen.”¹³⁵

Utsagan förefaller innebära att jurister inte kan beskriva vad de gör och kanske inte heller bör kunna beskriva detta, annat än i termer av konst.¹³⁶

¹³⁴ Marie Sandström, Rättsvetenskapens princip, 2004.

¹³⁵ Rudolf von Jhering, Geist des Römischen Rechts, 1906, s 310. Fritt, men elegant, översatt av Joel Samuelsson, Tolkningens gåta, 2011 s 70. Såvitt jag kunnat se publicerade von Jhering (1818–1892) första versionen av stycket redan i den första upplagan, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1858 s 322. Det handlar om ett inledande avsnitt av volymen med rubriken ”Die juristische Technik des ältern Rechts” och underrubriken ”Das Wesen der Technik im Allgemeinen”. I de följande kapitlen redogör von Jhering för vad han fritt översatt kallar ”den juridiska tekniken” och ”de tre fundamentaloperationerna”. Till sammanhanget hör att frågan om rättsvetenskapens vetenskaplighet vid denna tid var omdebatterad i den tyska kulturen, på ett sätt som föranledde ett försvar för rättsvetenskapen, se Marie Sandström, Rättsvetenskapens princip, 2004, särskilt s 17–27.

¹³⁶ Jfr Hans-Georg Gadamer, Förnuftet i vetenskapens tidsålder, (1976), 1989 s 66 men jfr s 22. I sammanhanget vill jag också peka på antologin Konsten att rättsvetenskap, Den tysta kunskapen i juridisk forskning, red Petter Asp och Kimmo Nuotio, 2004, där nästan alla artiklar handlar om hur det kan gå till att skriva en rättsvetenskaplig bok eller artikel, inte om hur en

Detta är måhända en användbar tankegång i en del sammanhang. En motsvarande utsaga, som gjorts i modern tid, inger emellertid betänkligheter. Den handlar om att placera rättsvetenskapen i förhållande till andra vetenskaper och är såtillvida neutral. Trots detta framstår rättsvetenskapen som speciell och metodologiskt outvecklad.¹³⁷

”In summary, therefore, it is probably incorrect to describe the process of legal analysis as being dictated by a ‘methodology’, at least in the sense in which that term is used in the sciences. The process involves an exercise in reasoning and a variety of techniques are used, often at a subconscious level, with the aim of constructing an argument which is convincing according to accepted, and instinctive, conventions of discourse within the discipline. Although the discourse is apparently conducted according to formalistic conventions it is also influenced by shared value (or policy) judgments which often remain unspoken. The ‘methods’ employed in legal scholarship are therefore neither consciously learned, nor consciously employed as is the case with scientific methods. The skills and conventions of legal analysis are instead learned at an instinctive level through exposure to the process, and they are then employed on the same basis in the development of legal argument. In much the same way that the use of an explicit methodology confers legitimacy in scientific research, credibility within legal scholarship is therefore dependent on the researcher’s work demonstrating an understanding and adherence to the accepted conventions and norms of its discourse.”¹³⁸

Det förekommer också kritik mot att jurister och rättsvetare inte uttrycker hur de ser på sina metoder. Tanken på att det inte skulle gå att förstå metoden i termer av kunskap om hur det går till, accepteras inte. Den ovan citerade äldre utsagan om att jurister vet minst om reglerna för sin egen vetenskap, betraktas då inte som det försvar för rättsvetenskapen den antagligen var avsedd som, utan som en beklagan:

”Of all the laws they commonly deal with, lawyers know the least the laws of their own scholarly pursuit, i. e. the science of law --- [is a] --- well-founded

rättsvetare genomför forskningen och sina analyser. Jag vill också peka på att termen ”teknik” använts i sammanhanget, faktiskt rent av för att göra en distinktion i förhållande till vad som skall anses vara rättsvetenskap, Per-Olof Ekelöf, År den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, 1951, se särskilt s 13–17, 30–31 och 41.

¹³⁷ Jfr Synne Sæther Mæhle – ”en ikke-regelbestemt og kanskje heller ikke alltid artikulert ferdighet”, Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?, Jussens Venner 2004 s 329 på s 332.

¹³⁸ Paul Chynoweth, Legal research, i *Advanced Research Methods in the Built Environment*, 2008, s 28 citatet från s 34–35.

complaint about the poor state of self-reflection and knowledge of the laws that constitute legal science among the lawyers themselves ...”¹³⁹

Kritiken innebär således ett beklagande av bristen på kunskap bland jurister.¹⁴⁰ Förstås går det också att kritisera påståendet att juridiken skulle vara en konst. Framför allt går det dock att kritisera tanken att det inte skulle vara meningsfullt att klargöra vad insatserna består i.^{141, 142}

För den förankring jag gör i detta avsnitt, 4.2, är det här intressant att peka på att det finns två helt olika linjer av uppfattningar. Den ena linjen är att rättsvetenskapen bör betraktas som en konst, som inte bör beskrivas i termer av kunskap om hur det går till. Den andra linjen är att det föreligger en brist på självreflektion bland rättsvetenskapliga forskare, som borde veta mer om vad de gör.

De två linjerna omfattar olika varianter. Beträffande den första linjen går en variant ut på att rättsdogmatisk metod omfattar mycket. Definitionen av rättsdogmatik anses vara bred. Exempelvis förekommer utsagor som ”traditionell s k ändamålsanalys i rättsdogmatiska sammanhang”.¹⁴³ Utsagan illustrerar just att det är fråga om en traditionell uppfattning samtidigt som den innebär att ändamålsanalys anses vara en del av rättsdogmatiken. Med

¹³⁹ Utsagan är som framgår ett återgivande av den betydligt äldre utsagan av Rudolf von Jehring som jag citerat ovan. Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, i den engelskspråkiga sammanfattningen, del 1, första raden, och del 4, första raden.

¹⁴⁰ Det retoriska greppet att hävda att jurister vet mer om alla andra lagar än de vet om lagarna för sin egen vetenskap, är populärt att återge. Exempelvis har Eva-Maria Svensson påpekat att Jehrings utsaga, och möjligen Siltalas insats, lett till en uppfattning som nästintill förs fram som ett mantra i nordisk rättsvetenskap. Hon menar att det ”bildar utgångspunkt för varje författares önskan att bidra till en större medvetenhet om hur man gör, och hur man kan göra, när man sysslar med rättsvetenskap.” Se Eva-Maria Svensson, *De lege interpretata – Om behovet av metodologisk reflektion*, Juridisk publikation 2014 s 211, citerat från s 216.

¹⁴¹ Ett välkänt tema inom denna kritik rör värdevalets betydelse, se exempelvis Matti Mikkola, *Teser om rättsvetenskaplig forskning*, TfR 1981 s 273, på s 284–288, som också ger ett enkelt illustrativt exempel. Det har dock hävdats att det åtminstone bland nordiska rättsvetare vid tiden för utsagan rådde en hög grad av metodologisk medvetenhet i detta avseende, Stig Strömholm, *Hur många rättsvetenskaper finns det?* TfR 1978 s 621, på s 630–631. Jfr det närliggande temat hos Christian Dahlman, *Neutralitet i juridisk forskning*, Studentlitteratur, Lund, 2006 s 6–25, samt s 54–55 för ett exempel i samma kontext som Mikkolas ovan utpekade exempel.

¹⁴² Se även avsnitt 4.6 för exempel på kritik mot tankar som leder till intuitiva evalueringar i kvalitativt hänseende och notera anspråken på att evalueringskriterier avseende kvalitet, hos exempelvis Edward L Rubin, *On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship*, *California Law Review*, 1992 s 889–963, särskilt s 891–895, 901, 962.

¹⁴³ Ann Henning, *Om forskning angående lagreglers samhällsliga funktioner*, SvJT 1987 s 386–389, citerat från s 388.

beaktande av andra liknande utsagor framstår rättsdogmatiken som mycket omfattande och heterogen. I linje med den andra uppfattningen går det därför att ifrågasätta om rättsdogmatisk metod faktiskt inte är en metod utan istället flera olika metoder. Tanken om att ”sätta etiketten ’dogmatisk’ på vilken verksamhet som helst” blir relevant.¹⁴⁴

Som nämnts är det möjligt att en vag definition av vad vi rättsvetare gör är användbar i ett eller annat syfte. Det är också möjligt att det är övervägande positivt för rättsvetenskapen, och samhället, att rättsvetenskapen inte i högre grad söker kunskap eller utveckling i detta avseende. En effekt skulle kunna vara att forskarna ägnar sin tid åt det som de är bra på, nämligen att utföra forskningen.

”Though many scientists talk easily and well about the particular individual hypotheses that underlie a concrete piece of current research, they are little better than laymen at characterizing the established bases of their field, its legitimate problems and methods. If they have learned such abstractions at all, they show it mainly through their ability to do successful research. That ability can, however, be understood without recourse to hypothetical rules of the game.”¹⁴⁵

Samtidigt finns det tydliga uppfattningar om att det finns risker med ett sådant förhållningssätt. Att rättsvetenskapen bara ägnar sig åt systematisering med rättsdogmatisk metod uppfattas som en väsentlig begränsning av rättsvetenskapens potential.

”Hvis man insisterer på at rettsvitenskapen skal ha felles metode med rettsanvendelsen og være bundet til de samme normer og prinsipper, så foretar man en normativ innskrenkning av rettsvitenskapen som fratar den dens muligheter til å fylle sine oppgaver i dagens samfunn.”¹⁴⁶

En annan risk är att forskningen blir sämre än vad den skulle kunna vara. Därtill kan den bli tyngre att genomföra.

”När juridiske forskere skal beskrive sin metode, kommer de ofte til kort. Med mindre deres tema reiser særlige utfordringer knyttet til bruk av metoder fra

¹⁴⁴ Jfr Claes Sandgrens, Är rättsdogmatiken dogmatisk? TfR 2005 s 648, citatet från s 655.

¹⁴⁵ Utsagan dock om forskare i naturvetenskap, Thomas S Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago, 2 u, 1970 (1962), s 47.

¹⁴⁶ Graver, Hans Petter; Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, TfR 2011, s 230, citatet från s 244. Jfr Jørgen Dalberg-Larsen, *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, 1977 s 534–549. Jfr skepticism hos Stig Strömholm, Hur många rättsvetenskaper finns det? TfR 1978 s 621, på s 653–654.

andre vitenskaper, som sosiologi eller økonomi, svarer de gjerne på spørsmål om metode at de bruker «vanlig juridisk metode», det vil si den metoden som er utviklet i teorien som fremgangsmåten for å ta standpunkt til og begrunne standpunkter til rettsspørsmål. Fremstillinger av juridisk metode gjør som regel heller ikke noe skille i forhold til om målgruppen er juridiske praktikere eller juridiske forskere. Mange går med andre ord ut fra en forestilling om at det ikke er særlig forskjell mellom metoden til den juridiske forskeren og den juridiske praktikerens. Slike forestillinger tyder på en svak bevissthet om hva som særpreger juridisk forskning som vitenskap, og dermed skiller den fra juridisk praksis. En slik svak bevissthet kan ha betydning for juridiske forskeres opplevelse av identitet som forskere, og det kan føre til at deres arbeider blir metodisk svakere enn de kunne ha vært. Dette gjør både forskningsprosessen tyngre enn den behøver å være, og det hemmer den generelle teoretiske utviklingen i rettsvitenskapen, fordi det blir vanskeligere for andre å trenge inn i de metodiske og teoretiske nyvinninger som tross alt gjøres gjennom det enkelte arbeidet. Det kan også føre til problemer med å legitimere juridisk forskning i forhold til forskning i andre fag. Dette kan ha konsekvenser for ressurstilgangen til rettsvitenskapen i en situasjon hvor det i økende grad må konkurreres om forskningsmidler med forskere fra andre fagområder med en større bevissthet om sine metoder og sin vitenskapelige identitet.”¹⁴⁷

På samma tema har det hävdats att systematisering och rättsdogmatik inte alls är en särskilt bra beskrivning av vad forskare i rättsvetenskap gör, i varje fall inte numera.

”Det råder bred enighet i litteraturen om att systematisering är rättsvetenskapens huvuduppgift och att det är systematiseringen som skänker verksamheten dess karaktär av vetenskap. Detta framstår emellertid som en snäv syn på huvuduppgiften, vartill kommer att ’systematisering’ inte är en särskilt rättvisande term för verksamheten, vare sig för verksamheten som den faktiskt bedrivs eller bör bedrivas. Termen är för all del inte så missvisande som ’rättsdogmatik’ men för ändå tankarna till knappologi.”¹⁴⁸

Temat kan fortsättas med argument om varför det är ”oklokt” att beteckna dagens rättsvetenskap som dogmatisk. Det kan dras så långt som till att det vore ...

¹⁴⁷ Hans Petter Graver, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger, TFR 2008 s 149–178, citatet från s 149–150.

¹⁴⁸ Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297–333, citatet från s 333.

”... välgörande om termen ’rättsdogmatik’ kunde mönstras ut ur det rättsvetenskapliga idiomet.”¹⁴⁹

Mot bakgrund av de citerade utsagorna i föregående underavsnitt ser jag inte anledning att betrakta precisering och systematisering med användande av rättsdogmatisk metod som avgörande för om en insats skall betraktas som rättsvetenskaplig. Tvärt om synes det finnas en efterfrågan på att göra mer än att precisera och systematisera. Det finns en efterfrågan på att tillgodose ytterligare kunskapsintressen med flera metoder.¹⁵⁰

4.2.4 En ytterligare beskrivning av rättsdogmatisk metod

I detta avsnitt, 4.2, har jag så här långt pekat på; att rättsdogmatisk metod inte definierar rättsvetenskapliga insatser, att det råder delade meningar om denna metod och att det råder delade meningar om huruvida det är en fördel eller nackdel att rättsvetare har vaga föreställningar om metod. Givet vad jag härmed hävdar finns det anledning att ställa frågan vad jag egentligen avser med termen ”rättsdogmatisk metod”? Eftersom det råder just delade meningar om vad rättsdogmatisk metod är, har jag anledning att förklara hur jag ser på denna metod.¹⁵¹ Förklaringen är inte en del av förankringen

¹⁴⁹ Claes Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk? TfR 2005 s 648–656. Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, JT 2005–06 s 349–365, på s 363. Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006, i Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år – en minnesskrift, 2007 s 440, på s 466–467. Jfr beträffande den internationella gångbarheten hos termen ”dogmatic”, Aleksander Peczenik, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law, 2005 s 2.

¹⁵⁰ I denna bok pekar jag på ett antal konkreta sådana kunskapsintressen. Det har gjorts många andra påpekanden om behovet, men vanligtvis från teoretiska utgångspunkter och inte alltid i termer av kunskapsintresse. Jag hänvisar i denna bok till flera texter med sådana påpekanden, se exempelvis; Jan Hellner, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, 1969 s 205–229, artiklarna i antologin Methodologies of Legal Research, Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, ed Mark Van Hoecke, och, Henrik Palmer Olsen och Stuart Toddington, The Scandinavian Roots of a New Approach to »Legal Knowledge«, Retfærd, 2012 s 57–78.

¹⁵¹ Huruvida det finns något alls att säga om vad som betraktas som ”den juridiska metoden” beror förstås på perspektivet, se Joel Samuelsson, Tolkning och utfyllning, 2008 s 28, och se även Mikael Hansson, Kollektivavtalsrätten, 2010 s 21. Från mitt perspektiv är en anspråkslös förklaring det minst problematiska sättet att bidra till läsarens förståelse. Jag försöker då förutse läsarens eventuella behov i den kommunikativa processen, utifrån ett försök att förstå deras perspektiv. För den händelse att läsare själva anser att de behöver veta vad just jag menar med rättsdogmatisk metod för att förstå vad jag gör när jag nu menar att det finns anledning att använda fler termer och metoder, finns nu min förklaring till hands. Riskerna som föranleds av de kommunikativa premisserna, såsom risken att jag med användandet av begrepp som ”metod” medverkar till likriktning i negativ mening, har jag beaktat.

av vad jag gjort i metodhänseende, men den är ändå relevant för att förstå vad jag i övrigt tar upp beträffande rättsdogmatisk metod i detta avsnitt 4.2.

Som nämnts beskriver jag vad jag gör i denna bok i termer av flera metoder. Jag räknar med ”rättsdogmatisk utredning” som en av metoderna. Med rättsdogmatisk utredning menar jag att jag identifierar dogmer, d v s normativa utsagor som har relevans och viss status. Jag redovisar dem sedan på ett sätt som i relativt liten mån innebär systematisering och som i relativt liten mån omfattar andra inslag, såsom argumentation. När jag gör en sådan utredning sammanställer och systematiserar jag visserligen normativa utsagor, men jag åstadkommer härmed vanligtvis inte mer än just en redovisning. Jag har haft som ambition att redovisa dessa utsagor på sätt som ger läsaren möjlighet att själv bilda sig en uppfattning utan att påverkas av hur jag valt att presentera dem. En sådan påverkan är dock ofrånkomlig.

I jämförelse mellan ”rättsdogmatisk utredning” och ”rättsdogmatisk metod” menar jag att den senare innebär en högre grad av påverkan. Det beror på att det handlar om en högre grad av systematisering. Utövaren av rättsdogmatisk metod gör systematiseringen utifrån en eller annan mer eller mindre uttalad utgångspunkt, och i ett eller annat, mer eller mindre medvetet, syfte. Det överordnade målet är att redovisa ett normativt ställningstagande. Redovisningen skall övertyga om att detta ställningstagande är relevant. Potentialen att övertyga påverkas av i vilken mån tidigare gjorda normativa utsagor är beaktade. Den är bland annat beroende av hur väl konstruktörerna bakom dessa tidigare normativa utsagor lyckats övertyga om vad de behandlat. Hur väl dessa konstruktörer lyckats beror bland annat på deras status.¹⁵²

Den argumentation som utövaren av rättsdogmatisk metod åstadkommer genom den nämnda systematiseringen innebär vanligtvis ett anspråk. Anspråket innebär att den utsaga som följer av argumentationen är just vad dogmerna utvisar när de preciserats och systematiserats. Trots detta är det argumentativa inslaget betydande. I argumentationen kan ingå en rad olika argument som inte alls bottenar i normer, utan i exempelvis föreställningar

¹⁵² Statusen kan vara av formell karaktär eller bygga på andra faktorer. Ett tydligt exempel på statusproblematik är frågan om argumentation med hjälp av dogmer från andra jurisdiktioner. En relativt klagörande betraktelse kring tekniken för att övertyga med sådana finns i Thomas Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran, TfR 1985 s 181–197. Dynamiken kan speglas i jämförelsen mellan titeln på den artikeln och titeln på det föredrag som densamme gav den 19 april 2018, vid Handelshögskolan Göteborgs Universitet, Kurt Grönfors Lecture: Free movement of legal sources – a possible future for European private law?

om realiteter och värderingar. Det hindrar inte att argumentationen kan vara relativt kortfattad eftersom den kan föras med normativ inriktning.

Inriktningen på arbetet med rättsdogmatisk metod är att argumentera så övertygande argument som möjligt. Processen med att identifiera och konstruera argumenten är i hög grad erfarenhetsbaserad och intuitiv, låt vara med en traditionsenlig huvudinriktning och låt vara att det går att peka på vanliga och rent av rutinmässiga inslag.¹⁵³ Metoden omfattar därför inte att utövaren arbetar med distinktioner mellan olika slags analyser eller mellan olika inslag i arbetsprocessen, låt vara att olika slag av sådana ambitioner kan förekomma.¹⁵⁴ Det är tillräckligt att identifiera och konstruera argument som kan framföras i en ordning som övertygar.¹⁵⁵ Utövaren arbetar heller inte konsekvent med sina premisser och antaganden, i varje fall inte typiskt sett. En annan sak är förstås att den som utövar metoden kan lägga till sådana inslag.¹⁵⁶

Den rättsdogmatiska metoden kan omfatta vad jag betraktar som en rad olika metoder. Rättsdogmatisk metod kan därför betyda ganska många olika saker. I förhållande till vad jag gjort i denna bok skulle jag i termen rättsdogmatisk metod kunna inkludera flera av de metoder jag använder. Med tanke på hur termen använts av andra skulle jag kanske rent av kunna inkludera alla de metoder jag använt. Som framgått menar jag emellertid att det finns skäl att just tala om flera metoder. Ett av dessa skäl är att kunskapsintresset inte behöver vara detsamma som för utövaren av rättsdogmatisk metod.

¹⁵³ Se exempelvis beskrivningen i David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, Retten og vitenskapen, 2 u, 1993 s 59–70. Likaså i Aleksander Peczenik, Vad är rätt?, 1995 s 289–320, särskilt s 305–308. Jfr beträffande ”legal analysis” Paul Chynoweth, Legal research, i *Advanced Research Methods in the Built Environment*, 2008 s 28, på s 34–35.

¹⁵⁴ Ambitionerna kan handla om läror av olika slag. För att illustrera kan jag peka på två olika exempel Christina Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, 2017, särskilt s 168–218, respektive Joel Samuelsson, Tolkning och utfyllning, 2008, särskilt s 587–609, och Tolkningslärans gåta, 2011, särskilt s 151–197.

¹⁵⁵ Vad detta innebär kan utvecklas. Jag ser inte anledning att göra det här, men jag vill gärna hänvisa till två av de framställningar som berör temat: Hans-Petter Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, TfR 2001 s 429, särskilt 457–464, 472–473. Petri Mäntysaari, Auditorier och retorik, TfR 2016 s 3–42. Jfr likaså Bjarte Askeland, Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning, Jussens venner 2003 s 8–23. Jfr beträffande domares verksamhet Henrik Zahle, At forske ret, 2007 s 158–159 med hänvisning til Dworkins liknelse med en kedjeroman.

¹⁵⁶ I beaktande av vad de bakomliggande processerna innebär skulle det antagligen gå att gå ganska långt i strävanden efter att klargöra processer bakom juridisk argumentation i stort, jfr exempelvis Giovanni Sartor, *Legal Reasoning, A Cognitive Approach to the Law*, 2005 s 1–356. Jfr annan ansats exempelvis Peter Wahlgren, *Legal reasoning, A Jurisprudential Model*, *Scandinavian studies in Law*, 2000 s 199–282.

Vad jag nu nämnt innebär samtidigt en förklaring till varför jag inte betraktar rättsdogmatisk metod som en verksamhet som, på något självklart sätt, går att avgränsa med begreppet ”gällande rätt”. I beaktande av vad jag gjort i mina rättsdogmatiska utredningar utgår jag dock från att läsare som har ett sådant perspektiv kommer att känna igen sig. Jag tänker då på de som föredrar att tala om rättsdogmatik som en, i olika grad, stängd verksamhet, som är avgränsad genom en föreställning om gällande rätt.

Till saken hör att jag inte ser anledning att göra något angrepp på fenomenet rättsdogmatik. En insats som genomförts med rättsdogmatisk metod kan definitivt vara vetenskaplig och tillföra vad vi önskar av en vetenskaplig insats. En skickligt genomförd rättsdogmatisk insats kan även vara imponerande. Som framgått använder jag själv också rättsdogmatiska utredningar för de flesta forskningsfrågorna i denna framställning. De utgör en del av metodiken och ett led i att nå ett resultat. Även om jag delar de ifrågasättanden som jag ovan redovisat beträffande rättsdogmatisk metod, menar jag att utredning av vilka normativa utsagor som gjorts självklart är relevanta. Sådana utredningar kan förstås vara helt nödvändiga bidrag i många forskningsprocesser. I kombination med ytterligare metoder har jag därför inte svårt att föreställa mig hur rättsdogmatikens roll kan utvecklas. I linje med följande utsaga kan jag rent av se hur en sådan utveckling ter sig spännande.

”I do not believe for a moment that all work is done and that legal-dogmatic research is dead. Far from it, these are exciting times.”¹⁵⁷

Jag menar nämligen att möjligheterna för forskningsinsatser i form av rättsdogmatisk systematisering inte minskar för att forskare försöker förstå mer och skaffa sig kunskap om vad vi gör. Tvärt om menar jag att möjligheterna ökar. De metakognitiva processerna över hur vi skaffar oss kunskap är generellt något som vi brukar betrakta som gynnsamt för forskning och vårt vetande. Att reflektera kring sådant som hur vi når svar på forskningsfrågor är inte i sig något negativt, även om det skulle vara så att någon kunskap inte går att nå. Eftersom jag för min del finner det osannolikt att sådan kunskap inte skulle gå att nå, menar jag att det finns anledning att tänka i termer av flera metoder. Det finns med andra ord anledning att arbeta med mer än bara rättsdogmatisk metod.

¹⁵⁷ Jan Vranken, *Exiting Times for Legal Scholarship, Law and Method, Boom Juridisch Tijdschriften*, February 2012, citatet från första raderna i kapitel 6.

4.3 Förankring av användandet av flera metoder

Så här långt i kapitel 4 har jag förankrat min ansats beträffande att praktisk relevans inte är en nödvändighet i förmögenhetsrättslig forskning, men väl ett beaktansvärt intresse. Jag har också förankrat en del av min ansats kring att inte bara använda en viss metod. Likaså har jag förankrat tanken att inte bara sträva efter en viss produkt av forskning, såsom precisering av gällande rätt. För att göra detta har jag pekat på stöd för att systematisering med rättsdogmatisk metod inte skall anses ha en avgörande betydelse för vad som skall betraktas som rättsvetenskap. Mot denna bakgrund behöver jag nu förankra min ansats avseende behoven av att också använda andra metoder än rättsdogmatisk metod. För att illustrera att frågan inte är överflödigt använder jag ett citat för att formulera frågan för detta avsnitt:

”Spørsmålet er kort og godt om der finnes andre rettsvitenskaplige metoder enn rettsdogmatikken.”¹⁵⁸

Frågan är nära sammankopplad med frågan om behovet av redovisad metodologisk reflektion i rättsvetenskapliga arbeten, men jag tar här upp temat i termer av fler metoder.¹⁵⁹ Vad jag förankrar i detta avsnitt är användningen av flera olika metoder.

4.3.1 Rättsvetare anses använda flera olika metoder ...

Som jag nämnt i tidigare kapitel har jag gjort ett antagande om att det är relevant att betrakta vad jag gör i termer av flera olika metoder. Att rättsvetare använder flera olika metoder har jag antagligen inte anledning att förankra. Det är ett okontroversiellt påstående.¹⁶⁰ Redan i läroböcker får juriststudenter numera läsa att jurister ...

”... ofta använder flera olika metoder som kompletterar och stöttar varandra. Traditionell juridisk metod med fokus på tolkning av rättstexter förekommer

¹⁵⁸ David Roland Doublet, *Rettsvitenskap og fornuft*, 1995 s 162. Notera Doublets redogörelse för frågan på s 162–187 där ”gjeldende rett” får stor betydelse för svaret.

¹⁵⁹ För ett exempel på en framställning om det andra temat se Eva-Maria Svensson, *De lege interpretata – Om behovet av metodologisk reflektion*, Juridisk publikation 2014 s 211.

¹⁶⁰ Per-Olof Ekelöf pekade 1951 på problemet att det fanns en förutfattad mening om att den juridiska doktrinen endast skulle arbeta med ”juridisk metod”, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?*, Gleerup, 1951 s 17.

sida vid sida med allmän logisk argumentation (av typen ”X inkluderar Y, Y inkluderar Z, alltså måste X inkludera Z”). ... osv.”¹⁶¹

Mitt tilltag att benämna vad jag gör i termer av olika metoder är knappast heller märkvärdigt:

”Som skall framgå av det följande, föreligger det betydande skillnader i tillvägagångssätt och även i praktiska resultat mellan dessa olika särskilda metoder, och den fråga man då har anledning att ställa sig är huruvida det är befogat att överhuvudtaget använda termen »juridisk metod» för att beteckna dem alla.”¹⁶²

Likaså går det att läsa sådant som direkta anmaningar att tydliggöra att det handlar om flera olika metoder:

”Singularformen metod är inte träffande; det rör sig om flera olika metoder. Det är en uppgift för den juridiska forskningen att utreda dessa rättsanalytiska metoder, men också andra metoder och resonemangsformer som faller in under det bredare begreppet rättsvetenskap.”¹⁶³

Det finns också exempel på konkreta tankar om användning av andra metoder än rättsdogmatisk metod. En utsaga, som ligger i linje med hur jag i denna bok uttrycker mig beträffande metoder, är denna:

”Den metod som jag tillämpar är traditionellt dogmatisk med pluralistiska utgångspunkter och en grundkritisk inställning. Det pluralistiska förhållningssättet innebär, att jag inte anser att det finns någon sammanhållen rättsvetenskaplig metod som kan tillämpas på alla fall ens inom ett begränsat rättsområde. Det finns helt enkelt ett slags metodkonkurrens som blir en del i den rättsliga argumenteringen när ett visst spörsmål analyseras.”¹⁶⁴

Samme författare beskriver också att han i sin studie arbetat med övergripande analyser av skyddsändamål, intressen och funktioner, ”normfragment”, omsättningsintresse och partsintresse, rättsekonomiska argument,

¹⁶¹ Ulf Bernitz m fl, *Finna Rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 14 u, 2017 s 246. Jfr Mads Bryde Andersens introduktion till juridiken i läroboken *Ret & Metode*, 2002 s 192–206. Jfr Christina Ramberg m fl, *Rättskällor – en introduktion i kritiskt tänkande*, s 84–87. För en framställning med särskild inriktning på temat, se Anna Kaldal och Gustaf Sjöberg, *Vetenskapskrav på uppsatser i rättsvetenskap – handfasta tips*, 2018.

¹⁶² Stig Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5 u, 1996 s 411, 4 u, 1992 s 362.

¹⁶³ Lars Heuman, *Rättsvetenskaplig metod och hierarkin mellan rättskällorna*, i *Vänbok till Claes Sandgren*, 2012 s 273, citatet från s 275.

¹⁶⁴ Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 28, 1 u, 2014 s 26.

riskfördelning, spekulationsargument, informationsargument, lojalitetsargument, etc. Han kommenterar också hur han i vissa avseenden hanterar subjektiva rekvisit. Likaså tänker han i termer av övergripande analyser av skyddsändamål, intressen och funktioner, omsättningsintresse och partsintresse, rättseconomiska argument, riskfördelning, spekulationsargument, informationsargument, lojalitetsargument, etc.¹⁶⁵

Ett annat exempel på en författare som beskrivit hur hon ser på vad hon gjort, illustrerar hur även en kortfattad utsaga kan markera att det handlat om mer än rättsdogmatik.

”Jag har begränsat mig till att undersöka ämnet utifrån en viss samhällsteori och ur historisk, rättsdogmatisk och kvantitativt statistisk synvinkel.”¹⁶⁶

Det finns här till många fler exempel på forskare som klargjort att de inte enbart använder rättsdogmatisk metod. Forskare som intresserat sig för vad som betraktas som särskilda varianter av forskning, såsom rättsekonomi, har förstås gjort ett medvetet val.¹⁶⁷

4.3.2 ... men det finns få etablerade metoder i rättsvetenskapen ...

Frågan om metodologi är ett centralt tema i vetenskaplig verksamhet. Som jag berört i föregående avsnitt, 4.2, kan metodologifrågorna rent av vara definierande för vad som skall klassificeras som ett eller annat slag av forskning. För rättsvetenskapens vidkommande har diskursen om forskningsmetodik beskrivits som fragmenterad.

”Den vitenskapelige diskursen om hva som er akseptabel og korrekt forskningsmetodikk er en sentral del av både identiteten til og det indre livet i hvert enkelt akademisk felt. Rettsvitenskap har en diskurs om forskningsmetodikk. Men diskursen må kunne kalles fragmentert.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 46–59, 1 u, 2014 s 43–55.

¹⁶⁶ Ann Henning, *Om forskning angående lagreglers samhälleliga funktioner*, SvJT 1987 s 386–389, citatet från s 387.

¹⁶⁷ För exempel på två sådana förmögenhetsrättsforskare som i stor omfattning använt ekonomisk analys i sina projekt se Peter Strömngren, *Tillbehör och accession*, 2012, och, Per Henriksson, *Sakrättsliga moment*, 2009.

¹⁶⁸ Synne Sæter Mæhle, *Rettsvitenskaplig forskningsmetodik – I lys av grunnleggende forskningsverdier*, TFR 2015, s 125, citatet från s 127–128. För reflektioner kring hur diskussionen utvecklats över tid se exempelvis: Jørgen Dalberg-Larsen, *Er der grundlag for en juridisk metodlære?*, TFR 1969 s 568–603, och densamme i *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, 1977

Fragmenteringen beror på att andra metodologiska grepp än rättsdogmatiska förekommer samtidigt som dessa inte sällan stannar vid enskilda forskares specifika insatser.¹⁶⁹ De andra metoder som kan beskrivas som etablerade blir så breda att de kan omfatta tämligen mycket. Uttrycken ”rättssociologisk metod”, ”rättsekonomisk metod”, och ”empirisk metod”, eller rent av ”teoretisk”, är betecknande.¹⁷⁰ Vi saknar mer preciserade termer för vad vi gör. Det går därför kanske att tala om att vi saknar ett språk:

”Juridisk teoretisk metode er meget mere uklar, og der er knapt udviklet et sprog som kunne gøre det muligt at forholde sig til de metodiske problemer, ... En sådan høj grad ureflekteret og udebateteret tilgang betyder at man i højere grad er overladt til traditionen. Det er ikke nødvendigvis den værste at være overladt til, den indeholder akkumuleret erfaring og kundskab, men på den anden side skulle det være mærkeligt om netop denne tradition ud af alle ikke kan forbedres og ikke indeholder dysfunktioner som ingen har tænkt over, netop fordi det manglende sprog ikke opfordrer jurister til at tænke og reflektere over det og derved umuliggør en drøftelse af de problemer aktiviteten nødvendigvis må indeholde.”¹⁷¹

Det förekommer rent av utsagor om att inte ens framstående rättsvetare lyckas särskilt väl i att presentera ...

”... anything like a reasoned self-reflection of the legal methodology adopted by him or her.”¹⁷²

Om vi saknar ett språk för att uttrycka oss på annat sätt än i termer rättsdogmatisk metod blir kommunikationen kring metod torftig.

s 23–24. Dag Victor, Rättssystem och rättsvetenskap, 1977, särskilt s 131–182. Claes Sandgren, *On Empirical Legal Science*, *Scandinavian Studies in Law*, 2000 s 445–482. Håkan Andersson, *Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten*, 2013 s 343, särskilt s 346–347, 362–368.

¹⁶⁹ På denna punkt kan jag peka på min egen bok *Kreditsäkerhet i fakturaforordningar från 2002*. Jag använder en metod som jag själv inte beskrivit med någon särskild term, men som kommit att benämnas norm-fakta-värde-metoden.

¹⁷⁰ För några ytterligare mycket breda metodbeskrivningar se Erik Boe, *Kopling fra tradisjonell rettsvitenskapelig metode til andre vitenskapelige metoder*, i *Regulering og styring*, red Ellen Margarethe Basse, GAD, København, 1989 s 213–229. Jens Ewald och Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, 2004 s 210–212.

¹⁷¹ Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, 2009 s 370–371.

¹⁷² Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteen teoria – A Theory of the Science of Law*, *Suomalainen lakimiesyhdistys*, 2003, sammanfattningen del 8. Han syftar då mer specifikt på en finsk antologi om just metod, *Minun metodini (My Method)*, där han menar att de flesta av 17 framstående rättsvetare som skrivit på temat inte lyckas särskilt väl i detta avseende.

4.3.3 ... och en utveckling av fler metoder är därför välkommen

För att utveckla metoder behövs olika idéer om vad som skulle kunna gå att göra. Det går att hitta stöd för att utveckla något sådant. Likaså finns det idéer om vad det en utveckling skulle kunna innebära. När det handlar om allmänna framställningar i metoddiskussionen kan det se ut så här:

”En utveckling ... skulle inte stå i motsats till – eller gå ut över – den hävdvunna kopplingen till praktiken. Tvärtom skulle ... en ökad tonvikt vid teoribildning kunna vara till gagn för det praktiska rättslivet. Teorier i form av principer och läror m.m. kan nämligen vara mer praktiska än löst hopfogade detaljanalyser. Kommer också ett ökat bruk av empiriskt material och empiriska metoder till stånd kan rättsvetenskapens relevans och kvalitet i övrigt stärkas än mer. Rättsvetenskapen bör alltså stå kvar med ena benet i den juridiska praktiken och med det andra i vetenskapssamhället. Omorienteringen skulle dock markera samhörigheten med vetenskapssamhällets synsätt och ideal.”¹⁷³

Som framgår är det fråga om en propå om att använda teoribildning, empiriskt material och empiriska metoder. Intressant nog är de angivna skälen att detta skulle förbättra rättsvetenskapen. Utsagan går således ut på att rättsvetenskapen har anledning att utveckla ytterligare metoder.¹⁷⁴ Det går också att hitta utsagor om att just detta är vad som nu sker:

”... the situation is in a state of rapid change. Faculties everywhere are voicing their ambition to devote more attention to methodological questions. To this end, they not only encourage their researchers to always justify their research methods in publications and especially in dissertations, but also provide them with the knowledge and insights to do so (...). Although the debate is far from over – and possibly will never be over – the first essential step has been made: the methodology of legal research is no longer assumed, but rather itself a subject of scholarly debate, including in legal scholarship.”¹⁷⁵

¹⁷³ Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297–333, citatet från s 333.

¹⁷⁴ Det finns fler som hävdar motsvarande, se exempelvis; Petri Mäntysaari, User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, Springer, 2017 s 59. McCrudden, Christopher; ‘Legal Research and the Social Sciences’, 122 Law Quarterly Review, 2006 s 632–650.

¹⁷⁵ The 2009 RAE Committee (2009, section 6.3), citerad från Jan Vranken, Exiting Times for Legal Scholarship, Law and Method, Boom Juridisch Tijdschriften, February 2012, citatet från slutet av kapitel 5. Se även Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson, Genusrättsvetenskap, 2009 s 101, 109–113.

En metodutveckling skulle också kunna anses välkommen mot bakgrund av en förekommande uppfattning om att rättsvetenskapen är underutvecklad i metodologiskt hänseende.¹⁷⁶

”The key questions or question of legal methodology are still left unanswered.”¹⁷⁷

Mot denna bakgrund vill jag gärna understryka vad jag menar med att resultatriktningen kan påverka just metodval. En intressant utsaga om denna påverkan är:

”The dominant legal theorists are still completely wedded to the idea that the ontological and epistemological foundation of law is the rule or the norm and that the work of the legal theorist is to provide a theoretical underpinning as to what counts as the legitimate sources of these rules and (or) norms. As for the doctrinal academic lawyer, his or her work is ‘to reveal an intelligible order or meaning in the law’ so as to reduce the ‘large and possibly confusing mass of legal information to a relatively tight and coherent theory which is thought to lie behind it or justify it’. ... The problem with this paradigm is that it restricts the vision of lawyers to understand in any sophisticated way their own methods and the epistemological implications that attach to them. This in turn leads to a discipline that becomes moribund when compared with disciplines outside law. Does a modern doctrinal lawyer, epistemologically speaking, actually know more about law as a discipline than say Ulpian, Bartolus, Domat or Savigny knew? In the natural sciences, Newton, despite his enormous contribution to knowledge, would, if brought back to life today, not be able to recognise the models now employed by his successors. A Post-Glossator, in contrast, would have few problems in understanding a law lecture in a common law faculty and Domat would probably have little difficulty with the French *agrégation*.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ Se även föregående avsnitt.

¹⁷⁷ Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003, sammanfattningen del 8.

¹⁷⁸ Geoffrey Samuel, *Does One Need an Understanding of Methodology in Law Before One Can Understand Methodology in Comparative Law?* i Mark Van Hoecke, ed, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* 2011, citatet från s 206–207. Samuel får i samma antologi medhåll av Adams som framhåller vikten av ”progress and innovation” också i rättsvetenskapen om än att hans framställning främst avser komparativ rätt, Maurice Adams, *Doing What Doesn’t Come Naturally. On the Distinctiveness of Comparative Law*, 2011 s 236–239. Notera att Samuel i sin tur citerar Hedley som inte utmålar de avtalsrättare han kritiserar som att de har en sedvanlig forskningsansats, utan snarare menar att de vänt sig alltför mycket inåt, Steve Hedley, *The Shock of the Old*, i Charles Rickett och Ross Grantham, eds, *Structure and Justification in Private Law*, 2008 s 205–221.

Vad jag pekar på i detta underavsnitt är således att det finns ett uttalat behov för ytterligare metoder. Det faktum att det i åtminstone förmögenhetsrätten är sällsynt att någon försöker utveckla andra metoder än rättsdogmatik och sällsynt med diskussion om huruvida en använd metod duger, är en av riskerna med att bara tala om rättsdogmatisk metod och i den inkludera mycket. Riskerna förefaller minska om forskaren kommunicerar vad han eller hon tänker sig att han eller hon gjort.¹⁷⁹ Det är därför till synes enkelt för mig att, beträffande huvudsaken, förankra min ansats och mina ambitioner kring metodologi.

4.4 Förankring av forskningsinriktningen – resultat-inriktningen

Jag har i detta forskningsprojekt valt vad jag kallat en resultat-inriktad forskningsansats. Vad jag framfört i de tre tidigare underavsnitten i detta kapitel är relevant även vad gäller förankringen av mitt val av denna forskningsinriktning. Någon direkt förankringspunkt för forskningsinriktningen utgör dessa delar dock inte. Att peka ut en sådan direkt förankringspunkt är också förenat med visst besvär.¹⁸⁰

4.4.1 Rättsvetenskapen är inte resultat-inriktad

Det är svårt att peka ut en direkt förankringspunkt för en inriktning på resultat. En anledning till detta är att det inte är självklart att rättsvetenskapen ens betraktar sin verksamhet i termer av forskningsfrågor. Att se på det som verksamheten producerar i termer av forskningsresultat, är inte heller vad vi tänker oss. Sett till hur vi själva uttrycker oss i rättsvetenskapen är det ovanligt att använda termen forskningsresultat.¹⁸¹ Det förekommer att

¹⁷⁹ Jfr Thomas Wilhelmssons synpunkter på Viggo Hagströms användning av vad han kallat induktion, Behövs en obligationsrätt? Lov og rett, nr 9 2003 s 515–537, på s 526–528.

¹⁸⁰ Jag vill dock jämföra med det anspråk på en ”new discipline” av rättsvetenskap som Petri Mäntysaari gör med sin bok User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, 2017, se undertiteln och bland annat s 5 och 35.

¹⁸¹ Sökningar på termen ”forskningsresultat” i databaser över rättsvetenskapliga framställningar ger ytterst få träffar, och i mina studier av icke digitaliserade verk har termen sällan dykt upp. Även i de fall en studie innebär ett anspråk på att forskaren har besvarat en forskningsfråga uttrycker forskaren sällan detta i termer av resultat. Jag kan som exempel peka på en omfattande studie där forskaren utöver att besvara forskningsfrågan också ger förslag på konkret formulerade lagregler. Se Mikael Möller, Konkurs och kontrakt, 1988 s 828–838. Ett sådant val visar samtidigt att själva termen inte behöver tillmätas betydelse i sammanhanget. En forskare som föreslår lagregler

forskare i förmögenhetsrätt använder termen ”forskningsresultat”, men att hitta exemplen är inte lätt.¹⁸²

Av de exempel jag funnit har termen givits störst betydelse när den använts för att ange syftet med rättsvetenskaplig forskning. Exempelvis hävdar en författare att ett syfte med avhandlingsprojekt är att åstadkomma forskningsresultat.

”*Forskningsresultat*. Ett syfte är att producera god forskning i form av resultat som är nya och originella.”¹⁸³

Resultatbegreppet är emellertid ovanligt i rättsvetenskapen. Ett vanligt uttryck för hur rättsvetare förhåller sig till tankar på resultat är istället att rättsvetare beskriver sina forskningsinsatser i termer av böcker och artiklar. Vi talar sällan om forskningsprojektet som en separat företeelse i förhållande till texten. Texten beskrivs vanligtvis inte som en presentation av forskningsinsatsen. Forskningsinsatsen anses snarare bestå i att konstruera texten.¹⁸⁴ Innan texten är konstruerad anser vi oss inte ha åstadkommit något. Det objekt som forskningen leder fram till uttrycks därför som just en bok eller en artikel.¹⁸⁵

betraktar antagligen en sådan redovisning som resultatet. För läsaren är det också ett sätt att förstå vad forskningsinsatsen bidrar med.

¹⁸² Ett exempel från tryckta publikationer är dock Laila Zackariassons undersökning Borgenärs-skydd och specialitet från 2012. Hon använder där termen ”forskningsresultat” en gång, för utfallen av en serie analyser. Samtidigt illustrerar boken mitt påstående om att det är ovanligt att tala om forskningsresultat eftersom det är enda gången som hon över de 739 sidorna använder termen. Däremot använder hon åtminstone sex ytterligare benämningar för olika insatser som hon presenterar; ”resultat” (11 ggr), ”slutsats” (27 ggr), ”undersökningen visar att” (8 ggr), ”konstateras” (2 ggr), ”svaret” (6 ggr), ”gällande rätt”/”slå fast”/”rättsläge” (4 ggr). Bilden av terminologianvändningen har blivit ungefär densamma när jag gjort nedslag i tryckt litteratur över tid. För hundra år sedan nämnde Vilhelm Lundstedt i ett förord ambitionen att föra den juridiska vetenskapen framåt ”genom att söka rikta densamma med nya forskningsresultat”, Om lösöreköp, 1912 s 3. Likaså använde Carl-Axel Reutersköld termen ”forskningsresultat” och axiomat att forskningen endast genom gemensamt arbete kan gå framåt, Bidrag till läran om aftal, 1900, s IV.

¹⁸³ Claes Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, TfR 2007 s 388.

¹⁸⁴ Jfr Henrik Zahle, At forske ret, 2007 s 14, 28–30.

¹⁸⁵ En bidragande aspekt till att texten hamnar i fokus har att göra med en vanlig föreställning om att rättsvetenskapliga insatser kan bli s k rättskällor, något som kan anses eftersträvarsvårt. Inte heller i detta avseende är det nödvändigtvis forskningsinsatsens resultat som är mest relevant. Det är den sammanställda texten som betraktas som det relevanta objektet för statusen av rättskälla. Exempelvis hävdas att textens ålder och bredd är viktiga faktorer, om än att också textens tillförlitlighet och att den innehåller ”bra lösningar” är relevant. Då har texten förutsättningar att bli refererad av många. Bert Lehrberg, Praktisk juridisk metod, 10 u, 2017 s 209.

Det går också att finna direkta utsagor om att det inte är särskilt relevant att tänka i termer av resultat, eller ens i termer av vetenskaplighet. Följande utsaga syftar visserligen på ett visst historiskt skeende, men kan ändå illustrera att sådana tankar inte nödvändigtvis ses som särskilt relevanta i rättsvetenskapen.

”Vid sidan av de karakteristika som jag nu sökt framhäva i fråga om «normal» positivrättslig forskning framstår den på sin tid intensivt debatterade frågan om forskningens och forskningsresultatens «vetenskaplighet» som sekundär, om också inte betydelselös.”¹⁸⁶

Vad jag härmed framhållit är inget märkligt. Olika vetenskaper behöver betraktas från sina egna utgångspunkter, och rättsvetenskapen har en del såregna karaktäristika.

”From this short overview of the nature and methodology of legal research it appears that legal doctrine is a scientific discipline in its own right with a methodology that, in its core characteristics, is quite comparable to the methodology used in other disciplines.”¹⁸⁷

Det finns således uppfattningar som går ut på att rättsvetenskapen behöver bedömas utifrån sina egna utgångspunkter och att en sådan specifik bedömning är helt jämförbar med vad som görs avseende andra discipliner.¹⁸⁸ Från ett perspektiv skulle rättsvetenskapen rent av kunna betraktas som prototypen för vetenskap och därmed möjligen ett ideal som andra veten-

¹⁸⁶ Stig Strömholm, Hur många rättsvetenskaper finns det? TfR 1978 s 621, citatet från s 640.

¹⁸⁷ Mark Van Hoecke, Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?, se s 3, Citatet från s 17. Jfr Svein Eng, Rettsfilosofi, 2007 s 494–510.

¹⁸⁸ Jfr Nils Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2002 s 1–10. Jfr Hans Petter Graver, Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, TfR 2011, s 230, på s 238–240. Jfr Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 4 u, 1992 s 87–90 om den logiska empirismens krav men också positiva effekter. Jfr Jørgen Dalberg-Larsen, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, 1977 s 84–91. Jfr Dennis Töllborg, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, JT 1995–96 s 361. Jfr även ambitionen hos Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889–963. Jfr likaså jämförelsen hos Mathieu Devinat, Réflexion sur l’apport de l’ouvrage. Comment on écrit l’histoire sur la formation à la recherche en droit, Les Cahiers de droit, 2011 s 659–670, som pekar på att den historiska vetenskapen, som av historiker påstås vara metodlös – ”l’histoire n’a pas de méthode” – och bara berättar om reella händelser där människan varit inblandad – ”racontent des événements vrais qui ont l’homme pour acteur” – kanske är en (mer) relevant referens för rättsvetenskapen.

skaper skulle förhålla sig till.¹⁸⁹ I den mån begreppet forskningsresultat inte används i rättsvetenskapen är det därför ett val som forskarna inom fältet kunnat göra. När rättsvetenskapen utvecklats dithän går det inte att i rättsvetenskapen förankra en användning av begreppet forskningsresultat. Det går heller inte att i rättsvetenskapen förankra en resultatriktad forskning.

4.4.2 Uppfattningar om att resultatbegreppet inte passar för rättsvetenskapen

I beaktande av att rättsvetenskapen inte är resultatriktad kan termen forskningsresultat uppfattas som främmande. Den kan också uppfattas som missvisande och problematisk. Forskningsresultat är inte rättsvetenskapens begrepp och att uttrycka vad vi gör i termer av resultat kan leda till konsekvenser. Det går därför att peka på direkt kritik mot tankar om forskningsresultat i rättsvetenskapen.¹⁹⁰ En vanlig kritik är att termen forskningsresultat är anpassad till ett naturvetenskapligt paradig för vetenskaplig forskning.¹⁹¹ Med en måttstock som är anpassad för en verksamhet blir mätningen helt enkelt missvisande när måttstocken används för en annan verksamhet.

”Rettsvitenskapen passer ikke inn i det logisk-positivistiske vitenskapsbildet, fordi rettsvitenskapens grunnbestanddel, gjeldende rett, har en normativ karakter, og fordi systematiske behandlinger av denne normativitet ikke er egnet for empirisk verifikasjon.”¹⁹²

För den som ändå försöker använda en måttstock för ett naturvetenskapligt ideal, eller annars av logisk-positivistiskt snitt, kan mätningen visa på en del märkligheter:

”... what kind of questions are usually addressed by [legal] researchers. What are the kinds of problems they address and from which theoretical framework

¹⁸⁹ Sten Schaumburg-Müller framhåller i sammanhanget hur rättsvetenskapen kan ses som prototypen på vetenskap med motiveringen att den fokuserar på att producera brukbart vetande, Jens Evald och Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, 2004 s 207, se även 251–274.

¹⁹⁰ Jfr Hans-Georg, Gadamer, *Sanning och metod*, (1960) 1997 som bland annat skriver om ”den falska metoddyrkan, som installerar det främmande objektivitetsbegreppet i humanvetenskaperna”, s 197.

¹⁹¹ David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 u, 1993 s 8–17. Jens Evald och Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, 2004 s 268–271. Aleksander Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995 s 320–328.

¹⁹² David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 u, 1993 s 72.

do they start? Now some of us will immediately reply that there are no such questions. They will complain that characteristic for a lot of legal research is the lack of a theoretical framework and the lack of any focused leading questions that will serve as a guideline for inquiry. Most of this research, it is said, consists in pure description of positive law, the existing set of rules, standards, legal arrangements and practices, by an author who does not seem to have any particular question in mind, let alone a theoretical perspective.”¹⁹³

Beträffande just resultat kan det också förefalla som att rättsvetenskapen inte producerar några sådana:

”In general the scholars who work in universities and other places of higher learning are engaged in the search for truths of one kind or another. ... But it is not easy to see that law is a discipline in the usual sense. What truths do lawyers come up with? What are the great legal discoveries of the past ten years, or fifty years, or even a hundred? There do not seem to be any.”¹⁹⁴

Citaten illustrerar att det finns uppfattningar om att resultatbegreppet inte passar för rättsvetenskapen. Ett annat sätt att läsa citaten är emellertid som kritik mot rättsvetenskapen. När jag i denna bok förespråkar en resultat-inriktad forskning skulle mitt tilltag kunna uppfattas som kritik och som krav på att rättsvetenskapen skall nå just resultat. Att något sådant inte är min avsikt har jag redan nämnt, men jag skall ändå utveckla temat i de följande underavsnitten.

4.4.3 Föreställningen att en användning av resultatbegreppet innebär ett angrepp på rättsvetenskapen

Ett försök att använda föreställningar om resultat i rättsvetenskapen kan uppfattas som ett angrepp på rättsvetenskapen. Sådana angrepp är inget nytt. Angreppen tar dock vanligen inte ta sin utgångspunkt i en så marginell tanke som ett förespråkande av ett resultatbegrepp i rättsvetenskapen. Temat om ifrågasättanden av rättsvetenskapens vetenskaplighet är nämligen ett

¹⁹³ Pauline C Westerman, *Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law*, i Mark Van Hoecke, ed, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, citatet från s 88.

¹⁹⁴ Alfred William Brian Simpson, *Invitation to Law*, 1988 s 178. Låt vara att Simpson förefaller ha ett i första hand retoriskt syfte med utsagan.

mer allmänt fenomen. Det förefaller rent av vara ett återkommande tema genom historien.¹⁹⁵

”Legal scholars are a special breed of academic. While firmly ensconced in academia, they have no formal training in any scientific discipline, and can be completely ignorant of mathematical formulations of social theory, of statistical hypothesis testing, and the received wisdom of the various disciplines in the social sciences.”¹⁹⁶

”In the twenty-first century, much of normal legal science still has not exceeded the threshold of scientificity. First, the doctrinal study of law is unable to comply with the basic principles of scientific research. — — — one may ask whether legal dogmatics, the core of mainstream legal science, is a science at all.”¹⁹⁷

”Legal scholarship is in a permanent state of inchoateness. Over the years academics have expressed doubt as to whether law is a valid subject of scholarship. This doubt has persisted through the three stages of ’traditional’ scholarship: vocational, doctrinal, and interdisciplinary.”¹⁹⁸

Ordvalet ”inchoateness” är intressant i sina många betydelser, såsom vaghet, rudimentärt, outvecklat, ännu bara delvis existerande eller fungerande, försök till något, osv. Att tillståndet skulle vara permanent är likaså ett retoriskt grepp som kan ge anledning till fundersamhet. Det kan måhända också flera andra uttryck för motsvarande kritik:

”Rättsvetenskapens kultur och självbild är ganska vaga. Här ingår att det inte är någon självklarhet vad som konstituerar rättsvetenskap: är det metoden, perspektivet eller föremålet?”¹⁹⁹

”I motsetning til de fleste andre vitenskaper gir ikke rettsvitenskapen kunnskap om hvordan noen del av den ytre verden faktisk er, men om mennesket med

¹⁹⁵ Se exempelvis Marie Sandström, *Rättsvetenskapens princip*, 2004 särskilt s 17, 135 och 180. En i rätthistorien omskriven kritik mot rättsvetenskapen som vetenskap är Julius von Kirchman, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag*, 1848 gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Se även Petri Mäntysaari, *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017 s 1–3. Därtill en annan kortfattad betraktelse Svante O Johansson, *Stoppningsrätt under godstransport*, 2001 s 34.

¹⁹⁶ Herbert Gintis, *Reputation is not Enough*, 2008. Utsagan förefaller dock ha ett i första hand retoriskt syfte.

¹⁹⁷ Petri Mäntysaari, *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017 s 2 och 14.

¹⁹⁸ Arthur Austin, *Evaluating Storytelling as a Type of Nontraditional, Scholarship*, *Nebraska Law Review*, Volume 74, Issue 3, Article 4, 1995, s 479–528, citatet från s 479.

¹⁹⁹ Claes Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, *JT* 2004–05 s 297–333, citatet från s 332.

hjelp av rettsregler prøver å regulere forholdene seg imellom, mellom individ og det offentlige, og mellom ulike offentlige organer. På denne bakgrunn har det vært hevdet att de problemstillinger man møter i rettsvitenskapen er av en slik art og så særegne at jussen og rettsvitenskapen ikke er noen vitenskap i det hele tatt.”²⁰⁰

Ifrågasättanden av detta slag kan givetvis uppfattas som angrepp på rättsvetenskapen. De går till synes ut på att ifrågasätta just rättsvetenskapens vetenskaplighet. När någon använder termen forskningsresultat i rättsvetenskapliga sammanhang kan det därför generera just föreställningar om sådan kritik. Det spelar härvid liten roll att ett påstående om att det finns anledning att tala om forskningsresultat i rättsvetenskapen egentligen innebär motsatsen, d v s att rättsvetenskapen är just vetenskaplig. Vad som är väsentligt är nämligen att utpekandet av vissa insatser som forskningsresultat kan uppfattas som en exkludering av andra rättsvetenskapliga insatser. Användandet av ett resultatbegrepp kan uppfattas som ett krav på hur rättsvetenskaplig forskning skall vara. Som jag nämnt flera gånger kan denna bok därför uppfattas som ett angrepp på andra forskares insatser, trots att det inte är avsikten. En reaktion på det upplevda angreppet kan bli att försvara rättsvetenskapens vetenskaplighet. Ett sådant försvar av rättsvetenskapens vetenskaplighet kan samtidigt bli ett motangrepp som går ut på att stöta bort tankar på att resultat skulle vara ett användbart begrepp. I nästa avsnitt beskriver jag några sådana försvar.

4.4.4 Försvar av rättsvetenskapen är just försvar och användning av resultatbegreppet innebär inget angrepp

Som jag nämnt i föregående avsnitt kan en reaktion på tankar om forskningsresultat i rättsvetenskapen upplevas som ett angrepp. Ett försvar av rättsvetenskapens vetenskaplighet kan föras på olika nivåer.

På en allmän nivå kan försvaret handla om relativism och gå ut på att det är problematiskt att använda definitioner för vetenskap. Vetenskap är rent allmänt inte någon specifik och klart definierbar aktivitet. Den resulterar inte i ett särskilt slags vetande, och den skiljer sig inte på något särskilt sätt från andra dagliga aktiviteter som går ut på att förstå hur något förhåller sig. Därför finns det anledning att vara försiktig med att definiera rättsvetenskap. Det handlar om en så problematisk definition att den bör vara i

²⁰⁰ David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, Retten og vitenskapen, 2 u, 1993 s 8.

hög grad relativ. En sådan relativism betyder inte att det inte går att göra skillnader mellan vetenskaplig och icke-vetenskaplig verksamhet, men det är just en påminnelse om att det handlar om en så problematisk definition att göra att det finns anledning att vara försiktig med att definiera vad som är vetenskapligt.²⁰¹ Alla försök att göra detta bör därför kritiserats.

På en nästan lika allmän nivå kan försvaret handla om att skilja mellan olika vetenskaper. De villkor som möjliggör den mänskliga förståelsen gör en sådan åtskillnad nödvändig.

”Hela vår undersökning har visat, att den säkerhet som användningen av vetenskapliga metoder utlovar, inte garanterar någon sanning. Det gäller i högsta grad humanvetenskaperna men betyder inte att de skulle vara mindre vetenskapliga; snarare legitimeras de sen gammalt resta anspråken på en speciell human betydelse. Att man drar in sitt eget Vara för att vinna humanvetenskaplig kunskap, betyder att man drar en gräns för ’metoden’, men inte för vetenskapen. Det som metodiska redskap inte kan åstadkomma, måste man istället uppnå genom den disciplin av fråga och forska, som borgar för sanning.”²⁰²

Med detta angreppssätt går det att skilja mellan två huvudkategorier i form av förklarande och förstående vetenskaper.²⁰³ Till de förklarande hänförs då naturvetenskaperna där matematiken anses ingå och såväl verifiering som falsifiering av resultat kan ha en framträdande roll. Rättsvetenskapen sorteras istället till de förstående vetenskaperna som beskriver verkligheten såsom den framträder genom olika normer, samhällsfaktorer, värderingar och andra av människan skapade perspektiv. Verifiering och falsifiering har här inte någon framträdande roll. Att vi även här kan tala om framsteg i form av en högre grad av förståelse får inte så stor betydelse.

Uppdelningen mellan olika slag av vetenskaper innebär ett försvar av rättsvetenskapens vetenskaplighet såtillvida att den jämförs med andra verksamheter som kallas vetenskap. Försvaret består också i förklaringen av varför samhällsvetenskap och humaniora inte kan uppfylla samma kriterier som naturvetenskaperna.²⁰⁴ Därtill omfattar försvaret förstås förklaringar av vad förstående vetenskaper bidrar med, såsom exempelvis vad förståelse är och i vilken mån förståelse går att skilja från förklaring. Det handlar om

²⁰¹ Se exempelvis Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, 2009 s 210–215.

²⁰² Hans-Georg Gadamer, *Sanning och metod*, (1960) 1997 s 213. Det kan noteras att Gadamer (översättare Arne Melberg) använder begreppen ”undersökning” och ”visat”.

²⁰³ Se exempelvis David R Doublet, *Hermeneutikken og rettsvitenskapen*, TFR 1989 s 589–612. Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, 2009 s 206–210.

²⁰⁴ Se exempelvis Hans-Georg Gadamer, *Förnuftet i vetenskapens tidsålder*, (1976), 1989 s 111.

att lägga vikt vid de villkor som möjliggör den mänskliga förståelsen.²⁰⁵ Huruvida det är vettigt att göra detta genom tankar om uppdelning mellan förklaring och förståelse, är en särskild fråga. Det är en relevant fråga bland flera frågor i sammanhanget.²⁰⁶

En ytterligare nivå av försvar kan vara mer specifikt för rättsvetenskapen. Ett sådant försvar kan ta fasta på att rättsvetenskapen skall bedömas utifrån sina egna utgångspunkter och formuleras i mer konkreta termer. Temat i ett sådant försvar kan bli att förklara varför rättsvetenskapens systematiseringar och dess rättsdogmatiska metod är sin egen speciella vetenskap. Det kan handla om att försvara våra insatser med att precisera rättsnormernas innehåll. Syftet att framställa rättsnormernas innehåll som en sammanhängande helhet kan då framhållas som en vetenskaplig verksamhet. Med ett annat uttryck kan detta kallas en vetenskaplig rekonstruktion av rättssystem.²⁰⁷

Ett sådant försvar kan också gå ut på att bemöta de svaga punkter som rättsvetenskapen synes uppvisa som forskningsämne. En sådan svag punkt är att rättsdogmatisk forskning i regel inte använder någon vetenskaplig metod. Mot denna kritik kan försvaret bli att det ändå inte finns någon allmän vetenskaplig metod, utan bara en vetenskaplig inställning. Det är det vetenskapliga syftet som är det avgörande. En annan svag punkt är objektet för rättsvetenskaplig forskning. Det kan hävdas att rättssystemet inte utgör något vetenskapsobjekt för att det på grund av sin normativitet har en annan verklighetskaraktär än de objekt som utgör just vetenskapsobjekt. Försvaret mot denna kritik kan bli att rättsdogmatikens verklighet är själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i beträffande tillämpning. En tredje svag punkt är att värden och värderingar spelar roll inom rättsdogmatiken. Här kan försvaret bli att just värderingar är det mest väsentliga och att ingenting är mer rationellt för mäskligheten än att hantera just värderingar.²⁰⁸

Rättsvetenskapen kan således försvara sin vetenskaplighet på olika nivåer. Vad jag gjort föranleder dock inte dessa försvar. Jag har använt en resultat-inriktning för ett forskningsprojekt och jag använder härvid termer som

²⁰⁵ Se exempelvis Hans-Georg Gadamer, *Sanning och metod*, (1960), 1997. Jürgen Habermas, *Knowledge and Human Interests*, 2 u, (1968), 1978, se särskilt s 360–371.

²⁰⁶ Se exempelvis litteraturöversikten av Jürgen Habermas, *Samhällsvetenskapernas logik*, Daidalos, (1970), 1994.

²⁰⁷ Vetenskaplig rekonstruktion av rättssystem är uttrycket Jareborg använder för att förenklat beskriva rättsdogmatik. Nils Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s 4, bl a. Jfr Stig Strömholm, *Hur många rättsvetenskaper finns det?* Tfr 1978 s 621.

²⁰⁸ Hela stycket återger huvudpunkter i en artikel av Nils Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s 8–10.

”forskningsresultat”. I förhållande till vad jag gjort är det viktigt att notera att de nämnda försvaren handlar om att försvara rättsvetenskapen. De består av motiveringar till varför rättsvetenskapen skall anses vetenskaplig. Försvaren innebär inte att rättsvetenskapen skall avstå från att försöka rymma kunskapsintressen som det ligger närmast till hands att just rättsvetare tar sig an. Vad jag gjort i detta projekt är just att ha olika kunskapsintressen. Jag har försökt göra något annat än att tillgodose kunskapsintresset ”gällande rätt” genom systematisering med rättsdogmatisk metod. Ett sådant försök innebär inte ett angrepp på rättsvetenskapens vetenskaplighet. Det är ett försök att tillföra något till rättsvetenskapen.

Av samma skäl bör det till och med vara i sin ordning att försöka reflektera över om ett rättsvetenskapligt resultat möjligen skulle kunna gå att verifiera eller falsifiera. Även om något sådant skulle anses omöjligt per definition skulle en sådan ambition inte innebära ett angrepp på rättsvetenskapen. Det är först om det ställs krav på att rättsvetenskapliga forskningsinsatser skall uppfylla ett sådant kriterium som det finns anledning att tala om ett angrepp.

Jag ser således anledning att särskilt peka på att ett försvar av rättsdogmatisk systematisering som vetenskaplig verksamhet är just ett försvar. Vad det handlar om är att försvara den dogmatiska rättsvetenskapens position mot att utsättas för kriterier från andra vetenskaper. Försvaret innebär också ett anspråk på att bedömas utifrån sina egna specifika utgångspunkter och ett anspråk på att detta är helt jämförbart med vad som görs avseende andra discipliner.²⁰⁹

Vad försvaren inte visar är varför rättsvetare skulle utesluta ytterligare ansträngningar, inriktningar och metoder än rättsdogmatisk systematisering. Försvar av detta slag är inte argument för att från rättsvetenskapen exkludera andra insatser än de rättsdogmatiska. Så länge en forskare bara har ambitioner att göra något mer än rättsdogmatisk systematisering eller något mer än vetenskaplig rekonstruktion av rättssystemet, finns det ingen konflikt med denna linje av försvar. Att föreslå ytterligare kunskapsintressen, forskningsfrågor, metoder och resultat utgör inget angrepp på rättsvetenskapen.

²⁰⁹ Jfr den schellingianska förnufts- och vetenskapskonceptionen som kan beskrivas som rättsvetenskapens kopernianska vändning, Marie Sandström, *Rättsvetenskapens princip*, 2004 s 182–185.

Ändå kan en argumentation till rättsvetenskapens eller rättdogmatikens försvar komma att användas just för att exkludera insatser.²¹⁰ Det kan finnas flera anledningar till detta. En anledning är antagligen brist på förtroende. Den som prövar att göra något mer än rättdogmatisk systematisering gör samtidigt något som kan framstå som ett påstående om att rättdogmatisk systematisering trots allt inte duger som vetenskaplig verksamhet. Ett sådant agerande kan förefalla utmanande för dem som koncentrerar sina insatser på rättdogmatisk systematisering.²¹¹ Utmaningen i sig kan uppfattas som ett angrepp. Ett försvar för rättdogmatik och systematisering kan då förefalla påkallat, trots att något angrepp inte behöver vara avsett.

När ett sådant försvar ställs upp kan det i sin tur bli ett angrepp på det som betraktas som avvikande. Jämförelsen görs med rättdogmatisk systematisering och kunskapsintresset att nå kunskap om gällande rätt. Ett sådant angrepp går därför ut på att exkludera sökande efter kunskap för att det inte överensstämmer med konventionen. Det förefaller i så fall vara en grund som stämmer mindre väl överens med vetenskapliga ambitioner. I förhållande till vad jag har gjort finns det antagligen bättre grunder att använda för ett angrepp.

4.4.5 Rättsvetenskapen är mer än systematisering med rättdogmatisk metod

I avsnitten ovan har jag konstaterat att rättsvetenskapen inte är resultatinriktad och att det finns en risk för att ett resultatbegrepp kan ha problematiska effekter. Jag har emellertid också förklarat varför sådana effekter inte behöver bli en följd. Att använda föreställningar om resultat innebär i sig inte något krav på att alla rättsvetenskapliga insatser skall ha sådan inriktning. I detta avsnitt övergår jag till att peka på förankringspunkter som ger, om inte stöd, så i varje fall utrymme för tankar om att använda en resultatinriktning.

För att förankra vad jag gjort vill jag först och främst peka på att vi rättsvetare tänker oss olika inriktningar inom ramen för vår forskning.

²¹⁰ En teknik för exkludering är att göra en distinktion i termer av att studera rätten från insidan respektive med ett utanförperspektiv på rätten. Terminologin och föreställningen som den genererar behöver dock inte innebära exkludering av allt som inte innebär att systematisera dogmer med rättdogmatisk metod i kunskapsintresset att nå kunskap om gällande rätt, jfr David R Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 u, 1993 s 33–35.

²¹¹ Det är välkänt att det utmanande också kan ha med ideologiska utgångspunkter att göra, jfr exempelvis beskrivningen i Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999 s 98–103, med referenser.

Huruvida det finns anledning att använda termen inriktning eller någon annan term, som discipliner, kan diskuteras.²¹² Jag menar dock att termen forskningsinriktning passar för vad jag har gjort. Nedan redogör jag för exempel på vad andra gjort där termen forskningsinriktning också passar.

Jag börjar med att referera till ett exempel på tankar om *två* inriktningar. Det rör sig om ett halvsekelgammalt utpekande av forskningsinriktningarna ”den rena normativismen” och ”den konstruktiva rättsvetenskapen”. Den rena normativismen förefaller handla om ett systematiskt, analytiskt studium av gällande rätt uppfattad som ett statiskt fenomen. I jämförelse går den konstruktiva rättsvetenskapen utöver detta. Den betraktar rätten ur dynamisk synpunkt, i dess ständiga utveckling mot bakgrund av faktiska sociala skeenden. Där behövs underbyggda avvägningar av mot varandra stående hänsyn av individuell, social och ideologisk natur. Därtill måste största uppmärksamhet ägnas åt de tänkbara återverkningarna på de ekonomiska och de allmänna sociala förhållandena.²¹³

I en mer sentida betraktelse på temat forskningsinriktningar beskrivs rättsvetenskapen i *fem* huvudkategorier som täcker flera områden som var och en har sin egen definition av forskningsobjekt och vilket kunskapsintresse som kan sökas. En första del av rättsvetenskapen är då en *tolkningsvetenskap*, som analyserar innehållet i formellt gällande regler å ena sidan och rättsprinciper och andra rättsliga normer å andra sidan. Här kan man inkludera rättsdogmatik, komparativ rätt och delvis studier ”de lege ferenda”. En andra kategori är *rättsvetenskapen som en humanvetenskap* som analyserar de mentala strukturerna och processerna i det mänskliga medvetandet. Hit kan höras rättspsykologi, rättspsykiatri, psykoanalytiska studier av rätten. I en tredje kategori är *rättsvetenskapen en kulturvetenskap* som analyserar samhället och kulturell mening hos de strukturer som har rättslig signifikans. Det kan handla om rättslingvistik, ”law and literature” och delar av rättshistoria. Den fjärde kategorin kan vara *rättsvetenskapen som en samhällsvetenskap* som analyserar rättens och andra rättsliga fenomenets inflytande. Till denna kategori kan man räkna rättssociologin, rättsekonomi, statistiska analyser av rätten, rättsantropologi, och delar av rättshistoria. Slutligen den femte kategorin *rättsfilosofi*, som analyserar de konstituerande antagandena och definitionerna i rätten. Rättsfilosofin kan delas in i (analytisk) rättsteori och

²¹² Jfr Aleksander Peczenik, Vad är rätt?, 1995 s 312, som tänker sig civilrätt, straffrätt och processrätt, etc som *discipliner* som huvudsakligen ”består” av rättsdogmatik med huvuduppgiften att tolka och systematisera gällande rätt.

²¹³ Ivar Agge, Till frågan om rättsvetenskapens gränser, i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, 1955 s 1, på s 7.

kontinental rättsfilosofi som i sin tur har förgreningar som rättslig filosofi, kring sådant som fenomenologi, naturrätt, rättshermeneutik, existentialism, marxism och feminism.²¹⁴

För att ytterligare illustrera att vi i rättsvetenskapen räknar med fler än en inriktning kan jag också nämna en uppräkningslista som omfattar *sju* forskningsinriktningar. I förhållande till vad jag nämnt i avsnitt 4.4.4 finns det anledning att notera att ett par av dem innebär anspråk på att rättsvetenskapen skall betraktas som såväl en förstående som en förklarande vetenskap:

- ”• explanatory (explaining the law, for instance by diverging historical backgrounds in comparative research),
- empirical (identification of the valid law; determining the best legal means for reaching a certain goal – the ‘best solution’ in comparative law),
- hermeneutic (interpretation, argumentation),
- exploring (looking for new, possibly fruitful paths in legal research),
- logical (coherence, structuring concepts, rules, principles, etc – eg the use of the Hohfeldian analysis of the concept of right in domestic legal doctrine or for the purpose of comparing legal systems),
- instrumental (concept-building),
- evaluative (testing whether rules work in practice, or whether they are in accordance with desirable moral, political, economical aims, or, in comparative law, whether a certain harmonisation proposal could work, taking into account other important divergences in the legal systems concerned).”²¹⁵

De olika beskrivningarna av rättsvetenskapliga forskningsinriktningar är ett stöd för att det just förekommer olika forskningsinriktningar.²¹⁶ Rättsdogmatisk systematisering för att precisera gällande rätt är inte den enda. Vad jag försöker förankra i detta avsnitt är emellertid den resultat-inriktning som jag arbetat med i projektet. Det finns därför anledning att notera att någon sådan inte är med i de nyss återgivna uppräkningslistorna. Endast delar av vad jag gjort passar in i några av de kategorier som beskrivs där. I min förankring får jag stanna vid att det åtminstone finns föreställningar om

²¹⁴ Hela stycket från inledningen av Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003, sammanfattningen del 8. Jfr Minna Gräns, som baserat sin kategorisering på Siltalas, i sin artikel *Användningen av andra vetenskaper*, i Fredrik Korling och Mauro Zamboni, red, *Juridisk metodlära* 2013 s 422–429.

²¹⁵ Mark Van Hoecke, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, citatet från s V.

²¹⁶ För ytterligare ett exempel på en indelning i olika slag av rättsvetenskaplig forskning se Aleksander Peczenik, *Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, 2005 s 8.

olika inriktningar och förhoppningar om en utveckling. Kanske finns det till och med en förhoppning om utveckling av en resultat-inriktning.

”Systematisering ... bör vara en central del av teoribildningen men denna kan inte stanna vid detta. Ett vidare synsätt skulle skapa bättre förutsättningar att nå *resultat* som är nya och originella liksom av hög relevans.”²¹⁷

4.4.6 Rättsvetenskapen kan vara mer än systematisering med rättsdogmatisk metod

Slutsatsen i föregående avsnitt är att jag inte lyckats med min förankring av resultat-inriktningen. Jag får således konstatera att jag inte har någon tydlig förankringspunkt för min ansats och mina ambitioner. Även om jag förstås skulle kunna göra ytterligare utredning av i vilken mån rättsvetare arbetar utifrån resultat-inriktning och föreställningar om forskningsresultat, ser jag inte poängen i att göra det. Jag har två skäl för detta.

Det första skälet är att min ambition har varit att pröva vad ett resultat-inriktat forskningsprojekt kan leda till. I den mån bristen på förankring är problematisk får jag hoppas att detta uppvägs av att inriktningen, enligt min egen bedömning, varit mycket givande för mig i forskningsprocessen. Det metakognitiva inslaget har haft betydelse.

Det andra skälet är att jag inte har någon ambition att vara normativ. Jag har, som jag redan framhållit, ingen avsikt att med detta projekt godkänna andras insatser såsom forskning och vetenskap, respektive att underkänna andra såsom icke forskning och ovetenskap. Det är i det avseendet ingen tillfällighet att jag använt illustrationer som är redovisning av mina egna insatser.²¹⁸ Vad jag förespråkar är inte en viss norm, inte bestämda kriterier för forskningsresultat och inte något ”lag och ordning-alternativ”, som tankegången kallats i ett mer generellt kunskapsteoretiskt sammanhang. Om min insats nödvändigtvis skall placeras in i ett sammanhang av ”lag och ordning-alternativ” eller ”kunskapsteoretisk anarkism” ser jag för min del att insatsen snarare är ett exempel på det senare än det förra.²¹⁹ Det beror på att jag som nämnts inte är ute efter att definiera eller exkludera. Vad jag gör går förvisso att beskriva som att jag förhåller mig till en norm. Min målbild

²¹⁷ Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297–333, citatet från s 333, min kursivering.

²¹⁸ Jfr Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889–963, som evaluerar en rad andra författares verk.

²¹⁹ Terminologin i citaten från Paul Feyerabend, Mot metodtvånget, Arkiv förlag, 2000 (1975) s 21.

av ”forskningsresultat” som inkluderar de kriterier jag reflekterar över kan uppfattas så. Detta till synes normativa beteende är förstås också en form av ”ordning”. Som jag framhåller på upprepade ställen i boken handlar det emellertid om en inriktning, ett tänkesätt bland andra. Syftet är att kunna arbeta på ett visst sätt för att det visat sig intressant.

Jag ser anledning att understryka vad jag just hävdade om normativitet. Vad jag deklarerat bör betraktas i förhållande till vad jag betraktar som högst påtagliga normer och normativt beteende i förmögenhetsrättslig forskning. Det är verkligen *inte jag* som är den normative i sammanhanget. Jämfört med bilden av det som kallas traditionell rättsvetenskap inom fältet förmögenhetsrätt, så utgör det jag gör i denna bok inte heller det normativa hotet.²²⁰

Med detta sagt bör jag påpeka att jag inte heller menar att boken är ett bidrag till normen om att inte alls tala i termer av gränser för vad som skall anses rättsvetenskapligt. Någon apell, norm, eller anti-norm, för ”kunskapsteoretisk anarkism” är jag inte ute efter.

4.5 En förklaring av hur forskningsinriktningen påverkar forskningen

Vad jag pekat på i föregående avsnitt är dels att jag inte har någon direkt förankring av resultatinriktningen och dels att jag inte har stöd för att resultatinriktningen har något att tillföra. Det kan föranleda den kritiska frågan om det verkligen kan stämma att min resultatinriktning har påverkat min forskning? – Mitt svar på denna kritiska fråga är i första hand att boken som helhet visar just det. Den visar att resultatinriktningen kan leda till skillnader i varje led av forskningsprocessen.²²¹ Bakom detta avsnitt 4.5 ligger emellertid mitt antagande att en del läsare önskar att jag också förklarar resultatinriktningen och dess betydelse mer övergripande.

²²⁰ Jfr Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889, på s 900–901.

²²¹ Jag ser här anledning att peka på motsvarande anspråk från Petri Mäntysaaris bok User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline, 2017, se särskilt kapitel 2 och 3.

4.5.1 Forskningsprocessens olika led

Min förklaring börjar i en förenkling. Jag tänker mig för det första att forskningsprocessen kan beskrivas genom att delas in i olika led. I ett första led skaffar forskaren sig intresse för en viss tematik. Här skaffar forskaren sig en idé om forskningsfrågan som han eller hon överväger att arbeta med. I ett andra led gör forskaren metodval. Utifrån metodvalet arbetar forskaren i enlighet med metoden. Detta arbete utgör ett tredje led i processen. Det sista och fjärde ledet är att forskaren presenterar sin forskning och därmed gör anspråk på att ha åstadkommit forskning. I realiteten är dessa led inte alls renodlade, men jag förenklar som sagt. Forskaren behöver ständigt gå tillbaka i processen och ställa tankar från de olika leden mot varandra.²²²

För att förklara vad jag menar med att resultatinriktningen haft effekter för min forskningsprocess målar jag i det följande först upp en bild av vad jag betraktar som en traditionell inriktning i förmögenhetsrätten. Jag kallar denna en tematisk inriktning. Med tematisk inriktning blir forskningsprocessen en annan än med en resultatinriktning. I det följande ger jag en jämförelse av hur de båda processerna kan tänkas se ut.

4.5.2 Forskningsprocessen med en tematisk forskningsinriktning

I den tematiska forskningsinriktningen tänker jag att forskaren närmar sig forskningsprocessen med en tanke på att exempelvis 'åstadkomma förmögenhetsrättslig forskning om förfalloklausuler'. Med en sådan utgångspunkt kommer tanken på vad som är forskningsfrågan inte nödvändigtvis bli aktuell i det första ledet. Inriktningen blir istället att förhålla sig till fenomenet förfalloklausuler. Därmed blir ambitionen i sin tur att förklara rätten som reglerar detta fenomen. I detta ingår även sådant som att fråga sig hur de olika reglerna förhåller sig till varandra, vilka funktionella samband och

²²² Tanken på flera led i en forskningsprocess är central och det är vanligt att tala om fem eller fler steg i processen. Generellt sett kan tanken betraktas som en del av vad som definierar forskning. Jag bör därför kanhända understryka att tanken kan anses omstridd av i princip samma skäl som frågan om vad som skall anses vara vetenskap, se nedan avsnitt 4.6, och även exempelvis antologin *After Popper, Kuhn and Feyerabend, Recent Issues in Theories of Scientific Method*, red Robert Nola och Howard Sankey, 2000, eller för en konkret beskrivning Petri Mäntysaari *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017 s 72–74, respektive Henrik Zahle, *At forske ret*, 2007 s 16–24. Vad jag gör i detta avsnitt är emellertid just bara att på ett förenklat sätt beskriva skillnader som olika forskningsinriktningar möjligen kan leda till.

effekter de kan ha, att identifiera var i systematiken det finns klara respektive oklara rättsfrågor, och att besvara dessa rättsfrågor.

Notera att vad jag beskrivit inte innebär någon kritik mot inriktningen. Allt jag beskrivit om första ledet av forskningsprocessen är intressant för att utveckla vårt vetande om förfalloklausuler. Jag tänker mig också att vi rättsvetare betraktar första ledet som ett sätt identifiera ett antal forskningsfrågor.

Med den utgångspunkt som det första ledet ger går det sedan att anta att forskaren i det andra ledet får en tendens att välja metod utifrån den förklarande ambition som jag nämnt. Att sammanställa normativa utsagor framstår då som en bra metod. Det blir ett sätt att samla information som kan användas för att förklara regleringen. Härtill behövs dock även analyser av olika slag, exempelvis för att identifiera argument i de oklara rättsfrågorna och för att föreslå lösningar. Däremot behöver metodologin för att identifiera dessa argument och lösningar inte nödvändigtvis tydliggöras. Den förklarande ambitionen och utredningen av de normativa argumenten innebär nämligen att metoden ligger så nära sammanställandet och systematiserandet att det inte blir nödvändigt att särskilt peka ut hur det gått till. Metoden kan sammanfattas under ett enda begrepp och redovisas genom själva utförandet, d v s genom att konkret argumentera.

När forskaren i det tredje ledet genomför arbetet blir insamlingen av informationen antagligen avgränsad till vad som förefaller relevant för att förklaringarna skall bli trovärdiga. Forskaren väljer då, mer eller mindre medvetet, de författningstexter, förarbeten, böcker och artiklar, som andra forskare brukar använda. I de argumenterande delarna väljer forskaren argument och argumentationslinjer utifrån huvudsakligen samma parametrar.

Även i det fjärde ledet gör forskaren ett val som påverkas av den tematiska inriktningen och den förklarande ambitionen. Presentationen kommer antagligen att bestå i en historisk översikt över hur fenomenet reglerats, i en kategorisering av olika regleringskomplex som används för att reglera fenomenet, och i en systematisering av normativa utsagor inom dessa kategorier. Därtill består presentationen antagligen i att forskaren på olika ställen i framställningen pekar ut rättsfrågor i vilka det varit svårt för forskaren att hitta normativt stöd för en lösning. Forskaren konstruerar vanligtvis dock ändå lösningar. Här kan forskaren ägna en del utrymme åt att presentera hur de frågorna skall lösas genom att argumentera i själva frågan. För att övertyga bemödar sig forskaren också om retoriska aspekter.

Det finns anledning att påpeka att den nämnda tematiska inriktningen kan övergå i något annat under forskningsprocessens gång. Exempelvis kan forskaren bli särskilt intresserad av några av de oklara rättsfrågorna

som forskaren identifierat. I så fall kan forskaren byta inriktning. Det kan exempelvis bli fråga om att på ett eller annat sätt konstruera lösningar av de oklara frågorna. Forskaren bryr sig i så fall inte längre om att förklara förfalloklausuler, utan ägnar sig åt de utvalda oklara rättsfrågorna.

Vad jag nu beskrivit är givetvis inte mer än ett exempel på hur en forskningsinriktning skulle kunna te sig i ett förmögenhetsrättsligt forskningsprojekt. Processen i ett projekt kring 'förmögenhetsrättslig forskning om förfalloklausuler' kan givetvis se annorlunda ut och omfatta annat än vad jag här har anledning att lyfta fram som jämförelse. För illustrationens skull har jag dock renodlat beskrivningen på detta sätt.

4.5.3 Forskningsprocessen med en resultatinriktning

Nästa steg är att jämföra min beskrivning av den tematiska inriktningen med en beskrivning av resultatinriktningen.

Den resultatinriktning som jag använt i detta projekt innebär att forskaren, i *första ledet* av forskningsprocessen, börjar med ett intresse för forskningsfronten. Forskaren ställer sig frågan om var det skulle gå att göra en intressant insats i förhållande till tidigare forskning.²²³ Eftersom forskaren här blir påverkad av sina intressen och tidigare erfarenheter, avser frågan vanligtvis en mer avgränsad sektion av forskningsfronten. Om forskaren sedan tidigare intresserat sig för ett fenomen, eller vet att det går att få resurser för forskning kring ett fenomen som exempelvis förfalloklausuler, kan forskaren söka av forskningsfronten i beaktande av dessa faktorer. Forskaren frågar sig var det går att förskjuta forskningsfronten på ett sätt som involverar förfalloklausuler. Det innebär att forskningen kan komma att handla om en forskningsfråga med relevans enbart för förfalloklausuler. Det kan dock lika gärna innebära en forskningsfråga där förfalloklausuler är ett av flera exempel. Forskaren som använder denna inriktning formulerar hur som helst forskningsfrågorna utifrån en ambition att nå forskningsresultat i specifika frågor som valts ut i förhållande till vad vi redan vet.

För att ha en uppfattning om vilka forskningsfrågor som skulle kunna leda ett forskningsresultat behöver forskaren också ha en uppfattning om vad ett forskningsresultat är. För detta använder forskaren någon form av kriterier. Ett kriterium, som jag redan utgått från i föregående stycke, kan vara att insatsen skall tillföra något till det mänskliga vetandet. Forskaren vill

²²³ Jfr "gap-spotting", "constructive approach" och "problematisation" i Petri Mäntysaaris beskrivning i *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, 2017 s 52–54, 56.

i så fall veta något som vi inte redan visste, enligt det inledande antagande som forskaren gör om saken. Det kan exempelvis handla om huruvida förfalloklausuler skall godtas i en viss typ av avtalsrelation, om hur förfalloklausuler används av olika parter, eller om hur förfalloklausuler förhåller sig till olika delar av den förmögenhetsrättsliga regleringen. Motsvarande kan inträffa även i den första processen som jag beskrev ovan, men resultatriktningen medför helt enkelt att forskaren redan inledningsvis väljer forskningsfråga i beaktande av vad som antas ha potential att leda till ett forskningsresultat. Övriga aspekter avgränsar forskaren bort, åtminstone tills vidare.

För att få fram ett forskningsresultat och ta reda på vad vi inte vet ställer forskaren sig frågan om vilken eller vilka metoder som kan leda till framgång i forskningsfrågan. Detta val, i vad jag ovan kallat det *andra ledet*, påverkas av flera faktorer. Inriktningen på att nå resultat påverkar forskaren såtillvida att forskaren funderar över vad frågan innebär och hur det skulle gå till att skaffa kunskap om det som frågan föranleder. Resultatiriktningen medför att forskaren har direkt anledning att fråga sig vilka metoder som kan vara relevanta för att svara på just den specifika forskningsfråga som forskaren intresserat sig för. Om ett kriterium som forskaren vill uppnå är att tillföra något till det mänskliga vetandet koncentrerar forskaren sina insatser på detta.

I det sistnämnda föreligger en skillnad jämfört med den tematiska inriktning som jag beskrivit. När forskaren använder en tematisk inriktning bryts vare sig metoden eller forskningsfrågan ut från tematiken. Tematiken blir överordnad dessa aspekter. Forskningsfrågan ges, enkelt uttryckt, inte det intresse som forskaren skulle kunnat ägna den. I omvänt hänseende föreligger också en skillnad. Resultatiriktningen kan leda till att forskaren behöver lämna aspekter som behandlas i den tematiska inriktningen. Forskaren kan istället behöva utgå från antaganden om dessa aspekter. Om dessa antaganden rör reglering eller andra normativa utsagor, kan resultatiriktningen ha en brist jämfört med den tematiska inriktningen.

I det *tredje ledet* arbetar forskaren med de metoder som forskaren valt. Eftersom metoderna i betydande mån följer av forskningsfrågan har forskaren anledning att överväga metoder som forskaren inte tidigare prövat. Forskaren funderar nämligen ständigt över om metoderna fungerar i den meningen att de behöver leda till ett forskningsresultat.

När forskaren i det *fjärde ledet* anser sig ha nått ett resultat och skall göra anspråk på att det handlar om ett forskningsresultat, behöver forskaren också utvärdera resultatet. Åtminstone behöver forskaren utvärdera resulta-

tet för sig själv. Om forskaren har en ambition att försöka vara konsekvent behöver forskaren föreställa sig någon form av kriterier. Kriterierna kan för all del vara dynamiska och de kan variera. Vill forskaren vara konsekvent behöver forskaren dock för sin egen skull motivera på ett sätt som innebär just någorlunda konsekventa bedömningar. Därmed påverkar resultat-riktningen forskaren också avseende vad forskaren väljer att presentera.

4.5.4 Jämförelse mellan forskningsinriktningarna

Vad jag vill peka på med min jämförelse är att forskaren agerar på olika sätt i de två olika inriktningarna. Jag vill också påstå att det blir skillnader i den forskning som forskaren producerar beroende på vilken inriktning forskaren valt. Som jag beskrivit menar jag att resultat-inriktningen i alla led är mer specifikt inriktad på forskningsfrågor och att forskningsprocessen genomgående påverkas av forskarens ambition att nå ett visst forskningsresultat som uppfyller en tänkt målbild. I jämförelse är den tematiska forskningsinriktningen inte särskilt intresserad av var någonstans forskningsfronten förskjuts genom forskningsinsatsen. Med en tematisk inriktning är det snarare den sammanställda kunskapen som forskarens presentation manifesterar som är central. I vilka specifika delar som denna insats förskjuter forskningsfronten är inte av akut intresse. Det är heller inte särskilt relevant.

Notera att min avsikt är att framhålla de båda inriktningarna som forskningsinriktningar. Jag menar bara att det handlar om just olika inriktningar och att skillnaderna är intressanta och relevanta. De är relevanta för att det med resultat-inriktning går att få fram andra forskningsinsatser än vad det går att få fram med en tematisk inriktning, och tvärt om.

De tänkbara effekterna av resultat-inriktning skall dock inte överdrivas. Som jag nämnt behöver skillnaden inte nödvändigtvis betraktas som särskilt stor. Den jämförelse jag gjort bygger på en renodling av vad jag kallat tematisk forskning. Nutida rättsvetenskapliga forskare som driver projekt med tematisk inriktning kan mycket väl formulera specifika forskningsfrågor även om de forskar kring ett tema. Jag inkluderar även mig själv i denna skara, om än inte i just det här aktuella projektet. Vi kan även förhålla sig till forskningsfronten och vi reflekterar definitivt över vari våra bidrag består. Likaså kan vi överväga metodologiska frågor utifrån vilka forskningsfrågor vi väljer att undersöka när vi använder en sådan inriktning.

Till saken hör vidare att forskningsprocesser tar olika vändningar och att processen ständigt leder till andra val än vad forskaren först tänkt sig. Vad jag beskrivit som en resultat-inriktning kan exempelvis mycket väl börja i

vad som passar in i beskrivningen av en tematisk inriktning. Jag skall också påpeka att det kan framstå som orealistiskt att börja med en resultatinriktning på det sätt som jag beskrivit. Detta kan bero på att forskare kan vara starkt påverkade till att forska kring exempelvis ett visst fenomen. Bilden är med andra ord mer komplex än vad jag utmålat.

Vad jag beskrivit i detta avsnitt kan vara mer eller mindre lätt att acceptera. En läsare som känner igen den beskrivning av tematisk inriktning som jag gjort har antagligen lätt att tänka sig att en resultatinriktning kan leda till en annan forskning än den tematiska inriktningen. För en läsare som menar att bilden av den tematiska forskningsinriktningen är en hårdragen förenkling antar jag dock att jämförelsen inte fungerar. I så fall blir detta avsnitt inte den förklaring av resultatinriktningen som jag vill ge. För dessa eventuella läsare får jag hänvisa till de tjugo konkreta exempel som följer i bokens kapitel 5–24. De utgör min förstahandsförklaring.

4.6 Förankring av ansatsen att reflektera utifrån kriterier för forskningsresultat

Som framgått har jag valt att använda en resultatinriktning för detta projekt. Det innebär att jag inriktat mina insatser på att nå den målbild för resultat som jag ställt upp. Detta har medfört att jag behövt avgöra vad som uppfyller min målbild och med andra ord utgör forskningsresultat. Av skäl som jag redogjort för är min målbild är vag och dynamisk. Jag har bedömt vad jag åstadkommit med utgångspunkt i just vad jag åstadkommit, och inte med utgångspunkt i kriterier. Processen har emellertid inneburit att jag behövt bedöma om det jag åstadkommit uppfyller den målbild som jag ställt upp. Med den terminologi jag använt handlar det om reflektioner om huruvida jag har anledning att hävda det jag gjort som ”forskningsresultat”. I princip är detta en ofrånkomlig tanke eftersom varje forskare behöver reflektera över om det han eller hon åstadkommit utgör forskning. Som jag pekat på i tidigare underavsnitt är det dock ovanligt att rättsvetare arbetar explicit utifrån en sådan tanke. Än mer ovanligt är det att använda terminologin forskningsresultat. I den mån det förekommit antar jag att ingen forskare också redovisat reflektionerna kring sina resultat, och än mindre reflektioner utifrån olika kriterier. Åtminstone har jag själv inte sett eller hört talas om något sådant. Följaktligen antar jag att min ansats att reflektera inte är förankrad i vad andra rättsvetare redan gjort.

4.6.1 Förankring av användandet av kriterier

Vad jag kan göra för att förankra mitt tilltag är att peka på att andra rättsvetare framhållit betydelsen av reflektion.²²⁴ Jag kan också peka på att det finns flera som gjort utsagor om kriterier. Utöver de kriterier som jag redovisat redan i tidigare kapitel,²²⁵ kan jag peka på flera ytterligare. *En författare* har i sin framställning om rättsvetenskap och rättssystem ställt upp tre kategorier av kriterier, i) den personliga attityden; förutsättningslöshet, kritisk inställning, ii) verksamheten; metodisk enhetlighet och medvetenhet, och iii) resultaten; systematisk framställning, motsägelsefrihet och intersubjektiv förståelighet.²²⁶ *En annan författare* som behandlar metodproblem tänker sig allmänna krav på vetenskaplighet såsom intellektuell hederlighet, systematiskt arbete, att ”resultaten” kan prövas av andra vetenskapsmän, att ”det som läggs fram” har något nyhetsvärde, och att det handlar om rationella resonemang.²²⁷ På temat om att ”forske ret” och forskningspraxis anger *en tredje författare* ”emne, ambisjon og publikasjonsmåte”, där ny kunskap, självständighet och originalitet omfattas.²²⁸ Som ytterligare exempel vill jag peka på *en fjärde författare* som redogjort för ”grundläggande forskningsverdier” hos olika författare. Hon sammanfattar sin redovisning med termerna relevans, soliditet och originalitet.²²⁹ Härutöver ser jag anledning att nämna att det utöver kriterier för vetenskaplighet också förekommer utsagor om *kriterier för kvalitet* i rättsvetenskaplig forskning.²³⁰ Likaså vill jag i sammanhanget notera tanken om ett ”*significant, original contribution of knowledge*”, som ett sammanfattat och mer allmänt kriterium för akademiskt skrivande.²³¹

Jag har beaktat både kriterier för vetenskaplighet och kriterier för kvalitet. Det har jag gjort trots att det är fråga om aningen olika aspekter. Vetenskapskriterier och kvalitetskriterier skiljer sig genom att det handlar om

²²⁴ Se ovan avsnitt 4.3.

²²⁵ Jag har beträffande kriterier som framgått refererat främst till Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law*, Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003.

²²⁶ Dag Victor, *Rättssystem och rättsvetenskap*, 1977 s 99.

²²⁷ Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, 2001 s 32.

²²⁸ Henrik Zahle, *At forske ret: Essays om juridisk forskningspraksis*, 2007.

²²⁹ Synne Sæter Mæhle, *Rettsvitenskaplig forskningsmetodik – I lys av grunnleggende forskningsverdier*, TFR 2015, s 125, på s 133–140.

²³⁰ Nils Jul Clausen och Thomas Elholm; *Tanker om kvalitet i retsvidenskabelig forskning*, i *Festskrift till Sten Schaumburg Müller*, red Nils jul Clausen, Bent Ole Gram Mortensen och Hans Viggo Godsk Pedersen, 2016 s 147–148.

²³¹ Se t ex Erwin Chemerinsky, *Why Write*, 107, *Michigan Law Review*, 2009 s 881–894, på s 890–893.

olika utgångspunkter för bedömningarna. Detta spelar dock mindre roll för en förankring av kriterieanvändning. Vad som är relevant är att förankra användandet av en målbild över huvud taget.

Hur som helst finns det även när det gäller kvalitetskriterier exempel på någorlunda ambitiösa ansatser. I en sådan ansats som jag studerat underkänner upphovsmannen positivism och pragmatism som utgångspunkter. Istället väljer han att utgå från epistemologiska landvinningar.²³² Han skiljer mellan de fall där den tänkte utvärderaren delar samma ideologi och metodologi som författaren av den prestation som utvärderas, och några olika fall där detta inte är förhållandet. För de förstnämnda fallen föreslår han fyra kriterier i linje med en viss teoribildning.²³³ Det *första kriteriet* är ”normative clarity and coherence”. Med detta avser han, enkelt uttryckt, i vilken utsträckning arbetet identifierar och förklarar sina normativa omgivningar. Det *andra kriteriet* är ”persuasiveness”. Här handlar det om i vilken utsträckning utvärderaren anser arbetet borde övertyga de offentliga beslutsfattare som den adresserar. Det *tredje kriteriet* är ”significance”. Kriteriet gäller i vilken utsträckning arbetet avser den pågående utvecklingen av fältet. Det *fjärde kriteriet* är ”applicability” och avser i vilken utsträckning utvärderaren anser att arbetet innehåller en identifierbar tanke som kan användas av andra juridiska forskare och akademiker. Härutöver laborerar författaren med andra kriterier för de fall där utvärderaren inte delar samma ideologi och metodologi som författaren. Då handlar det om delvis andra överväganden.²³⁴

Utöver de nämnda kriterierna för vetenskaplighet och kriterierna för kvalitet vill jag peka på kriterier som faktiskt använts för att pröva rättsve-

²³² Stycket handlar om Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889–963. Jfr kritiken från Pierre Schlag, Response, Pre-Figuration and Evaluation, Colorado Law Scholarly Commons, 1992 s 965–977.

²³³ Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889–963, refererar specifikt till teorierna om ”communicative action” och ”rational discourse”, hos Jürgen Habermas i verken The Theory of Communicative action, (1981), 1984 och (1981), 1987, och Knowledge and Human Interests, (1968) 1971. Likaså refererar Rubin till teorier som ”statutory interpretation” hos Hans-Georg Gadamer, med verken Sanning och metod, (1960) 1997; What is Practice? The Conditions of Social Reason, 1969; The Science of Lifeworld, 1976; On the Problem of Self-Understanding, 1976.

²³⁴ Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889–963, bygger i dessa delar på teorierna hos Edmund Husserl, The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology, An Introduction to Phenomenological Philosophy, (1936), 1970; Ideas: General Introduction to Pure Phenomenology, (1913), 2013. Likaså till Martin Heideggers verk Being and Time, (1927), 1962; Modern Science, Metaphysics and Mathematics, 2 u, (1962), 1993; The Question Concerning Technology, 2 u, (1954), 1993.

tenskapliga verk. Det handlar om typiska bedömningskriterier för rättsvetenskapliga avhandlingar i Finland:²³⁵

- a) frågeställningens klarhet,
- b) hur det rättsliga perspektivet har definierats och tillämpats,
- c) arbetets vetenskaplighet och inre koherens,
- d) att källmaterialet är tillräckligt och har använts på ett strukturerat sätt,
- e) hur slutsatserna motiverats, egen analys,
- f) språkdräkten.

Härtill skulle jag kunna redovisa lärandemål i officiella forskarutbildningsplaner, eftersom de typiskt sett innefattar krav på den redovisning av kunskaper som avhandlingen innebär. Att kriterier ställts upp och använts för att avgöra om någon gjort en tillräcklig forskningsprestation ger stöd för att reflektera i termer av kriterier. Det kan dock noteras att de nämnda finska kraven inte förefaller vara inriktade på resultat. Vad som krävs är motiverade slutsatser och egen analys.

Den poäng jag vill göra i detta avsnitt är bara att det förekommer kriterier och att kriterier används. För att understryka denna poäng vill jag här redovisa några av de kriterier som var stadgade för granskningen av denna bok:²³⁶

- i) Finns det ett viktigt vetenskapligt bidrag i förhållande till forskningsfältet?
- ii) Är resultaten och kunskapsanspråk i texten relevanta och på vilket sätt ... bidrar [de] till ny kunskap – Inom det specifika ämnesområdet/subdisciplinen? – På en generell, teoretisk och/eller jämförande nivå?
- iii) Finns det något som är särskilt nyskapande eller är av större vetenskaplig betydelse i manuset?
- iv) Är den metodologiska och teoretiska utformningen av det vetenskapliga arbetet adekvat och i linje med förväntningarna på området?
- v) Finns det redan publicerade böcker som liknar eller överlappar detta arbete? Hur oberoende och unik kan texten anses vara?

Det är intressant att dessa kriterier i någorlunda mån överensstämmer med de kriterier jag arbetat med i detta projekt. Vad som är relevant här är emellertid just att kriterier förekommer och att de faktiskt används. Det

²³⁵ Petri Mäntysaari, Auditorier och retorik, TfR 2016 s 3, på s 10, med hänvisning till en finskspråkig undersökning av Mia Hoffrén, Omaehtoinen argumentaatio jää lähteidensä varjoon – lainopillisten tutkielmien ongelmakohtia, 2015.

²³⁶ Jag har här valt ut de kriterier som handlar om vetenskapliga krav och gallrat bort dem som handlar om framställningen.

faktum att det förekommer utsagor om kriterier kring vetenskaplighet och kvalitet är nämligen en indikation på att det anses relevant att kommunicera kring rättsvetenskaplig forskning i sådana termer. I så måtto kan jag därför förankra min ansats att kommunicera utifrån kriterier.

4.6.2 Svårigheter och risker med kriterier

Vad det finns anledning att beakta i sammanhanget är dock vad jag redan nämnt om synen att det inte går att definiera forskning utifrån allmänna kriterier. Eftersom synsätten kring vad som skall anses vara forskning är en fråga som är gemensam för alla vetenskaper, finns det många möjligheter att peka på olika uppfattningar och relevanta teman. Exempelvis rymmer ett sådant tema frågorna om vad kunskap är. Jag ser inte anledning att här redovisa något särskilt om dessa teman och möjligheter, utöver vad jag redan berört i avsnitten ovan i detta kapitel.²³⁷ Möjligen kan jag återge en utsaga som tydligt speglar ett kunskaps sociologiskt perspektiv på temat:

”The ethos of science is that affectively toned complex of values and norms which is held to be binding on the man of science. The norms are expressed in the form of prescriptions, proscriptions, preferences, and permissions. They are legitimized in terms of institutional values. These imperatives, transmitted by precept and example and reenforced by sanctions are in varying degrees internalized by the scientist, thus fashioning his scientific conscience or, if one prefers the latter-day phrase, his super-ego. Although the ethos of science has not been codified, it can be inferred from the moral consensus of scientists as expressed in the use and wont, in countless writings on the scientific spirit and in moral indignation directed toward contraventions of the ethos.”²³⁸

Som jag nämnt innebär svårigheterna att definiera dock inte att föreställningarna om kriterier är vare sig meningslösa eller betydelselösa. Bedömningar av vad som är vetenskapligt och rättsvetenskapligt förekommer och

²³⁷ Temat behandlas i flera av referenserna där. Se därtill exempelvis: Paul Feyerabend, *Mot metodtvånget*, 2000 (1975). Thomas S Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago, 2 u, 1970 (1962). Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 1959 (1934). Karl Popper, *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, Routledges, 1963. Rudolf Carnap, *The Logical Structure of the World: Pseudoproblems in Philosophy*, University of California Press, 1967 (1928).

²³⁸ Jfr Robert K Merton, *The Sociology of Science, Theoretical and Empirical Investigations*, 1973 (1942) s 268–269.

de har konkreta följder.²³⁹ Även om dessa bedömningar inte nödvändigtvis görs utifrån definitioner är föreställningarna om kriterier mer eller mindre ofrånkomliga i processen.²⁴⁰ Generaliseringar behövs även om de inte blir fastlagda uttryckligen. Detta kan exempelvis uttryckas så här:

”The boundaries for legal scholarship are constantly under negotiation in contests among participants from the legal field”.²⁴¹

”We are constantly in the process of contesting the field’s boundaries – debating what is relevant and what is simply ‘not law.’”²⁴²

Jag vill därför hävda att vetenskaplighet visserligen har en viss historisk och geografisk relativitet som är mer eller mindre beroende på kunskapsområde, men att det ändå rör sig om en form av tänkande som är begränsad av regler. Det rör sig om en forskarkultur, eller egentligen flera olika, som måste uppfylla sin bevisbörda. I detta hänseende är det inte bara möjligt, utan också absolut nödvändigt, att ständigt slå fast, och därvidlag konkretisera, vetenskaplighetens innebörd och gränser.²⁴³

²³⁹ Jag tänker då på tydliga exempel som doktorsexamina och tjänsteställningsärenden, granskningar i publikationsprocesser, och den vardagliga läsningen av vad forskarkollegor publicerat, liksom i princip bedömningar utifrån kriterier för plagiat. Samtliga handlar om att beakta föreställningar om vad en forskningsinsats behöver vara och tillföra. I dessa processer ingår just moment av klassificering i vetenskapliga hänseenden. Delvis handlar det dock också om evaluering av nivå på kvaliteten, se Edward L Rubin, *On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship*, *California Law Review*, 1992 s 889, på s 893. Att vi just i juridiken också kan ha andra formella skäl att ta ställning till vetenskaplighet i andra vetenskapsgrenar belyses av exempelvis Gary Edmond och David Mercer i en artikel om bland annat vetenskapliga rön i rättsprocesser. I den pekar de samtidigt pekar på svårigheterna att avgöra vad som skall anses vara vetenskapligt. Gary Edmond och David Mercer, *Trashing ”Junk Science”*, *Stanford Technology Law Review*, 1998 s 70–99.

²⁴⁰ Jämför tanken om varför vi alls talar om vetenskaplighet, Marie Sandström, *Rättsvetenskapens princip*, 2004 s 180.

²⁴¹ Eva-Maria Svensson, *Boundary-work In Legal Scholarship*, i Åsa Gunnarsson, Eva-Maria Svensson och Margareth Davies, *Exploiting the Limits of Law*, s 17–49, citatet på s 43.

²⁴² Edward L Rubin, *On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship*, *California Law Review*, 1992 s 889, citatet på s 892.

²⁴³ Beträffande formuleringarna i de tre sista meningarna i stycket vill jag ange att jag i stora delar utnyttjar en icke publicerad utsaga från Marie Sandström, professor vid Stockholms universitet. Jfr Marie Sandström, *Rättsvetenskapens princip*, 2004 s 277. Jfr Jürgen Habermas, *Samhällsvetenskapernas logik*, Daidalos, (1970), 1994 s 121–122 och hans exemplifiering i *Theory and Practice*, (1971), 1973.

Det förekommer också diskussion om hur nya företeelser med rättsvetenskapliga anspråk skall evalueras.²⁴⁴ I det ständiga besvarandet av frågan om vad som skall utgöra rättsvetenskap blir det helt enkelt en följd.

När det gäller just rättsvetenskapen har jag redan i de tidigare avsnitten i detta kapitel berört att det kan finnas specifika svårigheter att skilja mellan just rättsvetenskapliga insatser och andra. Skillnaden mellan rättsvetenskap och andra juridiska texter anses vara otydlig. En orsak kan vara inriktningen på de rättsvetenskapliga insatserna.

”The close relationship between legal practice and legal doctrine, including scientific production by (full-time) legal practitioners and scholars active in legal practice, make it difficult sometimes to draw the line between both and to make the distinction between ‘scientific’ publications and sheer ‘vulgarisation’, transfer of information on some area of the law.”²⁴⁵

En närliggande anledning till svårigheterna att urskilja rättsvetenskapliga insatser från andra skulle kunna vara att rättsvetenskapen möjligen anses ha en annan målsättning än sökandet efter kunskap.

”... I want to mention the possibility that legal ‘science’ does not aim at the pursuit of knowledge about something at all. Many lawyers are involved in keeping the law of a particular jurisdiction in good shape. This is done by describing the law as it is, incorporating recent changes caused by, for instance, new legislation and case law, into the body of legal knowledge, by evaluating the existing law and by proposing changes to it, or even – if one is in the position to do so – by bringing about the desired changes. This is an important task of legal ‘science’, and it is benefited by an academic level of dealing with the law, but it is not science in the sense of the word used here of cooperative knowledge acquisition. It is rather a form of highly qualified maintenance of the legal system. There may be some overlap in method with ‘real’ legal science, but maintenance of the legal system is a different discipline from legal science ...”²⁴⁶

Denna tanke kan jämföras med en till synes liknande uppfattning om underhållsarbete avseende det juridiska systemet:

²⁴⁴ Se exempelvis Arthur Austin, Evaluating Storytelling as a Type of Nontraditional, Scholarship, Nebraska Law Review, Volume 74, Issue 3, Article 4, 1995, s 479–528.

²⁴⁵ Så exempelvis: Mark Van Hoecke, Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, 2011, citatet från s 18.

²⁴⁶ Jaap Hage, The Method of a Truly Normative Legal Science, i Mark Van Hoecke, ed, Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline? 2011, citatet från s 24.

”Det er rettsvitenskapens oppgave å være den dynamiske kraften i den løpende kvalitetssikring og utvikling av retten som denne er avhengig av for å kunne oppfylle sine samfunnsmessige funksjoner på en adekvat måte etter hvert som de ytre livsbetingelser og borgernes verdier og rasjonalitetsoppfatninger endrer seg.”²⁴⁷

En förklaring till svårigheterna att urskilja rättsvetenskapliga insatser är kanhända att detta underhållsarbete är så viktigt, enkelt uttryckt.²⁴⁸

Utöver dessa generella förbehåll mot att reflektera över forskningsresultat utifrån kriterier, finns det också anledning att beakta att det är en förekommande uppfattning att vissa specifika kriterier inte passar för rättsvetenskapen. En uppfattning är exempelvis att det inte är möjligt att verifiera rättsvetenskapens utsagor.²⁴⁹ Ett annat kriterium som har kritiserats specifikt för rättsvetenskapligt vidkommande är nyhetskriteriet.

”Ordet ’nyhet’ ger förebud om ett stort och oväntat resultat. Hur skall den sedvanliga rättsvetenskapliga detaljanalysen kunna åstadkomma något sådant? Det är vanligt att sökande över huvud taget inte förebådar något utan förklarar att syftet är att ’analysera gällande rätt’. Många traditionella rättsvetenskapliga studier framstår som nyhetsfattiga.”²⁵⁰

4.6.3 Avsikten med reflektionerna

Vad jag prövar är hur som helst bara att öppet redovisa hur jag ser på vad jag åstadkommit. Själva bedömningen är något som varje forskare i rättsvetenskap gör. Att forskare i någon mening alltid reflekterar över om

²⁴⁷ Jan Fridthjof Bernt, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag 2009*, 2009 s 33–43, citat på s 42–43.

²⁴⁸ För att inte här själv utveckla det temat kan jag peka på hur Karl Llewellyn, (i sina realistiskt präglade föreläsningar från 1930, med åtta omtryck ända till 1985), förberedde de amerikanska juriststudenterna på att de som jurister i allmänhet, får hantera just underhållet av samhällsordningen, *The Bramble Bush – Our Law and its Study*, 1930, se särskilt s 16, 125, 130, 153.

²⁴⁹ Claes Sandgren, i *Vad är rättsvetenskap? 2006*, på s 537. Geoffrey Samuel, *Does One Need an Understanding of Methodology in Law Before One Can Understand Methodology in Comparative Law?* 2011 s 192–194. Jfr Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, 2001 s 76–78. Jan Fridthjof Bernt, *Hva skjedde med rettsrealismen?*, *Jussens Venner* 2014 s 139, på s 140. Edward L Rubin, *On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship*, *California Law Review*, 1992 s 889, på s 903–904.

²⁵⁰ Claes Sandgren, *Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning*, *JT* 2005–06 s 349–365, citatet från s 356.

de åstadkommer forskning eller inte, är ett rimligt antagande. Huruvida detta är en konsekvent process är förstås en annan sak.

Efter att således ha pekat på att bedömningar är ofrånkomliga vill jag för tydlighets skull ännu en gång nämna mina avsikter med detta projekt. Jag vill understryka att jag inte är ute efter att vetenskapliga forskningsinsatser skall mätas utifrån någorlunda enhetliga kriterier. Min ambition är inte heller att alla rättsvetenskapliga forskningsinsatser skall kunna bedömas enligt några sådana. Vad jag vill visa är att en resultatriktning kan vara relevant och fungera utan att exkludera annat.

4.7 I vilken mån har jag gjort något annorlunda i jämförelse med annan förmögenhetsrättslig forskning?

Till frågan om förankring hör också frågan om i vilken mån jag egentligen gjort något annat än vad som brukar göras i förmögenhetsrättslig forskning. Det kan olika läsare förstås ha olika uppfattningar om.²⁵¹ Jag menar själv att det jag gjort är annorlunda, men samtidigt inte mer annorlunda än att jag betraktar min insats som helt i linje med andra förmögenhetsrättsliga forskningsinsatser. När jag i första stycket av boken liknar den med de i bokform redovisade studierna av Karlgren, Nial, Persson, Håstad, Lehrberg och Möller, menar jag just att det finns betydande likheter. De utgör alla exempel på redovisning av forskning kring avgränsade förmögenhetsrättsliga frågor. Denna bok skiljer sig från de övriga främst genom att den inte bara handlar om forskningsresultaten. Den handlar som jag nämnt också om hur jag ställt forskningsfrågorna, hur jag nått resultaten och hur jag reflekterar över vad jag åstadkommit. Att denna skillnad i sin tur också lett till att några av forskningsfrågorna, några av metoderna och några av resultaten, har annorlunda karaktär, är inte skäl att utmåla boken som något annat än förmögenhetsrätt. För att förankra även i detta avseende vill jag här jämföra med vad andra författare gjort. Jag har på olika grunder valt ut några få exempel ur det enorma underlag som all förmögenhetsrättslig forskning utgör.

²⁵¹ Jfr exempelvis synsättet hos Claes Sandgren, *Om empiri och rättsvetenskap*, Del I och II, 1995–96.

4.7.1 Ett konkret exempel på en förmögenhetsrättslig riskanalys

Ett första exempel illustrerar hur en författare pekar ut en specifik forskningsfråga och hur författaren använder olika antaganden för att hantera den. Författaren är Gösta Walin. Den forskningsfråga som Walin identifierar gäller ”[d]e problem som sammanhänger med överhypotek i pantsatt fordran”.²⁵² Walin identifierar dessa problem genom en annan författares insatser, nämligen Torgny Håstad.²⁵³ Efter att ha redogjort för sex normativa slutsatser som Håstad dragit på temat anger Walin att problemen bör angripas från utgångspunkter som avviker från Håstads. En första intressant aspekt är Walins kommentar till varför han har andra utgångspunkter.

”Enligt min uppfattning har Håstad undervärderat riskerna för pantsättaren och därmed också riskerna för sekundärpanthavare. På andra sidan synes han ha överskattat betydelsen av att oklarhet om panthavarens huvudfordran kan tänkas vålla vissa olägenheter.”²⁵⁴

Vad Walin uttrycker är till synes ett antagande om riskernas storlek. Han uttrycker också att han utgår från att Håstad gjort ett motsvarande antagande och att detta avviker från Walins. Någon empiri för sitt antagande redovisar Walin inte. Den grund Walin redovisar för sitt antagande är istället ytterligare antaganden.

”Som han [Håstad] själv påpekat är det i allmänhet banken som uppträder som panthavare. Men även om vissa olägenheter av t ex deposition i tvistiga fall emellanåt kan uppkomma synes de väga lätt mot betydelsen av att så långt som möjligt med hjälp av skuldebrevslagen skydda pantsättarens rätt till överhypotek och sekundärpanthavares ställning.”²⁵⁵

Med påpekandet om att det i allmänhet är banker som är panthavare uttrycker Walin antagligen att risken för konkurs eller illojalt agerande är liten. Han antar sedan att olägenheterna av deposition förekommer men att de väger lätt mot ett visst skyddsbehov som han pekar på, vilket förmodligen innebär att han antar att risken för pantsättare och sekundärpantsättare ändå är av viss dignitet. Walin stannar dock inte där.

²⁵² Gösta Walin, Panträtt, 1 u, 1991 s 224, och 2 u 1998 s 230.

²⁵³ Håstad, Torgny; Studier i sakrätt, 1980 s 83.

²⁵⁴ Gösta Walin, Panträtt, 1 u, 1991 s 224 not 2, och 2 u 1998 s 231 not 2.

²⁵⁵ Gösta Walin, Panträtt, 1 u, 1991 s 224 not 2, och 2 u 1998 s 231 not 2.

”Den något lättsinniga inställning som präglat uttalandena i svensk litteratur kan förklaras av en tradition som härrör från en tid då varken 1927 års lag om deposition eller 1936 års skuldebrevslag fanns till. Man synes bättre än som skett böra utnyttja denna lagstiftnings regler. Särskilt beaktande förtjänar de ökade möjligheter att sakrättsligt skydda sekundärpantsättning som skuldebrevslagens regler om denuntiation medfört och den vidsträckta användning som sekundärpantsättning fått.”²⁵⁶

Walin förefaller göra antagandet att tidigare författare utgått från dogmatiska utsagor som inte längre skall anses relevanta. Likaså gör han ett antagande om att sekundärpantsättning är frekvent förekommande. Denna frekvens påverkar riskerna.

Utifrån de nämnda antagandena konstruerar Walin en grund för att ifrågasätta Håstads slutsatser. Den relevanta frågan blir här därför vad Walin gjort i nämnda delar? Som jag ser det har Walin gjort en analys som bygger på antaganden om risker. Detta skulle kunna betraktas som en specifik del av hans metod. Med terminologi som motsvarar den jag använder i denna framställning skulle hans agerande kunna beskrivas som en riskanalys. Riskanalysen leder tillsammans med andra metodinslag vidare till att Walin drar andra slutsatser än de Håstad dragit. Denna del av Walins arbete får således betydelse för såväl forskningsfrågan som metodologin och resultatet.

Jag menar att Walins metodologiska grepp motsvarar vad jag gjort i denna bok. Analyser som baseras på antaganden om risker av detta slag är utbredda i förmögenhetsrätten. Walins utsaga om Håstads insats pekar på att Walin utgår från att Håstad gjort en motsvarande riskanalys. Håstad har dock inte redovisat sin riskanalys lika öppet som Walin. Att båda gjort mer eller mindre medvetna riskanalyser förefaller dock vara ett rimligt antagande. Det är därför ganska lätt att förankra min användning av riskanalyser i detta projekt.

En tillhörande aspekt är frågan om hur tillförlitliga antaganden om risker behöver vara för att det skall bli relevant att tala om en analys. Walin redovisar bara en ansats till motivering och han kvantifierar över huvud taget inte riskerna. Skall en sådan ambitionsnivå verkligen vara tillräcklig för att det skall finnas anledning att tala om en riskanalys? – Ja, jag menar att det i princip finns anledning till det. Genom att redovisa att en riskbedömning som denna ligger bakom en slutsats, blir resultatet något som går att värdera och ifrågasätta i de delar som just inte bygger på dogmatisk systematisering.

²⁵⁶ Gösta Walin, Panträtt, 1 u, 1991 s 224 not 2, och 2 u, 1998 s 231 not 2.

Genom redovisningen går det att förstå hur resultatet nåtts och en forskare kan arbeta vidare med det. I den mån det finns önskemål om en högre ambitionsnivå i riskanalysen är det bara att ta sig an den ambitionsnivån. Det går också att anpassa resultatet till sammanhang där antagandena och riskanalysen inte passar in.

Jag har valt detta exempel för att det på ett enkelt sätt visar vad jag betraktar som värdet med att redovisa analysen. Därtill har jag valt exemplet för att det illustrerar att uppfattningarna bland förmögenhetsrättsforskare kan gå isär på denna punkt. Exempelvis kan Walins utsaga uppfattas som en personlig åsikt, och därmed som något subjektivt, som inte hör hemma i en dogmatisk framställning.²⁵⁷ Självt betraktar jag riskanalyser av här berört slag som självklara inslag, vare sig de är någorlunda öppet redovisade, såsom hos Walin, eller outtalade. I den mån det finns andra uppfattningar på denna punkt innebär det dock inte att det jag gjort saknar förankring.²⁵⁸

Beträffande Walins metodologi har jag här ovan bara lyft fram den inledande motivering som Walin har för att göra en egen insats i den aktuella forskningsfrågan. Vad Walin gör i övrigt i denna forskningsfråga kan beskrivas som en intresseanalys och en konsekvensanalys. På de sidor där han behandlar forskningsfrågan tar han också upp en rad argument som innebär värderingar. Jag väljer att inte redovisa dessa delar även om också de kan utgöra exempel som kan jämföras med vad jag gjort.²⁵⁹

Däremot har jag anledning att kommentera att Walin i sin framställning redovisar argument på ett sätt som innebär att han i hög grad blandar de olika metoderna. Likaså presenterar han olika kategorier av argument i en blandning av normativa utsagor, antaganden om fakta och rena värdeut-sagor. Han gör detta på ett sätt som gör att jag skulle kunna ägna flera ytterligare sidor åt att redovisa min analys av vad han gjort. Hans insats är betydande och hans sätt att hantera forskningsfrågan intressant. För en allmän redogörelse på temat kan jag dock istället hänvisa till ett annat verk.²⁶⁰

²⁵⁷ Jfr Gösta Walin, Göran Millqvist och Annina H Persson, *Panträtt*, 3 u, 2012 s 237 där fotnoten är borttagen.

²⁵⁸ Se exempelvis underbyggnaden av min slutsats att den rättsliga argumentationen i krediträtt misslyckas bland annat p g a bristande medvetandegörande, Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002.

²⁵⁹ Gösta Walin, *Panträtt*, 1 u, 1991 s 224–230, och 2 u, 1998 s 230–237. Jfr Mads Bryde Andersens introduktion till juridiken i läroboken *Ret & Metode*, 2002 s 192–206.

²⁶⁰ Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002 s 67–89, 622–623. Jag redogör där inte specifikt för Walins sätt att hantera den aktuella forskningsfrågan men hans insats är en av många som ligger bakom vad jag redovisar där.

4.7.2 Ett konkret exempel på en förmögensrättslig intresseanalys

Ett andra konkret exempel att jämföra mina insatser med hämtar jag från en författare som redovisar att han just använder olika inslag i sin argumentation. Författaren, Stefan Lindskog, uttrycker detta som att han använder särskilda rättstillämpningsargument. Till dessa räknar han bland annat "omsättningsintresset", "partsintressen", "riskfördelning" och "lojalitetsargument".²⁶¹ Bland många alternativ i den aktuella bok där Lindskog klargör detta, väljer jag här att redogöra för en forskningsfråga som Lindskog hanterar mer kortfattat och i förbigående. Jag väljer denna för att den också är ett illustrativt exempel på hur en intresseanalys kan presenteras.

Forskningsfrågan handlar om verkan av omsättningsförbud avseende en fordran. Överlåtelseförbudet har sin grund i ett avtal mellan en gäldenär och dennes borgenär. Lindskog markerar att hans insats handlar om en oklar rättsfråga.²⁶² Vad han tar upp är kortfattat. I ett finstilt parti redogör han för en del av vad han fått ut av sitt arbete i frågan och han markerar att det finns utrymme också för andra bedömningar.²⁶³

"För egen del håller jag före att ett överlåtelseförbud av här aktuellt slag bör anses vara överksamt sålunda att gäldenären inte med befriande verkan mot förvärvaren kan betala till överlåtaren, oaktat att överlåtelsen är oförenlig med överlåtelseförbudet. Gäldenären har ett adekvat skydd genom bestämmelserna i 27 och 28 §§. Gäldenären har således typiskt inget skyddsvärt intresse av att kunna genomdriva överlåtelseförbudet mot förvärvaren. Han bör därför inte heller kunna göra så. Rättsfallet 'Grusleveranserna i Ånge' NJA 1966 s 97 synes vara att uppfatta på det sättet."²⁶⁴

²⁶¹ Stefan Lindskog, *Betalning*, 1 u, 2014 s 43–49, (2 u, 2018 s 46–53).

²⁶² Beträffande sakfrågan finns det anledning att påpeka att Stefan Lindskog i andra upplagan av sin bok menar att HD numera "slagit fast att ett sådant överlåtelseförbud i princip är *överksam* om förvärvaren begär betalt av gäldenären", Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 165. Han hänvisar till rättsfallen NJA 2015 s 1040 (De enstegstätade fasaderna II), NJA 2016 s 51 (Saltkråkan) och NJA 2016 s 288 (Betalningserklaringen), samt liksom i 1 u till NJA 1966 s 97 (Grusleveranserna i Ånge). Han var som justitieråd själv med om besluten i de tre sentida avgöranden som han menar innebär att HD slagit fast vad han hävdar. Jori Munukka drar samma slutsats som Lindskog beträffande HD:s avgöranden, se *Avtalade överlåtelseförbud*, 2016 s 285. Jfr Ole Lando m fl, *Restatement of Nordic Contract Law*, § 10-2, 2016 s 314, där denna svenska linje pekas ut som avvikande.

²⁶³ Stefan Lindskog, *Betalning*, 1 u, 2014 s 153–154.

²⁶⁴ Stefan Lindskog, *Betalning*, 1 u, 2014 s 154.

Jag vill beskriva de tre första meningarna som att Lindskog redovisar sina slutsatser av en intresseanalys som han gjort. Lindskog redovisar att han nått slutsatsen att gäldenärer typiskt sett inte har något skyddsvärt intresse av att kunna genomdriva överlåtelseförbudet mot just förvärvaren. De skyddsvärda intressena som gäldenären har är enligt Lindskog skyddade genom SkbrL 27 § och 28 §.

Vad Lindskog redovisar är i princip bara slutsatsen av intresseanalysen. Han anger inte vad han lagt in i sin bedömning annat än gäldenärens intresse av att invända enligt 27 § och 28 § SkbrL. Det innebär exempelvis intresset av att inte behöva betala för en felaktig vara och intresset av att inte behöva betala två gånger. Vilka övriga av gäldenärens intressen som han beaktat framgår därför inte. Vad han gjort i denna del går närmast att betrakta som en markering av den faktor som Lindskog ser som mest relevant. Härutöver framför han i fotnoterna argument i form av normativa utsagor och antaganden om konsekvenser av ett omsättningsförbud.²⁶⁵

Genom att Lindskog markerat dels att det finns utrymme för andra uppfattningar, och dels att han lämnar frågan som oklar, har den som vill forska i frågan fått en anvisning om hur Lindskog nått sitt resultat. I den mån det finns önskemål om att ta fasta på utrymmet för andra uppfattningar och göra exempelvis en egen intresseanalys är det bara att ta sig an den uppgiften.²⁶⁶

Att Lindskog inte själv gått vidare i redovisningen av sin insats i frågan beror antagligen på att den aktuella boken handlar om betalning och således

²⁶⁵ Beträffande sakfrågan finns det anledning att påpeka att Stefan Lindskog i andra upplagan av sin bok, *Betalning*, 2 u, 2018 s 165–170, använder argumentationen om SkbrL 27 § och 28 §, men att han därtill i fotnoterna behandlar en del ytterligare argument. En del av dessa innebär att han behandlar några av de argument som anförts av andra författare, såsom Jori Munukka, *Avtalade överlåtelseförbud*, 2016 s 285–313. För en framställning som är specifikt inriktad på sakfrågan, och därtill omfattar temat om vetenskapliga angreppssätt på just den frågan, kan jag hänvisa till min artikel Claes Martinson, *Några påpekanden om den för civilrätten ganska centrala frågan om fordringars omsättningsbarhet*, 2018 s 179–199. Eftersom Lindskog inte skrivit andra upplagan av sin bok när jag skrev den artikeln, tar jag i den inte upp vare sig hans argument i de här nämnda fotnoterna, eller de antaganden, om exempelvis transaktionskostnader, som han förefaller utgå från för de olika argument han anför i fotnotsvis. Beträffande temat och sentida insatser se även, avseende Norge och Finland: Trygve Bergsäker, *Overdragelse av fordringer: Avtalte overdragelseforbud i norsk rett*, 2018 s 27–39. Janne Kaisto, *Fordringars överlåtbarhet – avtalsfrihet eller inte?*, 2018 s 117–132.

²⁶⁶ För att flytta forskningsfronten i just den här frågan finns det förstås fler forskningsinsatser att beakta, se exempelvis Jori Munukka, *Avtalade överlåtelseförbud*, 2016 s 285–313.

är en tematisk framställning.²⁶⁷ Det finns därför inte anledning att göra närmare forskningsinsatser i frågor som ligger i marginalen i förhållande till huvudtemat. Att såsom Lindskog avgränsa framställningen är ofrånkomligt i tematiska framställningar över ett större fält. Det hör helt enkelt till genren för denna vanliga och för förmögenhetsrätten dominerande forskningsinriktning. I jämförelse med en redovisning som enbart handlar om avtalade omsättningsförbud blir det förstås vissa skillnader. Hade Lindskog skrivit en artikel där han redovisat sin insats i just denna fråga hade hans redovisning antagligen blivit en annan. Av samma skäl blir det skillnader jämfört med de insatser jag redovisar i denna bok. Vad jag vill visa med detta exempel är dock inte denna skillnad. Vad jag vill visa är bara att intresseanalyser är ett förekommande inslag i förmögenhetsrättslig forskning. De förekommer såväl i tematiska systematiserande projekt som i andra.²⁶⁸

4.7.3 Ett konkret exempel på en förmögenhetsrättslig konsekvensanalys

De två föregående exemplen har jag som framgått hämtat från den förmögenhetsrättsliga forskningen. Den typ av metodinslag som jag pekat ut med de exemplen är emellertid ett vardagligt inslag även i juridisk argumentation i allmänhet. För att förankra vad jag gjort i denna bok och visa hur det förhåller sig till vad andra gör, har jag som tredje exempel valt en motivering från justitieråden i HD.

Den fråga som justitieråden beslutar om rör avtalsvillkor om att inte överlåta förvärvad egendom vidare. Närmare bestämt handlar det om köp av en andel i en fastighet och frågan om en senare köpare som är i ond tro skall bli bunden av ett villkor om att den förste köparen, som vill sälja vidare, inte får bjuda ut fastigheten till försäljning på offentlig auktion enligt samäganderättslagen. För att hantera denna fråga använder justitieråden vad jag vill beskriva som några olika metoder. En av dessa är en konsekvensanalys.

²⁶⁷ I den andra upplagan har Stefan Lindskog arbetat vidare med frågan, men han redovisar sin insats huvudsakligen i fotnoterna, *Betalning*, 2 u, 2018 s 166–170.

²⁶⁸ Jfr exempelvis den inledande intresseinventeringen i Mikael Möller, *Konkurs och kontrakt*, 1988 s 39–50, 74–77. Det finns kanhända anledning att anmärka att jag noterat att Stefan Lindskog i fotnot 516 av 2 u av *Betalning*, 2018 s 166–170, anger att ”Sakrätten är ju i princip stereotyp och lämnar inte utrymme för intresseavvägningar”. Utsagan avser rimligen konkreta intresseavvägningar i det enskilda fallet, d v s skälighetsbedömningar utifrån specifika omständigheter och liknande. Att abstrakta och principiella intresseavvägningar förekommer, avseende typiska intressen, framgår redan av Lindskogs framställning i övrigt.

”Det kan konstateras att de skäl som motiverar att villkoret vid ett benefikt förvärv gäller mot mottagarens borgenärer, saknar relevans i fråga om villkorets verkan mot den som köper egendomen. En ordning där villkoret utan vidare följer med egendomen vid försäljning – kanske i flera led – skulle uppenbart hämma den fria omsättningen. Konsekvenserna kan bli långtgående och är svåra att överblicka.”²⁶⁹

Vad justitieråden redovisar är ett antagande om konsekvenserna av ge ett villkor mellan tidigare avtalsparter verkan i en senare relation. Justitieråden antar att konsekvenserna skulle bli långtgående och svåra att överblicka. Givet att de tidigare i domen också tar upp tanken om verkan av inskrivning av ett villkor framgår att de också beaktat möjligheterna att ge fastighetsköpare information. Vad de redovisar av sin analys är dock i princip bara antagandet att konsekvenserna skulle bli långtgående och svåra att överblicka. Det framgår således inte vad de gjort för antaganden om frekvensen av villkoren ifråga eller hur de tänker sig att relationerna kan komma att se ut. Inte heller framgår i vilken mån de beaktat sådant som konsekvensen att delägarna av fastigheten kan få olika möjligheter vad gäller möjligheten att begära realisation. Justitierådets redovisning av den konsekvensanalys de gjort kan därför sägas vara begränsad.

Det finns anledning att notera att begränsade redovisningar i domskälen är helt i linje med justitierådets normativa uppdrag och de förutsättningar de har för sitt arbete. Justitieråden skall konstruera ett prejudikat och det är upp till dem att avgöra vilka delar av analysen som skall redovisas. Det ankommer istället på forskare att göra en motsvarande konsekvensanalys och att närmare redovisa utfallet av en sådan.

Vad jag i första hand vill visa med detta tredje exempel är att det jag gjort i projektet bakom denna bok är helt jämförbart med vad jurister gör i sitt arbete i förmögenhetsrättsliga frågor. I andra hand vill jag också illustrera att olika jurister kan ha anledning att ha olika ambitionsnivå med metodinslag som konsekvensanalyser.

²⁶⁹ NJA 2017 s 289 (Valdemarsviksfastigheten) stycke 12. Justitieråden Stefan Lindskog, Johnny Herre, Dag Mattsson, Mari Heidenborg och Petter Asp.

4.7.4 Från exemplen på likheter vidare till den fortsatta framställningen

De tre exempel jag redovisat är just bara tre exempel. Det går att göra otaliga analyser av motsvarande slag i det enorma utbudet av rättsliga framställningar. I denna bok får det räcka med tre kortfattade exempel. Vad alla tre exemplen illustrerar är att vi i olika mån arbetar med antaganden. De tre exemplen illustrerar också tre olika nivåer av precision i dessa antaganden. Eftersom den rättsvetenskapliga forskningen arbetar med komplexa frågor som involverar många olika slag av kunskaper, behöver vi arbeta på detta sätt. Någon renodling till systematisering av normativa källor enligt ett bestämt mönster är det inte fråga om.²⁷⁰

Det projekt som jag redovisar i denna framställning skiljer sig inte från de ovanstående tre exemplen i detta avseende. Vad som skiljer sig är att jag relativt explicit redogör för de antaganden som jag gör och hur jag gått till väga. Jag har i projektet arbetat med en medveten metodansats just för att jag frågat mig hur jag skulle kunna besvara de forskningsfrågor jag identifierat som relevanta. Resultatinriktningen har härvid varit ett verktyg.

Jag vill för den fortsatta framställningen också peka på att exemplen visar på behovet av att anpassa ambitionsnivå utifrån sammanhanget. Det är generellt ofrånkomligt och något som också jag gjort i denna bok. I vissa kapitel kommer jag att redovisa insatser där jag haft just en begränsad ambitionsnivå. Jag redovisar ändå vad jag gjort för att jag anser att det tillför något till boken som helhet.

Hur som helst har jag härmed, med detta kapitel, förankrat och förtydligt vad jag ser kan vara relevant att just förankra och förtydliga. I de följande kapitlen redovisar jag de femton forskningsresultaten. Jag återkommer i det sista kapitlet till några ytterligare reflektioner beträffande förmögenhetsrättsliga forskningsresultat.

²⁷⁰ Jag kan åter hänvisa till min bok Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002, men också till exempelvis: Jens Andreasson, Wolfgang Faber, Shubashis Gangopadyhay, Claes Martinson och Stefan Sjögren: Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip? SvJT 2015 s 709. Wolfgang Faber, Martin Lilja, *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables – Part 1: Description of the Problem and General Outline*, EPLJ 2012; 1(1): 10–53. Wolfgang Faber, *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables – Part 2: Examples and Conclusions*, EPLJ 2012; 1(2): 232–298.

5 (a) Betalning av fordran med befriande verkan efter passivitet i factoring-förhållande

Jag börjar presentationen av mina resultat med en forskningsfråga som skulle gå att betrakta som en ganska renodlad rättstillämpningsfråga. Med detta menar jag inget mer än att det är en tydligt avgränsad rättsfråga som en rättstillämpare skulle kunna ställas inför i vardagen. Frågan kan därför hanteras med metoder som i princip alla läsare känner igen. Jag har valt att börja med denna fråga av just dessa skäl. Frågan ger också en tydlig första illustration av en central aspekt av vad jag menar med inriktningen på ”forskningsresultat”. Jag gör min insats i ett kunskapsintresse som är lätt att känna igen eftersom det handlar om hur ett visst agerande av parter skall hanteras i rättstillämpning. Eftersom jag hanterar mitt kunskapsintresse genom att formulera en forskningsfråga får jag anledning att göra ett metodval. Eftersom forskningsfrågan är vardaglig väljer jag metoder härefter. Vad jag gör blir i princip inget märkvärdigt, och som kommer att framgå åstadkommer jag inte ens något som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat”. Att jag valt att börja med detta exempel beror på att jag vill att läsaren skall känna igen sig i sak. Vad som avviker i presentationen är främst formen.

5.1 Forskningsfrågan – kan betalning vara befriande trots denuntiation?

Som rättstillämpningsfråga betraktat handlar frågan om huruvida en gälldenär i ett fordringsförhållande skall kunna betala med befriande verkan till den ursprunglige borgenären även efter att gälldenären fått ett meddelande, en s k denuntiation, om att borgenären omsatt fordringen. Regleringen är

relativt entydig i att gäldenären inte skall kunna det.²⁷¹ När det handlar om en långvarig relation mellan gäldenär och borgenär, såsom vid factoringförhållanden, kan det emellertid hända att parternas agerande ger anledning att överväga hur frågan skall lösas. Om gäldenären, d v s en kund, inte följt anmaningen och i relationen upprepade gånger betalat till borgenären, d v s kundens säljare, utan att någon reagerat, finns det anledning till sådana överväganden. Har detta pågått över tid utan att factorn ingripit och tillrättaviserat sina motparter, blir det relevant att fråga sig vad rättsföljderna skall bli för gäldenären? Frågan blir akut först vid säljarens betalningsoförmåga kombinerad med oförmåga att redovisa uppburna medel till factorn. Så länge säljaren hanterar de uppburna medlen för factorn och redovisar dem till denna får factorn vad han skall ha.

Det handlar således om en ganska rak och enkel frågeställning. Den kan som nämnts betraktas som en rättstillämpningsfråga. En anledning att ändå göra en forskningsinsats kring denna fråga är att den kan användas för att spegla de grundläggande intresseavvägningar som ligger bakom lagstiftningen. Frågan har visat sig vara en god utgångspunkt för en undersökning av just den intressemotsättning som ligger bakom regleringen. Det var denna aspekt av problematiken som gjorde att jag en gång antog att jag skulle kunna nå ett resultat som uppfyller min målbild, och med andra ord kunde utgöra något som jag skulle betrakta som ett ”forskningsresultat”.

5.2 Resultat (a) – denuntierade kunder som betalat fel skall under vissa omständigheter slippa betala på nytt

Det resultat som jag presenterar i detta kapitel är att kunderna under vissa omständigheter skall slippa betala på nytt. Resultatet består i att jag identifierat omständigheter som skall anses relevanta i frågan. De omständigheter som kan kvalificera kunderna att slippa betala igen handlar om; antalet genomförda betalningar efter denuntiationen, andelen betalningar efter denuntiationen som gått till säljaren, tid som passerat och graden av ond tro. Härtill kan även graden av intressegemenskap mellan factor och säljare tillmätas betydelse.

När det gäller klassificeringen av resultatet menar jag att det handlar om en normativ utsaga om hur en norm skall användas i en viss kontext. Det

²⁷¹ SkbrL 29 §.

normativa inslaget är betydande. En aspekt som påverkar i detta avseende är att frågan har karaktären av en rättstillämpningsfråga.

Som kommer att framgå innebär resultatet inte att jag ”fastställt gällande rätt”. Vad jag åstadkommit är en underbyggd normativ utsaga. Det kan finnas anledning att påpeka detta, inte bara för att förmedla vad jag redovisar i detta kapitel, utan också för att, så här inledningsvis i presentationen av resultat, markera vad jag menar med en normativ utsaga.

5.3 Metoder – intresseanalys och rättsdogmatisk utredning

För att komma fram till resultatet har jag använt en tvådelad analys. Den första delen har varit en analys av parternas typiska intressen. Jag har således gjort antaganden kring vad som kan vara parternas incitament att agera på det vis som frågan utpekar. Det handlar alltså om att i tanken svara på hypotetiska frågor om varför kunderna betalar till säljaren trots att de fått meddelande, varför säljaren inte redovisar uppburna belopp och varför factorn inte tillrättavisar sina motparter?

Den andra delen av metoden har varit att analysera hur dessa intressen kan anses förhålla sig till regleringen och normativa utsagor kring agerande som inte överensstämmer med vad som uttryckts. Det handlar om normativa utsagor kring den generella intresseavvägningen vid denuntiationer och om allmänna normativa utsagor kring passivitet. Jag har identifierat dessa normativa utsagor genom en rättsdogmatisk utredning. Genom att jämföra intressen och utsagor har jag kunnat dra slutsatser om hur en norm som hanterar frågan skulle kunna konstrueras. I denna konstruktion har jag beaktat de alternativa lösningar som jag identifierat och som jag menar ligger inom ramen för möjliga lösningar.

5.4 Parternas typiska intressen och antaganden om varför situationen kan uppstå

I ett typiskt factoringförhållande är factorn ett renodlat finansföretag som erbjuder kredit i utbyte mot vederlag och säkerhet i säljarens kundfordringar.²⁷² Factorn kan i utbyte mot vederlag också bidra med viss administrativ service och kompetens kring indrivning av fordringarna. Redan det faktum

²⁷² Huruvida factorn får säkerhet i fordringarna eller om avtalet skall anses utgöra något annat beror på villkoren men klassificeringen spelar p g a avtals- och lagregleringen begränsad roll. Claes

att dessa två parter har ett utbyte av varandra innebär att det finns en intressegemenskap mellan dem. Eftersom factorns vederlag brukar vara beroende av kreditens storlek och även av kundfordringarnas antal, föreligger också en viss intressegemenskap avseende säljarens försäljningsförmåga.

Factoring kan emellertid också förekomma i andra konstellationer.²⁷³ I ett förhållande där en producent säljer sina produkter genom olika leverantörer kan producenten ha anledning att stötta leverantörerna. Ett sätt kan vara genom factoring. Det innebär då att producenten agerar factor och helt enkelt förskotterar leverantören för den försäljning som leverantören lyckas med i utbyte mot leverantörens fordringar på sina kunder. Leverantören behöver därmed inte ha särskilt stora finansiella resurser.

Mellan säljare och factor råder således en intressegemenskap som beroende på omständigheterna kan vara mer eller mindre stark.

Det råder också intressegemenskap mellan säljare och kunder. Denna intressegemenskap kan av olika skäl vara starkare än intressegemenskapen mellan säljare och factor. Typiskt sett är säljaren dock mer beroende av sin factor än av en enskild kund. I varje fall har säljaren ett sådant beroende på kort sikt, och särskilt så länge säljaren inte kan skaffa sig egen finansiell styrka.

Vad som är relevant i detta sammanhang är dock inte vilken av säljarens intressegemenskaper som är starkast. Av mer intresse är att factoringavtal sluts för att säljaren vill skaffa sig vissa fördelar i finansieringshänseende och för att factorn kan erbjuda dessa fördelar. Intresset av factoring ligger helt på dessa parter. För kunderna är den tydligaste effekten av fordringsomsättning att omsättningen är till besvär. Omsättningen innebär en tillkommande risk för att betala fel och därmed behöva betala två gånger. Vid varje tillfälle innebär det också en administrativ omgång för att hantera denuntiationen och för att se till att betalningen betalas till anvisad borgenär, istället för till säljaren. Denna omgång kan vara tämligen obetydlig, men det är i princip mer kostsamt att hantera informationen när det finns två subjekt som är tänkbara betalningsmottagare, än när det bara finns ett enda.

Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, En förmögenhetsrättslig studie, 2002 särskilt kapitel 4.

²⁷³ I praktiken har flera olika upplägg av använts. Avtalsvillkorcombinationerna har varierat och vad som skall kategoriseras som factoring kan diskuteras. En variant som fått en egen benämning är reskontrabelåning, se exempelvis Mikael Möller, Reskontrabelåning, Granskning av en företagsliknande factoringform, i Festskrift till Lars Gorton, 2007 s 399–409.

De nämnda negativa effekterna behöver vägas mot de indirekta fördelar kunderna får genom att säljarens finansieringskostnader påverkas av factoring. En fördel är att säljaren kan erbjuda kunderna ett lägre pris.

Huruvida det verkligen är en avvägning mellan dessa fördelar och nackdelar som ligger bakom att fordringsomsättning godtagits i handelsbruk och av lagstiftare runt om i världen, kan ifrågasättas. Klart är dock att finansieringsfördelarna generellt ansetts eftersträvansvärda och att de kostnader som omsättningen för med sig för gäldenärerna inte har ansetts särskilt beaktansvärda.²⁷⁴

Det enda intresse kunderna har av att fordringarna omsätts är den indirekta nyttan som kunden har av att säljaren kan finansiera sin verksamhet och därmed fortsätta affärsförbindelserna. Om kunderna hade möjlighet att vid varje tillfälle välja en annan säljare hade de antagligen föredragit en säljare som kunnat finansiera sin verksamhet själv, allt annat lika.

En intressekartläggning visar således att ett factoringupplägg i första hand ligger i säljarens och factorns intresse. Kunderna har däremot närmast anledning att inte vara delaktiga och i varje fall har de inget intresse av att stå risken för att behöva betala två gånger.

Mot denna bakgrund går det att i viss mån göra antaganden kring frågorna om varför en situation som den här aktuella kan uppstå. En anledning till att factorn inte reagerar på utebliven betalning från kunderna kan vara att factorn vet att kunderna betalat till säljaren. Istället för att kräva kunderna har factorn föredragit att ställa krav på att säljaren redovisar. Skulle factorn under dessa omständigheter ställa krav på kunderna skulle det nämligen kunna leda till att kunderna väljer en annan säljare. På grund av intressegemenskapen mellan factor och säljare är detta något som factorn inte alls önskar. Särskilt inte om factorn är producent och säljaren leverantör av producentens varor.

²⁷⁴ Avvägningsproblematiken leder bl a till en fråga om gränsdragningen skall göras med hjälp av avtalsreglering och avtalsvillkor mellan kund och säljare som innebär förbud för säljaren att omsätta. Se bl a Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer och Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-based Financing*, second edition, 2011 s 782. Michael Bridge, Louise Gullifer, Gerard McMeel och Sara Worthington, *The Law of Personal Property*, Sweet & Maxwell, 2013 s 798. Jens Andreasson och Claes Martinson, *Some Problems in the Relationship Between Economics and Law*, i *A Festschrift for Shubashis Gangopadhyay*, 2017. Claes Martinson, Några påpekanden om den för civilrätten ganska centrala frågan om fordringars omsättningsbarhet, 2018 s 179–199. Jfr också hur intressena behandlas i en närliggande situation, Jan Kleineman, Utomkontraktuella lojalitetsplikter – ett sakrättsligt problem? i *Festschrift till Gösta Walin*, 2002 s 207–225. Se även avsnitt 4.7 i denna bok där jag berör temat om avtalade omsättningsförbud indirekt.

En anledning till att säljaren inte redovisar uppburna belopp kan vara att det ekonomiska läget inte medger detta. Säljaren kan helt enkelt vara så pass illikvid att denne behöver såväl den kredit som factorn betalat ut som betalningen från kunderna. Givetvis kan factorn inte acceptera att säljaren under någon längre tid agerar på detta vis, men om säljaren visar god vilja och från tid till annan betalar delar, kan factorn föredra att inte utkräva sanktioner, vilka potentiellt skulle leda till att säljaren går i konkurs. Denna preferens är sannolikt särskilt stark när det handlar om att factorn just är producent och säljaren dennes leverantör.

Anledningen till att kunderna betalar till säljaren trots att de denuntierats är aningen svårare att förklara. Kundernas och säljarens intressegemenskap är som nämnts typiskt sett vagare. Risken att behöva betala två gånger borde också framstå som tydlig för en någorlunda välinformerad kund. En förklaring till kundens betalning kan dock vara just brist på information eller helt enkelt felaktig information. Säljaren kan ha uppgivit att det går bra att betala som tidigare, dvs till säljaren. Om säljaren motiverat detta med att factoringupplägget bara handlar om finansiering kan åtminstone vissa kunder uppfatta ett sådant påstående som trovärdigt. Med detta avser jag bara att kunden rent faktiskt kan uppfatta situationen på detta sätt. Det behöver dock inte vara så att kunden baserar sitt agerande på bristfällig information.²⁷⁵ Om intressegemenskapen mellan en kund och en säljare är stark kan kunden helt enkelt tänkas ta risken, för att stötta säljaren. Eftersom ett sådant agerande inte är rationellt givet att kunden skulle kunna arrangera en stödinsats på annat sätt, med exempelvis kredit, kan det antas att ett renodlat sådant skäl till agerandet är osannolikt.

5.5 Rättsdogmatisk utredning

Den direkt tillämpliga lagregleringen är 29 § SkbrL. Eftersom kunden fått denuntiation och hamnat i ond tro skall betalning till säljaren inte betraktas som befriande. Lagregeln stadgar att betalning endast är "gill" om kunden i god tro. Kunden får inte ens ha haft "skälig anledning att misstänka" att säljaren inte längre är berättigad.

I den situation som uppstått har denuntiationen emellertid kommit att motsägas av framför allt hur factorn agerat. Genom att säljaren inte reagerat och tillrättaviserat kunden får kunden ett motsägelsefullt budskap.

²⁷⁵ Ett ytterligare antagande om varför kunderna betalar fel är att kunderna helt enkelt inte läser den information de får, se Christina Ramberg, *Kontraktstyper*, 2005, s 183.

Såväl justitieråden i HD som lagstiftaren har agerat i frågan om olika slag av motsägelsefulla budskap.

Ett av rättsfallen handlar om en denuntiation som bara uttryckte att fordran pantsatts. Eftersom gäldenären var konsument ansåg justitieråden att det var för mycket begärt att hon skulle förstå att detta innebar att hon inte fick betala till den ursprungliga borgenären.²⁷⁶ Fallet följdes dock av ett annat fall där justitieråden beslutade att ordet överlåtelse skall vara tillräckligt.²⁷⁷ Efter detta andra fall infördes i 1992 års KkredL en regel för att understryka ansvarsfördelningen och begränsa konsumentens risk till fall av grov oaktsamhet och uppsåt.²⁷⁸ För här aktuellt sammanhang kan dessa normer användas för att peka på att budskapet behöver vara tillräckligt tydligt. Fallen handlar dock om den information som själva denuntiationen ger, inte om den information som kunden får efter att en verksam denuntiation en gång givits.

Ett annat rättsfall från samma epok som de nyssnämnda är därför möjliggen mer intressant. I det fallet beslutade justitieråden att en konsument med befriande verkan lämnat tillbaka den bil som konsumenten köpt av säljaren. Detta trots att konsumenten blivit denuntierad om att fordran omsatts, och därmed att även återtaganderätten till bilen omsatts.²⁷⁹ Konsumenten hade på sedvanligt sätt bytt till en annan bil. Säljaren hade tagit emot den gamla bilen men underlåtit att meddela fordringsförvärvaren. I fallet pekar justitieråden på att fordringsförvärvaren flera gånger tidigare accepterat att säljaren tagit emot bilar i utbyte och parterna hade reglerat mellanhavandena internt. Detta hade konsumenten viss kännedom om genom tidigare affärer med säljaren. Det ansågs sannolikt att samtycke skulle ha givits också i detta fall, såvida inte säljaren gått i konkurs. Justitieråden framhöll ”hänsyn till den intressegemenskap” som förelåg mellan fordringsförvärvaren och säljaren. Intressant nog använde de formuleringen att det ”ligger närmare till hands” att låta fordringsförvärvaren ”bära det ekonomiska ansvaret” än att konsumenten skulle göra det.²⁸⁰

Fallet med återlämnande av bilen kan användas som stöd för att godkänna kundens prestation om kunden nåtts av information som motsäger

²⁷⁶ NJA 1986 s 44 (Maija-Liisas Fiat).

²⁷⁷ NJA 1989 s 671 (Teuvos Citroén). Gösta Walin och Johnny Herre, Lagen om skuldebrev m m, En kommentar, 2011 s 221–222.

²⁷⁸ 16 § 2 st KkredL 1992:830 motsvarar 29 § 1 st KkredL 2010:1846.

²⁷⁹ NJA 1986 s 696 (Bengts Volvo).

²⁸⁰ NJA 1986 s 696 (Bengts Volvo), sista stycket av domskälen (Revisionssekreterarens betänkande.)

denuntiationen. Det finns då anledning att notera vilken informationsbas kunden i fallet hade. Den information som kunden i fallet kunde härleda till fordringsförvärvaren hade sin grund i tidigare affärer. Genom att kunden inte vid tidigare affär nåtts av någon protest från fordringsförvärvaren fick kunden intrycket att återlämnande till säljaren varit i sin ordning. Kundens föreställning bekräftades genom att säljaren accepterade att återta bilen. Den avgörande delen av informationen som kunden hade härrörde dock från fordringsförvärvaren, genom dennes passivitet. Det bör nämligen vara väsentligt att informationen inte bara kommer från säljaren.

Två allmänna normer om passivitet finns i AvtL 4 § 2 st och 6 § 2 st. Båda handlar om att en anbudsgivare inte reagerar när han nåtts av en accept som inte matchar anbudet men där acceptanten är i god tro om motsatsen. Reglerna kan användas som handlingsregler där det råder tvekan och därigenom som stöd för att lägga ansvar på den som givit ett budskap som någon annan agerar efter.²⁸¹ Funktionen skulle vara att undvika att motparten ådrar sig kostnader. I det här aktuella fallet agerar kunden inte på det första budskapet utan på information som motsäger detta budskap. Samtidigt handlar det om att factorn inte reagerar mot kunden så att denne, i bådadas intresse, skall kunna åtgärda.

Förutom normer om denuntiationer och passivitet är det också relevant att beakta normer kring den generella intresseavvägningen bakom regler om fordringsomsättning. I det rättsfall som jag redovisat ovan gjorde justitieråden en öppen intresseavvägning. Även om fallet handlade om ett konsumentförhållande kan det användas som stöd för att det är relevant att göra just intresseavvägningar.²⁸²

En av de normer som uttrycker hur lagstiftaren gjort intresseavvägningen vid fordringsomsättning är SkbrL 3 § 3 st.²⁸³ Om en fordran omsätts utan att gäldenären får veta till vem han skall betala ansvarar borgenären för gäldenärens kostnader och skada i anledning av detta. Den avvägning som gjorts är således att den som vill omsätta fordringar skall kunna göra det,

²⁸¹ Jfr Kurt Grönfors och Rolf Dotevall, *Avtalslagen*, En kommentar, 5 u, 2016 s 108. Jfr Jan Ramberg och Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9 u, 2015 s 107–108, 110. Jfr Jan Ramberg och Johnny Herre, *Internationella köplagen*, 3 u, 2009 s 161. Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, 1984 s 633–634. Jfr Stefan Lindskog, *Kvittning*, 3 u, 2014 s 345.

²⁸² Ytterligare stöd för intresseavvägningar avseende betalningar kan också hämtas från ett mer sentida fall avseende löpande skuldebrev. I det fallet placerade justitieråden en viss risk för att konsumenter redan betalt på fordringsförvärvaren. Detta med en ganska tydlig intresseavvägning. NJA 2010 s 467 (*Hansas skuldebrev*).

²⁸³ Notera gäldenärens ansvar för vad gäldenären känner till, Gösta Walin och Johnny Herre, *Lagen om skuldebrev m m*, En kommentar, 2011 s 63–64.

men förvärvaren får ta ansvar för att göra vad denne kan för att det inte skall drabba gäldenären. En annan regel som i någon mån uttrycker samma avvägning är givetvis 27 § SkbrL. Förvärvaren skall inte ha bättre rätt mot gäldenären än vad den tidigare borgenären hade. Omsättningen skall inte drabba gäldenären. Härifrån görs dock undantagen i de följande paragraferna och SkbrL 29 § är givetvis ett av dessa undantag. Om gäldenären är i ond tro skall gäldenären stå risken för felaktig betalning till tidigare borgenär, trots att gäldenären inte har intresse av fordringsomsättningen.

Till den rättsdogmatiska utredningen hör en anmärkning om att frågan om hur 29 § skall tillämpas när förvärvaren inte reagerat på tidigare felbetalningar inte har berörts i den fordringsrättsliga litteraturen.²⁸⁴

Vad den rättsdogmatiska utredningen visar är att normen i 29 § SkbrL nyanseras av en del andra normativa utsagor.

5.6 Ytterligare om kartläggningen av intressen och normativa utsagor

Jag har redan i föregående avsnitt indirekt påbörjat en jämförelse mellan intressen och normativa utsagor. Mina påpekanden om att olika normer kan användas på ett eller annat sätt är slutsatser av dessa jämförelser. I detta avsnitt går jag vidare i jämförelsen.

Det gemensamma intresse som jag identifierat att factor och säljare har täcks av vissa normativa utsagor. Framför allt är rättsfallet kring återlämnandet av en bil till säljaren relevant i detta avseende. Denna norm täcker ett gemensamt ekonomiskt intresse mellan factor och säljare och konflikten mot kundens intresse av att inte behöva stå risken att behöva betala två gånger. Med stöd av normen kan kundens intresse beaktas.

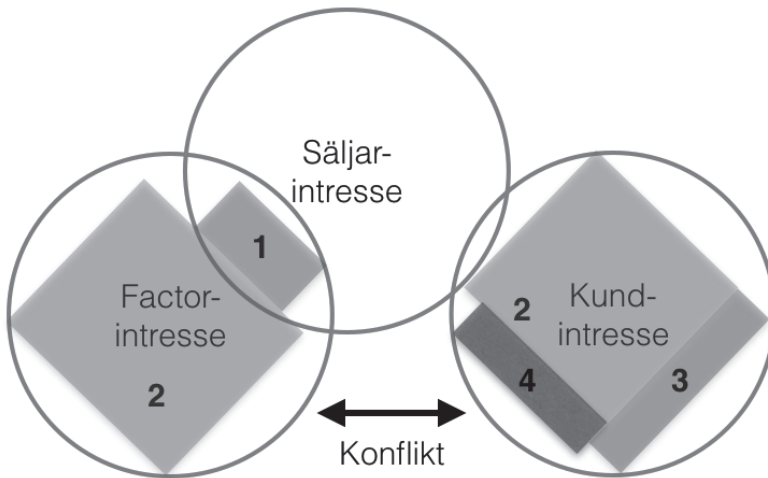
Fallet omfattar även i någon mån aspekten att säljaren inte i tid redovisar den felaktiga fullgörelsen till factorn. I fallet fanns interna rutiner för detta. Risken för att dessa inte följdes lades på factorn eftersom det kunde förväntas att denne i efterhand skulle ha godkänt fullgörelsen till säljaren. Med stöd av denna del av normen kunde kundens intresse beaktas.

²⁸⁴ Den fordringsrättsliga litteraturen är förvisso omfattande, men jag redovisar här några titlar: Gösta Walin och Johnny Herre, *Lagen om skuldebrev m m*, En kommentar, 2011 s 219–222. Mikael Mellqvist och Ingemar Persson, *Fordran & Skuld*, 10 u, 2015 s 180–188, men notera s 24–26. Jori Munukka och Erik Rosqvist, *Skuldebrevsrätten*, 2016 s 86–89. Jakob Heidbrink, *Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt*, 2011 s 69–71. Torbjörn Ingvarsson, *Fordringsrätt*, 2017 s 104–111. Jfr DCFR III – 5:119.

Faktiskt täcker fallet i betydande mån kundens intresse av att inte behöva stå risk vid bristfällig information. Fallet omfattar aspekten att kunden nåtts av motsägelsefull information. Beträffande detta intresse finns också andra normativa utsagor som delvis täcker förhållanden av bristfällig information. Dessa normer kan användas för att lägga risken på factorn, men det är tydligt att det är fråga om en ganska fin gränsdragning kring vilken information som skall vara tillräcklig. Likaså är det tydligt att det har betydelse vad som kan förväntas av kunden när det gäller tolkningen av informationen.

Kundens intresse av att inte behöva stå risk vid bristfällig information täcks härutöver också av normer om passivitet. Det handlar dock om generella normer som inte specifikt handlar om denuntiation.

För att illustrera att dogmerna täcker de olika intressen som jag kartlagt kan jag ge följande anspråkslösa illustration. Avsikten är inte att kvantifiera utan bara att ytterligare förmedla vad jag beskrivit i texten. Vad jag vill understryka med illustrationen är bara att de intressen som står emot varandra i ganska hög grad förefaller vara beaktade i redan etablerade normer. Jag utgår från att grafiken tillför något för vissa läsare, men att den inte tilltalar andra. Det går med andra ord att hoppa över illustrationen utan att något väsentligt av vad jag vill framföra går förlorat.



- 1** NJA 1986 s 696 (Bengts Volvo)
- 2** SkbrL 29 § (och 27 §)
- 3** Passivitetsnormer
- 4** NJA 1986 44 (Maija-Liisas Fiat)

Cirklarna representerar de tre olika intressefält som respektive part har. Säljaren och factorn har viss intressegemenskap, varför deras cirklar delvis täcker samma yta. Kunden och säljaren har också visst gemensamt intresse. Factor och kund har i princip inget gemensamt intresse kring just fordringsomsättningen. De är istället i konflikt. De färgade rektanglarna representerar normer som täcker stora delar av de intressen som factor och kund har i sammanhanget. Därmed kan intressekonflikten mellan dessa båda anses täckt av normer i hög grad. Med detta menar jag att relativt få tänkbara fall av rättsliga konflikter faller utanför vad normerna omfattar.

Vad jag redovisat är helt enkelt att det finns normativa utsagor som i hög grad täcker de intressen som parterna har i de aktuella situationerna. Det synes därmed finnas betydande underlag för att konstruera en specifik lösning som skulle ha förutsättningar att vinna acceptans.²⁸⁵ Fallet skiljer sig

²⁸⁵ Jag gör här en prognos, i linje med vad som kallas realistiska idéer, se exempelvis Jørgen Dalberg Larsen, *Retsvidenskapen som samfunnsvidenskab*, s 85. Jan Fridthjof Bernt, *Hva vil vi med rettsvitenskapen?* i *Festskrift till Sten Schaumburg Müller*, 2016 s 88–92. För ett konkret

därför från sådana fall där intressebetsningen i liten grad blivit behandlad i normativa framställningar. Att konstruera en lösning behöver därför inte bli särskilt komplicerat. Frågan är dock ändå hur en sådan konstruktion skulle kunna göras.

5.7 Hur en norm som hanterar frågan skulle kunna konstrueras

För att kunna konstruera en specifik lösning behöver omständigheterna för typiska fall beaktas. Omständigheterna är numera att betalning och fakturabevakning i ganska hög grad följer standardiserade rutiner. De rutiner som fordringsägare använder för att följa upp om gäldenärer betalat i tid är relativt effektiva. Vid utebliven betalning är det vanligt att ett förnyat betalningskrav utgår inom några dagar. I nutida ordinära administrativa system för fakturabevakning skickas dessa krav ut mer eller mindre automatiskt. För att förnyat betalningskrav inte skall utgå behöver borgenären snarare aktivt stoppa kravet, än att vara aktiv för att kravet skall gå iväg. Eftersom nämnda rutiner är just vanliga påverkar detta hur en kund uppfattar en situation där kunden betalat till säljaren utan att det kommer något förnyat betalningskrav från factorn. För kunden inget betalningskrav har kunden anledning att uppfatta den betalning han gjort till säljaren som att den var i sin ordning.

De standardiserade betalningsrutinerna är en viktig faktor i bedömningen av om kunden kan anses ha tagits ur den onda tro som denuntiationen medförde. Andra faktorer av betydelse är hur lång tid som passerat efter den första felaktiga betalningen, antalet betalningar som kunden gjort efter denuntiationen, och andelen betalningar som kunden gjort efter denuntiationen. Vad som också kan tillmätas betydelse är graden av intressegemenskap mellan factor och säljare. Alla dessa faktorer får ställas mot den grad av ond tro som denuntiationen eller omständigheterna i övrigt givit kunden anledning att ha. Intressegemenskapen mellan kund och säljare kan också beaktas.

Genom att på detta sätt jämföra intressen och utsagor har jag kunnat dra slutsatser om hur en norm som hanterar frågan skulle kunna konstrueras. Jag drar slutsatsen att kundens betalningar till säljaren mycket väl kan anses

exempel på en sådan prognostanke i förhållande till ett resultat se Laila Zackariasson, Borgenärs-skydd vid köp eller gåva av en samäganderättsandel i lösöre, i Festskrift till Gösta Walin, 2002, s 591–592.

vara befriande om ovan nämnda faktorer pekar på detta. Kunderna skall under vissa omständigheter således slippa att betala på nytt.

5.8 Reflektioner kring resultatet

Det presumtiva forskningsresultat som jag presenterar i detta kapitel är att kunderna under vissa omständigheter skall slippa betala på nytt. Resultatet är en normativ utsaga. Jag har helt enkelt åstadkommit en normativ utsaga om hur de identifierade normerna skall användas i en viss kontext. Vad jag redovisar i detta avsnitt är mina reflektioner kring resultatet i förhållande till min målbild. I denna process utgår jag från vad jag ser som karaktäristiskt för resultatet.

Ett karaktäristika är att det jag gjort i ganska liten mån skiljer sig från vad andra forskare i förmögenhetsrätt skulle ha gjort. Som framgått har jag använt metoder som även justitieråden i HD använt i närliggande frågor. Jag gör också antagandet att ett ombud för en kund som blir part i en tvist i frågan, med viss sannolikhet, hade framställt invändningar av det slag som indirekt följer av min redovisning. Ett ombud hade antagligen identifierat de rättsfall jag anfört och använt dem på liknande sätt som jag gjort. Vad jag gjort är med andra ord något som jag anser ligger nära till hands för en jurist att göra.

Till saken hör också att jag, utan koppling till forskningsprojektet, har skaffat mig vissa empiriska bevis kring hur jurister i gemen skulle resonera. Jag har över tid konstruerat olika examinationsuppgifter där studenter på olika nivåer i sin utbildning fått hantera ett problem av detta slag. Likaså har jag vid några tillfällen använt en av dessa uppgifter som övningsuppgift för studenter som därmed ställts inför svårigheten för första gången. En betydande andel av studenterna har löst problemet till fördel för kunden i det specifika exemplet. De har använt argument om passivitet och i vissa fall argument om betalningsrutiner. En jämförelsevis mindre andel av studenterna har löst problemet bara i beaktande av att en denuntiation gjorts. Även denna empiri talar för att lösningen ligger nära till hands för en jurist.

En anknytande reflektion är att mitt resultat i hög grad är en förutsägelse om hur jurister skulle hantera problem av detta slag. De skulle sannolikt konstruera en lösning av det slag jag gjort och använda den för att lösa ett praktiskt problem. På denna punkt har jag dock svårt att hävda något med tillförlitlighet. Att intressekartläggningen och den rättsdogmatiska utredningen går att upprepa och leder till samma resultat, såvida inte ytterligare faktorer läggs till, är helt enkelt bara en mer eller mindre väl grundad upp-

fattning hos mig. Givet att det finns flera olika ingångar till problematiken och flera olika perspektiv som olika jurister skulle anlägga är det av högst begränsat värde att hävda att andra forskare skulle nå samma resultat. Min egen erfarenhet av hur de forskare som studerar de frågor som mest överensstämmer med de som jag studerar är att vi med viss sannolikhet skulle hamna i olika slutsatser kring denna fråga. Även om någon annan skulle använda samma argument som jag skulle de kunna dra en annan slutsats. Exempelvis kan den bokstavstrogne rättsvetaren, som värderar fördelarna med formalism, hävda att SkbrL:s lydelse skall avgöra saken. Kanske enligt den tänkta devisen – en gång denuntiation alltid denuntiation. Ett sådant argument kan därtill underbyggas med att en gäldenär inte skall uppmuntras att avvika från den systematik som skuldebrevslagen innebär.²⁸⁶

Dessa aspekter speglar också att min insats är av normativ karaktär. När jag nu presenterar min lösning, mitt resultat, kommer andra forskare att notera vad jag gjort när de gör sina analyser. Åtminstone är det den tänkta idealbilden av hur den rättsvetenskapliga forskningen skall fungera.

Oavsett att det kan förekomma skillnader i de slutsatser som rättsvetare skulle göra i den aktuella forskningsfrågan menar jag att mitt resultat är relevant. Jag menar som nämnts också att mitt resultat ligger när till hands, även om inte alla nödvändigtvis skulle ha nått samma resultat.

På grund av att lösningen ligger nära till hands gör jag reflektionen att resultatet inte tillför tidigare okänd kunskap, i varje fall inte i särskilt hög grad. Vad jag bidrar med är en sammanställning av argument och en intressekartläggning. I förhållande till min målbild av forskningsresultat gör jag av ovan nämnda skäl reflektionen att min prestation har relativt lågt nyhetsvärde. Likaså gör jag reflektionen att tillskottet av kunskap i förhållande till vad mänskligheten redan visste är litet. Detta talar emot att resultatet betraktas som ett ”forskningsresultat”.

Vad jag gjort bygger däremot på ett systematiskt och metodologiskt tillvägagångssätt. Intressekartläggningen och den rättsdogmatiska utredningen är systematiskt genomförda metoder. Jag noterar dock en brist även i detta avseende. Bristen är att jag inte i särskilt hög grad undersökt om motsvarande fråga hanterats i rättsvetenskapen kring andra juridiktioner, eller i reglering eller rättspraxis där. Således vet jag inte hur resultatet står sig i förhållande till vad andra redan gjort i andra länder. Det är relevant

²⁸⁶ Jfr tanken att det är svårt att föreställa sig att en gäldenär vågar lämna en denuntiation utan avseende, Gösta Walin och Johnny Herre, Lagen om skuldbrev m m. En kommentar, 2011 s 228 not 77.

för att mitt resultat inte egentligen är begränsat till svenska förhållanden. Motsvarande förhållanden och reglering som den jag redogjort för finns i de nordiska länderna och i de delar av världen där factoring förekommer i modern form.²⁸⁷

Som jag nämnde inledningsvis valde jag ut forskningsfrågan i detta kapitel för att problematiken speglar de grundläggande intresseavvägningar som ligger bakom lagstiftningen. Jag menar också att frågan har visat sig vara en god utgångspunkt för den undersökning jag gjort och att den intressemotsättning som ligger bakom regleringen illustreras på ett tydligt sätt. Detta är också mitt huvudargument för att betrakta detta kapitel som en forskningsinsats. Min illustration av den grundläggande intresseavvägningen är användbar. Denna insats uppfyller dock inte min målbild av ett ”forskningsresultat”. Vad jag gjort är känt sedan tidigare. Jag har bara åstadkommit en ytterligare illustration och en ytterligare tillämpning beträffande denna intressemotsättning.

Vad jag just deklarerat är således att en forskningsinsats inte ledde till ett forskningsresultat. Logiskt sett är detta förstås inte alls märkligt. En forskningsinsats kan bestå i många olika delar. Att ställa upp en tes är exempelvis en forskningsinsats. En tes kan också förvisso betraktas som ett resultat av forskningsinsatsen, men det är inte vad jag avser med min målbild. Jag är ute efter vad som följer av att tesen blivit bekräftad eller förkastad.

Mina reflektioner i detta underavsnitt är inget annat än just reflektioner. När jag nu menar att inte lyckats nå något resultat som uppfyller min målbild är det därför inte något som jag betraktar som ett misslyckande. Jag har visserligen inte nått ett sådant resultat som jag hoppades på, men jag har gjort en insats som jag menar är relevant att presentera. Huruvida läsaren har en liknande eller avvikande uppfattning är förstås upp till läsaren. Min poäng med kapitlet är bara att ge ett konkret exempel på hur en resultatriktning påverkat forskningsinsatsen i alla led av processen.

²⁸⁷ Se exempelvis regleringsöversikten i Claes Martinson, Några påpekanden om den för civilrätten ganska centrala frågan om fordringars omsättningsbarhet, 2018 s 179–199, avsnitt 6.

6 (b) Objektet för återvinning i kontokreditrelationer

Det andra exemplet på ett resultat av min resultatinriktade ansats handlar liksom det första exemplet om vad som kan framstå som en vardaglig rättstillämpningsfråga. Här är det emellertid fråga om ett resultat som avser ett mellanled i den rättsliga tankeprocessen. Frågan handlar nämligen om hur ett objekt som är föremålet för två parter motstående intressen skall bestämmas. Således är det inte en fråga som på ett direkt sätt handlar om att ta ställning till rättsföljd. Det är därför i mindre grad än i föregående kapitel fråga om rättstillämpning. Likaså är det i högre grad fråga om rättslig systematisering, eller med andra ord om en vetenskaplig rekonstruktion av rättssystemet.²⁸⁸ Även denna fråga har jag hanterat med metoder som de flesta läsare kan känna igen, men denna gång är det en variant på den intresseanalys som jag använde i första exemplet. Jag har valt att redovisa detta andra exempel just på denna plats i boken för att det bygger vidare på det första när det gäller att illustrera resultatinriktningen. Det är också fråga om ett kortfattat exempel som kan utgöra en fortsättning i att introducera bokens övergripande tema.

6.1 Forskningsfrågan – vad skall återvinnas vid kontokredit?

Forskningsfrågan handlar om förhållanden som bland annat aktualiseras vid kontokredit. En kontokredit är ett löpande kreditförhållande mellan en gäldenär och en borgenär. Avtalsförhållandet har historiskt sett även kallats checkkredit. Vanligtvis är borgenären en bank. Jag kommer för att förenkla framställningen därför att använda den benämningen för den part som tillhandahåller kontokrediten. Kontokreditavtalet ger gäldenären möjlighet att göra uttag som innebär kredit och omvänt kan gäldenären även göra insättningar som innebär minskning av krediten eller inlåning till banken.

²⁸⁸ För uttrycket se avsnitt 4.4.

I jämförelse med ett ordinärt fordringsförhållande, som gäller endast en fordran, är kontokrediter speciella. Kontokrediter handlar inte bara om en fordran, utan om ett löpande förhållande. En tänkbar beskrivning är att förhållandet omfattar flera fordringar som ersätter varandra över tid, som en följd av med uttag och insättningar. En annan beskrivning skulle kunna vara att det handlar om en enda fordran som varierar i storlek. Eftersom flera lagregler bygger på en tanke om att reglera ordinära fordringsförhållanden där det finns en enda fordran, kan den juridiska hanteringen av kontokrediter leda till olika slags juridiska svårigheter. Exempel på lagregler som leder till sådana svårigheter är KonkL 4:5 och 4:10, där det anges att det är ”rättshandling” respektive ”betalning” som skall återvinnas. En svårighet som detta leder till rör vad som skall kunna återvinnas i en konkurs för någon som är gäldenär i ett kontokreditförhållande? Saken kan också uttryckas som en fråga om vad som skall anses vara objektet för återvinning när det handlar om kontokreditrelationer?

Frågan om objektet för återvinning har flera aspekter och kan delas in i flera forskningsfrågor. En aspekt gäller vilken eller vilka rättshandlingar som skall kunna angripas med återvinningen. Det är den aspekten som utgör forskningsfrågan för detta kapitel. En annan aspekt är hur omfattande återvinningen skall vara. Jag har undersökt även den aspekten och ägnar nästa kapitel åt den.

När jag valde ut dessa forskningsfrågor gjorde jag antagandet att de skulle kunna leda till något som kan uppfylla min målbild av ”forskningsresultat”. En anledning till detta antagande var att jag noterat att andra forskare och jurister gjort insatser i frågan. Jag hade noterat att de inte hade kommit till ett och samma resultat.

6.2 Resultat (b) – objektet för återvinning skall vara de insättningar som leder till minskning av en gäldenärs skuldsaldo

Jag placerar det resultat jag nått i kategorin normativ utsaga. Närmare bestämt sorterar jag det i underkategorin en normativ utsaga om det rättsliga objektet, se avsnitt 2.3. Resultatet som jag nått är att det i kontokreditförhållanden skall vara de av gäldenärens insättningar som leder till minskning av gäldenärens skuldsaldo som skall kunna återvinnas. Den eller de rättshandlingar som skall kunna angripas med återvinning är således insättningar.

För att undvika missförstånd vill jag anmärka att resultatet kan förefalla närmast banalt. Som jag redovisar nedan pekar vissa relevanta normativa utsagor dock även på andra lösningar.

Resultatet behöver förstås utifrån att det handlar om en normativ utsaga. Rekvisiten i lagtexten är ”rättshandling” respektive ”betalning”, inte ”insättning”. Givetvis kan det därför finnas anledning att beroende på omständigheterna tillämpa dessa rekvisit på sätt som innebär att en eller annan insättning inte omfattas. När jag i senare kapitel använder resultat från detta kapitel är det i beaktande av att detta resultat bara innebär en normativ utsaga. För att uttrycka det självklara: Jag åstadkommer genom resultatet inte en ändring eller precisering av lagtexten, utan en slutsats kring hur den skall användas i beaktande av hur jag underbyggt slutsatsen.

6.3 Metoder – beslutsteoretisk analys och rättsdogmatisk utredning

Jag kom i första hand fram till resultatet genom en analys av partsrelationen. En del i detta var att identifiera vilka åtgärder som parterna kan vidta i relationen och att överväga huruvida dessa åtgärder är relevanta för frågan om vad som skall kunna återvinnas. Denna del av analysen har enkel beslutsteoretisk, eller spelteoretisk, karaktär och handlar om att förutse hur parter i egenintresse typiskt sett väljer att agera i olika situationer.²⁸⁹ Den andra delen av analysen handlar om hur parternas möjligheter att agera förhåller sig till syftet med återvinning, i allmän mening. Analyserna ledde till fyra argument.

Utöver den beslutsteoretiska analysen gjorde jag en rättsdogmatisk utredning av svenska rättskällor. Den blev inte särskilt omfattande. De normativa utsagor som jag identifierade gav inte mer än vad jag redovisar. Utifrån dessa utsagor fann jag heller inte anledning till att bredda den rättsdogmatiska utredningen till angränsande eller liknande frågor.

6.4 Analys av parternas möjligheter

Mina analyser av parternas egenintresse och möjligheter ledde till fyra argument. De förklarar samtidigt kontexten.

²⁸⁹ Om spelteori se exempelvis Robert Cooter och Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6 u, s 33–37. Om såväl spelteori och beslutsteori se exempelvis Herbert Gintis, *The Bounds of Reason – Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences*, Princeton University Press, 2008.

Det *första* argumentet bygger på att en återvinning måste ha någon effekt i den situation som uppstått genom konkursen, annars är det meningslöst att återvinna. I detta avseende är det lätt att konstatera att återvinning av en insättningstransaktion har effekt. En insättningstransaktion innebär att konkursboet tillförs medel. De andra handlingar som kan företas i ett kontokreditförhållande är det däremot inte meningsfullt att återvinna. Den vanligt förekommande rättshandlingen att göra en uttagstransaktion är i princip inte till nackdel för fordringsägarna. Uttagstransaktioner kan ha betydelse för bedömningen av om insättningarna skall vara återvinningsbara, men de blir inte i sig föremål för återvinning. Den mer speciella rättshandlingen att förändra gränsen för kontokrediten, d v s kreditlimiten, är inte heller något som det är meningsfullt att angripa med återvinning. Detsamma gäller en omvandling av kontokrediten till en ren kredit utan uttagsmöjligheter, inte ens i beaktande av att en sådan åtgärd kan medföra krav på amorteringar. Att amorteringarna kan angripas, såsom transaktioner som minskar skuldsaldot, är vad som är relevant i sammanhanget. Det är insättnings- och betalningstransaktionerna som påverkar förmögenhetsförhållandena på ett sätt att det är meningsfullt att återvinna i en konkurs.²⁹⁰

Det *andra* argumentet är att möjligheten för gäldenären att ta ut insatta medel inte skall påverka möjligheten att återvinna en insättning. En sådan ordning vore nämligen vare sig ändamålsenlig eller logisk. Ett ändamål med reglerna om återvinning är att förebygga och förhindra att banken gynnas framför andra borgenärer. I de fall det handlar om gäldenärens avsikter att gynna banken och gäldenären därför gör en insättning, är det irrelevant att gäldenären har en rättslig möjlighet att ta ut medlen igen. Detta eftersom gäldenären inte kommer att utnyttja den möjligheten. Det faktum att gäldenären kan ändra sig och därför gör ett uttag är inte ett skäl att utesluta återvinning av insättningar när något uttag aldrig gjordes.

Det *tredje* argumentet bygger på att det inte är korrekt att gäldenären kan ta ut insatta medel. Banken har betydande möjligheter att i varje ögonblick stoppa vidare uttag, eller med andra ord ”spärra kontot”.²⁹¹ Banken kan helt enkelt vägra att prestera. När gäldenären gör en insättning kan gäldenären därför inte veta om han kommer att kunna ta ut medel igen. Även om

²⁹⁰ Återvinning vid företagsrekonstruktion bör i sammanhanget ses som ett särskilt tema.

²⁹¹ Notera att jag genomgående i hela boken använder uttrycket ”spärra kontot” för den rättshandling som innebär att banken vägrar ge mer kredit på ett kreditkonto. Uttrycket används ibland för att någon annan begär en spärr av ett bankkonto, exempelvis använder Hans Renman och Jens Tillqvist, uttrycket på detta sätt i Något om spärrade bankkonton, JT 1992–93 s 669–682.

banken enligt avtalet skulle vara förpliktigad att inte stoppa vidare uttag, kan det antas att sanktionen som banken får utstå om den ändå gör detta, sällan är lika kostsam för banken som det hade varit att medge uttaget och förlora pengarna. I de fall där gäldenären verkligen saknade betalningsförmåga kan det därtill antas att sanktionerna uteblir. Banken kan då med framgång hävda allmänna principer om rätt att vägra fullfölja avtal med den som inte kan förväntas prestera.

Det fjärde argumentet gäller de fall då insättningar görs utan att det finns någon avsikt att gynna banken. Gäldenären kan göra insättningen med avsikt att ta ut medlen igen, samtidigt som banken kan ha avsikt att fortsätta förhållandet utan tanke på att spärra något konto. Jag konstaterar dock att förekomsten av dessa fall inte utgör skäl att undanta insättningar i kontokreditförhållanden från återvinning. Vad som behövs är istället en prövning som skiljer olika insättningar åt. Huruvida denna skiljelinje alls skall ha med avsikt att göra behöver först hanteras som en egen fråga.²⁹²

6.5 Rättsdogmatisk utredning

Utöver de fyra argumenten som min analys ledde till gjorde jag en rättsdogmatisk utredning av svenska rättskällor. Den visade att det fanns flera normativa utsagor i praxis och doktrin. Likaså visade den att lagtexten snarare talade för forskningsresultatet än för något alternativ. Jag skall strax återkomma till detta. Att lagtexten inte kunde användas för att utan vidare hantera problemet var förstas något som jag hade konstaterat redan initialt, eftersom det annars inte funnits anledning att göra en analys. Den delen låg med andra ord i upptäckten av forskningsfrågan.

I praxis fann jag att *minoriteten* av justitieråden i ett rättsfall, NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll), menade att insättningar i kontokreditförhållanden inte skulle anses utgöra betalningar.²⁹³ Deras argument var att vad som sattes in kunde tas ut igen. En av de två framhöll att gäldenären inte hade betagits rätten att göra uttag. Argumentationen byggde alltså inte på normativa argument utan på ett ställningstagande utifrån en analys av omständigheterna kring kontokrediter.

Majoriteten i samma mål tog inte upp rätten att ta åter ut medel. De beaktade istället de faktiska uttagen:

²⁹² Jag återkommer till frågan om avsiktens betydelse i kapitel 8.

²⁹³ Justitieråden von Steyern och Grefberg.

”Vad angår krediteringarna ... måste vid tillämpning av reglerna om återvinning i konkurs varje å checkräkningskredit gjord insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last och ej återuttages.”²⁹⁴

Deras argumentation avser således främst omfattningen av vad som skall återvinnas, se nästa kapitel. De ger inget direkt skäl till att det skall vara insättningar som återvinnas. Som normativt argument är det dock ett klart ställningstagande. De skriver som nämnts – ”insättning anses såsom betalning” – och betalning var även enligt den då tillämpliga lagtexten en återvinningsbar åtgärd.²⁹⁵

Sedan dess har HD bedömt återvinning i kontokreditförhållanden vid tre tillfällen. I NJA 1990 s 649 (Travtränaren) återvanns två insättningar om totalt 100 655 kr. Insättningarna var de enda transaktionerna som gjorts på kontot under hela året innan konkursen. NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction) gällde KonkL 4:10 och en insättning om 1 080 937 kr vid ett tillfälle. Båda dessa fall är tydliga normativa argument för att återvinna insättningar.

Innan de nyss nämnda fallen hade HD också avgjort NJA 1978 s 194 (Stelvio) och återvunnit 33 523 kr. Det framgår inte vilka insättningar och uttag som gjorts. Vad domarna återvinner är ett netto av insättningar och uttag under en period om tre veckor innan konkursen. Domarna i målet verkar dock inte ha haft några andra uppgifter att gå på. I domskälen anges: ”Det är upplyst, att beloppet utgör skillnaden mellan det totala belopp som under den aktuella tiden inbetalats av gäldenärerna och summan av de utbetalningar Stelvio under samma tid gjort från kontot.” Avgörandet talar inte emot att insättningar skall återvinnas. Det är insättningarna som åstadkommer den yttre gränsen för vad som återvinnas. I frågan om det är insättningar som skall återvinnas får avgörandet ses som ett stöd för att så skall vara fallet.

I doktrin finns det flera uttalanden av innebörden att insättningar skall vara återvinningsbara. Ett exempel är illustrativt för samtliga: ”Insättning på ett checkräkningskonto, som har ett saldo till mottagarens förmån, är

²⁹⁴ NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll).

²⁹⁵ Målet gällde i här aktuellt avseende tillämpning av 29 § alternativt 30 § i dåvarande konkurslag 1921:225. Båda dessa paragrafer gällde betalning.

en betalning.”²⁹⁶ Således handlar det om mycket kortfattade utsagor av påståendekaraktär.

Det skall noteras att det inte förefaller finnas någon som i doktrin menar att det inte är insättningarna som skall återvinnas. Däremot finns det flera som i den angränsande frågan om omfattningen av återvinningen, menar att det är ”nettot” som skall återvinnas, d v s skillnaden mellan alla insättningar och alla uttag under en viss period, vilket jag återkommer till i nästa kapitel. I den här aktuella frågan, om det är insättningar som skall återvinnas, kan även dessa utsagor ses som ett stöd för att så skall vara fallet.

Den nuvarande lagtexten består av KonkL 4:5 och 4:10. I dessa paragrafer anges som sagt att ”rättshandling” respektive ”betalning” är objektet för vad som skall ”gå åter”. Lagtexten ger inte stöd för att insättningar skall vara föremål för återvinning. För detta krävs att insättningarna betraktas som ”betalning”. Att begreppet ”betalning” anses omfatta rättshandlingen ”insättning” ligger närmare till hands än motsatsen. Båda rättshandlingarna handlar om att tillföra eller i varje fall gottskriva banken medel. Det går därför att göra ställningstagandet att insättningar i ett visst fall skall vara återvinningsbara för att de betraktas som rättshandling eller betalning, eller jämfställs med åtminstone någon av dessa.

Med lagtexten i KonkL 4:5 stadgas att det är en rättshandling som skall återvinnas. Både ordet ”en” och ordet ”rättshandling” kan föranleda problematisering. När flera rättshandlingar behövs för att åstadkomma en transaktion kan det finnas anledning att fråga sig hur återvinningsreglerna skall användas. Sådan problematisering har gjorts i doktrin, men inte heller i sådana sammanhang framkommer något stöd för att undanta insättningar från återvinning. Det förekommer heller inte stöd för att något annat än insättningar skall vara den återvinningsbara handlingen i kontokreditrelationen.²⁹⁷

I sammanhanget kan jag härtill påpeka att även insättningar på en kontokredit som gjorts av tredje man, såsom gäldenärens kunder, har ansetts återvinningsbara. Förhållandet kan betraktas som att gäldenären bemyndigat sina kunder att betala till kontokreditkontot. Gäldenären har därmed

²⁹⁶ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 271. Motsvarande: Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 180–181. Eugene Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, s 4:64. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013, s 171.

²⁹⁷ Jfr Bert Lehrberg, Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet, i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s 297, på s 287–309.

företagit rättshandlingarna som huvudman för dem han givit anvisning att betala på detta sätt.²⁹⁸

I min utredning av doktrin noterade jag att det fanns utländska rön i frågan om kontokredit. Dansk, Australisk och Nya zeeländsk diskussion anfördes.²⁹⁹ Jag har inte gjort någon självständig utredning kring diskussionen i dessa jurisdiktioner.

6.6 Reflektioner kring resultatet

Det resultat jag redovisat i detta kapitel består som nämnts i den normativa slutsatsen att det vid kontokredit är insättningar som skall kunna återvinnas. Detta förutsatt att de leder till minskning av en gäldenärs skuldsaldo. Enkelt uttryckt hävdar jag alltså att jag i den aktuella frågan nått resultatet att återvinningsreglerna skall kunna användas på *insättningar* i kontokreditrelationer. Ett karaktäristiska för detta resultat är att det knappast är någon som höjer på ögonbrynen över att det är just insättningarna. Även om det möjligen går att utläsa tveksamhet över hur kontokreditrelationer skall hanteras i återvinningshänseende, har ingen redovisat hur en annan lösning skulle gå ihop.

Uttryckt på ett annat sätt är det resultat som jag hävdar ganska självklart. Redan den rättsdogmatiska utredningen pekar på just detta resultat. Den rättsdogmatiska utredningen är samtidigt något som vi förväntar oss att en jurist skulle åstadkomma om juristen hade anledning att fundera över frågan.

Min insats i detta kapitel är heller inte i övrigt särskilt annorlunda från vad andra forskare i förmögenhetsrätt gör. Skillnaderna är främst sättet att redovisa och den uttryckligen redovisade analysen av parternas möjligheter. Vad gäller metodologi och systematiskt tillvägagångssätt är den rättsdogmatiska utredning som jag gjort förstås en erkänd metod. Tillvägagångssättet har också varit systematiskt. Arbetsinsatsen med att undersöka ”dogmerna”, eller mer rättskällorna, har visserligen varit ganska bekväm, men den har bestått i systematiska sökningar i databaser och i uppföljning av källhänvisningar som återfunnits i de olika texterna. Ett besvärande faktum är dock att en likadan rättsdogmatisk utredning kan åstadkommas i syfte att producera

²⁹⁸ Bert Lehrberg, Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet, i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s 297, på s 293–294, med hänvisningar till andra betraktelser, föranledda av bland annat NJA 1978 s 194 (Stelvio). Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1986 s 271.

²⁹⁹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 208, 3 u, 2004 s 201. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013 s 171.

kunskap för ett högst begränsat sammanhang. En jurist skulle kunna göra motsvarande för att exempelvis ge ett strategiskt råd till en klient.

Utifrån dessa reflektioner om hur den rättsdogmatiska utredningen förhåller sig till allmänna vetenskapskriterier konstaterar jag att det är mycket diskutabelt om den bör kallas vetenskaplig. Det behövs något mer. En fråga är då om den icke rättsdogmatiska del som jag redovisat, analysen av partsrelationen, kan bidra till detta?

I analysdelen identifierar jag insättningar som relevanta i återvinningskontexten, men också att uttag har relevans. Jag analyserar hur insättningar och uttag förhåller sig till varandra med hänsyn till partsavsikter. Av detta drar jag ett par logiska slutledningar. Denna insats skulle kunna tänkas tillföra ett mått av vetenskaplighet. Det skulle också kunna tillföra tidigare okänd kunskap. I varje fall står det inget som detta i de andra rättsvetenskapliga verk jag gått igenom. Det kan dock vara så att motsvarande analys och slutledning är kända genom utländska verk, som jag inte tagit del av. Till saken hör härvid att de grundläggande idéerna bakom återvinningsreglerna anses vara internationella.³⁰⁰ Om motsvarande analys och slutledning är kända genom utländska verk är det jag gjort ingen tidigare okänd kunskap. Samtidigt har jag i den rättsdogmatiska delen förhållit mig till den svenska jurisdiktionen, och det har utländska forskare antagligen inte gjort.

Av vad jag redovisat i detta kapitel skiljer sig min insats dock från vad andra forskare redovisat att de åstadkommit. Vad jag tillför är nämligen en analys och en motivering som ingen annan gjort tidigare, i varje fall har de inte redovisat att de gjort detta. Som jag nämnt är tidigare utsagor kortfattade och av påståendekaraktär. Det är möjligt att jag i denna del tillför något som har värde i forskningshänseende såsom tidigare okänd kunskap, men jag menar inte att resultatet jag åstadkommit uppfyller min målbild. Nyhetsvärdet är lågt, bland annat för att resultatet i så hög grad redan har uttryckts normativt. Tillskottet i kunskaphänseende är aningen större, men detta tillskott ligger nära till hands för både forskare och jurister som arbetar med återvinning. Jag betraktar därför inte resultatet som ett ”forskningsresultat”. Vad jag bidrar med är en förklaring av annat slag.

Att jag inte betraktar resultatet som ett forskningsresultat innebär inte att jag diskvalificerar min insats som forskning. Vad jag gjort är en del av en forskningsinsats. En särskild anledning till denna bedömning är att detta kapitel också utgör en grund för nästa kapitel.

³⁰⁰ Gertrud Lennander, *Avoidance of Preferences and Fraudulent Transfers under Swedish Bankruptcy Law*, *Scandinavian Studies in Law*, 1983 s 67, på s 95–96.

7 (C) Omfattningen av återvinning i kontokreditrelationer

Detta kapitel utgör det tredje konkreta exempel på vad resultatriktning kan leda till. Kapitlet knyter an till föregående kapitel. Även detta kapitel handlar om återvinning i kontokreditrelationer. Forskningsfrågan hänger också samman med forskningsfrågan i föregående kapitel. Det finns således en anledning till att jag presenterar resultatet just här.

En annan anledning till att presentera denna forskningsinsats som den tredje i boken är att jag menar att jag denna gång når den målbild jag ställt upp med min resultatriktning. Efter de två första kapitlen av icke-uppfyllande är det dags att illustrera hur jag reflekterar kring en insats som jag menar når upp till målbilden ”forskningsresultat”.

Ett skäl till att resultatet i detta kapitel når målbilden är att det har en annan karaktär än de två tidigare. Detta tredje resultat är nämligen inte främst en normativ utsaga. Resultatet har mer karaktären av en logisk slutsats. Den annorlunda karaktären är inte alls någon avgörande orsak till att jag når målbilden, men den är något jag uppmärksammat i mina reflektioner.

I detta kapitel illustrerar jag också hur jag använt två ytterligare varianter av metoder. Dessa båda ligger, som jag ser det, lite längre ifrån vad som är vanligt i förmögenhetsrätten. Samtidigt är det jag gör inte något stort steg att ta i jämförelse med vad de forskare och jurister som tidigare skrivit om frågan gjort. Jag antar därför att läsarna kommer att känna igen sig, låt vara att de kanske reagerar över att det blir en del grafiska illustrationer. Sådana är förstås ovanliga i förmögenhetsrättsliga forskningspresentationer.

7.1 Forskningsfrågan – hur omfattande återvinningen skall vara?

Forskningsfrågan är i grunden samma fråga som i föregående kapitel. Frågan är således vad som skall kunna återvinnas från banken i en konkurs för gäldenären? Den aspekt av frågan som tas upp här är dock inte vilken rätts-

handling som skall kunna återvinnas utan omfattningen av återvinningen. Forskningsfrågan är hur omfattande återvinningen skall vara?

7.2 Resultat (C) – eventuella uttag efter insättning skall beaktas

Mitt resultat är att omfattningen av en återvinning skall vara beroende av de eventuella uttag som följer efter vad som antas vara en återvinningsbar insättning som minskat ett minussaldo. Återvinning av en sådan insättning skall reduceras med de eventuella uttag som görs efter insättningen.

I den mån det inte bara görs uttag efter insättningen utan också ytterligare insättningar skall varje insättning behandlas för sig. Återvinning av en insättning skall reduceras med det eller de uttag som följer efter insättningen, ända fram tills en ytterligare insättning görs. När en ny insättning görs skall ytterligare uttag reducera återvinningen av den insättningen. Varje sådant *segment av insättning och efterföljande uttag* skall alltså beräknas för sig.

När flera insättningar bedöms som återvinningsbara skall segmenten adderas. Dock skall inte alla segment räknas med. Det är bara de insättningar som minskar minussaldot från en högsta nivå, som därefter inte nås igen, som skall beaktas. Med andra ord, vilka insättningar som är relevanta att bedöma beror på om de inte vid någon senare tidpunkt följs av uttag som överstiger det minussaldo som förelåg då insättningen gjordes. Således skall beräkningen börja vid det största minussaldot under återvinningsfristen. Den insättning som minskade detta saldo skall bedömas. Det skall också varje senare insättning som, efter beaktande av efterföljande uttag, bidrar till att sänka minussaldot.

För att förenkla framställningen har jag valt att benämna resultatet *segmentmodellen*. Förenklingen beror framför allt på att jag i det följande kontrasterar modellen med andra modeller som tidigare föreslagits av andra.

7.3 Metoder – matematisk analys, utfallsanalys och rättsdogmatisk utredning

Som jag nämnt i föregående kapitel gjorde jag en enkel beslutsteoretisk analys för att förutse hur parterna i kontokreditförhållanden p g a sitt egenintresse typiskt sett väljer att agera i olika situationer. Jag analyserade också hur parternas möjligheter att agera förhåller sig till syftet med återvinning, i allmän mening. Med hjälp av dessa analyser identifierade jag också hur

förhållandet mellan insättningar och uttag påverkar gäldenärens kassa och därmed fordringsägarnas möjligheter till utdelning i gäldenärens konkurs.

I de nämnda analyserna noterade jag vissa matematiska samband som gjorde att jag kunde identifiera vissa segment av transaktioner som relevanta. När jag jämförde utfallet av beräkningarna i dessa segment med utfallet av några andra modeller som hävdats i juridisk doktrin, visade det sig att modellerna gav olika utfall. Vad jag gjort i detta kapitel är därför något jag väljer att kalla matematisk analys. Det blir enda gången som en sådan förekommer i boken. Jag har kombinerat denna analys med något som jag kallar utfallsanalys. Utfallsanalyser förekommer på fler ställen i boken.

Jag gjorde härutöver en rättsdogmatisk utredning. Den var begränsad såtillvida att jag gjorde den i visst syfte. Syftet var att identifiera normativt stöd för hur omfattningen av vad som skall återvinnas skall bestämmas i kontokreditfall. Genom utredningen kunde jag bland annat konstatera att de dogmatiska utsagorna i doktrin inte nödvändigtvis stämmer överens med rättspraxis. Därmed identifierade jag ett behov av en analys av det slag jag beskrivit i föregående stycke.

7.4 Analyser beträffande relevant sammanhang i objektshänseende

Ett första led i analysen var att beakta inte bara insättningarna utan också de uttag som gäldenären faktiskt gjort. Konsekvensen blir annars att ett konkursbo skulle kunna återvinna ett större belopp än den högsta nivån av vad banken någonsin lånat ut. Om banken exempelvis lånat ut 100 vid 5 tillfällen under återvinningsfristen, men mellan varje utlåning fått tillbaka 100, skulle konkursboet i princip kunna återvinna 500 så länge varje insättning bedöms vara en rättshandling som uppfyller återvinningsrekvisiten.

Att använda en sådan lösning där alla återvinningsbara insättningar återvinns, utan hänsyn till gjorda uttag, bedömde jag som uteslutet. Det skulle innebära en formalistisk rättstillämpning som inte skulle kunna nå någon acceptans. En sådan formalism skulle vara främmande för svensk rättstradition. Ett bevis för detta är att ett konkursbo självt uttryckligen avfärdade en sådan tillämpning, detta i det äldsta av de rättsfall som jag granskade.³⁰¹ Tanken har heller inte dykt upp någon annanstans där återvinningsfrågor kring kontokrediter omskrivs.

³⁰¹ NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll).

Av nämnda skäl identifierade jag det som avgörande att beakta förhållandet mellan insättning och uttag. Det framstod som centralt att definiera det relevanta sammanhanget för en insättning. För att göra detta började jag med det mest enkla förhållande jag kunde tänka mig.

Låt säga att banken lånat ut 100 och att gäldenären sätter in 100, men en tid senare tar ut 100 varpå konkurs inträffar. Ett sådant förlopp leder inte till att något bör återvinnas eftersom banken inte fått en bättre position än om insättningen och uttaget inte företagits. I förhållande till lagtextrekvisit har banken inte *gynnats* framför övriga. Därmed föreligger heller ingen nackdel för dessa. Även om insättningen skulle ha gjorts på uppmaning av banken och med full avsikt från gäldenären att såväl gynna banken som att missgynna övriga fordringsägare blev resultatet inte ett gynnande. Effekten av insättningen förtas nämligen genom det efterföljande uttaget. Saken går att uttrycka som att den nackdel som insättningen innebar för de övriga fordringsägarna, till slut inte *blev* någon nackdel. Istället blev insättningen snarare till fördel eftersom den typiskt sett minskade räntekostnaderna för gäldenären och därmed bankens anspråk i konkursen.

Att det finns anledning att beakta det sammanhang i vilket en insättning görs verkar klart utifrån det här redovisade. Efter att ha tagit del av andras analyser såg jag dock ett behov av att pröva såväl analyserna som resultaten. Jag gjorde detta utifrån en självständig analys med en avvikande utgångspunkt än de jag identifierat i tidigare forskningsinsatser kring tematiken.

För att kunna göra denna självständiga analys utan att den skulle bli för omfattande bestämde jag mig för en avgränsning. Motsvarande problematik skulle kunna göra sig gällande i alla sammanhang där parterna har flera fordringsrelationer med varandra.³⁰² Exempelvis skulle en leverantör och en återförsäljare kunna ha ett förhållande där nya fordringar uppkommer med jämna mellanrum och även betalas med jämna mellanrum. Jag avgränsade emellertid min analys till att avse endast kontokreditrelationer. I avgränsningen framskymtar att det problem som analysen handlar om är hur man skall definiera det relevanta sammanhanget för förhållande mellan ökningar och minskningar av fordringsnivån i relationen. Genom att avgränsa bort alla andra relationer och koncentrera mig på kontokreditrelationer är en del av denna definitionsproblematik hanterad, om än alltså inte löst. Vad

³⁰² Jfr Hans Renmans beskrivning av löpande avtalsförhållanden med vad han kallar läkning av nackdel, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013 s 86 och 89. Jfr också det sammanhang, av gammal kredit som amorteras samtidigt som nya affärer leder till ny skuldsättning, som Gertrud Lennander vill skapa och undanta med hjälp av otillbörlighetsrekvisitet, Återvinning i konkurs, 3 u, 2004 s 160, 4 u, 2013 s 167.

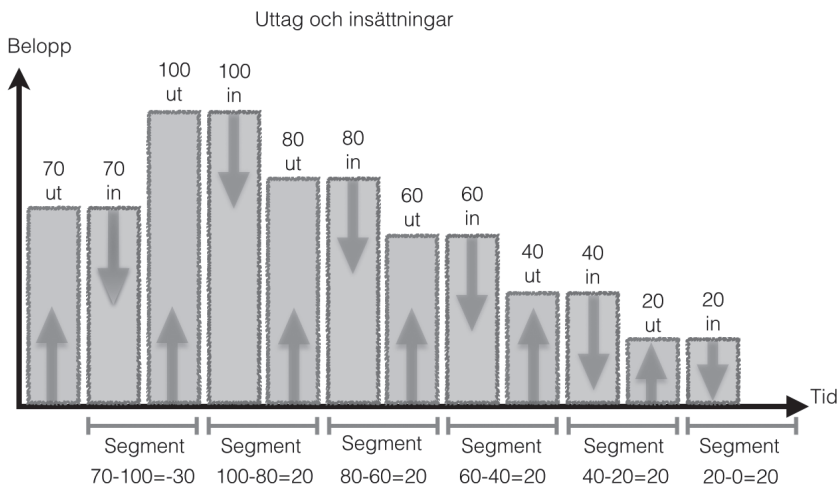
som kvarstår är dock alltjämt en fråga om vad som skall vara det relevanta sammanhanget. Att en insättning skall reduceras om den följs av ett uttag, som i exemplet ovan, kan förefalla vara en lösning, men hur skall då flera insättningar och flera uttag hanteras?

7.5 Analysen av segment och deras förhållande till omfattning/nackdel

Jag valde att i min analys utgå från exemplet i föregående avsnitt och pröva olika variationer av insättningar och uttag. I detta avsnitt redovisar jag denna analys och i avsnitten därefter återkommer jag till mina analyser av alternativ som jag laborerat med utifrån vad andra synes ha förespråkats.

7.5.1 Relationen mellan flera insättningar och uttag

Efter de inledande noteringarna om en insättning och ett uttag blev första steget i analysen att beakta förhållandena mellan fler transaktioner. Jag utarbetade ett exempel som alltjämt skulle handla om relativt enkla relationer mellan insättning och uttag. Gäldenären gjorde vid sex tillfällen uttag och insättningar med i tur och ordning 70, 100, 80, 60, 40, 20. Således lånade gäldenären 70 och betalade tillbaka 70 innan gäldenären lånade 100 och betalade tillbaka 100, osv. Skulden är efter alla transaktionerna noll. Frågan är vad som har varit till nackdel för de övriga fordringsägarna, eller med andra ord hur mycket som skall återvinnas?



Eftersom den sista insättningen inte följdes av något uttag blir det i detta första exempel tydligast att börja med den. Den gynnar banken med $20 - 0 = 20$. Därmed kan konstateras att insättningen om 20 var till nackdel för fordringsägarna. Om de övriga återvinningsrekvisiten är uppfyllda för denna insättning skall den återvinnas. På motsvarande sätt kan en prövning göras av varje insättning i förhållande till efterföljande uttag. Nästa rättshandling att bedöma är insättningen om 40. Eftersom den följdes av ett uttag om 20 kan nackdelen av denna insättning inte vara mer än $40 - 20 = 20$. Huruvida dessa 20 skall återvinnas beror på om de övriga rekvisiten för återvinning anses uppfyllda vid insättningen om 40. På motsvarande sätt skall insättningen om 60 kunna återvinnas med $60 - 40 = 20$ om insättningen om 60 uppfyller de övriga rekvisiten för återvinning. Likadant med insättningen om 80, där $80 - 60 = 20$, och insättningen om 100, $100 - 80 = 20$.

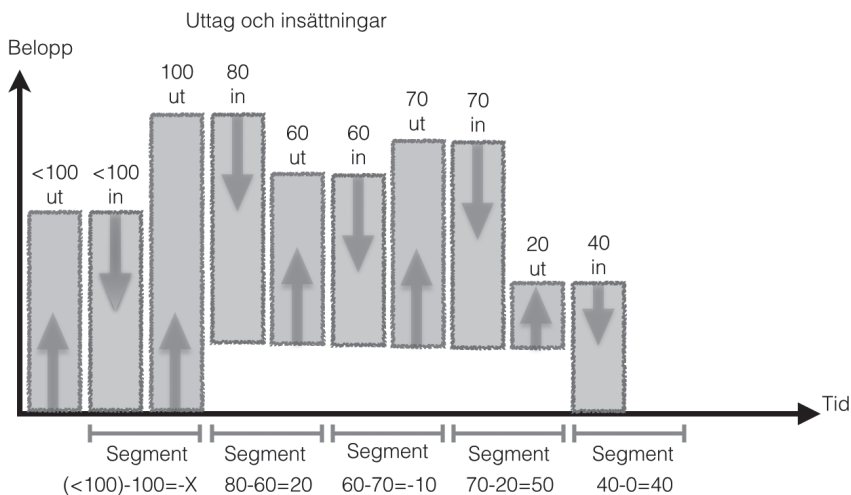
Av de sex insättningarna skall bara de fem sista vara aktuella för återvinning med någon del. Den första insättningen om 70 kan däremot uteslutas. Eftersom banken betalade ut 100 efter den insättningen blev insättningen ingen nackdel. Insättningen 70 följdes av uttag om 100, således $70 - 100 = -30$.

I den mån alla insättningarna bedöms uppfylla rekvisiten för återvinning skulle resultatet kunna bli att $20 + (40 - 20) + (60 - 40) + (80 - 60) + (100 - 80) = 100$ skall återvinnas. Ett sådant sätt att definiera sammanhanget innebär alltså att varje insättning bedöms med avdrag för de uttag som följer på den insättningen fram till nästa insättning. Varje segment prövas för sig och resultaten läggs därefter ihop till en summa.

Från detta exempel drog jag den preliminära slutsatsen att utgångspunkten för beräkningen skall vara det minussaldo som var som störst. De insättningar som följer efter det största minussaldot är de som är relevanta att pröva.

7.5.2 Ytterligare om relationerna mellan insättning och uttag när minussaldot åter blir större vid ett senare tillfälle

För att fortsätta analysen prövade jag ytterligare exempel. Först ger jag här ett exempel där minussaldot ökar efter att några insättningar lett till att det minskat. Största minussaldot var 100 och saldot vid konkursen 0. Efter största minussaldot gjordes en insättning på 80, därefter ett uttag om 60, insättning om 60, uttag om 90, insättning om 90, uttag om 20 och slutligen insättning om 20.

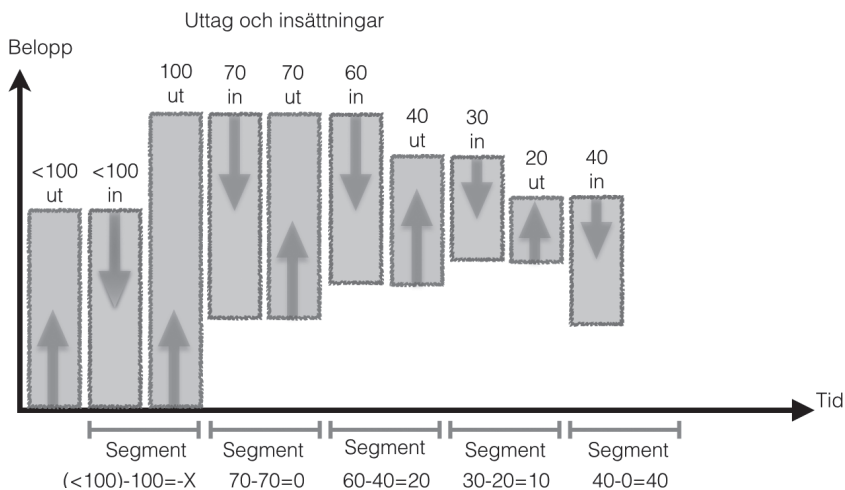


Detta ger segmenten $(80 - 60) + (60 - 70) + (70 - 20) + (40 - 0)$. Räknat med början i den första insättningen efter det högsta minussaldot blir nackdelen således $20 - 10 + 50 + 40 = 100$.

Av detta och föregående exempel är det möjligt att anta att beräkningen går att förenkla genom att hoppa över alla transaktioner som ligger mellan det högsta minussaldot (här 100) och det slutliga saldod. Därmed kan det förefalla enklare att bara jämföra det högsta saldod med slutsaldod, se nedan om nettoförbättringsmodellen. Detta förutsätter dock att alla insättningar under perioden uppfyller kraven för återvinning. Så behöver *inte* vara fallet och jag återkommer till sådana fall efter att jag först redovisar ett par variationer.

7.5.3 Variation med insättningar som är mindre än minussaldod

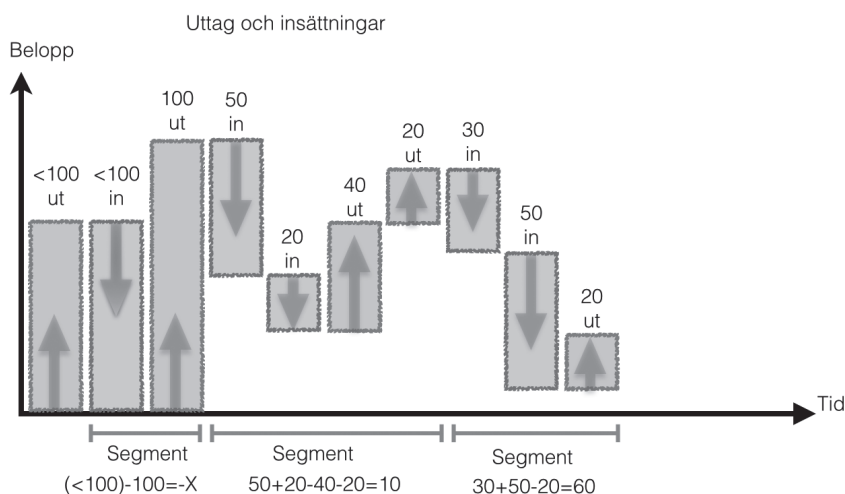
Vad föregående exempel också visar är att det inte blir någon skillnad i nackdelshänseende om förhållandena är sådana att insättningarna är mindre än krediten, och kontot således inte slutar i ett noll-saldod. För tydlighets skull visar jag detta i ett särskilt exempel. Låt som tidigare säga att det relevanta största minussaldod att utgå från är 100. Därefter görs följande transaktioner: Insättning 70, uttag, 70, insättning 60, uttag 40, insättning 30, uttag 20, insättning 40. Slutsaldod är -30 , d v s gäldenären är alltså skyldig borgenären 30.



Nackdelen blir, beräknad med början i den första insättningen efter det högsta minussaldot, $(70 - 70) + (60 - 40) + (30 - 20) + (40 - 0) = 70$

7.5.4 Variation med en följd av två likadana slags transaktioner

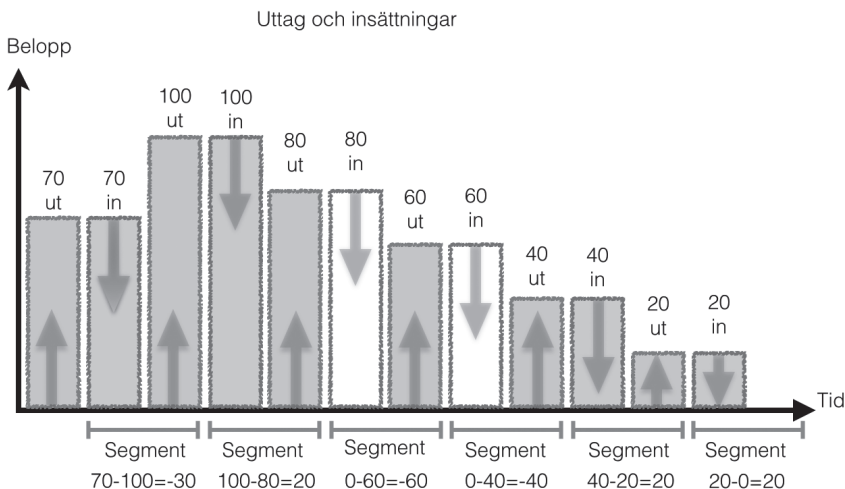
Jag redovisar här att det inte spelar någon roll att två transaktioner i följd är av samma slag, exempelvis två insättningar. Då skall dessa summor läggas ihop. Exempel: Relevant högsta minussaldo att utgå från är 100. Därefter insättning 50, insättning 20, uttag 40, uttag 20, insättning 30, insättning 50, uttag 20. Detta ger ett slutsaldo om -30 , d v s gäldenären är skyldig borgenären 30.



Nackdelen blir $(50 + 20 - 40 - 20) + (30 + 50 - 20) = 70$. Eftersom alla insättningstransaktioner i detta fall är återvinningsbara går det förstås också att nå resultatet genom att subtrahera slutsaldot från högsta minussaldo, $100 - 30 = 70$.

7.5.5 Variation där inte alla insättningar är återvinningsbara

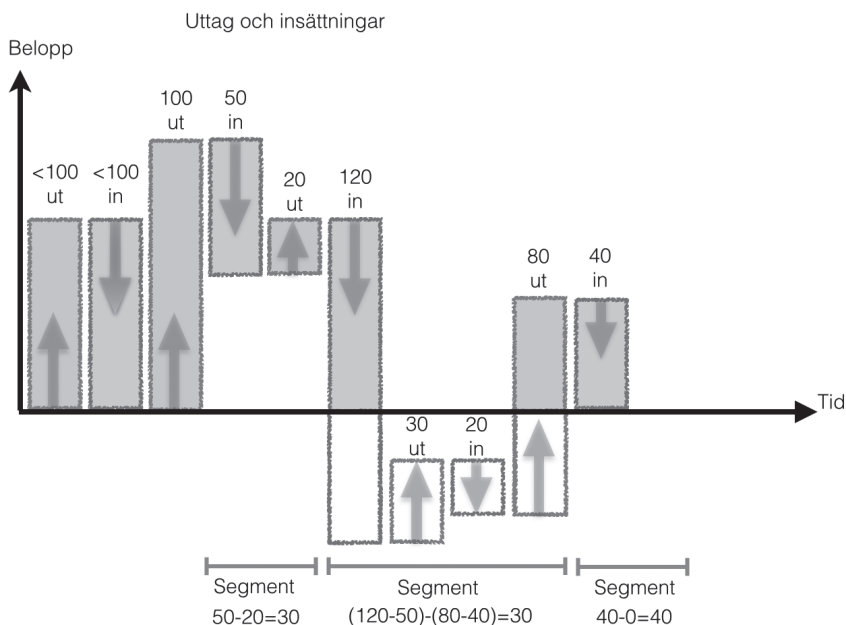
Intressant att visa är emellertid utfallet när inte alla insättningar uppfyller de övriga rekvisiten för återvinning, exempelvis för att en insättning inte anses otillbörlig enligt KonKL 4:5 eller för att den anses ordinär enligt KonKL 4:10. I första exemplet ovan, med början i en skuld om 70 och med följande insättningar och uttag om i tur och ordning in 70, ut 100, in 100, ut 80, in 80, ut 60, in 60, ut 40, in 40, ut 20, in 20, skulle bedömningen exempelvis kunna vara att insättningen om 80 och insättningen om 60 inte uppfyller rekvisiten för återvinning, medan insättningarna om 100, 40 och 20 gör det. (Insättningen om 70 skall som tidigare undantas p g a att den neutraliseras genom uttaget om 100, ingen nackdel.) Nackdelen av insättningen om 100 är 20 eftersom den följs av ett uttag om 80. På motsvarande sätt är nackdelarna av insättningarna om 40 och 20 också vardera 20.



Den totala nackdelen är därmed $(100 - 80) + (40 - 20) + (20 - 0) = 60$.

7.5.6 Variation med oregelbunden transaktionsserie – plussaldo

Hur en mer oregelbunden transaktionsserie än den föregående skall hanteras kan illustreras med följande exempel. Låt säga att det högsta minussaldot återigen är 100. De transaktioner som följer är in 50, ut 20, in 120, ut 30, in 20, ut 80, in 40. Slutsaldot blir noll.



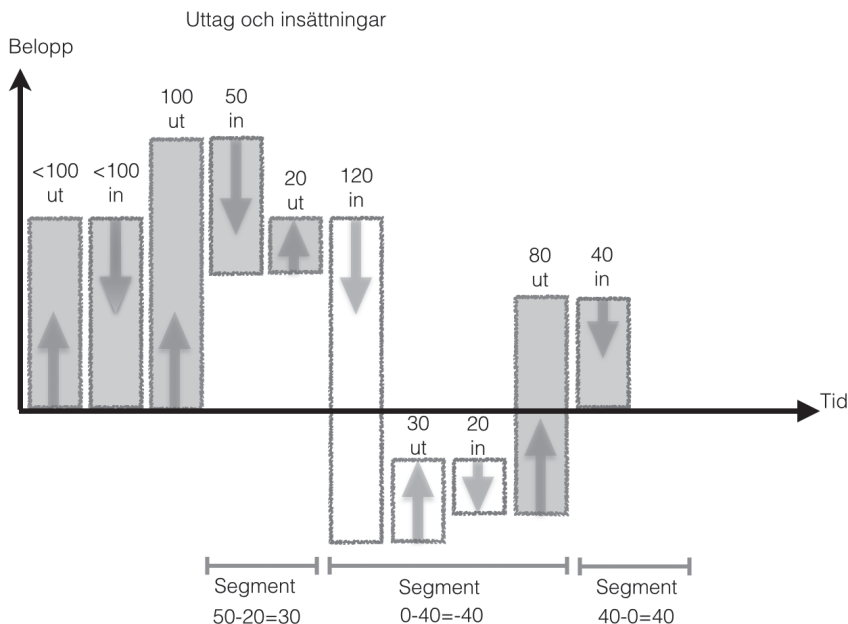
I detta förlopp finns det alltså plussaldo under viss tid och insättningarna kan därför till del, eller helt, vara uteslutna från återvinning för att de helt enkelt inte utgör nackdel. På motsvarande sätt kan uttagen utgöra annat än kredit. Det innebär att talen egentligen skall vara insättning 50, uttag 20, insättning 70 (eftersom 50 av 120 räknas bort), (uttag 30 och insättning 20 räknas också bort), uttag 40 (eftersom 40 av 80 räknas bort), insättning 40.

Skulle alla insättningar bedömas uppfylla övriga återvinningsrekvisit blir nackdelsberäkningen $(50 - 20) + (70 - 40) + (40 - 0) = 100$.

Eftersom alla insättningstransaktioner i detta fall är återvinningsbara går det förstås också att nå resultatet genom att subtrahera slutsaldot från högsta minussaldo, $100 - 0 = 100$.

7.5.7 Variation där inte alla insättningar är återvinningsbara

Är omständigheterna sådana att insättningen om 70 (egentligen 120) inte anses uppfylla övriga återvinningsrekvisit medan insättningen om 40 och insättningen om 50 alltså gör det, blir nackdelen $(50 - 20) + (40 - 0) = 70$.



Det kan noteras att den nyssnämnda insättningen om 50 endast begränsas med uttaget om 20. Någon senare given kredit skall alltså inte ytterligare begränsa insättningen om 50, d v s inget av de senare uttagen skall beaktas i segmentet som startas genom insättningen om 50. Det skall inte spela någon roll att den mellanliggande insättningen om 70 bedömts vara i sin ordning och inte skall återvinnas. Betalningen av krediten om 70 (insättningen 120) var i teknisk mening till nackdel och den bör därför inte bortses från i nackdelsbedömningen. Den kredit om 40 (genom uttaget 80) som följer betalningen av krediten om 70 (insättningen 120) skall därför bedömas i det segmentet, betalning/insättning 70 – ny kredit/uttag 40.

Det går också att förklara begränsningen med att insättningarna görs på olika saldonivåer och därmed olika risknivåer. Insättningen om 50 och uttaget om 20 innebar att minussaldot först minskade från 100 till 50 och sedan ökade till 70. Krediten om 40 (genom uttaget 80) minskade saldot från +40 till -40 och krediten om 40 hör därför inte till det intervall där

insättningen om 50 gjordes. Risken som banken tar genom krediten om 40 är lägre än den risk banken hade när krediten var 50 (och ökade till 70).

7.5.8 Slutsatser om mönster i segmentmodellen

Utifrån den redovisade analysen av relationen mellan insättning går det att dra slutsatser om mönster i förhållandet mellan insättningar och uttag. Att varje insättning skall reduceras med efterföljande uttag är grunden. Varje sådant segment kan utgöra en del av vad som skall återvinnas. Med denna utgångspunkt blir de segment som skall beaktas bara de som följer efter det största minussaldot under återvinningsfristen. Transaktioner innan den tidpunkten beaktas inte eftersom tanken är att nackdelen av dessa neutraliseras genom de uttag som leder till det största minussaldot. Nackdelen definieras med andra ord genom att det relevanta sammanhanget anses vara det som ger bästa möjliga utfall för de övriga fordringsägarna.

Modellen innebär en prövning av varje enskild insättning som med beaktande av efterföljande uttag bedömts bidra till nackdel för fordringsägarna. Eftersom de övriga rekvisiten för återvinning kan vara uppfyllda vid en insättning utan att de därmed är uppfyllda också vid nästa insättning, är detta en modell som innebär en prövning av parternas agerande utifrån de varierande förhållanden som kan ha förelegat under händelseförloppet. Alla återvinningsrekvisit behöver inte vara uppfyllda vid varje insättning.

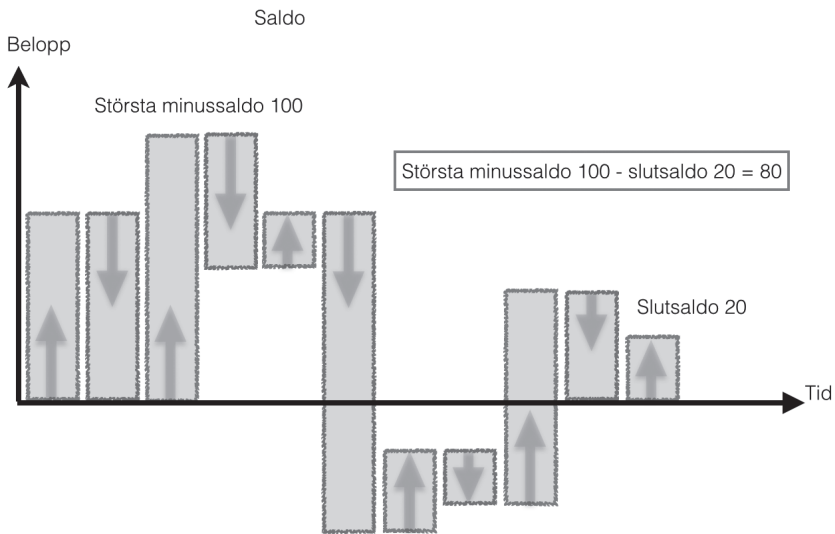
7.6 Analys av nettoförbättringsmodellen

Den analys jag redovisat i avsnittet ovan gjorde jag efter att ha tagit del av andras analyser av hur man skall definiera vilket sammanhang som är relevant för att bestämma omfattningen av återvinning vid kontokredit. Ett sådant annat sätt att definiera är vad som kan kallas nettoförbättringsmodellen. Jag har utgått från den mycket kortfattade redovisning av den analys som jag funnit ligga bakom denna modell.³⁰³

Jag återkommer till själva argumentationen i den rättsdogmatiska delen av min undersökning, se nedan. Vad jag redovisar här är mitt försök att, utifrån den analysen, konstruera ett alternativ för att definiera ett relevant sammanhang för att bestämma hur mycket som skall kunna återvinnas.

³⁰³ Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, En process- och insolvensrättslig manual, 2009, s 123. Även 2 u, 2013, s 171, och Något om nackdelsrekvisitets innebörd vid återvinning av betalning som skett i ett löpande avtalsförhållande, JT 1995–96 s 1238–1239.

Nettoförbättringsmodellen leder till ett synsätt där relationen betraktas som en helhet i vilken alla transaktioner ingår. Förhållandet mellan insättningar och uttag är helt enkelt att allt läggs ihop med början vid en viss händelse. En sådan händelse kan vara det största minussaldot under den period som anses relevant med hänsyn till rekvisiten i aktuell lagregel. Om detta är 100 och minussaldot vid konkursen är 20 blir nackdelen $100 - 20 = 80$.



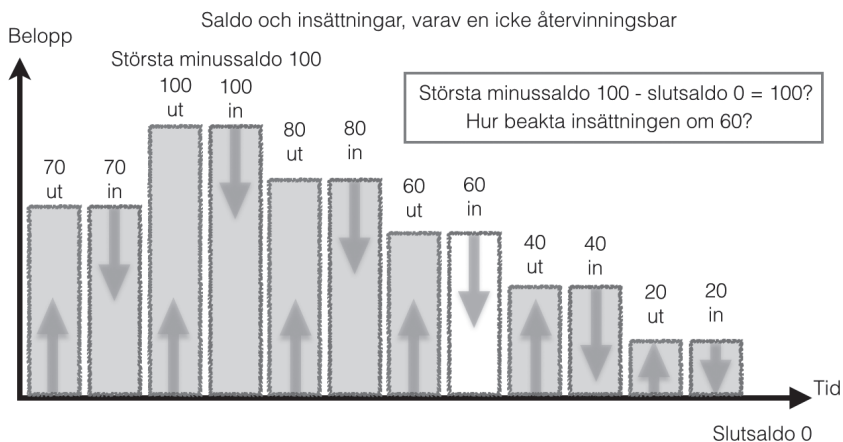
Med denna modell spelar det ingen roll hur många transaktionerna är. Det spelar heller ingen roll i vilken ordning de görs. Omfattningen av återvinningen skall bestämmas till skillnaden mellan det största minussaldot och minussaldot vid konkursen.

En konsekvens av att definiera relevant sammanhang på detta vis är att objektet för återvinning blir nettoförbättringen snarare än insättningarna. Detta är dock en fråga om hur man vill beskriva förhållandena. Det går också att beskriva förhållandena som att det är alla insättningarna som utgör återvinningsobjekt, med reducering av alla de uttag som gjorts.

Eftersom modellen innebär att nettoförbättringen under en period (eller alla insättningar med avdrag för alla uttag under denna period) återvinns, behöver tillämpningen av de övriga rekvisiten hantera den svårighet detta medför. Om det bedöms att alla insättningarna gjorts på sätt som uppfyller de övriga rekvisiten synes modellen inte orsaka några problematiska resultat.

I den mån insättningarna inte allihop gjorts på sätt som uppfyller de övriga rekvisiten ger nettoförbättringsmodellen emellertid inget svar. Att

bortse från att exempelvis en transaktion inte är återvinningsbar kan leda till en alltför omfattande återvinning, eftersom det inte beaktas att transaktionen inte var återvinningsbar. Alternativet att begränsa den relevanta perioden till transaktionerna som gjorts efter att den sista icke återvinningsbara insättningen gjordes kan å andra sidan medföra att insättningar som var återvinningsbara var för sig inte återvinns. I skissen skulle det vara insättningen om 100 och insättningen om 80.



Det finns heller inte skäl att i nackdelsbedömningen räkna med flera perioder, mellan varje icke återvinningsbar insättning, och addera summorna. En sådan beräkning skulle kunna leda till att återvinningsanspråket kommer att överstiga det största minussaldot. Denna effekt kan i och för sig hanteras genom att i sådana fall begränsa anspråket till det största minussaldot, men bedömningen av det faktiska förloppet skulle ändå bli lidande. Detta beror på att bedömningen inte prövar det specifika sammanhanget för var och en av de reella rättshandlingarna.

Den slutsats jag dragit är att nettoförbättringsmodellen är en schablon. Detta innebär att den är enkel att hantera. Det innebär dock också att den under vissa omständigheter kan vara träffsäker, medan den under andra omständigheter inte är det.

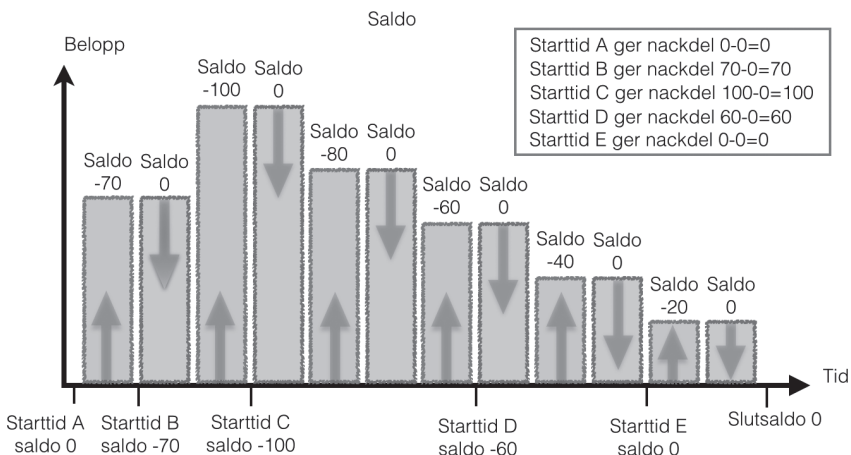
I jämförelse med segmentmodellen har jag också dragit slutsatsen att nettoförbättringsmodellen leder till samma resultat så länge alla insättningar bedöms som återvinningsbara. När så är fallet är det dock inte särskilt besvärligt att tillämpa segmentmodellen. Det är helt enkelt fråga om fall som är lätta att räkna ut oavsett modell. Eftersom nettoförbättringsmodellen samtidigt har den nämnda svagheten, ser jag inget skäl att använda den.

7.7 Analys av tidsperiodmodellen

En annan modell som jag analyserade kan kallas tidsperiodmodellen. Den analys som ledde mig till modellen har ett par företrädare i doktrinen.³⁰⁴ Även dessa analyser är redovisade mycket kortfattat och jag återkommer till dem i den rättsdogmatiska delen av min undersökning, se nedan. Vad jag redovisar här är mitt försök att utifrån analyserna konstruera hur detta alternativ för att definiera ett relevant sammanhang skulle fungera.

Tidsperiodmodellen innebär att objektet för återvinning bestäms summariskt. Alla transaktioner som gjorts inom ramen för den löpande krediten under en viss tidsperiod skall beaktas, men det är endast summan av dem som skall anses relevant. Det är skillnaden mellan de inbetalningar och de utbetalningar som gjorts under perioden som skall återvinnas. Nackdelen för fordringsägarna blir därmed enkel att beräkna. Den består i skillnaden mellan saldot vid tidsperiodens start och saldot vid konkursutbrottet.

Skillnaden mellan tidsperiodmodellen och nettoförbättringsmodellen är att tidsperiodmodellen kan börja vid en annan tidpunkt än vid det största minussaldot. En sådan tidpunkt kan vara återvinningsfristens början. Att starta perioden vid återvinningsfristens början ligger, möjligen, i linje med tanken att fordringsägarna skall kunna återställa läget till vad det var, vid den tidpunkt som återvinningsreglerna gör det möjligt att backa till.



³⁰⁴ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u 2013, s 208, även 3 u, 2004, s 201, och likaså i 2 u, 1994, s 195. Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 181. Se även i Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, s 4:64–4:65.

En förutsättning för att backa till återvinningsfristens början borde vara att alla övriga återvinningsrekvisit är uppfyllda vid den tidpunkten. Modellen bygger också på tanken att de övriga rekvisiten är uppfyllda under hela perioden. I den mån så inte är fallet leder tidsperiodmodellen till motsvarande problem som nettoförbättringsmodellen.

En annan effekt av att bedöma återvinningens omfattning utifrån tidsperiodmodellen är att det inte blir någon återvinning så länge minussaldot vid konkursen är större än det var vid tidsperiodens start. Modellen kan därför få märkliga konsekvenser. En konsekvens är att en kontokredit kan få en särställning jämfört med andra krediter. I den mån uttag som ökat krediten gjorts efter att tidsperioden startat kan en gäldenär, som exempelvis dagen innan konkursen vill gynna banken, utan risk för återvinning göra en insättning så länge insättningen inte leder till ett bättre saldo än då tidsperioden anses starta. Omvänt kan banken utan sanktion pressa gäldenären att betala.³⁰⁵ Kanske kan någon möjligen tycka att en bank som inom tidsperioden, och således i ond tro om solvensproblemen, tagit risken av att tillåta uttag, kunde få en sådan förmån, men dels är det ett statistiskt synsätt på realiteterna, dels innebär det som sagt att kontokredit i detta avseende får en särställning jämfört med annan kredit.

En ytterligare konsekvens är att en bank som känner sig övertygad om att den kommer att beslås med ond tro vid tillämpning av KonkL 4:5 i princip får incitament att hävda att detta rekvisit var uppfyllt redan vid någon tidigare tidpunkt då minussaldot var mer förmånligt. Om det handlar om en så lång tidsperiod som återvinningsfristen i KonkL 4:5 kan banken ha stort utrymme att hitta en passande tidpunkt när minussaldot var lågt och hävda att det var just vid den tidpunkten som den onda tron blev uppfylld. Utrymmet blir stort eftersom banken kan agera på motsvarande sätt beträffande övriga rekvisit. Det är möjligt att riskerna med sådant agerande från banken inte skall överdrivas. Antagligen är förhållandena sällan så renodlade att banken har anledning att hävda att de övriga rekvisiten var uppfyllda vid en tidigare tidpunkt än konkursboet gör gällande. Likaså är det mycket möjligt att domstolarna kan hantera bevisningen. Resonemanget visar dock att det kan vara problematiskt att klumpa ihop ett flertal rättshandlingar istället för att hålla isär dem.

Så länge samtliga rättshandlingar bedöms återvinningsbara blir resultatet detsamma med segmentmodellen och nettoförbättringsmodellen. Resultatet enligt tidsperiodmodellen kan däremot avvika genom att nackdelen blir

³⁰⁵ Vilket även påpekats av Magnus Wickman, *Nackdelsrekvisitet vid återvinning*, 2001 s 44.

ett lägre belopp. Något skäl till varför tidsperiodmodellen skulle leda till en mer korrekt eller bättre nackdelsbedömning är svårt att se, låt vara att en spelteoretisk analys möjligen skulle kunna leda till modellens fördel. Den skulle då bygga på att banken blir mer benägen att medge att återvinningsrekvisit är uppfyllda så länge banken får möjlighet att påverka nackdelens storlek. Även om så skulle vara fallet får man dock beakta att en sådan lösning inbjuder till processföring med icke sanningsenliga utsagor kring exempelvis att man agerat mer otillbörligt än vad som hävdats. De nämnda effekterna i övrigt förefaller också, och i än högre grad, tala mot modellen.

7.8 Den rättsdogmatiska utredningen

De analyser jag gjort av vad som skall vara relevant sammanhang för att bestämma omfattningen av återvinning, pekar således på segmentmodellen. Utfallet av de gjorda analyserna är av sådant slag att jag menar att det behövs övertygande normativa argument för att någon av de två alternativa modeller som jag presenterat, skall användas. Den rättsdogmatiska utredning som jag gjort visar inte några sådana argument. Några av de dogmatiska argumenten pekar dock onekligen i linje med tidsperiodmodellen och andra i linje med nettoförbättringsmodellen. Det bör anmärkas att inget normativt argument ger specifikt stöd för segmentmodellen. Orsaken till att de två förstnämnda modellerna har normativt stöd beror på att det är dessa två som hittills lanserats. Av redovisningen nedan framgår hur detta gått till.

Jag börjar redovisningen med rättspraxis eftersom doktrinutsagorna i hög grad bygger på rättsfall. Från rättspraxis har jag gått igenom de fyra fall om återvinning vid kontokrediter som jag funnit genom databassökningar och genomgång av central litteratur om svensk återvinning. Samtliga fall är från HD.

7.8.1 Det äldsta kontokreditfallet – Kreuger & Toll 1937

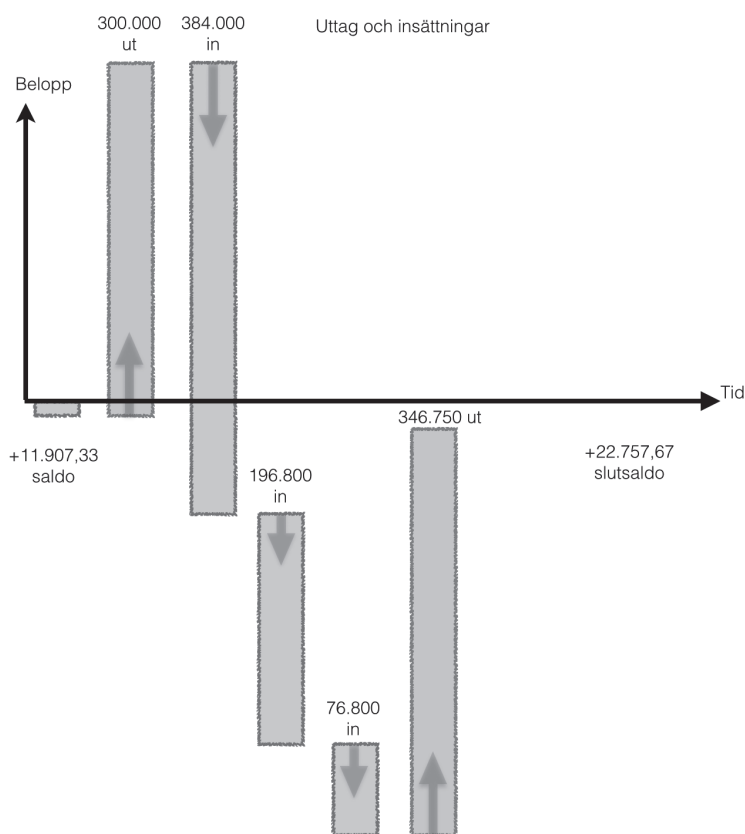
De enda domskäl som innehåller en skrivning som direkt tar sikte på omfattningen av återvinningen finns i det äldsta fallet, NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll). I detta fall anger HD-majoriteten:

”Vad angår krediteringarna under d. 11 och d. 12 mars 1932, vilka skett med Kreuger & Tolls begivande, måste vid tillämpning av reglerna om återvinning i konkurs varje å checkräkningskredit gjord insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last och ej åter

uttages. Skillnaden mellan de nyssnämnda dagar gjorda insättningar, å ena, och uttaget d. 12 mars 1932, å andra sidan, eller 310,850 kr är följaktligen att anse som betalning till så stor del som motsvarar Kreuger & Tolls vid insättningarna förefintliga skuld eller 288,092 kr 67 öre.”³⁰⁶

Fallet handlade om några få transaktioner. Som framgår är det ett minus-saldo om 288 092 kr och 67 öre som försvinner genom de efterföljande insättningarna:

| | | |
|-----------|------------|-------------------|
| 23 feb | | saldo +11 907,33 |
| 24–26 feb | ut 300 000 | saldo -288 092,67 |
| 11 mar | in 384 000 | saldo + 95 907,33 |
| 12 mar | in 196,800 | saldo +292 707,33 |
| 12 mar | in 76,800 | saldo +369 507,33 |
| 12 mar | ut 346 750 | saldo + 22 757,67 |



³⁰⁶ NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll).

Skrivningen i andra meningen av de citerade domskälen anger att majoriteten utgick från minussaldot om -288 092 kr och 67 öre som det relevanta saldoutgången till. De skrev "förefintlig skuld", men angav inte varför just denna skulle vara relevant. Sannolikt berodde detta dock på återvinningsfristen. Majoriteten inledde med att konstatera att insättningarna den 11 och 12 mars låg inom fristen.

Vad skrivningen i andra meningen också visar är att majoriteten ansåg det relevant att beakta alla transaktioner efter denna tidpunkt. Denna mening ligger närmast tidsperiodmodellen i det att den anger alla transaktioner som relevanta. Den ligger dock också i linje med nettoförbättringsmodellen. Samtidigt pekar skrivningen i första meningen närmast i linje med segmentmodellen. Eftersom det också handlade om några få transaktioner finns det anledning att vara försiktig med att dra slutsatser. Några sakargument framförs inte. Domskälen är renodlat normativa.

7.8.2 Det näst äldsta kontokreditfallet – Stelvio 1978

Det enda fall beträffande återvinning i kontokreditrelationer som synes omfatta fler än några få transaktioner är NJA 1978 s 194 (Stelvio). Det framgår dock inte av NJA-referatet hur många transaktionerna var. Domarna i målet verkar inte ha haft några andra uppgifter att gå på än ett netto. I domskälen anger de:

"I målet är ostridigt, att banken tillgodoförts tillhoppa 33 523 kr av medel som Stelvios gäldenärer betalat in på bolagets checkkonto efter det att banken d 16 sept 1975 underrättats om bolagets insolvens. Det är upplyst, att beloppet utgör skillnaden mellan det totala belopp som under den aktuella tiden inbetalats av gäldenärerna och summan av de utbetalningar Stelvio under samma tid gjort från kontot."

Den aktuella tiden var tre veckor och ansågs börja med att banken försattes i ond tro. Återvinningsbeloppet var 33 523 kr.

Eftersom domarna i detta fall inte synes ha brytt sig om att identifiera de enskilda insättningarna och hela tiden utgick från en totalsumma som förbättrat bankens position, kan det hävdas att domen ligger i linje med tidsperiodmodellen eller nettoförbättringsmodellen. Som nämnts verkar domarna dock ha utgått från vad parterna ansåg ostridigt. Det framkommer därför inte heller i detta fall vad justitieråden lagt till grund för sitt beslut, annat än just att de utgått från parternas sätt att beskriva omfattningen. Av

dessa skäl menar jag att det finns anledning att vara försiktig med att dra slutsatser i normativt hänseende.

7.8.3 Ytterligare kontokreditfall o likn

De två ytterligare kontokreditfall som jag beaktat gäller båda förhållanden som i hög grad motsvarar förhållandena vid betalning av en vanlig fordran. Inget av fallen anger därför någon dogm för hur omfattningen av återvinning skall bestämmas vid flera insättningar och uttag.

I NJA 1990 s 649 (Travtränaren) återvanns två insättningar om totalt 100 655 kr. Insättningarna gjordes knappt tre månader innan konkursen och var de enda transaktionerna som gjorts på kontot under hela året innan konkursen. NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction) gällde en insättning om 1 080 937 kr vid ett tillfälle 16 dagar innan konkursen. Enligt domskälen väntade banken på att insättningen skulle bli av och banken tillät inte gäldenären att göra några uttag efter att insättningen gjorts.

Utöver dessa kontokreditfall finns det ett fall som handlat om återvinning av flera betalningar till samma fordringsägare vid flera olika tidpunkter. Det framgår av domskälen att prövningen skall göras för varje betalning. Någon närmare prövning för varje enskild betalning blev dock inte aktuell i målet.³⁰⁷

7.8.4 Doktrinutsagor i linje med tidsperiodmodellen

Rättspraxis har utgjort en del av grunden för de ståndpunkter som intagits av olika författare. Ett sådant ställningstagande är:

»Beträffande den förstnämnda situationen [gäldenären har en skuld till banken på kontot som nedbringas genom insättningen] uttalade HD i 1937 års fall att, vid tillämpning av reglerna om återvinning i konkurs måste »varje å checkräkningskredit gjord insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last och ej åter uttages». Detta innebär att en insättning, som sker då kontot utvisar en skuld till banken och som alltså medför att gäldenärens skuld nedbringas till någon del, skall betraktas som en *betalning*. Av rättsfallen framgår vidare, att betalningens omfattning motsvaras av skillnaden mellan de inbetalningar och de utbetalningar som

³⁰⁷ NJA 2017 s 882 (Intercontainer), stycke 4.

gjorts under den period som avses, dvs. från återvinningsfristens början till konkursutbrottet.”³⁰⁸

Ställningstagandet motiveras således helt med att det framgår av rättspraxis. Huruvida detta stämmer kan ifrågasättas. Jag kan sträcka mig till att det är en möjlig tolkning av rättsfallen.

Av intresse är att någon analys inte redovisas. Vad som nämns är källhänvisningar i fotnoterna. Dessa introduceras dock som att de handlar om andra frågor.³⁰⁹ Författaren ger således ingen motivering i sak till varför det skall handla om en tidsperiod och inte heller varför denna skall börja vid återvinningsfristens början. Inget av rättsfallen ger stöd för något som detta. Tvärt om pekar NJA 1978 s 194 (Stelvio) på att perioden skall börja vid en tidpunkt då de övriga återvinningsrekvisiten är uppfyllda. Någon analys av konsekvenser av denna lösning, eller hur de svagheter som den har skall hanteras, ges inte heller. Svagheter nämns i avsnitt ovan. En av dem är hur man skall hantera de övriga rekvisiten, d v s i förhållande till vilken handling och vid vilken tidpunkt dessa skall bedömas.

Intressant är också att det i en tidigare upplaga av den aktuella boken funnits en argumentation i syfte att motivera ställningstagandet.³¹⁰ Argumentationen gällde en annan rättsfråga, men i detta avsnitt hänvisade författaren till det ovan citerade avsnittet. Det borttagna avsnittet behandlade en rättsfråga om huruvida gäldenärens utnyttjande av checkräkningskredit för betalning av en skuld till annan borgenär skulle ses som borgenärsbyte

³⁰⁸ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 208, även 3 u, 2004, s 201, och likaså i 2 u, 1994, s 195.

³⁰⁹ Nämligen om huruvida en insättning har karaktär av en betalning, något som numera får anses vedertaget enligt Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 208, även 3 u, 2004, s 201. Tanken (den övergivna) bakom att insättningen skulle ha en annan karaktär är att gäldenären skulle ha ett annat syfte med inbetalningen än att minska sin skuld. Denna tanke företrädde av Lars Fogelklou, En handbok i konkursrätt, Ek Revy 1962 s 323–324 i dennes recension av Lars Welamssons Konkursrätt, 1961, där Welamsson, utifrån en diskussion kring dansk rätt, pekade på viss tveksamhet kring rimligheten i att se en insättning som betalning om den gjorts helt på gäldenärens initiativ. I dansk rätt förefaller man dock sedermera ha valt ”nettometoden”, se not 14 Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 208, även 3 u, 2004, s 201. I Australien och Nya Zeeland förefaller man däremot ha valt en ”Peak indebtness rule”, se Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013, s 171. (Notera att ”nettometoden” också hävdas i andra rättsfrågor kring återvinning, se Lennander, 4 u 2103, s 300–301, 3 u, 2004, s 290–291, och för Dansk rätt, som Lennander hänvisar till, exempelvis Lasse Højlund Christensen, Fremtidige fordringer, 1999 s 46–47.)

³¹⁰ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 2 u hänvisade på s 122 till s 195.

i nackdelshänseende. Författaren argumenterade med hjälp av konceptargumentet att:

”... en checkräkningskredit i återvinningssammanhang inte [är] att jämställa med ett vanligt lån. Då fråga om återvinning av en betalning till banken uppkommer görs i stället en summering av gjorda uttag och insättningar från återvinningsfristens början till konkursutbrottet. Om kontot t. ex. vid såväl början som slutet av perioden utvisar en skuld till banken och insättningarna under den aktuella tiden sammanlagt överstigit gjorda uttag räknas endast *nettot* som en betalning.”³¹¹

Sedan tredje upplagan av boken innehåller den inget konceptargument som gör anspråk på en mer allmän definition av en checkräkningskredit. (I tredje upplagan av boken lade författaren istället in en kommentar kring NJA 1996 s 271 som avgjorde frågan om borgenärbyte på så vis att transaktionerna sågs som åtskilda. Författaren var tillika ett av justitieråden i det avgörandet.)

Huruvida det är relevant att ta upp vad en författare skrivit i tidigare upplagor kan diskuteras. Att det i en rättsdogmatisk undersökning är relevant att försöka spåra hur ett normativt argument uppkommit förefaller dock vara helt i linje med rättsdogmatiska tänkesätt. I varje fall kan något sådant vara av intresse i brist på redovisning av analys och i brist på motivering till en ståndpunkt. Den undersökning som här gjorts indikerar att den egentliga analysen kan ha bestått i en mycket kortfattad jämförelse med vanliga lån som utföll i konstaterandet att förhållandet för kontokredit avviker och att en avvikande lösning därför måste användas. Något motiv till varför just den förespråkade lösningen skall användas ges dock inte.

Givetvis kan det dock ha funnits en mycket mer långtgående analys som dock helt enkelt inte redovisas. Ett sådant stilval förekommer ofta i rättsvetenskapen.³¹²

³¹¹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 2 u, 1994 s 122.

³¹² Med en liknelse som förespråkare för ett sådant stilval använder är det lika viktigt att *inte* redovisa den bakomliggande analysen som att riva byggnadsställningarna efter att en byggnad färdigställts. I den mån man betraktar rättsvetenskapliga forskningsinsatser som mer eller mindre detsamma som juridisk argumentation är det relevant att tänka så. Som framgår av min redovisning i denna bok (och flera av mina tidigare texter) har jag en annan uppfattning. Jag baserar min uppfattning på föreställningarna om vetenskaplighet som jag redovisat i de inledande kapitlen. Däremot menar jag att det finns all anledning att göra ansträngningar för att en text skall bli lätt att tillgodogöra sig för läsaren. Vad jag vill framhålla är att det i presentationer av forskning finns anledning att beakta att läsaren behöver kunna kontrollera hur resultaten (slutsatserna etc) uppnått. Att ”riva byggnadsställningarna” är förstås vettigt, men det får i så fall inte samtidigt

7.8.5 Ytterligare utsagor i linje med tidsperiodmodellen

Ett ytterligare ställningstagande i linje med tidsperiodmodellen är:

”Vid tillämpning av återvinning uppkommer vissa problem till följd av att betalningar brukar gå ut och in. Man får konstatera hur ställningen var när tillämplig återvinningsfrist började. Om kontot då visar plus följer man kontot tills det visar minus. Inbetalning som därefter sker blir återvinningsbar. Senare uttag skall emellertid räknas banken till godo. ... Man torde inte ha anledning att tala om annan period än mellanhavandet från början av återvinningsfristen till konkursutbrottet. Betalningens omfattning blir vad gäldenären *netto* tillfört sin medkontrahent under den perioden.”³¹³

Denna ståndpunkt ger således en annan startpunkt för tidsperioden för det fall att kontot hade plussaldo vid återvinningsfristens början. Författaren inskräper också med tydlighet sin ståndpunkt att det är återvinningsfristen som annars skall vara den relevanta tidsperioden. Någon analys eller motivering redovisas inte för vare sig dessa särskilda nyanseringar eller för den generella lösningen.

7.8.6 Utsagor i linje med nettoförbättringsmodellen

Som en reaktion på den ståndpunkt som redovisats i föregående avsnitt har en modifierad ståndpunkt intagits. Denna ståndpunkt går ut på att:

”... bestämma betalningens storlek till *den nettoförbättring som skett under återvinningsfristen och börja beräkningen då minussaldot på checkräkningskontot varit som störst*.”³¹⁴

Författaren motiverar sin ståndpunkt med att den är bäst förenlig med principen om likabehandling av borgenärerna under återvinningsfristen. Motiveringen består också i bedömningen att rättspraxis inte ger något besked om vid vilken tidpunkt nettoberäkningen skall påbörjas. Någon

innebära att man kastar bort ritningen och dokumentationen över hur bygget gått till. Dessa bör tvärt om presenteras.

³¹³ Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 181. Se även i Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, s 4:64–4:65. (Samma ordalydelse, vilket sannolikt beror på att Walin tidigare var medförfattare till Konkurslagskommentaren.)

³¹⁴ Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, En process- och insolvensrättslig manual, 2009, s 123. Även 2 u, 2013, s 171, och i Något om nackdelsrekvisitets innebörd vid återvinning av betalning som skett i ett löpande avtalsförhållande, JT 1995–96 s 1238–1239.

ytterligare analys redovisas inte. Däremot ges hänvisningar till rättsfallet NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll), till en annan författares utsaga som stöder ståndpunkten och till Australisk och Nya Zeeländsk rättspraxis.

En annan författare förefaller också ha samma ståndpunkt, även om denna bara redovisas i en fotnot:

”Vid amorteringar av checkräkningskrediter och kontokuranskulder återvinns endast *nettot*, dvs uttag av gäldenären respektive leveranser till honom avräknas från bruttoamorteringarna.”³¹⁵

Ståndpunkten redovisas som sagt i en fotnot och någon motivering ges inte. Författaren hänvisar till NJA 1978 s 194 (Stelvio) och till den ovan nämnda författarens ståndpunkt.

Bristen på redovisad analys lämnar öppet för hur författarna tänker sig hantera de övriga rekvisiten, d v s i förhållande till vilken handling och vid vilken tidpunkt dessa skall bedömas.

7.8.7 Lagtext

Ett dogmatiskt argument är att en prövning av varje insättning ligger i linje med att lagtexten anger singularformen, i KonkL 4:5 ”rättshandling”, och i 4:10 ”betalning”. Även om detta argument inte ger annat än formellt stöd är det ett dogmatiskt argument som kan användas även om det innebär en formalistisk tolkning. Jag menar dock att argumentet får beaktas för vad det är, nämligen ett formalistiskt argument. Det går hur som helst att använda i sammanhanget.³¹⁶

Argumentet innebär samtidigt att lagtexten knappast kan användas för att ge stöd åt återvinning av ett netto. I varje fall kan lagtexten inte ge särskilt stöd för en sådan lösning.

³¹⁵ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 271 not 269.

³¹⁶ Bert Lehrberg framhåller singularformen och att 4:5 rent av stadgar ”En rättshandling ...”. Han menar att ”starka skäl erfordras för att avsteg skall göras från en klar och entydig lagtext”. Hans argumentation avser transaktioner som kräver flera rättshandlingar, och således annat sammanhang än insättningar. Bert Lehrberg, Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet, i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s 297, på s 302–309.

7.9 Reflektioner kring resultatet

I jämförelse med det resultat som jag hävdade i föregående kapitel, är det resultat som jag hävdar här i detta kapitel, mindre självklart. Resultatet innebär en viss kritik av tidigare ståndpunkter som redovisats i rättsvetenskapen. Kritiken härrör från de analyser jag gjort och som jag menar visar att de tidigare ståndpunkterna i alltför hög grad innebär schabloner. Den härrör också från att den rättsdogmatiska utredningen visar att de tidigare ståndpunkterna inte framstår som underbyggda med någon mer preciserad analys. I varje fall finns det ingen redovisning av de analyser och motiv som ligger bakom ställningstagandena.

Samtidigt är det otvivelaktigt så att de tidigare gjorda ståndpunkterna bidragit till det resultat som jag nu hävdar. I den mån det är fråga om ett resultat som uppfyller min målbild för ”forskningsresultat” skulle det därför gå att hävda att det överensstämmer med sedvanliga mönster för forskning. Tidigare forskningsresultat bidrar till senare. Forskningsfronten flyttas succesivt framåt.

Av vad jag just nämnt följer att mitt resultat är av ett slag som andra forskare i förmögenhetsrätt åstadkommer. Vad som skiljer sig är främst omfattningen av analysen, eller åtminstone redovisningen av den. Möjligen har min analys också högre precision än de analyser som legat bakom tidigare resultat. Det väsentliga i jämförelsen är dock likheterna. Mitt resultat är jämförbart med vad förmögenhetsrättsliga forskare åstadkommer.

Beträffande mina reflektioner över om resultatet uppfyller min målbild är det relevant att jag i detta kapitel har byggt vidare på de tidigare resultaten. Jag har tillfört något i förhållande till dessa. Eftersom det i doktrinundersökningen inte framkommit att någon gjort en analys av hur en lösning som segmentmodellen skulle kunna fungera, kan det vara så att min text tillför tidigare okänd kunskap. Det är hur som helst vad jag antar. Vad jag gjort har antagligen ett nyhetsvärde.

Det kan dock vara så att motsvarande analys och slutledning är kända genom något utländskt verk som jag inte tagit del av. I så fall är det ingen tidigare okänd kunskap. Givetvis är det möjligt att någon utomlands gjort detta eftersom det handlar om en fråga som rimligen ser ganska lika ut i alla jurisdiktioner med återvinningsmöjlighet. Jag har också noterat att två författare som behandlar svenska förhållanden har tagit del av rön i dansk respektive australisk och nya zeeländsk rättsordning. Genom att inte självständigt undersöka dessa, och inte heller alla andra förhållanden, ställer

jag frågan om vetenskaplighet på sin spets, särskilt som jag här i detta avsnitt anser att jag nått min målbild av ”forskningsresultat”.³¹⁷

När det gäller metodologi och systematiskt tillvägagångssätt gör jag reflektionen att såväl analysen som den rättsdogmatiska utredningen har sådan karaktär. Analysen som lett fram till segmentmodellen gjorde jag utifrån iakttagelser av förhållanden mellan insättningar och uttag, och utifrån att jag identifierat att det, med hänsyn till alternativet, är nödvändigt att definiera ett sammanhang. På denna grund prövade jag ett antal olika variationer. Det gjorde jag genom beräkningar. I dessa inkluderade jag de variationer som utgörs av de tidigare föreslagna sätten att definiera sammanhang, d v s tidsperiodmodellen och nettoförbättringsmodellen. Beräkningarna visade att tidsperiodmodellen och nettoförbättringsmodellen har svagheter, medan segmentmodellen visade sig hållbar. Förutom beräkningar bestod analysen också i beaktande av att det finns fler rekvisit att relatera till.

Beträffande den rättsdogmatiska utredningen visade sig metodologin kunna bestå i att identifiera brist på redovisning av analys och motivering. De metoder som använts i såväl praxis som doktrin gick inte att utläsa i särskilt hög grad. Resultatet är att de normativa utsagorna i hög grad bygger på korshänvisningar mellan olika normativa ställningstaganden. I jämförelsen gör jag reflektionen att jag verkar ha varit mer metodisk i min ansats än de som gjort de tidigare insatserna. Den reflektionen är dock helt beroende av att de inte redovisat hur de gjort.

Genom de nyssnämnda reflektionerna har jag i sig tillfört förståelse för mänskligt handlande, närmare bestämt förståelse för hur rättsvetenskap kan bedrivas när den görs utan redovisad analys och med ställningstaganden som bygger på tolkningar av sådana ställningstaganden. Detta är dock en bisak i sammanhanget och givetvis inte relevant för hur jag betraktar resultatet som jag nått i förhållande till min målbild.

³¹⁷ Jag vill understryka att jag inte har valt bort en utredning kring utländska förhållanden för att jag skulle anse att en sådan saknar relevans för resultatet, eller för att jag begränsar mig utifrån någon föreställning om ”rättskällor”. I vetenskapligt hänseende är det definitivt relevant att studera frågor utifrån den kunskap som kan finnas i andra rättskulturer. Jag delar således den bild som exempelvis Mauro Zamboni ger när han menar att det av dagens rättsvetare förväntas verksamhet på två nivåer, en lokal och en internationell, se ”I Never Met Jan Hellner” etc, JT 2013–14 s 507, på s 533. För vissa slag av resultat, som inte består i normativa utsagor (jfr kapitel 28), är det särskilt angeläget. I detta projekt har jag dock ändå begränsat mig. Jag återkommer till vad detta kan anses ha för betydelse för resultatens vetenskaplighet, i bedömningen av flera av resultaten. Det blir ett begränsat bidrag, men jag följer framställningens linje i övrigt och jag gör kommentarerna bara för att illustrera. Temat om vilka krav som skall ställas på utredning av utländskt material är sådant att det motiverar en egen framställning.

En aspekt som jag däremot reflekterat över kring resultatet är att det är möjligt för en annan forskare, eller någon som har bakgrundskunskaperna kring återvinning, att kontrollera beräkningarna som jag gjort. Detta är inte av någon större betydelse i förhållande till min målbild, tänker jag, men jag pekar på detta faktum eftersom jag ser det som intressant i förhållande till tanken på att rättsvetenskapliga resultat inte går att verifiera eller falsifiera i egentlig mening.

Något jag är fundersam kring är kvalitén och nivån på vad jag gjort. Skall det kunna räcka med några relativt enkla matematiska beräkningar och en undersökning av några få sidor text för att nå min målbild av ett "forskningsresultat"? Jag menar dock att det jag gjort är ett tydligt nästa steg i förhållande till vad andra forskare gjort och att jag därför kan lägga vikt vid att jag bygger vidare på vad som brukar göras i forskningen i denna del. Det gör att resultatet passar in i den målbild jag arbetat med i min resultatinkriktade forskning. Jag har således nått min målbild och gjort ett "forskningsresultat".

8 (D) Otillbörlighetsrekvisitet och avsikt

Jag fortsätter i detta kapitel med temat återvinning i kontokreditrelationer. De läsare som inte uppskattar temat återvinning i kontokreditförhållanden får vänta ett par kapitel till innan jag byter tema i framställningen. Denna gång handlar återvinningen dock om ett resultat som antagligen har generell relevans även utanför kontokreditförhållanden.

Liksom det första exemplet på resultatniriktning, i kapitel 5, har resultatet i detta kapitel 8, karaktären av en normativ utsaga om hur en norm skall användas i en viss kontext. Det handlar här dock inte om en forskningsfråga av mer renodlad rättstillämpningskaraktär. Istället är det en fråga som innefattar en hög grad av förklarande och samtidigt ett konstruktivt moment avseende hur en viss lagregel skall förstås.

En annan likhet med det första exemplet är att nivån på resultatet kan ifrågasättas. Resultatet kan nämligen i någon mening betraktas som självklart. Till skillnad från det första exemplet menar jag dock att resultatet i detta kapitel når min målbild av ”forskningsresultat”. Dessa aspekter är också huvudanledningen till att jag presenterar denna insats i just detta kapitel. Jag vill presentera en insats som i sak är enkel att följa, samtidigt som jag så här långt i framställningen vill klargöra min målbild genom att visa att även normativa utsagor kan uppfylla min målbild av ”forskningsresultat”. De behöver inte ens vara särskilt anmärkningsvärda.

Ett annat skäl till jag presentera denna insats på denna plats i boken är att vissa av de rättskällor som jag använt i förra kapitlet, är aktuella även i detta kapitel.

I metodologiskt hänseende är det däremot inte fråga om några stora steg vid sidan av uppstrampande stigar. Jag gör antagandet att de flesta läsare kommer att kunna relatera till båda metoderna som jag använder. Kapitlet rymmer en rättsdogmatisk utredning där den systematisering av dogmerna som jag gjort har krävt analys i sig. Härutöver använder jag också vad jag kallat en hanteringsanalys som är direkt inriktad på hur normen kan användas.

Liksom när det gäller forskningsfrågan i föregående kapitel valde jag att arbeta med forskningsfrågan i detta kapitel för att jag noterat vad andra forskare gjort. Andra forskare har ägnat sig åt tematiken, men till synes utan att ha intresserat sig för den specifika forskningsfrågan som detta kapitel handlar om.

8.1 Forskningsfrågan – hur skall avsikt tillmätas betydelse i otillbörlighetsbedömningen?

Den övergripande frågan i detta kapitel är i vilken mån en insättning skall vara återvinningsbar utifrån den bedömning som skall göras med otillbörlighetsrekvisitet i KonkL 4:5? Denna rymmer den mer precisa frågan som jag främst intresserat mig för, nämligen hur otillbörlighetsrekvisitet skall anses förhålla sig till en avsikt att gynna eller missgynna?

Utgångspunkten för forskningsfrågan är kontokreditrelationer. Framställningen har dock generell relevans även utanför sådana förhållanden. Forskningsfrågan omfattar därför aspekter av otillbörlighetsrekvisitet i allmänhet.

Notera att jag behandlar insättningar som uppfyller de övriga återvinningsrekvisiten. Analysen är således avgränsad i så mening att omständigheterna antas vara att rekvisit som rättshandling och nackdel är uppfyllda.

8.2 Resultat (D) – borgenärens onda tro om gäldenärens avsikt att gynna borgenären skall bidra till att göra en insättning otillbörlig

Resultatet som jag presenterar i detta kapitel är att borgenärens onda tro om gäldenärens avsikt att gynna borgenären skall beaktas i bedömningen. Borgenärens onda tro om en sådan avsikt skall göra hans onda tro mer kvalificerad och därför typiskt sett vara något som bidrar till att göra en insättning otillbörlig.

Jag nådde detta resultat vid studier kring kontokreditförhållanden och jag behöver därför avgränsa resultatets användbarhet till sådana förhållanden. Samtidigt gör jag dock antagandet att detta forskningsresultat kan vara av betydelse också för andra förhållanden än kontokrediter. Detta för att jag inte identifierat något skäl som talar emot detta. Någon rättsdogmatisk undersökning som utesluter sådana skäl, d v s som talar emot, har jag dock inte gjort.

Resultatets relevans för kontokreditrelationer har att göra med att otillbörlighetsrekvisitet är komplext. Otillbörligheten påverkas exempelvis av om rättshandlingen vidtagits lång tid innan konkursen. Det faktum att borgenären var i ond tro om gäldenärens avsikt att gynna honom skall dock kunna påverka bedömningen, om man beaktar det forskningsresultat jag gjort. Otillbörlighetsrekvisitet skall nämligen inte i första hand hanteras som ett självständigt rekvisit, utan främst som ett rekvisit som uppfylls genom att andra rekvisit bedöms som påfallande starkt uppfyllda. Detta är i sig ett resultat. Även om det kanhända är så att jag möjligen lyckas ge en relativt sett klargörande beskrivning av detta resultat är det emellertid inte jag som åstadkommit det. Det är ett resultat som andra redan nått. Jag återkommer med reflektioner kring vad det kan ha för betydelse för om jag med detta resultat når min målbild.

Mitt resultat i detta kapitel utgår från i tidigare kapitel presenterade forskningsresultat, d v s att insättningar utgör objekt för återvinning och att omfattningen av återvinning skall bestämmas enligt segmentmodellen.

8.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och hanteringsanalys

Som framgått är bakgrunden till forskningsfrågan ett kunskapsintresse av normativ karaktär. För att nå ett resultat som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat” behövde jag inrikta mina insatser på att tillföra något till de normativa utsagorna som jag identifierar.

Jag kom fram till resultatet med hjälp av en rättsdogmatisk utredning och en analys av hur en antagen hantering av tillämpningen skulle kunna gå till. Eftersom de rättsdogmatiska utsagorna inte gav något egentligt besked om hur gäldenärens avsikt att gynna skall beaktas behövde jag göra en analys av hur en förekommande avsikt hos gäldenären skulle kunna beaktas i rättstillämpningen. Vad jag gjort är att i försöka förena de rättsdogmatiska utsagorna med en tänkbar tillämpningshantering. Det handlar i hög grad om att systematisera de rättsdogmatiska utsagorna. Härtill handlar det om att identifiera hur en viss omständighet skall kunna beaktas i den systematisering av dogmer som jag gjort.

Vad jag gjort skulle kunna kallas rättsdogmatisk metod eftersom jag i så hög grad bygger resultatet på normativa utsagor som jag förenar systematiskt. Det moment av analys som jag tillför förutsätter dock ett urval av enkla antaganden som jag gjort om den hantering som en rättstillämpare ställs inför. Jag har för att kunna göra denna analys identifierat argument

som har med föreställningar om funktion och ändamål att göra, men bara i förhållande till hanteringen av regleringen och hur denna kan antas gå till.

8.4 Rättsdogmatisk utredning

En rättsdogmatisk utredning visar att det för återvinning generellt, och alltså inte bara specifikt för betalningar, finns ganska omfattande allmänna beskrivningar. De är förstas relevanta för att skapa sig en på rättsdogmatik grundad bild av otillbörlighetsrekvisitet. Jag har tagit intryck av dessa allmänna beskrivningar i processen för att nå forskningsresultatet. I denna redovisning avgränsar jag dock bort dem. Vad jag redovisar är de utsagor som har haft störst betydelse för den analys som jag gjorde.

8.4.1 Otillbörlighetsrekvisitet – ett vagt rekvisit

Beskrivningarna av otillbörlighetsrekvisitet i förarbetena är kortfattade. Valet att inte utveckla rekvisitet är medvetet.³¹⁸ Tolkningsproblemen överlämnades till rättstillämpningen. Lagstiftaren lämnade genom förarbetena ett vagt rekvisit i händerna på rättstillämparna. I doktrinen har detta understrukits med bland annat formuleringen:

”En särskild aspekt på otillbörlighetsrekvisitet är således, att det i viss mån ger rättstillämpningen fria händer att anpassa återvinningsmöjligheten till de behov som utvecklingen skapar.”³¹⁹

När lagstiftaren lämnat ett utrymme som detta finns det anledning att identifiera rekvisitets funktion. Otillbörlighetsrekvisitets principiella funktion har hävdats vara att ”utpeka de rättshandlingar som principiellt sett är klandervärda”. Omvänt innebär detta att rekvisitets praktiska funktion är att det;

”... ger rättstillämpningen en möjlighet att *undanta* vissa rättshandlingar, som i och för sig uppfyller de övriga rekvisiten i 4:5, från återvinning. Genom kravet på otillbörlighet, kan man alltså undanta rättshandlingar, som trots att kraven på nackdel, insolvens och ond tro är uppfyllda, ändå inte kan anses på

³¹⁸ Proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 208. SOU 1970:75 Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt, s 131, 159–160.

³¹⁹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 162, även 3 u, 2004, s 156.

ett klandervärt sätt företagna för att kringgå följderna av gäldenärens eventuellt förestående konkurs ...”³²⁰

Otillbörlighetsrekvisitet skall m a o användas för att kvalificera eller diskvalificera olika rättshandlingar. En intressant ståndpunkt som anförts på detta tema är:

”En synnerligen viktig aspekt är, att denna kvalifikation måste utformas så, att otillbörlighetsrekvisitet går att hantera i praktiken.”³²¹

Ett sätt att göra rekvisitet hanterbart är att använda det för bedömning av objektiva fastställbara förhållanden. I doktrinen finns också utsagor om otillbörlighetsrekvisitet som ett objektiva rekvisit. En beskrivning är att det skall:

”... vara fråga om en rättshandling av den typ som återvinningsreglerna generellt sett skall motverka, med en viss kvalifikation, som ligger i kravet på otillbörlighet.”³²²

Det finns också beskrivningar med mer utpräglade ambitioner att driva en objektiv linje. En sådan utsaga är:

”Det är inte meningen att man ... skall lägga in en estetiskt färgad kritik av den handlande, när en rättshandling karakteriseras som otillbörlig.”³²³

Likaså finns det utsagor om att inte lägga vikt vid subjektiva aspekter:

Det är ”svårt att förstå varför gäldenärens syfte skulle kunna vara alternativt relevant i en civilrättslig bedömning.”³²⁴

Samtidigt finns det också utsagor som går ut på att subjektiva aspekter skall beaktas. Ett typiskt sett illojalt syfte skall kunna angripas. Det illojala är då just att företa en rättshandling *för att* kringgå följderna av en kon-

³²⁰ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165, även 3 u, 2004, s 158–159.

³²¹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 162, även 3 u, 2004, s 157.

³²² Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 163–164, 3 u, 2004, s 157. Jfr Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013, s 128.

³²³ Knut Rodhe, Handbok i Sakrätt, 1985, s 273.

³²⁴ Torgny Håstad, som kritiserar HD i NJA 1983 s 737 (ME-FA Maskiner). Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 268. Håstad menar att praxis, med ett undantag, visar att HD gjort en rent objektiv bedömning och i allmänhet grundat sig uteslutande på den undandragna egendomens värde.

kurs.³²⁵ Uttryck som att rättshandlingen framstår *som föranledd av* någon omständighet som förtjänar beteckningen otillbörlig förekommer också.³²⁶ Beträffande den specifika rättshandlingen betalning hävdas också att en betalning skall ses som otillbörlig om gäldenären vet att han är insolvent och därför bör inse att han inte kommer att kunna betala alla sina borgenärer. För återvinning krävs härutöver att borgenären är i ond tro om detta. Om borgenären är den som tar initiativet, genom betalningskrav, krävs att borgenären vet att gäldenären är insolvent och att konkurs i vilken borgenären blir oprioriterad kommer att inträffa. Det hävdas att det skall handla om en på visst sätt kvalificerad transaktion som företas *för att* kringgå följderna av gäldenärens konkurs.³²⁷

Till bakgrunden hör också att otillbörlighetsrekvisitet infördes för att ersätta bland annat en tidigare regel som innehöll just ett avsiktsrekvisit, en regel som visat sig vålla bevisvärigheter.³²⁸ Den nya regeln angavs som betydligt mer omfattande, bland annat för att ”även culpösa fall inbegrips”.³²⁹ Mot denna bakgrund skulle det kunna hävdas att otillbörlighetsrekvisitet skall ge ett slags kraftfull bevislättning. Man kan fråga sig om detta kan gå ihop med en tanke att den nya regeln skulle innebära att subjektiva aspekter inte alls skall beaktas, eller inte alls vara relevanta.

Från denna del av den rättsdogmatiska utredningen kan man dra slutsatsen att otillbörlighetsrekvisitet är vagt, och särskilt när det gäller frågan om hur subjektiva aspekter kring avsikt skall hanteras.

³²⁵ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 163, även 3 u, 2004, s 156–157. Jfr Gösta Walin som menar att Lennanders utsaga om illojalitet inte ger så mycket ledning. Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 154. Eugén Palmér och Peter Savin refererar dock Lennander på denna punkt, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, s 4:33–4:34. Hans Renman använder en liknande skrivning som Lennander, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013, s 122.

³²⁶ Justitieråden i NJA 1983 s 737 (ME-FA Maskiner).

³²⁷ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 204, även 3 u, 2004, s 197–198.

³²⁸ SOU 1970:75 Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt, s 128, s 30. Proposition 1975:6 s 93–94. Konkurslagen 1921:225 och den äldre avsiktsregeln, 34 §, ändrades genom 1975:244, se proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 20, och blev 30 §, innan den ersattes av nya Konkurslagen 1987:672 och blev 4:5. Jfr också ett sentida regleringsinitiativ kring återvinning, Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, 2016 s 40–41.

³²⁹ SOU 1970:75 Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt, s 131.

8.4.2 Otillbörlighetsrekvisitet och betalningar

När det gäller just otillbörlighetsrekvisitets tillämpning *på betalningar* pekar de dogmatiska utsagorna till synes i en objektiv riktning. I beskrivningar avseende betalningar är det särskilt en utsaga från förarbetena som är återkommande i litteraturen och i praxis:

”När betalningen är att anse som ordinär men borgenären kände till att gäldenären var eller blev insolvent, ger beredningens förslag i denna paragraf enligt min mening tillräckliga möjligheter till återvinning. En sådan betalning av ett betydande belopp som görs till en oprioriterad borgenär kort före konkursutbrottet torde nämligen för det mesta få anses som otillbörlig. Att återvinning utesluts i de undantagsfall då betalning av detta slag inte kan betecknas som otillbörlig är enligt min mening inte ägnat att inge betänkligheter.”³³⁰

Vad som framhålls är alltså att en betalning med ett *betydande belopp* till en oprioriterad borgenär *kort tid före konkursen*, då borgenären *kände till* att gäldenären var eller genom betalningen blev insolvent, för det mesta bör anses otillbörlig. Detta även om den i och för sig betraktas som ordinär. Utsagan används i såväl praxis som doktrin. Den återkommer eller refereras i åtminstone åtta olika författares verk.³³¹ I flera fall har den givits en central position.

HD förefaller bara ha prövat ett kontokreditfall där otillbörlighet var avgörande, NJA 1978 s 194 (Stelvio).³³² Den ovan angivna formuleringen i propositionen ställs upp som central norm i domskälen. Domskälen i övrigt består i två relativt intetsägande meningar där denna norm tillämpas och där beloppet framhålls som avgörande: ”Enär de belopp som sålunda överförs till banken varit betydande, har banken gynnats framför andra borgenärer på ett otillbörligt sätt. Banken har känt till de omständigheter som gjort överförandet av beloppen till banken otillbörligt.” Beloppet var 33 523 kr, vilket motsvarar mer än 133 000 i 2018 års penningvärde. Insättningarna

³³⁰ Proposition 1975:6 s 208. Jfr SOU 1970:75 s 160.

³³¹ Knut Rodhe Handbok i Sakrätt, 1985, s 272–273. Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 156–157. Mikael Möller, Om återvinning av hävning, i festskrift till Gösta Walin, 2002, s 417, på s 426–427. Jfr Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 268–269. Även Lars Welamson och Mikael Mellqvist, Konkurs – och annan insolvensrätt, 11 u, 2013 s 125 och 12 u 2017 s 119. Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, s 4:37. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013, s 130. Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165.

³³² Andra HD-fall kring otillbörlighetsrekvisitet och betalning är: NJA 1981 s 562 (GAD Restaurant), NJA 1985 s 29 (Simiaprodukter), NJA 1990 s 562 (Stålmanufaktur), NJA 1998 s 487 (EBN Center). Se även Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013, s 125.

gjordes under tre veckor innan konkursen. Bankens onda tro var klarlagd genom att banken vid ett möte tre veckor innan konkursen informerats om att bolagets ekonomiska ställning var ohållbar.

Övriga kontokreditfall från HD har avsett andra återvinningsregler och belyser därför inte tillämpningen av otillbehörighetsrekvisitet. Det kan i sammanhanget dock noteras att även dessa fall har gällt insättningar kort tid innan konkursen och betydande belopp. De har också handlat om några få insättningar. NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll) gällde särskild undantagslagstiftning och äldre lydelse av 30 § i 1921 års konkurslag, d v s med rekvisiten betalning inom 30 dagar och ond tro hos borgenären. Tre insättningar innebar att ett två veckor gammalt ett minussaldo om 288 092 kr vändes till plussaldo två dagar innan undantagslagstiftningen. NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction) gällde KonkL 4:10 och en insättning om 1 080 937 kr vid ett tillfälle 16 dagar innan konkursen. I NJA 1990 s 649 (Travtränaren) bifölls inte talan enligt KonkL 4:5 eftersom banken inte ansågs ha varit i ond tro. Däremot bifölls den enligt KonkL 4:10 och två insättningar om totalt 100 655 kr återvanns. Insättningarna gjordes knappt tre månader innan konkursen och var de enda transaktionerna som gjorts på kontot under hela året innan konkursen.

Att bedöma otillbehörighetsrekvisitet med hänsyn till tid, belopp och ond tro är en omformulering och en förenkling i förhållande till vad som kan läggas in i detta rekvisit. Likafullt visar en rättsdogmatisk utredning att en sådan användning av rekvisitet har framhållits i förarbeten, litteratur och praxis. En författare uttrycker detta som att stor principiell betydelse har lagts vid objektiva faktorer som betydande belopp, att rättshandlingen gjorts strax före konkursen, och ond tro.³³³ En annan menar att HD synes ha gjort bedömningar som ”i allmänhet grundat sig uteslutande på den undandragna egendomens värde.”³³⁴

8.4.3 Dogmatiska utsagor om hur otillbörlighetsrekvisitet förhåller sig till andra rekvisit

Den rättsdogmatiska utredningen avseende otillbörlighetsrekvisitet och betalningar visar att otillbörlighetsrekvisitet inte skall betraktats som självständigt i förhållande till övriga rekvisit. I varje fall skall det inte betraktas

³³³ Mikael Möller, Om återvinning av hävning, i festskrift till Gösta Walin, 2002, s 417, på s 426–427.

³³⁴ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 268.

som självständigt i förhållande till ondTROSrekvisitet. Det finns utsagor i doktrinen som mer direkt hävdar en sådan linje:

”Trots att lagtexten närmast ger uttryck för att otillbörligheten skall bedömas skild från övriga rekvisit, utgörs de omständigheter som medför otillbörlighet nästan alltid av samma omständigheter som bedöms inom ramen för övriga rekvisit.”³³⁵

”Kvalifikationen bör i allt fall vara för handen, då något av de övriga rekvisiten i bestämmelsen är påfallande starkt uppfyllt, t.ex. då transaktionen avsett ett stort belopp och alltså varit till avsevärd nackdel för borgenärerna eller då gäldenären varit klart insolvent och hans konkurs nära förestående. På samma sätt kan otillbörlighetsrekvisitet brista, om något av de övriga rekvisiten endast är svagt uppfyllt, t.ex. då det adekvata orsakssambandet mellan rättshandlingen och skadan är tveksamt eller då medkontrahenten visserligen bort inse att gäldenären var insolvent, men rent subjektivt – på felaktiga och i och för sig ej godtagbara grunder – trots att gäldenären skulle klara upp situationen.”³³⁶

En annorlunda variant på samma tema är att det ”synes värt att överväga att stryka kravet på fristående otillbörlighetsprövning – gynnande etc och ond tro är illa nog – och istället införa ett undantag vid särskilda rättfärdigande omständigheter och beträffande åtgärder av mindre betydelse.”³³⁷

Dessa ståndpunkter utgör normativa argument för att använda otillbörlighetsrekvisitet för att ingripa mot rättshandlingar där något eller flera av de övriga rekvisiten är särskilt starkt uppfyllda.

8.5 Analys avseende avsiktens roll i hanteringen av otillbörlighetsbedömningen

Mot bakgrund av de rättsdogmatiska avsnitten har jag gjort en analys av de olika argumenten i förhållande till varandra. I denna analys har jag sett att det går att få ihop även de argument som till synes spretar åt olika håll. Samtidigt har jag gjort antagandet att denna möjlighet verkar leda till en praktiskt användbar lösning, i linje med vad som framhållits som betydelsefullt i doktrin.

För betalningar hävdas det som nämnts att vissa kombinationer av ond tro, beloppets storlek och tid innan konkursen tillsammans skall leda till

³³⁵ Mikael Möller, Om återvinning av hävning, i festskrift till Gösta Walin, 2002, s 417, på s 426.

³³⁶ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165, även 3 u, 2004, s 158.

³³⁷ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 268 not 256.

otillbörlighet. Det faktum att dessa omständigheter är särskilt starkt uppfyllda skall leda till att otillbörligheten därigenom är uppfylld.

Ett antagande är att det inte behöver föranleda stora svårigheter att avgöra vad som är särskilt kvalificerat vad gäller två av aspekterna. Storleken på beloppet kan bedömas relativt gäldenärens ekonomi eller generellt. Tiden innan konkurs kan bedömas relativt tidsaspekter i återvinningsreglerna generellt. Den kan också bedömas utifrån allmänna föreställningar om tidsförlopp för ekonomiska kriser hos företag. Likaså kan kombinationen av olika storlekar och tidsaspekter bedömas. Se vidare avsnitt 9.4–6.

Vad som däremot synes bli problematiskt är tanken på att lägga vikt vid olika grader av ond tro. Detta inte nödvändigtvis så mycket beroende på att det skulle vara svårt att tänka sig olika grader av ond tro. En sådan skillnad kan göras beträffande ond tro för att banken borde känt till respektive att banken faktiskt kände till, (kvalificerad ond tro). Ett större dilemma gäller vilken betydelse avsikt skall ha beträffande ond tro. Om borgenären känner till att gäldenären har en avsikt att gynna kan ju detta beskrivas som särskilt kvalificerande. Med tanke på hur de normativa argumenten spretar kring subjektiva aspekter kan man dock fråga sig vad som kan göras.

Det förefaller dock finnas ett sätt att ändå styra längs linjerna. Även om avsikt inte är en nödvändig förutsättning för otillbörlighet går den att beakta inom den objektiva linjen. Det går att göra genom att inte tillmäta en avsikt att gynna direkt vikt, men istället just låta avsikten påverka graden av ond tro hos borgenären.³³⁸ Om borgenären kände till att det fanns en avsikt är det inte märkligt om det är en av flera aspekter som kan göra borgenärens onda tro mer kvalificerad. Därmed blir det genom det subjektiva rekvisitet som avsikten bidrar till otillbörlighet. Det subjektiva rekvisitet bidrar utan

³³⁸ Jfr Lars Welamson och Mikael Mellqvist: "Visserligen krävs inte någon särskild avsikt hos gäldenären – och det är naturligtvis betydelselöst om denne själv bedömt rättshandlingen som otillbörlig eller inte – men för återvinning krävs att den gentemot vilken rättshandlingen företogs kände till eller bort känna till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig." Samt – "När det är fråga om medelbar nackdel krävs att medkontrahenten var i ond tro beträffande gäldenärens avsikter med fortsättningen." Lars Welamson och Mikael Mellqvist, Konkurs – och annan insolvensrätt, 11 u, 2013 s 112, inkl not 25, och 12 u, 2017 s 117 inkl not 26. Se även Gertrud Lennander, – "Har rättshandlingen föranlett indirekt nackdel krävs det att medkontrahenten känt till eller borde ha känt till gäldenärens avsikter beträffande fortsättningen." Återvinning i konkurs, 3 u, 2004, s 150. De senare utslagorna bygger på förarbetsuttalanden, se Proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 206. I NJA 2003 s 37 (Hjärtervägen Invest) är omständigheterna sådana att en avsikt synes tydlig, men HD använder genomgående "otillbörlig".

att avsikt alls blir nödvändigt för att uppfylla otillbörlighetsrekvisitet. Istället blir det bara en av flera aspekter som kan bidra.

En sådan systematik innebär att bedömare lägger vikt vid olika grader av ond tro. Som nämnts finns det stöd för en sådan tanke i allmänhet.³³⁹ Med kompletteringen att även ond tro om en avsikt kan bidra, blir prövningen konsekvent. Genom att lägga vikt vid om en betalning gjorts kort tid innan konkursen, med betydande belopp och i en hög grad av ond tro, prövas otillbörligheten. Bedömningen av otillbörlighet skulle med andra ord handla om att dra gränsen för i hur hög grad dessa aspekter skall vara uppfyllda.

Som bakgrund vill jag redovisa några argument som jag övervägt i analysen.

Ett argument är att motverkandet av en faktisk avsikt utgör vad som kan beskrivas som en kärna i återvinningsreglerna. Det handlar om allmänna värden som kommer till uttryck också i grundläggande normer som AvtL 33 §, 29 § och 30 §. I förarbetena och litteraturen påminner man om att återvinningsbara rättshandlingar också kan angripas med ogiltighetsregler och med skadeståndsrättsliga regler vid brott.³⁴⁰

Ett annat argument är att det går att ifrågasätta i vilken mån det i praktiken går att göra skillnad mellan att väga in vilken grad av ond tro som skall läggas borgenären till last på en avsikt att gynna, jämfört med att mer direkt beakta en avsikt att gynna. En faktisk avsikt att gynna avspeglas med viss sannolikhet redan i de övriga omständigheterna kring ett gynnande. Det förefaller möjligen också väl teoretiskt att tänka sig att det skulle gå att inte ta intryck av en faktisk och konstaterad avsikt i en helhetsbedömning, samtidigt som man konstaterat att borgenären är i ond tro på så sätt att det råder osäkerhet beträffande borgenärens avsikt.

Ett tredje argument är att den här förordade konstruktionen innebär att man, trots att avsikt kan få (indirekt) betydelse, undviker att ställa upp normativa mönster kring avsikt och effekt i straffrättslig stil. Det är knappast meningsfullt att utveckla sådana med hänsyn till vad man som nämnts kan

³³⁹ Se citatet ovan av Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165, även 3 u, 2004, s 158. Även Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013, s 129. I det förarbetsuttalande som återgivits i avsnitt 8.4.2 beskrivs också otillbörligheten med att borgenären kände till, det står alltså inte ond tro utan kvalificerad ond tro. Jfr dock Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996, s 268.

³⁴⁰ I proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 131–132. Jfr Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987, s 156.

få ut av andra sätt att hantera rekvisiten och med hänsyn till risken för att dölja de objektiva möjligheterna.

Ett fjärde argument är att det här är fråga om ett faktiskt försök att hantera förhållandet mellan avsikt och otillbörlighet på ett konsekvent sätt. Att döma av vad som skrivits synes alternativet så här långt vara att inte ens försöka. Låt vara att detta kan bero på att saken kanske anses självklar. Det är nämligen möjligt att den konstruktion jag föreslår anses så självklar att ingen brytt sig om att beskriva den.

Det bör noteras att avsikt inte skall vara den enda aspekten som skall kunna göra borgenärens onda tro mer kvalificerad. Att han faktiskt visste bör vara mer kvalificerande än att han bara borde ha insett.³⁴¹ En annan kvalificerande aspekt är att gäldenären kanske alls inte ville gynna borgenären, men befann sig i en prekär situation med få andra utvägar.³⁴²

Vidare bör noteras att otillbörlighetsrekvisitet skall kunna uppfyllas också på andra sätt. Om alla rekvisit är uppfyllda utan att något är påfallande starkt uppfyllt, kan det möjligen ändå vara så att någon annan omständighet skall anses göra betalningen otillbörlig. Ett exempel som nämnts är att handlingen är straffbar eller uppfyller flera av rekvisiten för straffbarhet.³⁴³

8.6 Reflektioner kring resultatet

När det gäller det aktuella resultatet behöver jag antagligen inte nämna något särskilt om hur det förhåller sig till insatser av andra forskare i förmögenhetsrätt. Som jag ser det är det fråga om en insats som inte skiljer sig särskilt mycket från andra. Den är därför ganska lätt att passa in i den gängse bilden. Därtill kan resultatet förefalla vara en självklarhet.

Just på grund av att resultatet kan uppfattas som en självklarhet blir en av mina reflektioner hur ett sådant omdöme skall påverka om resultatet uppfyller min målbild av ”forskningsresultat”. I kapitel 5 och 6 ansåg jag inte att resultaten uppfyllde min målbild på bland annat denna grund. Frågan är därför: Skall en en självklarhet kunna utgöra ett ”forskningsresultat”? Till

³⁴¹ Jfr Gösta Walin, *Materiell konkursrätt*, 2 u, 1987, s 157.

³⁴² Jfr Mikael Möller, *Om återvinning av hävning*, i *festskrift till Gösta Walin*, 2002, s 417, på s 427.

³⁴³ SOU 1970:75 *Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt*, s 160. Proposition 1975:6 *Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m*, s 204. Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs*, 4 u, 2013, s 156. Hans Renman, *Återvinning enligt 4 kap konkurslagen*, 2 u, 2013, s 130.

den frågan hör då också om det skall ha betydelse att ingen annan tidigare uttryckt denna självklarhet?

I mina reflektioner har jag beaktat just om resultatet tillför tidigare okänd kunskap. En självklarhet är i sig ingen nyhet. Däremot kan man tänka sig att motiveringen för ett självklart resultat kan ha relevans. Jag menar att en motivering, eller med andra ord en förklaring till något självklart, kan uppfylla den målbild jag tänker mig som "forskningsresultat". I så fall har det dock betydelse om någon annan tidigare uttryckt självklarheten. Den rättsdogmatiska utredning jag gjort visar inte något sådant. Därmed skulle mitt resultat kunna tillföra okänd kunskap i sådan mån att det skulle kunna vara relevant att tala om ett forskningsresultat. I den mån det nu handlar om något självklart.

En aspekt är dock återigen om kunskapen finns uttryckt i annan litteratur än den jag gått igenom. Framför allt handlar det då om utländsk litteratur, och i första hand nordisk rättsvetenskap, eftersom återvinningsregleringarna har en bakgrund i det nordiska samarbetet.

En annan aspekt som väckt min betänksamhet när det gäller självklara resultat är om resultatet skall anses tillföra tillräckligt med kunskap. På denna punkt går det kanske att resonera i linje med vad jag nyss gjort. Att ge en förklaring till hur rekvisiten i en regel och de normativa utsagorna skulle kunna gå ihop, kan tillföra förståelse, även om resultatet i sig anses självklart.

Att ett forskningsresultat består i en motivering av något som eventuellt anses självklart, påverkar emellertid knappast reflektionerna kring metodologi och systematiskt tillvägagångssätt. Såväl den rättsdogmatiska utredningen som analysen betraktar jag som såväl metodisk som systematisk. Det hade dock gått att göra en mer omfattande rättsdogmatisk utredning och en mer omfattande analys. Den avgränsning jag gjort i identifieringen av vad jag ser som de mest relevanta dogmatiska utsagorna för i varje fall kontokreditförhållanden, hade också kunnat redovisas på ett tydligare sätt. Likaså hade jag kunnat gå längre i identifieringen av de mönster som förhållandena mellan rekvisiten bildar. Exempelvis hade jag kunnat presentera alternativa mönster. Vad jag närmast gjort i det avseendet är att avfärda andra alternativ med antagandet att det är svårt att använda någon alternativ lösning som inte ändå skulle leda till att liknande faktorer beaktas intuitivt. Forskningsinsatsen hade också kunnat kompletteras med en eller annan empirisk undersökning. Det hade exempelvis varit intressant att undersöka vilka föreställningar konkursförvaltare och andra jurister som arbetar med återvinning har. Det hade kunnat ge en bild av om saken anses självklar.

En annan reflektion kan handla om huruvida en motivering som utgör den egentliga forskningsinsatsen leder till något. I den mån motiveringen vinner acceptans får den normativ effekt. Forskningsinsatsen har därför i varje fall potential i detta hänseende.

I en samlad bedömning utifrån här föreliggande underlag går det att ifrågasätta om jag har anledning att anse att själva resultatet uppfyller min målbild av "forskningsresultat". Vad som framför allt gör bedömningen tveksam är att det hade gått att göra mer än vad jag gjort. Att jag ändå inte gjort mer beror på att jag är skeptisk till om det skulle ge något mervärde. Antagligen skulle jag kunna få ut en inventering av alternativ genom att undersöka nordiska rättskällor. Likaså skulle jag få ut sådana alternativ av att undersöka andra utländska analyser kring återvinning. En empirisk undersökning av hur konkursförvaltare ser på otillbörlighetsrekvisitet och avsiktens roll skulle kunna bidra med att övertyga om det självklara. Detsamma skulle en undersökning av om det i en otillbörlighetsbedömning alls är möjligt att inte intuitivt påverkas av en konstaterad avsikt. Emellertid ser jag möjligheten att även utan sådana ytterligare insatser nå acceptans för den lösning jag redovisat. De ytterligare insatserna framstår i ljuset härav, märkligt nog, som onödigt arbete. Jag skriver "märkligt nog" eftersom jag, om jag nu anser mig ha vetenskapliga ambitioner, borde vara mindre intresserad av att nå acceptans för lösningen, utan i högre grad för forskningsinsatsen.

Vad som får mig att ändå trots allt stanna vid att betrakta resultatet som något som uppfyller min målbild, är att resultatet bygger vidare på vad andra forskare gjort. Det är således fråga om att följa traditionen för forskning och om kontinuitet i denna. Eftersom jag anser att deras insatser utgör resultat som uppfyller min målbild menar jag att även mitt resultat gör det.

9 (E) En logiskt användbar norm för att hantera otillbörlighetsrekvisitet i kontokreditförhållanden

Även detta kapitel handlar om återvinning i kontokreditrelationer. Framställningsmässigt bygger detta kapitel också på föregående kapitel såtillvida att föregående kapitel utgör en introduktion till rekvisiten i den lagregel, KonkL 4:5, som jag behandlade där.

Denna gång har resultatet dock en lite annan karaktär än en normativ utsaga. Resultatet är nämligen en bedömning av om denna norm är användbar för kontokreditförhållanden. I detta kapitel ger jag med andra ord exempel på att även en bedömning kan tänkas utgöra ett resultat som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat”.

Skillnaden mellan en bedömning och en normativ utsaga kan vara ganska liten. När resultatet är att normen är användbar blir det fråga om en sorts normativ utsaga. Den skillnad jag tänker mig är dock att ambitionen med en bedömning inte är att göra något normativt anspråk. Eftersom det är fråga om sådana skillnader blir det relevant att använda andra metoder än metoderna för att åstadkomma en normativ utsaga. I detta fall har jag använt vad jag betraktar som tre metoder utöver rättsdogmatisk utredning.

Med det exempel på resultatriktad forskning som jag ger i detta kapitel vill jag illustrera tanken på en rättsvetenskaplig bedömning som ett resultat. Jag vill också illustrera vad insatsen för att nå ett sådant resultat kan betyda i metodologiskt hänseende. Trots vad jag nu förvarnat om i form av märkvärdigheter, gör jag antagandet att framställningen inte kommer att framstå som särskilt märkvärdig.

9.1 Forskningsfrågan – är förarbetsnormen användbar?

Den övergripande frågan är, liksom i föregående kapitel, i vilken mån en insättning på kontokredit skall vara återvinningsbar utifrån den bedömning som skall göras med otillbörlighetsrekvisitet i KonkL 4:5? Detta kapitel handlar emellertid om huruvida en viss normativ precisering av otillbörlighetsrekvisitet är logiskt användbar för kontokreditrelationer? Det handlar om en normativ precisering som i förarbeten, rättsfall och doktrin hävdats för just betalningar.

Jag har intresserat mig för frågan om huruvida den aktuella normen är logiskt användbar bland annat eftersom det framhållits att det är viktigt att ”otillbörlighetsrekvisitet går att hantera i praktiken.”³⁴⁴ Anledningen till att jag antog att det också skulle gå att nå ett resultat i frågan var att ingen annan forskare närmat sig frågan med ambitionen att nå resultat kring vad detta skulle kunna betyda mer konkret. Jag fann det härvid särskilt intressant att som rättsvetare pröva just tanken på användbarhet på ett teoretiskt plan. Frågan om hur rättsvetenskapen skall hantera ett kriterium som ”användbarhet” är helt enkelt intressant. Detta inte minst som användbarhet har potential att vara den mest avgörande faktorn för effekterna av en norm.

9.2 Resultat (E) – förarbetsnormen är logiskt användbar i kontokreditrelationer

Den norm för otillbörlighetsbedömning avseende betalning som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin, är att betalning med ett *betydande belopp* till en oprioriterad borgenär *kort tid före konkursen*, då borgenären *kände till* att gäldenären var eller genom betalningen blev insolvent, för det mesta bör anses otillbörlig även om den i och för sig är *ordinär*. I doktrinen har denna normativa utsaga modifierats till att en transaktion skall anses kvalificerad då något av de övriga rekvisiten i bestämmelsen är påfallande starkt uppfyllt, ”t.ex. då transaktionen avsett ett stort belopp och alltså varit till avsevärd nackdel för borgenärerna eller då gäldenären varit klart insolvent och hans konkurs nära förestående.”³⁴⁵ Omvänt innebär detta att otillbörlighetsrekvisitet; ”På samma sätt kan ... brista, om något av de övriga rekvisiten endast är svagt uppfyllt, t.ex. då det adekvata orsakssambandet

³⁴⁴ Vilket som nämnts hävdas vara ”En synnerligen viktig aspekt” i utformningen av den kvalificerande normen. Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 162, även 3 u, 2004, s 157.

³⁴⁵ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165, även 3 u, 2004, s 158.

mellan rättshandlingen och skadan är tveksamt eller då medkontrahenten visserligen bort inse att gäldenären var insolvent, men rent subjektivt – på felaktiga, och i och för sig ej godtagbara, grunder – trots att gäldenären skulle klara upp situationen.”³⁴⁶

Resultatet som jag redovisar i detta kapitel är att den i förarbetena uttalade normen är användbar i kontokreditrelationer. Jag menar då användbar i logisk mening, utifrån vad formuleringen skulle kunna innebära när de olika aspekterna kombineras. Med logiskt användbar avser jag att det med normen går att identifiera och *diskvalificera* insättningar som gjorts i perioder där kontokreditrelationen fungerat på för kontokrediter karaktäristiskt vis. Jag menar också att det med normen går att identifiera och *kvalificera* insättningar som gjorts såväl i perioder där kontokreditrelationen inte fungerat på för kontokrediter karaktäristiskt vis som där den fungerat på sådant vis.

En anledning till att det går att använda normen på detta sätt är att de fyra aspekterna i normen förhåller sig till varandra på ett sätt som går att utnyttja i en otillbörlighetsbedömning. Att aspekterna förhåller sig till varandra är dock inte uppenbart. Till forskningsresultatet hör därför också att användbarheten ökar om förhållandena tydliggörs.

Vad jag redovisar i detta kapitel kan beskrivas som olika resonemang som visar hur en beslutsfattare kan förstå och förhålla sig till den aktuella normativa utsagan. Utifrån olika antaganden som jag gör kring kontexten visar jag på olika möjliga förhållanden mellan de fyra aspekterna i denna. Resultatet kan därför alternativt uttryckas som att det går att få ut något användbart av analyser av de specifika förhållandena kring kontokrediter i förhållande till av analyser av normen och dess fyra aspekter.

En begränsning i den logiska användbarheten gäller de fall där kontokrediten sägs upp i bankens intresse. Denna begränsning är dock inte mer besvärande än att det går att hantera den. Att det går att hantera begränsningen, genom att utveckla lösningar, är en specifik del av forskningsresultatet, eller om man så vill ett forskningsresultat i sig.

Det finns anledning att påpeka att forskningsresultatet är begränsat till vad jag utger det för att vara. Något påstående om att detta skulle vara det enda möjliga sättet att hantera otillbörlighetsrekvisitet är det inte fråga om. Det är inte heller fråga om att det skulle vara det enda relevanta eller rent av det rätta sättet. Således är det inte fråga om en täckande redogörelse för hur otillbörlighetsrekvisitet *skall* användas. Otillbörlighetsrekvisitet ger utrymme för utveckling genom rättstillämpningen och min avsikt är

³⁴⁶ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 165, även 3 u, 2004, s 158.

inte att omforma rekvisitet till en mer preciserad norm. Som nämnts skall otillbörlighetsrekvisitet kunna uppfyllas också på andra sätt.³⁴⁷

Jag utgår även i detta kapitel från i tidigare kapitel presenterade forskningsresultat, d v s att de aktuella insättningarna utgör objekt för återvinning och att omfattningen av återvinning skall bestämmas enligt segmentmodellen.

9.3 Metoder – identifiering av karakteristika, sambandsanalys, kvantifieringsanalys och rättsdogmatisk utredning

Jag kom fram till forskningsresultatet främst genom att göra flera analyser med olika inriktning. Den första analysen gällde förhållandet mellan tids-, belopps-, ondtros- och ordinäritetsaspekterna. Jag undersökte hur de olika aspekterna påverkade varandra när de är i olika hög grad uppfyllda. Förhållandena påverkar nämligen hur det går att hantera otillbörlighetsbedömningen. Med den andra analysen avsåg jag att identifiera vad som är karaktäristiskt för kontokrediter. Detta i en återvinningskontext och mer specifikt i förhållande till den ovan beskrivna otillbörlighetsnormen med olika bedömningsaspekter. Den tredje analysen gick ut på att med den beskrivna otillbörlighetsnormen identifiera insättningar som skall kvalificera för återvinning. Detta mot bakgrund också av de två nämnda analyserna. Från denna tredje analys bröt jag ut en del till en fjärde analys där jag identifierade skillnader mellan avveckling av ett kontokreditförhållande jämfört med avveckling av en enskild kredit, i en återvinningskontext. Jag kan tänka mig att beskriva dessa fyra analysmetoder i termer av sambandsanalys, kvantifieringsanalys och analys för identifiering av karaktäristika.

Jag har gjorde också en rättsdogmatisk utredning av hur otillbörlighetsrekvisitet skall hanteras vid kontokrediter. Utredningen ger inte direkt svar på frågan om hur väl en otillbörlighetsbedömning med hjälp av den norm som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin fungerar. Vad som i dessa normativa källor angivits om hur det skall fungera bygger dock givetvis på någon form av analyser eller tankemöda där respektive författare förutsatt

³⁴⁷ Om alla rekvisit är uppfyllda utan att något är påfallande starkt uppfyllt, kan det möjligen ändå vara så att någon annan omständighet skall anses göra betalningen otillbörlig. Ett exempel som nämnts är att handlingen är straffbar eller uppfyller flera av rekvisiten för straffbarhet. SOU 1970:75 Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt, s 160. Proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 204. Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 156. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013 s 130.

att det kan fungera såsom respektive författare hävdar. Därmed tillför den rättsdogmatiska utredningen indirekt ändå underlag för resultatet.

Den rättsdogmatiska utredningen består av två delar. I den första delen utredde jag stödet för att använda normen för otillbörlighetsbedömning. En motsvarande utredning har jag gjort också i avsnitt 8.4, men där med avseende på hur avsikt skall hanteras. Min utredning nedan har en annan inriktning. Jag har dock i hög grad använt samma källor. Den andra delen av utredningen nedan är inriktad på normativa utsagor om när de olika aspekterna skall anses kvalificerande eller diskvalificerande.

9.4 Analys av aspekterna och hur de förhåller sig till varandra

Ett sätt att hantera den komplexitet som otillbörlighetsbedömningen innebär, och som otillbörlighetsrekvisitet i övrigt ger möjlighet till, är att göra en värdering av varje omständighet. Det ger en lista över omständigheter som bidrar, respektive inte bidrar, till att uppfylla otillbörligheten. I den mån någon omständighet särskilt starkt talar för otillbörlighet, eller omvänt, kan detta tillmätas särskild betydelse. För att bedöma otillbörligheten kan man således värdera varje omständighet utifrån om den bidrar till otillbörlighet eller inte. Jag har använt detta tänkesätt i analyserna och det framgår i formuleringar huruvida jag bedömer att en omständighet bidrar eller inte bidrar till otillbörlighet.

Utifrån de normativa utsagor som kapitlet handlar om skall särskilt tre aspekter bedömas. I de normativa utsagorna påpekas vikten av nivån på det betalade beloppet, eller m a o nivån på nackdel eller graden av gynnande/missgynnande. De pekar också ut tidslängden, d v s hur nära inpå konkursen som rättshandlingen gjordes. Därtill tar de upp graden av ond tro. Till en del av utsagorna hör också en fjärde aspekt om huruvida insättningen är ordinär. I detta avsnitt redovisar jag min analys av dessa fyra aspekter och förhållandet mellan dem.

För att undvika missförstånd beträffande den fjärde aspekten vill jag anmärka att det skall finnas ett utrymme för att med KonKL 4:5 att återvinna även ordinära betalningar, trots att de inte kan återvinnas med KonKL 4:10.³⁴⁸ Det faktum att en betalning är ordinär skall således inte utesluta

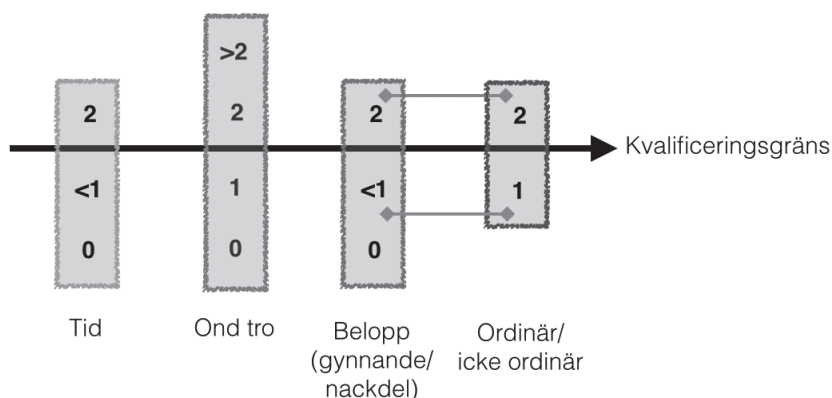
³⁴⁸ Proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 208, se citatet i avsnitt 8.1. Gösta Walin, *Materiell konkursrätt*, 2 u, 1987 s 156–157. Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 u, 1996 s 277.

återvinning. För att återvinna en sådan transaktion krävs dock att andra aspekter kring rättshandlingen är graverande och det är just dessa aspekter som analysen i detta avsnitt handlar om.

9.4.1 Aspekterna verkar i olika grad kvalificerande och diskvalificerande

Med hänsyn till vad de olika aspekterna avser kan de i olika mån vara graverande, eller med andra ord bidra till att kvalificera en betalning för återvinning. Aspekterna kan också bidra till motsatsen, d v s till att diskvalificera betalningen från återvinning.

I en schematisk översikt skulle aspekterna och de olika nivåerna av kvalificering kunna presenteras så här:



Skissen skall illustrera att varje aspekt kan bidra i kvalificerande riktning respektive inte bidra. Ettorna markerar att en aspekt inte är påfallande starkt uppfylld och därmed bidrar de inte i kvalificerande riktning. Tvåorna illustrerar att en aspekt är påfallande starkt uppfylld och att den därför bidrar.

Nollorna skall bara påminna om att det inte handlar om huruvida dessa rekvisit är uppfyllda, utan om huruvida de är påfallande starkt uppfyllda. Skulle något av rekvisiten tid, ond tro eller nackdel inte vara uppfyllt, d v s en nolla, skall återvinning inte komma i fråga. Ordinäritet är inte ett diskvalificerande rekvisit i KonkL 4:5 och därav ingen nolla.

Belopps- och ordinäritetsaspekterna är inte helt fristående från varandra. Beloppsaspekten beaktas till del också i ordinäritetaspekten. Jag har i skissen markerat detta med kopplingar mellan dessa två aspekter.

Skissen kan användas för att illustrera tanken att en i och för sig ordinär insättning skall kunna vara otillbörlig om de andra tre aspekterna är kvalificerande, jämför den ovan nämnda formuleringen i förarbetena och doktrinutsagorna om denna.³⁴⁹ En ordinär insättning blir i skissen en etta, men samtidigt bedöms omständigheterna bakom de andra aspekterna vara kvalificerande och därför som tre tvåor. Betalningen skall då återvinnas. I den mån bara två eller en av de övriga aspekterna bedöms som tvåor/kvalificerande kan man fråga sig om det skall ses som tillräckligt för att passera kvalificeringsgränsen. Vad som skall kvalificera är över huvud taget frågan.

Vad jag just uttryckt går givetvis att uttrycka utan någon skiss och utan siffror. Tanken med att använda siffror har att göra med att jag vill tydliggöra en sida av hur aspekterna förhåller sig till varandra. Det finns emellertid fler förhållanden.

I min analys har jag kommit fram till att de olika aspekterna har olika förmåga att verka kvalificerande och diskvalificerande. De olika förmågorna kan nämligen beskrivas enligt följande:

- Ett stort belopp bör vara kvalificerande medan det faktum att ett belopp är litet knappast bidrar särskilt mycket i diskvalificerande riktning. Även ett litet belopp kan ju innebära ett gynnande. Ett belopp som är så litet att det kostar mer att återvinna än att låta bli, innebär dock att återvinning inte blir aktuell, därav enheten <1 .

- Annorlunda förhåller det sig med tidsaspekten där kort tid är kvalificerande medan lång tid bör kunna vara klart diskvalificerande. För tidsaspekten har jag använt enheten <1 eftersom jag menar att tidsaspekten, mer än de övriga aspekterna, kan verka i diskvalificerande riktning.

- Ond tro kan vara svag för att borgenären bara borde ha känt till, men inte gjorde det. Den kan alternativt vara stark för att borgenären faktiskt visste. I linje med föregående kapitel kan man också tänka sig en eller ett par ytterligare nivåer av ond tro där borgenären visste om en avsikt hos gäldenären. Borgenären kan rent av ha pressat gäldenären att gynna denne. Som framgår är ond tro en aspekt där det går att tänka sig flera nivåer av kvalificerande omständigheter. Jag har i skissen lagt in den extra enheten >2 för att visa att den onda tron kan bidra i särskilt hög grad. Vad jag redovisat i föregående kapitel om betydelsen av avsikt skall fångas in av denna >2 . I den mån sådan en särskilt hög grad av ond tro anses föreligga skulle man kunna hävda att detta skall omintetgöra insättningen karaktär av ordinär.

³⁴⁹ Avsnitt 8.4.2.

– Den fjärde aspekten, ordinäriteten, kan uppfattas så att den i första hand verkar i diskvalificerande riktning. Man kan dock också tänka sig att använda omständigheten att en insättning gjorts på ett avvikande sätt som kvalificerande.

Tillsammans innebär de olika förmågorna hos de olika aspekterna att de påverkar helheten olika mycket. Om en gäldenär exempelvis gjort en stor insättning 2 år innan konkursen är det inte lika kvalificerande som om insättningen gjorts 2 veckor innan. Om så lång tid gått finns det typiskt sett så många andra anledningar till konkursen att insättningens betydelse späds ut. Även en hög grad av ond tro med exempelvis kännedom om ett avsiktligt gynnande bleknar med tiden. Saken går också att uttrycka som att kausaliteten minskar i takt med senare gjorda rättshandlingar påverkar förhållandena.

Motsvarande kan exempelvis sägas om insättningen gjorts på ett icke ordinärt sätt. En avvikande händelse 2 år innan konkursen framstår inte som lika kvalificerande som om den gjorts 2 veckor innan.

Jag vill anmärka att min analys i detta avsnitt syftar till att hävda att aspekterna förhåller sig till varandra och att detta bör beaktas. Att jag i beskrivningen satt lika siffervärden på aspekterna betyder inte att jag vill ge faktorerna aspekterna samma vikt. Min avsikt är heller inte att omvandla bedömningen till en matematisk process. Jag menar således inte att gränsdragningen skall göras genom att bedöma om vardera aspekt skall åsättas en etta eller tvåa och att det skulle bli avgörande om talen efter multiplicering når upp till exempelvis minst 6. Talen skall bara illustrera just att aspekterna och deras olika förmågor förhåller sig till varandra.

Med detta underavsnitt har jag förklarat just grundläggande förhållanden mellan aspekterna som min analys visat. För den som skall hantera regleringen är dessa förhållanden beaktansvärda. Förståelsen av dem bidrar till normens användbarhet.

9.4.2 Aspekternas påverkan i förhållande till sammanhang

I min analys noterade jag också att aspekterna kan uppfattas som i olika grad betydelsefulla när det gäller att bedöma vad en viss handling att betala skall anses innebära i den relation som parterna hade. Vissa aspekter är nämligen mer tongivande än andra för hur vi förstår ett sammanhang.

Tids- och ondtrosaspekterna är båda betydelsefulla för vårt sätt att uppfatta sammanhang.³⁵⁰ Om tidsaspekten är stark har vi lätt att se ett samband. Det blir helt enkelt en mindre bild att betrakta och färre faktorer att beakta. Tidsaspekten påverkar vårt sätt att uppfatta den underliggande kausalitet som är en del av legitimeringen för återvinningsreglerna. I kontokreditförhållanden är just tidsförhållandet en aspekt som i hög grad påverkar vad vi betraktar som ett samband mellan handling och effekt, eller med ett annat ord kausaliteten. En bedömning av otillbörlighet handlar om att avgöra vad som skall kvalificeras eller diskvalificeras med hänsyn till bl a likabehandling av borgenärerna. I en sådan bedömning förefaller det svårt att inte beakta jämförelser mellan handlingar där kausaliteten är hög respektive normal.

I jämförelse med tidsaspekten är ondtrosaspekten en mer direkt förmedlare av samband. Om tidsaspekten påverkar bildens omfattning och därför gör det lättare att uppfatta samband, utgör ondtrosaspekten närmast en förklarande bildtext som pekar ut vad vi uppfattar som ett relevant samband i kvalificeringshänseende.

Belopps- och ordinäritetsaspekterna bidrar däremot inte i lika hög grad med sammanhang. Ingen av dem bidrar med förklaring till vad som ligger bakom rättshandlingen. De behöver därför inte ha med konkursen att göra. Därmed saknar vi det sammanhang som vi uppfattar som relevant i kvalificeringshänseende. Att använda enbart belopps- och ordinäritetsaspekterna för att kvalificera ger en risk för slumpmässighet i rättstillämpningen som kan antas vara beaktansvärd. I varje fall förtjänar förhållandet att påpekas i en analys som denna.

Vad jag redovisat i detta underavsnitt innebär att tids- och ondtrosaspekterna är de aspekter som har särskild betydelse för hur en bedömare förstår en rättshandling. Det bidrar till normens användbarhet att de som skall använda den har insikt om att aspekterna skiljer sig åt på detta sätt. I nästa underavsnitt redovisar jag ytterligare antaganden utifrån denna tes.

³⁵⁰ Om tidsaspekten och rättsliga bedömningar se Johan Bärlund, Reklamation i konsumentavtal – En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna åberopa näringsidkarens avtalsbrott, 2002 s 415–446. Likaså Kurt Grönfors, Tidsfaktorn vid transportavtal, 1974 s 18–20. Om tidsuppfattning, se exempelvis Martin Heidegger, *Being and Time*, (1927), 1962 s 456–488.

9.4.3 Särskilda antaganden utifrån analysen

Ett antagande som kan göras utifrån analysen är att förhållandet mellan aspekterna genererar en logik som kan vara av betydelse för bedömningen. Logiken innebär för det första att det blir relevant att dela in tidsaspekten i perioder. En period är den då tidsaspekten verkar i kvalificerande riktning, för att insättningen gjordes kort tid innan konkurs. De andra perioderna är förstas tidigare än denna. I de tidigare perioderna, där tidsaspekten alltså är svagt uppfyllt för att insättningen gjordes lång tid innan konkurs, påverkar den de övriga aspekterna i en diskvalificerande riktning.

Ett annat antagande utifrån analysen är att ondtröskaspekten har en särskild påverkan på vad vi uppfattar som samband mellan handlingen och effekten. Detta innebär att även ondtröskaspektens kvalificerande förmåga påverkas av tidsaspektens diskvalificerande förmåga.

Vad jag redovisat förefaller innebära att en bedömare bör kunna använda normen på ett logiskt sätt när omständigheterna är sådana att de passar in på vad jag beskrivit. Normen kan användas i kvalificerande eller diskvalificerande riktning i beaktande av att de olika aspekterna pekar i olika riktningar beroende på omständigheterna.

9.5 Analys av otillbörlighetsbedömning m h t kontokrediters karaktäristika

Min andra analys gick ut på att identifiera vad som kan vara speciellt med just kontokreditrelationen i förhållande till otillbörlighetsrekvisitet. Jag identifierade i analysen ett antal karaktäristika i kontokreditrelationer som har betydelse för bedömningen av otillbörlighet.

Beträffande kontokrediters karaktäristika och återvinningsbedömning finns det ett grundläggande karaktäristika som får konkret betydelse för hur normen används. Karaktäristiskt för kontokrediter är att transaktionsfrekvensen är någorlunda hög. Om transaktionsfrekvensen är låg blir de bedömningsproblem som bedömaren ställs inför i lägre grad kontokreditrelaterade. De framstår i högre grad som enstaka krediter och kan således i högre grad bedömas som sådana. Min analys är avgränsad till kontokrediter. När jag i de följande underavsnitten pekar ut karaktäristika för kontokreditrelationer är det därför omständigheter med hög transaktionsfrekvens jag behandlar.

9.5.1 Transaktionsmönstren följer affärshändelserna

Om transaktionsmönstren följer affärshändelserna hos gäldenären är detta en indikation på att insättningarna inte är otillbörliga. Eftersom kontokrediter har till syfte att ge gäldenären handlingsutrymme beror transaktionerna på kontot typiskt sett på faktiska affärshändelser hos gäldenären. De insättningar som är en följd av en affärshändelse eller en rutin kan beskrivas som ordinära.³⁵¹ När det går att se att transaktionerna följer dessa affärshändelser är detta en omständighet som inte bidrar till otillbörlighet. Ordinäritet är som nämnts inte något som skall utesluta otillbörlighet, men det kan bidra i diskvalificerande riktning.

En del kontokrediter är kopplade till gäldenärens bankgiro eller liknande avtalsrelation. I de fallen görs flera av insättningarna av gäldenärens kunder. Att insättningarna görs av kunderna bidrar till ordinäriteten. Det är en indikation på att den ordinära rutinen följs. Gäldenären kan visserligen i viss mån styra över dessa insättningar, exempelvis genom att meddela sina kunder att de skall betala på annat sätt, men i praktiken är dessa möjligheter åtminstone något begränsade. Exempelvis kan kunder reagera negativt om en motpart vill ha betalning på annat sätt än vad som varit rutin.

9.5.2 Antalet transaktioner överskrider vad som behövs för att gynna

När antalet transaktioner överskrider vad som behövs för att gynna banken är det en indikation på att insättningarna inte är otillbörliga. En särskild aspekt beträffande transaktionsmönster är nämligen hur många transaktioner som gjorts på kontot. Vid bedömning av om insättningar varit otillbörliga finns det anledning att jämföra hur många transaktioner som hade behövts för att åstadkomma gynnandet, med hur många transaktioner som faktiskt gjordes. Den som har ett syfte att gynna banken behöver i princip bara en enda insättning för att åstadkomma detta. I praktiken kan det dock vara svårt att klara av en sådan insättning utan att skapa omedelbara likviditetsproblem. Gynnandet kan därför behöva genomföras genom flera insättningar och även om mellanliggande uttag. Någonstans går det dock en gräns för hur

³⁵¹ Se även analyserna/ställningstagandena av: Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013, s 171. Knut Rodhe, Handbok i Sakrätt, 1985, s 278. Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 181. Jfr Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 260–262, även 3 u, 2004 s 251–254. Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014 s 4:71.

många transaktioner som var nödvändiga. Oavsett vad som legat bakom transaktioner som gjorts kan det konstateras att när antalet transaktioner är fler än vad som är nödvändigt för att åstadkomma ett gynnande, så är det en indikation på att det inte varit ett otillbörligt gynnande, utan något annat, som kan vara ordinärt.

9.5.3 Frekvensen av transaktioner är tätare än vad som behövs för att gynna

En ytterligare aspekt som indikerar att insättningarna inte är otillbörliga är om frekvensen av transaktioner är tätare än vad som behövs för att gynna banken. Om insättningar och uttag på ett konto görs i tidsintervall som är mer eller mindre dagliga ger det i sig en indikation på syftet med transaktionerna. Det ger också en indikation på vilken betydelse en transaktion har haft i förhållande till ett hävdad gynnande. Återigen handlar det alltså om en indikation på ordinäritet.

Det handlar emellertid också om tidsaspekten. Att tänka sig att exempelvis dagliga transaktioner är en del i ett otillbörligt gynnande som får effekt först år senare, är helt enkelt ganska långsökt. Utgångspunkten vid bedömning av dagliga transaktioner som ligger långt tillbaka i tiden måste vara att sådana transaktioner inte är otillbörliga. Detta på grund av såväl ordinäritetsaspekten som tidsaspekten.

9.5.4 Insättningar som leder till plussaldo har en annan karaktär

Vissa insättningar kan vara sådana att de inte bara nollställer krediten, utan också leder till ett plussaldo. Dessa är typiskt sett inte otillbörliga. Sådana insättningar avviker från förhållandena vid betalning av skuld. Syftet med att göra en sådan insättning är att få inkomster i form av ränta, eller åtminstone att underlätta den egna administrationen genom att placera medlen så att de är lättåtkomliga. Typiskt sett är syftet med en sådan insättning inte att gynna banken och inte heller att missgynna de övriga borgenärerna. Oavsett vad som legat bakom sådana insättningar är det en indikation på att det inte varit ett otillbörligt gynnande, utan något annat. Det finns anledning att som utgångspunkt betrakta insättningar som leder till plussaldo som ordinära.

Ett transaktionsmönster där plussaldon i perioder är frekvent förekommande bör också betraktas som en indikation på att även andra insättningar

under sådana perioder inte är otillbörliga. Insättningar i sådana perioder bör i varje fall bedömas som ordinära.

9.5.5 Möjligheterna att avbryta förhållandet med liten kreditförlust

Det faktum att en kontokreditrelation kan avbrytas av banken innebär ännu en aspekt som kan vara diskvalificerande i förhållande till otillbörlighetsrekvisitet. En kontokredit handlar i princip inte om en enda kredit utan om flera. Banken har i varje ögonblick haft möjlighet att stoppa vidare uttag genom att ”spärra kontot”. Varje gång kontot inte har ett minussaldo, eller ett relativt lågt sådant, har banken haft möjlighet att avsluta förhållandet med ingen eller liten kreditförlust. Det faktum att banken ändå fortsatt förhållandet är en faktor som indikerar att det inte handlar om otillbörlighet. I sådana perioder, där banken haft möjligheter att avbryta förhållandet med ingen eller liten kreditförlust, är transaktionerna som gjorts typiskt sett inte otillbörliga. De bör i varje fall ses som ordinära.

Insättningar av detta slag kan till del uteslutas från återvinning p g a att uttagen medför att insättningarna inte blev till nackdel. Vad det handlar om i detta avsnitt är att betrakta olika perioder av parternas förhållande. Exempelvis kan parterna ha genomgått olika perioder i sin verksamhet eller ändrat villkoren för kontokredit. En period kan exempelvis definieras utifrån att det under en tid funnits flera tillfällen med litet minussaldo, eller rent av plussaldo. Insättningar som gjorts under en sådan period kan då undantas för att de tydligen inte handlat om ett gynnande där banken varit i ond tro. Banken har ju fortsatt att ge kredit trots att den kunnat dra sig ur.

Så länge krediten nått samma nivåer som tidigare undantas insättningar av här aktuellt slag också redan genom nackdelsbedömningen. Vad som skall understrykas är därför att även insättningar som lett till en faktisk minskning av kreditnivån skall kunna undantas när transaktionerna under perioden visar att banken kunnat avbryta med liten kreditförlust. Exempelvis kan parterna vid en viss tidpunkt ha kommit överens om att minska den maximala kreditnivån, låt säga från 100 till 50. Gäldenären gör därefter insättningar som gör att minussaldot inte bara når denna nivå, -50, utan istället nivåer som 0, +6 eller -5. Banken har då haft möjlighet att med liten eller ingen kreditförlust avbryta och borde ha gjort detta om det i realiteten handlat om ett gynnande och ond tro. Att minussaldot istället pendlar mellan -50 och +10 under en period efter minskning av maxkrediten, talar

för att insättningarna i denna period inte är otillbörliga. I varje fall finns det anledning att betrakta dem som ordinära.

Efter en period med minskning men med transaktioner av det slag som nyss nämnts, kan det komma en ny period där minussaldot övergår till att stanna på en hög nivå, i exemplet 40 – 50. Om denna kredit under en period innan konkurs bringas ner till exempelvis –2 genom insättningar, är det enbart dessa insättningar som bör bli föremål för närmare bedömning.

Att göra den bedömning som beskrivs i detta avsnitt handlar i hög grad om att bedöma transaktionsmönster, se ovan. Här i detta avsnitt är poängen att framhålla att transaktionsmönstren kan skifta utan att det därmed blir fråga om otillbörlighet. Detta för att omständigheterna indikerar att det inte varit konkursrisken och betalningssvårigheter som föranlett insättningarna, och därmed att en eventuell ond tro inte blir påfallande starkt uppfylld. Mer specifikt handlar det dock om att i bedömningen lägga in det objektivt konstaterbara faktum att banken, under en tid där de hävdas ha varit i ond tro om gäldenärens insolvens, hade ett val att avbryta med liten kreditförlust, men ändå valde att fortsätta. Givetvis kan det valet ha gjorts för att banken ville undvika risken för återvinning, men en sådan misstanke kan inte vara utgångspunkten i bedömningen. Ett mönster som typiskt sett pekar på icke otillbörlighet skall inte vändas till motsatsen.

Anmärkningsvis skall nämnas att det i doktrin ifrågasatts varför bankens vägran av ytterligare uttag efter en insättning skulle påverka bedömningen av betalningens karaktär.³⁵² Det är relevant att fråga sig varför man skall blanda in faktorer som inträffar efter rättshandlingen och kanske särskilt fristående beslut. Det är emellertid inget märkligt med att sätta rättshandlingen i sin kontext. En banks vägran att fortsätta innebär att karaktäristika för kontokrediter inte längre är aktuella och att en insättning i högre grad motsvarar betalning av en vanlig skuld. I en helhetsbedömning av insättningar i ett kontokreditförhållande är det absolut möjligt att använda kontexten på detta sätt. En banks motsatta beslut, d v s att inte stoppa vidare uttag, bör därför beaktas i en bedömning i förhållande till otillbörlighetsrekvisitet.

³⁵² Torgny Håstad, Supplementet 2004 till Sakrätt avseende lös egendom sjätte upplagan 1996, s 25, frågar sig, i anledning av domskälen i NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction), varför bankens vägran av ytterligare uttag efter en insättning skulle påverka bedömningen av betalningens karaktär. Den bedömdes som icke ordinär p g a vägran att fortsätta och p g a att banken väntat under lång tid på att en betalning skulle inflyta.

9.5.6 Slutsats av analysen av kontokrediters karaktäristika och otillbörlighet

Karaktäristika för kontokrediter visar att det finns anledning att beakta att förhållandet i princip omfattar flera krediter där förhållande kan variera över tid. Vad som ger anledning att hantera krediterna annorlunda än andra krediter, är att de ofta kan ha samband med varandra. Det finns med andra ord vanligtvis ett sammanhang som är relevant i en bedömning av otillbörlighet. Sammanhanget består i transaktionsmönster i förhållande till affärshandlingar i verksamheten, antal transaktioner, frekvensen av transaktioner, insättningar som leder till plussaldo och möjligheterna för banken att avbryta. Med dessa går det att peka ut perioder av kreditgivning som är karaktäristiska för kontokrediter.

Det finns anledning att betrakta dessa karaktäristiska perioder som åtminstone ordinära. I kombination med att det exempelvis saknas en påfallande stark uppfyllnad av tidsaspekten blir bedömningen än mer diskvalificerande. Om ett kontokreditförhållande med karaktäristiska/ordinära transaktioner pågått under låg tid skall därför stora delar av denna tid diskvalificeras från återvinning.

En slutsats av analyserna så här långt är därför att det finns anledning att diskvalificera vissa perioder av insättningar från återvinning. Framst förefaller detta vara perioder där transaktionerna med hänsyn till kontokrediters karaktäristika framstår som ordinära samtidigt som tidsaspekten inte är påfallande starkt uppfylld. Bedömnarna kan räkna bort transaktionsmönster som följer hur kontokrediter brukar hanteras och som inte ligger nära i tid innan konkursen. Härifrån finns det i sin tur anledning att göra undantag i de fall ondrosaspekten är påfallande starkt uppfylld, se bland annat föregående kapitel.

Till sammanhanget hör också mitt forskningsresultat kring nackdelsrekvisitet. Om beräkningen av nackdel skall omfatta bara de transaktioner som gjorts efter största minussaldo, kan antas att den period under vilken återvinningsbara insättningar gjorts bara handlar om en period närmast konkursen.

9.6 Otillbörliga insättningar och normens användbarhet för att bedöma kvalifikation

Min tredje analys kring normens användbarhet gick ut på att med den beskrivna otillbörlighetsnormen identifiera insättningar som skall kvalificera för återvinning. I linje med antagandet i slutet av föregående avsnitt handlar det i första hand om insättningar som minskat skulden under en period närmast konkursen. I andra hand handlar det om insättningar som gjorts tidigare än under en period närmast konkursen och främst om att ondrosaspekten är påfallande starkt uppfylld. Avsnitten nedan tar upp olika sidor av hur otillbörlighetsnormen kan användas.

9.6.1 Hur en faktisk skuldminskning i perioden närmast konkursen principiellt förhåller sig till otillbörlighet och aspekterna

Det faktum att en kontokreditskuld minskat under period närmast konkursen är i sig något som ger anledning till uppmärksamhet. Om gäldenären hamnar i ekonomiskt trångmål är det rationellt att gäldenären utnyttjar kontokrediten maximalt för att klara av likviditetsproblemen. Det förefaller därför typiskt att en kontokredit är maximalt utnyttjad vid konkursutbrottet. Omvänt förefaller det därför otypiskt att kontokreditskulden innan konkursen minskat genom insättningar.

Att det är otypiskt att kontokreditskulden minskat innan konkursen innebär inte att insättningarna behöver vara annat än ordinära. Insättningarna kan förstås följa transaktionsmönstren på sätt som beskrivits i föregående avsnitt, 9.5. Däremot är tidsaspekten stark och den bidrar därmed till otillbörlighet. Vad gäller ondrosaspekten ökar också sannolikheten för att den är stark i perioden innan konkurs. Det finns dock ingen direkt koppling i det avseendet. En borgenär kan även i perioden innan konkurs ha en låg grad av ond tro, exempelvis för att han saknar faktisk kännedom, men i och för sig borde ha insett.

Den enkla slutsatsen är att insättningar som lett till en faktisk skuldminskning i perioden närmast konkursen kan vara otillbörliga, men att det finns utrymme för att bedöma dem som icke otillbörliga.

9.6.2 **Avvikande transaktionsmönster i perioden innan konkurs**

Att ett transaktionsmönster som följer gäldenärens affärshändelser kan leda till bedömningen att transaktionerna varit ordinära har redan berörts i föregående avsnitt, 9.5. Omvänt kan ett transaktionsmönster som avviker från vad som är motiverat av gäldenärens affärshändelser bidra till motsatsen. I varje fall om mönstret innebär att gäldenären minskat sin skuld på ett sätt som kan jämföras med betalning. Det kan exempelvis handla om att gäldenären gjort särskilt omfattande insättningar som avviker från tidigare mönster.

Avvikelser av detta slag innebär att insättningarna inte kommer att bedömas som ordinära. I en period närmast konkursen, där även tidsaspekten är stark, innebär det att två aspekter bidrar till otillbörlighet. Att låta dessa aspekter väga över till kvalificerande nivå verkar vara en användbar lösning. Det innebär att konkursboet får identifiera avvikelser i transaktionsmönstret under perioden närmast konkurs.

När det gäller den avvikelse som följer av att någon av parterna säger upp kontokrediten vill jag hänvisa till nästa avsnitt.

9.6.3 **Insättningar som gjorts i tidigare perioder än perioden närmast konkurs**

Om tidsaspekten är av sådan vikt som redovisats på flera ställen ovan, kan man fråga sig i vilka situationer insättningar kan ses som otillbörliga när tidsaspekten inte bidrar. Med andra ord handlar det om i vilka fall en insättning kan anses otillbörlig om den gjorts vid en annan tid än perioden närmast innan konkursen? Utifrån vad som redovisats hittills i detta kapitel går det att dra slutsatsen att det i de fallen behöver handla om en hög grad av ond tro. Det är främst den aspekten som kan bidra till otillbörligheten, eftersom såväl icke ordinära insättningar och insättningar med stora belopp späds ut eller bleknar med tiden. De gör antagligen det i högre grad än vad en särskilt stark ond tro bleknar.

Som nämnts, i kapitel 8 och ovan, skulle ett sätt att nå en särskilt hög grad av ond tro kunna vara att banken vet om att gäldenären agerar med avsikt att gynna banken. I avsnitt 8.2 har jag påpekat att forskningsresultatet i kapitel 8 får en särskild funktion just i de fall insättningar som gjorts lång tid innan konkursen är diskvalificerade på grund av de andra aspekterna. En väg att kvalificera transaktioner som gjorts lång tid innan konkursen skulle kunna vara att lägga vikt vid att det just handlar om en hög grad av ond tro.

Rent logiskt skulle det också kunna bidra till otillbörlighet om insättningarna inte är ordinära och om de avser stora belopp. Att dessa aspekter späds ut och bleknar med tiden innebär inte att de behöver bli betydelslösa.

Resonemanget kan föranleda frågan om det någon gång kan räcka med en hög grad av ond tro? Kan med andra ord ond tro göra en insättning otillbörlig trots att det handlar om normala belopp, ordinära transaktioner och en tidpunkt som inte är i perioden närmast konkurs? Rent principiellt synes det inte finnas någon anledning att utesluta detta. Otillbörlighetsrekvisitet skall ge utrymme för rättsutveckling. Dessutom kan anmärkas att det anses att straffbara handlingar, och även nästintill straffbara handlingar, skall kunna angripas med återvinning. Det har till och med hävdats att om alla rekvisit är uppfyllda utan att något är påfallande starkt uppfyllt, kan det möjligen ändå vara så att någon annan omständighet skall anses göra betalningen otillbörlig. Exempel som nämnts är att handlingen är straffbar eller uppfyller flera av rekvisiten för straffbarhet.³⁵³

Att använda en särskilt hög grad av ond tro som enda kvalificerande aspekt kan i praktiken vara besvärligt med hänsyn till svårigheterna att bevisa. I de fall som bevisning föreligger synes det dock bli relativt oproblematiskt. Det handlar om ett komplement till alla de andra möjligheterna som otillbörlighetsrekvisitet ger, så länge övriga aspekter kan användas.

En ytterligare fråga för detta avsnitt är slutligen om det kan tänkas att det skall räcka med att en insättning är icke ordinär och avser ett stort belopp? Således handlar det om att den onda tron inte är hög och tidsaspekten inte heller är påfallande stark. I princip finns det inte anledning att utesluta en sådan möjlighet. Jämfört med den situation som nyss behandlats synes det dock bli svårare att använda en sådan linje. Visst går det att identifiera beloppen som särskilt påfallande och likaså att identifiera insättningar som icke ordinära, men med tiden har de trots allt späts ut och bleknat. Det handlar också om två aspekter med kopplingar till varandra. Att låta dessa aspekter vara de enda kvalificerande kan komma att innebära att det avgörande blir att en insättning är avvikande. Frågan är om en sådan linje inte blir besvärlig att hantera. Utan tidsaspekten och ondrosaspekten kan det antagligen bli besvärligt att dra en gräns eftersom de helt enkelt bidrar med sammanhang. Det är dock alltså inte otänkbart. Otillbörlighetsrekvisitet skulle kunna användas på sådant sätt.

³⁵³ Vilket jag också nämnt ovan. SOU 1970:75 s 160. Proposition 1975:6 s 204. Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 156. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013 s 130.

9.6.4 Särskilt om minskningens storlek

I bedömningen av belopps- och ordinäritetsaspekten kan det finnas anledning att beakta om krediten bara minskat genom insättningarna eller om den mer eller mindre utsläckts. Insättningar som mer eller mindre utsläcker krediten är omständigheter som skulle kunna beaktas som mer bidragande till otillbörlighet, jämfört med andra som inneburit samma effekt i absoluta tal. Tanken om att alla borgenärer skall dela på bördan i en konkurs skulle kunna leda i denna riktning. Att en borgenär klarar sig utan att behöva dela särskilt mycket av bördan skulle kunna ses som ett bidrag till otillbörligheten i högre grad än om borgenären trots en lika stor insättning ändå är med och delar bördan.

Den eventuella skillnad som skulle kunna konstrueras kan göras beroende av i vilken period minskningen görs. En minskning till nära noll i en period närmast konkursen kan anses bidra med mer än motsvarande minskning i ett tidigare skede. Som nämnts i avsnitt 9.5.5 kan däremot minskningar till nära noll och som görs i tidiga skeden, bidra till ordinäritet.

9.6.5 Kvantifieringsanalyser

Analysen i detta avsnitt, 9.6, pekar på att det finns anledning att göra skillnad mellan perioden närmast konkursen och tidigare perioder. I perioden närmast konkursen bidrar tidsaspekten och även om insättningarna bedöms vara ordinära kan bedömningen bli kvalificerande. Handlar det om tidigare perioder är det först och främst ondrosaspekten som bör bedömas. En fråga är då vad som skall anses vara perioden närmast konkursen och vad som inte är det? För att normen skall bli användbar behöver detta klargöras. En motsvarande oklarhet är vilka nivåer av belopp som skall betraktas som kvalificerande. Utifrån gjorda analyser har beloppsaspekten visserligen inte den betydelse för sammanhang som tids- och ondrosaspekten har, och den har därmed inte samma betydelse för hur normen används, men likafullt måste beloppsstorlek kunna ha betydelse. Det finns således anledning att försöka analysera hur man skulle kunna bestämma vad som skall göra tidsaspekten och beloppsaspekten kvalificerande.

9.6.5.1 *Analys kring vad som kan vara kvalificerande i tidshänseende*

Att avgöra vad som skall ses som kort tid respektive lång tid kan förefalla vara en hopplös uppgift eftersom det handlar om relativa begrepp. Beträffande återvinning finns det dock en relevant kontext att relatera till. I denna

kontext är insolvens, konkurs och återvinning faktorer som påverkar hur vi uppfattar relevant tidsrymd. Likaså är kontokredit en sådan faktor. Att det för det mesta handlar om kontokredit för någon form av verksamhet är också relevant.

Insolvens är en företeelse som i tidshänseende inte kan pågå hur lång tid som helst. Det finns visserligen exempel på verksamheter som trots insolvens påstås ha överlevt i flera år, men detta får antagligen betraktas som ovanligt.³⁵⁴ Konkurs och återvinning är begrepp som visserligen kan förknippas med utdragna förfaranden, men de tidsförlopp som förfarandena avser är typiskt sett kortare än de mest utdragna förfarandena. Tidsenheten ”år” är relevant, men enheten ”månader” är antagligen mer användbar. I förhållande till begreppen kontokredit och verksamhet som förknippas med kontokredit, pekar dessa i riktning mot tidsenheter som dagar och veckor. Givetvis förekommer det variationer beroende på verksamhetens art och de faktiska förhållandena, men det bör ändå handla om dagar och veckor snarare än år. För att ett förhållande skall uppfattas som ett reellt kontokreditförhållande och inte betraktas som enstaka krediter, behöver det ha förekommit transaktioner med en någorlunda frekvens, se inledningen av avsnitt 9.5. Man kan också säga att svårigheter med att bedöma återvinning av kontokredit knappast uppträder om det handlar om enstaka transaktioner per år. Då blir det i hög grad fråga om förhållanden som kan likställas med enstaka krediter och de kan då behandlas som sådana i återvinningshänseende.

Analysen i detta avsnitt pekar således på att lång tid som utgångspunkt är sådan där tidsenheten år används. Kort tid är sådan där tidsenheten dagar och veckor används. Tid som mäts i månader ligger däremellan.

Analysen må vara enkel och kanske kan uppfattas som fänig, men samtidigt bidrar den med en form av förståelse för flera av de övriga analyser som gjorts. Om dessa analyser hela tiden betraktas från utgångspunkten att det inte går att säga något alls om vad som är kvalificerande i tidshänseende blir förståelsen oklar.

³⁵⁴ Att beträffande empiri hänvisa till rättsfall från HD är förstås inte vettigt, men kanhända är åkeriägaren Evert i NJA 1973 s 635 (Evert i Leipojärvi), någon sorts rekordinnehavare i att överleva insolvens, om man får tro på konkursförvaltarens uppgifter. För mer relevant, men allmän, statistik om konkurser, se exempelvis SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler, s 123–142. För en historisk överblick Marcus Box, Karl Gratzer och Xiang Lin, Konkurs och konjunktur i Sverige 1830–2010, Insolvensrättslig tidskrift, 2016 s 20–36.

9.6.5.2 *Analys kring vad som kan vara kvalificerande i beloppshänseende*

En analys av hur man kan bestämma en kvalificerande nivå för belopp är om möjligt ännu mer besvärlig än att analysera tidsaspekten. För belopp ger kontexten med insolvens, konkurs, återvinning, kontokredit och verksamhet, nämligen ännu mindre än vad motsvarande kontext ger beträffande tidsaspekten. Vad som kan konstateras är dock att transaktionskostnaderna är en relevant kontext. Om beloppet är så lågt att det kostar mer att återvinna än att låta bli, skall återvinning förstås inte göras. Även i otillbörlighetsbedömningen kan därför ett icke kvalificerande belopp definieras genom transaktionskostnaderna.

Ett annat sätt att betrakta vad som kan vara kvalificerande är att förhålla sig till gäldenärens och borgenärernas ekonomi. Om beloppet är så stort att alla andra borgenärer skulle få hög utdelning efter en återvinning, framstår insättningen som mer otillbörlig än om det knappt gör någon skillnad för dem. Så länge borgenärernas förutsättningar inte påverkar på något avgörande sätt skulle bedömaren kunna diskvalificera insättningen från återvinning.

Till saken hör att det finns anledning att se nivån för kvalificerande belopp som beroende av de övriga aspekterna. Som nämnts, i avsnitt 9.4, bör ett stort belopp vara kvalificerande medan det faktum att beloppet är litet belopp knappast bidrar särskilt mycket i diskvalificerande riktning. Att utesluta återvinning för att beloppet är lågt medan de övriga aspekterna är starka kommer knappast på fråga. I så fall får det handla om ett så lågt belopp att det snarare är transaktionskostnaderna som av praktiska skäl hindrar. Att enbart på grund av beloppets storlek återvinna samtidigt som övriga aspekter inte är påfallande starkt uppfyllda, bör, principiellt sett, kräva ett betydande belopp. Det skulle nämligen innebära att återvinna en ordinär insättning som gjorts lång tid innan konkursen under omständigheter då banken visserligen borde insett insolvensen och otillbörligheten, men inte kan beslås med att ha haft kännedom om detta. För att en sådan återvinning skall godtas får det ha handlat om en betydande rubbning av balansen mellan borgenärerna.

Jag kan fortsätta analysen kring kvantifiering av belopp genom att bredda kontexten med sådant som storlek på förvaltararvode, risker med återvinningsprocesser, vad ett genomsnittligt företag kan förlora utan avgörande svårigheter, o s v, men jag bedömer det inte som meningsfullt. Jämfört med betydelsen av att i en analys kvantifiera vad som kan vara kvalificerande i tidshänseende är betydelsen av att kvantifiera beloppsaspekten mindre.

Utifrån de analyser jag gjort påverkar den inte otillbörlighetsrekvisitetets användningsbarhet i särskilt stor utsträckning.

9.6.6 Slutsats om normens användbarhet

I detta avsnitt har jag gjort en av flera analyser om den aktuella normens användbarhet i otillbörlighetsbedömningen. En slutsats är att normen är användbar. Det förefaller i varje fall i teorin gå att använda den för att identifiera och kvalificera insättningar som skall återvinnas. Normen går att använda såväl i perioder där kontokreditrelationen inte fungerat på för kontokrediter karaktäristiskt vis, som i perioder där den fungerat på sådant vis.

Analysen pekar som nämnts på att det finns anledning att göra skillnad mellan perioden närmast konkursen och tidigare perioder. I perioden närmast konkursen bidrar tidsaspekten på sätt som innebär att även om insättningarna bedöms vara ordinära kan bedömningen bli kvalificerande. I tidigare perioder är det först och främst ondtrösaspekten som bör bedömas. Att identifiera eller med andra ord avgränsa vad som är perioden närmast konkursen respektive tidigare perioder, förefaller inte vara ett oöverstigligt problem.

Till saken hör då att det med hänsyn till nackdelsrekvisitetet bara blir den period som kommer efter det största minussaldot som blir aktuell för bedömning. Beträffande denna period finns det särskild anledning att analysera förhållandena i de fall då parterna avvecklat förhållandet på formellt vis och med andra ord sagt upp kontokrediten. I nästa avsnitt redovisar jag en särskild analys avseende denna del.

9.7 Uppsägning av kontokrediten

Ett specialfall som är väsentligt för normens användbarhet är de fall då banken säger upp kontokrediten och gäldenären betalar. Jag ägnade en särskild, fjärde, analys åt dessa fall. I analysen identifierade jag skillnader mellan avveckling av ett kontokreditförhållande jämfört med avveckling av en enskild kredit, i en återvinningskontext.

Kontokrediter är varaktiga avtalsförhållanden, d v s de avbryts relativt sällan. En uppsägning av kontokrediten driver dessutom fram en minskning av skulden. Typiskt sett bör en avveckling efter uppsägning därför vara något som skall beaktas i en bedömning. Det är inte bara aspekten ordinäritet som berörs.

9.7.1 Bankens uppsägning – ett dilemma

En uppsägning från bankens sida beror typiskt sett på att gäldenären inte följt avtalsvillkoren. Det kan exempelvis handla om att kontokrediten konstant utnyttjas till så höga nivåer att den reella kreditrisken är större än den risk banken gått med på. Ett annat exempel är att överenskomna rutiner inte följs. När det handlar om sådana brister, som alltså har med betalning och insättningar att göra, kan det vara svårt att skilja mellan en uppsägning som beror på avtalsbrott och en uppsägning som beror på risk för obestånd. Bristande betalning beror inte sällan på ett annalkande obestånd och bristande betalning ger i princip anledning för banken att misstänka obestånd. Misstanken om obestånd innebär ond tro och det är dessutom i sin tur en omständighet som bidrar till att den avveckling som följt på uppsägningen skall bedömas som otillbörlig.

En bedömning av en avveckling som gjorts efter en banks uppsägning av kontokredit, synes med andra ord sluta i att ett sådant förfarande kan leda till ond tro. Därtill kan förfarandet bidra till att den onda tron bedöms som kvalificerad, något som i sin tur bidrar till otillbörlighet. Eftersom varje del av bedömningen i åtminstone teorin kan utfalla på annat sätt är det inte fråga om någon absolut koppling. En bank som säger upp en kontokredit på grund av bristande betalning kan förstås vara i god tro om gäldenärens insolvens, exempelvis för att banken blir vilseledd. I praktiken blir det dock ett stort fält där kopplingarna mellan rekvisiten kan antas bli mer eller mindre absolut. Detta beror bland annat på att det finns anledning att ställa höga krav på bankers insikter om gäldenärens ekonomi. Likaså finns det skäl att ställa höga krav på att de följer upp den information de får. Ett skäl till detta är att det ligger i bankernas roll i marknadsekonomin att de i viss mån övervakar aktörerna i hela marknadens intresse.³⁵⁵ Den information som banken har om gäldenären kommer indirekt marknaden till del genom att banken avbryter sina relationer med dem som i alltför hög grad avviker i riskhänseende.

Den nära kopplingen mellan rekvisiten försätter både banken och samhället i ett dilemma. Vi vill, i samhällets intresse, att bankerna säger upp sina kreditavtal med gäldenärer som avviker. Det är också bankernas skyldighet

³⁵⁵ Enligt teorierna om ”monotoring costs” och antagandet att banker är den borgenärskategori som vanligtvis har lägst kostnader för detta. Se exempelvis SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler, s 151, bilaga 7 s 18–19.

mot sina egna borgenärer och intressenter.³⁵⁶ Bankerna förväntas aktivt övervaka marknadsaktörerna.³⁵⁷ Men, om banken säger upp en kontokredit riskerar banken i högre grad att avvecklingen bedöms som återvinningsbar. Så hur kan en tillämpare av otillbörlighetsrekvisitet resonera i fall som dessa?

9.7.2 Lösning på dilemmat

För att otillbörlighetsnormen skall bli användbar i dessa situationer behöver den utvecklas. En praktisk lösning på dilemmat behövs. I sammanhanget vill jag återigen använda citatet i avsnitt 8.4.1:

”En synnerligen viktig aspekt är, att denna kvalifikation måste utformas så, att otillbörlighetsrekvisitet går att hantera i praktiken.”³⁵⁸

En möjlig lösning innebär att den relevanta tidsperioden bestäms till en relativt kort period innan konkursen, jfr avsnitt 9.6.5.1 ovan. För att insättningarna skall anses bidra till otillbörlighet skall de därmed ha ägt rum kort tid innan konkursen. Som kort tid anses 3 månader vara. Vad som kan angripas med återvinning blir i princip de insättningar som görs inom tre månader. Konkursboet kan då i första hand använda KonkL 4:10 för att återvinna icke ordinära och avsevärt stora insättningar. I den mån KonkL 4:10 inte ger effekt kan KonkL 4:5 användas. Tidsaspekten bidrar då till otillbörligheten. Det gör även det faktum att det handlar om just en avveckling. För att insättningar som gjorts tidigare än tre månader skall återvinnas, med KonkL 4:5, får ondros-, ordinäritets- och beloppsaspekten, stå för hela bidraget till kvalificeringen. Lösningen ligger inom ramen för en ordinär bedömning och sammanvägning av olika faktorer. Det blir en påbyggnad för att nå en praktisk användbarhet.

En annan möjlig lösning av dilemmat är en mer direkt kvalitativ prövning utifrån analysen av dilemmat. Denna andra lösning innebär en bedömning av om banken agerat korrekt i sin roll av övervakare. Om banken gjort vad den skall och sagt upp en kontokredit som missköts, skall avvecklingen inte ses som otillbörlig av det skälet. Har banken gjort vad den skall blir det därför i princip bara återvinning enligt den objektiva regeln i KonkL 4:10

³⁵⁶ Jfr Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 154 och 127. Han kritiserar Gertrud Lennander som hävdar att särskild press från borgenären bör bidra till otillbörlighet. Se även Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar, Del I, Supplement 24, februari 2014 s 4:34 och 4:67. Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013 s 134.

³⁵⁷ Se även nedan kapitel 21.

³⁵⁸ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 162, även 3 u, 2004 s 157.

som blir aktuell, såvida det inte finns andra omständigheter som påfallande starkt bidrar till otillbörlighet. Banken får med denna lösning ett uttalat incitament att ta sin roll av övervakare och inget skäl att undvika information om bakgrunden till en betalningsbrist. När något inte fungerar skall saken undersökas och om det finns brister skall förhållandet sägas upp. Så länge uppsägningen görs i linje med bankens roll skall den inte bedömas som otillbörlig.

Det kan påpekas att banken oavsett lösning får skäl att försöka genomföra en avveckling på ett sätt som i så liten mån som möjligt ökar risken för konkurs. Återvinningsmöjligheten i KonkL 4:10 ger skäl att genomföra avvecklingen på sätt som om möjligt bidrar till att gäldenären klarar sig från konkurs under tre månader efter.

9.7.3 Gäldenärens uppsägning

Vad jag här redovisat avser uppsägning från bankens sida. En sådan uppsägning bör vara jämställd med en uppsägning görs av gäldenären så länge den görs *i borgenärens intresse*. Faktiskt kan man tänka sig att just en sådan variant i högre grad bidrar till otillbörlighet. Ett sådant förfarande kan nämligen handla om att dölja det faktum att uppsägningen görs i borgenärens intresse.

Uppsägningar som görs av gäldenären *i gäldenärens legitima intresse* leder däremot i princip inte till någon otillbörlig avveckling. Om gäldenären exempelvis vill byta bank, för att villkoren är bättre hos en konkurrent, ligger avvecklingen rent av i övriga borgenärens intresse. De gynnas av att gäldenären får bättre villkor.

9.8 Den rättsdogmatiska utredningen av om normen för otillbörlighetsbedömning skall användas

Forskningsresultatet som presenteras i detta kapitel är som nämnts att den norm för otillbörlighetsbedömning som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin är användbar. Till de metoder jag använt för att nå detta resultat hör också en rättsdogmatisk utredning. Det bidrag som den rättsdogmatiska utredningen kan bidra med i frågan är inte ett normativt besked om användbarhet. Vad jag vill spegla med de dogmatiska utsagorna är vad respektive författare kommit fram till beträffande hur det skall fungera. Härefter ligger ett antagande om att författarna också menar att vad de förespråkat är användbara lösningar.

Den rättsdogmatiska utredningen består av två delar. I den första delen redovisar jag min utredning av stödet för att använda den aktuella normen för otillbörlighetsbedömning, se även 8.4.2. Den andra delen av utredningen nedan är inriktad på normativa utsagor om de olika aspekterna.

9.8.1 Den grundläggande förarbetsutsagan

Som nämnts, i avsnitt 8.4.2, finns ursprunget till den norm för otillbörlighetsbedömning som undersökts i detta kapitel (9) i en utsaga i förarbetena. Den lyder:

”När betalningen är att anse som ordinär men borgenären kände till att gäldenären var eller blev insolvent, ger beredningens förslag i denna paragraf enligt min mening tillräckliga möjligheter till återvinning. En sådan betalning av ett betydande belopp som görs till en oprioriterad borgenär kort före konkursutbrottet torde nämligen för det mesta få anses som otillbörlig. Att återvinning utesluts i de undantagsfall då betalning av detta slag inte kan betecknas som otillbörlig är enligt min mening inte ägnat att inge betänkligheter.”³⁵⁹

Som framgår är det en utsaga som i första hand syftar till att framhålla att ordinäritet inte skall hindra återvinning. Det förefaller inte finnas någon ambition att etablera någon mer allmän norm till stöd för otillbörlighetsbedömningen.

Den som ändå vill använda utsagan som generellt normativt stöd kan dock givetvis påpeka att om aspekterna belopp, tid och ond tro skall anses kunna övertrumfa ordinäritet, så borde dessa aspekter vara än mer kvalificerande när ordinäritet inte föreligger. Utifrån detta argument finns det dock anledning att påpeka att vad förarbetsutsagan ger stöd för är att otillbörligheten är uppfylld när alla tre aspekterna är starka. Vad som står är att borgenären ”kände till”, att beloppet var betydande och att betalningen gjordes kort tid innan konkursen. Således skulle det kunna gå att hävda att alla tre aspekterna måste vara uppfyllda i hög grad.

³⁵⁹ Proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 208. Jfr SOU 1970:75 Utsökningsrätt X Materiell konkursrätt, s 160.

9.8.2 Citerad och använd i praxis

Det enda kontokreditfallet där HD faktiskt gjort en prövning av otillbörligheten, är som nämnts, i avsnitt 8.4.2, NJA 1978 s 194 (Stelvio). HD citerar här förarbetsutsagan och framhåller sedan beloppets storlek som betydande och anger den onda tron som kvalificerad:

”Enär de belopp som sålunda överförts till banken varit betydande, har banken gynnats framför andra borgenärer på ett otillbörligt sätt. Banken har känt till de omständigheter som gjort överförandet av beloppen till banken otillbörligt.”

Fallet utgör därför stöd för normens användbarhet. Med hänsyn till hur kortfattade domskälen är på denna punkt ger fallet inte något starkt stöd. Eftersom domarna inte nämner tidsaspekten skulle fallet kunna användas för att hävda att alla aspekter inte behöver vara starka. I fallet var det dock fråga om tidsperioden tre veckor innan konkurs.

9.8.3 Doktrinen variant

I doktrin har utsagan tolkats på aningen annat sätt. Som också framgått ovan, avsnitt 8.4.3, hävdas i doktrin att det räcker att någon av *de övriga rekvisiten* skall vara påfallande starkt uppfylld.

”Kvalifikationen bör i allt fall vara för handen, då något av de övriga rekvisiten i bestämmelsen är påfallande starkt uppfyllt, t.ex. då transaktionen avsett ett stort belopp och alltså varit till avsevärd nackdel för borgenärerna eller då gäldenären varit klart insolvent och hans konkurs nära förestående. På samma sätt kan otillbörlighetsrekvisitet brista, om något av de övriga rekvisiten endast är svagt uppfyllt, t.ex. då det adekvata orsakssambandet mellan rättshandlingen och skadan är tveksamt eller då medkontrahenten visserligen bort inse att gäldenären var insolvent, men rent subjektivt – på felaktiga och i och för sig ej godtagbara grunder – trots att gäldenären skulle klara upp situationen.”³⁶⁰

En annan utsaga med motsvarande innebörd är:

”... en otillbörlig transaktion är en transaktion, där dels de övriga rekvisiten i 4:5 är uppfyllda, dels något av rekvisiten är påfallande starkt uppfylld (betalning har t.ex. skett med ett betydande belopp), dels inga omständigheter i fallet talar

³⁶⁰ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 165, även 3 u, 2004 s 158.

emot att transaktionen bedöms som otillbörlig och där en helhetsbedömning av samtliga omständigheter visar transaktionens extraordinära karaktär.”³⁶¹

Till dessa utsagor kan också läggas följande, från avsnitt 8.4.2, som närmast pekar på att det är ofrånkomligt att inte beakta de övriga rekvisiten:

”Trots att lagtexten närmast ger uttryck för att otillbörligheten skall bedömas skild från övriga rekvisit, utgörs de omständigheter som medför otillbörlighet nästan alltid av samma omständigheter som bedöms inom ramen för övriga rekvisit.”³⁶²

Som synes syftar författarna på de övriga rekvisiten, och inte på de aspekter som anges i förarbetsutsagan. Skillnaden mellan rekvisit och aspekter är dock inte särskilt stor. Tid, ond tro och ordinäritet är såväl rekvisit som aspekter. Beloppsaspekten motsvaras av gynnande/nackdels-rekvisitet.

Dessa doktrinutsagor har helt klart ambitionen att ge stöd för otillbörlighetsbedömningen och de pekar klart ut att de övriga aspekterna, eller med andra ord rekvisiten, skall ges betydelse i bedömningen.

9.8.3.1 *Ytterligare utsagor kring förhållandet mellan aspekter*

Utöver de nämnda doktrinutsagorna, som ger mer direkt stöd för att använda alla aspekterna i normen för otillbörlighetsbedömning, finns det ytterligare utsagor om förhållandet till ordinäritetsaspekten. Med dessa hävdas att det skall finnas ett utrymme för att med KonkL 4:5 att återvinna även ordinära betalningar, trots att de inte kan återvinnas med KonkL 4:10.³⁶³ De bygger på förarbetsutsagan i avsnitt 9.8.1.

9.8.3.2 *Avvikande utsagor*

Det skall i denna redovisning noteras att det i doktrinen också finns utsagor som pekar i andra riktningar. Den mest tydliga kritiska utsagan (även i avsnitt 8.4.3) är att det borde handla om en helt annan konstruktion, för att slippa otillbörlighetsbedömning:

”... synes värt att överväga att stryka kravet på fristående otillbörlighetsprövning – gynnande etc och ond tro är illa nog – och istället införa ett undantag

³⁶¹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 165, även 3 u, 2004 s 158.

³⁶² Mikael Möller, Om återvinning av hävning, i festskrift till Gösta Walin, 2002, s 417, på s 426–427.

³⁶³ Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 156–157. Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996 s 277.

vid särskilda rättfärdigande omständigheter och beträffande åtgärder av mindre betydelse.”³⁶⁴

Till utsagor om andra riktningarna hör också dem som handlar om att ett fingerat syfte med transaktionen skall ha betydelse. De uttrycker sådant som att ett typiskt sett illojalt syfte skall kunna angripas.³⁶⁵ Här finns också en utsaga i praxis om att angripa rättshandlingar som framstår som föranledd av någon omständighet.³⁶⁶ Samtidigt finns också utsagor om att inte lägga vikt vid subjektiva aspekter, se avsnitt 8.4.1.³⁶⁷ Likaså finns det utsagor om att göra en sorts objektiv bedömning av orsaken till rättshandlingen:

”Den övergripande frågan måste, såvitt jag kan förstå, vara huruvida betalningen – efter en objektiv helhetsbedömning – förefaller ha påverkats av gäldenärens hotande konkurs.”³⁶⁸

En linje går ut på att det vid ordinära betalningar krävs att situationen var så präkär att betalningen framstår som ett gynnande framför andra.³⁶⁹ Detta skulle innebära något annat än en bedömning av aspekterna, förutom då att ordinäritetsaspekten alltjämt ges vikt.

Det finns också ett omdöme om praxis där författaren hävdar att praxis med ett undantag, visar att HD gjort en rent objektiv bedömning och i allmänhet grundat sig uteslutande på den undandragna egendomens värde.³⁷⁰

De doktrinutsagor som pekar i andra riktningar innebär förstås inte stöd för den norm för otillbörlighetsbedömningen som undersökts i detta kapitel. Att de inte ger stöd kan tolkas som att argument mot normens

³⁶⁴ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996 s 268 not 256.

³⁶⁵ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 163, även 3 u, 2004 s 156–157. Jfr Gösta Walin som menar att Lennanders utsaga om illojalitet inte ger så mycket ledning. Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 154. Eugén Palmér och Peter Savin refererar dock Gertrud Lennander på denna punkt, Konkurslagen, En kommentar, Del I, Supplement 24, februari 2014 s 4:33–4:34. Hans Renman använder en liknande skrivning som Gertrud Lennander, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013 s 122.

³⁶⁶ HD i NJA 1983 s 737 (ME-FA Maskiner).

³⁶⁷ Knut Rodhe, Handbok i Sakrätt, 1985 s 273. Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996 s 268, som kritiserar HD i NJA 1983 s 737 (ME-FA Maskiner).

³⁶⁸ Gertrud Lennander, Otillbörlig betalning till företagshypoteksborgenär, med medel som erhållits ur säkerheten, och extraordinär insättning på checkkreditkonto: Två rättsfall om återvinning i konkurs, JT 1990–91 s 468–476, citatet från s 476.

³⁶⁹ Lars Welamson och Mikael Mellqvist, Konkurs – och annan insolvensrätt, 11 u, 2013 s 113 och 125, 12 u, 2017 s 118 och 130. Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014 s 4:36.

³⁷⁰ Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, 1996 s 268.

användbarhet. Å andra sidan är alla utsagorna mycket kortfattade och det finns anledning att inte lägga in en så specifik betydelse i dem som en kritik mot just normens användbarhet. I några fall handlar det dessutom om utsagor som gjorts av författare som gjort de utsagor som ger klart stöd för normen om otillbörlighetsbedömning.

9.8.4 Slutsats – stöd för normen

En slutsats av den rättsdogmatiska utredningen om huruvida den angivna normen för otillbörlighetsbedömningen skall användas är att det finns klart stöd i rättskällorna för detta. I varje fall finns det inget i rättskällorna som på något avgörande sätt talar emot. Härmed dock inget sagt om att normen skulle vara den enda möjliga rättsligt försvarbara lösningen.

9.9 Den rättsdogmatiska utredningen av aspekterna

I underavsnitten nedan redovisar jag min utredning av vad som i rättsdogmatiskt hänseende går att hämta beträffande aspekterna. För samtliga aspekter redovisar jag vad som står att finna i rättspraxis om kontokrediter. Det handlar främst om fyra fall som HD prövat. NJA 1937 s 351 (Kreuger & Toll), NJA 1978 s 194 (Stelvio), NJA 1990 s 649 (Travränaren) och NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction).³⁷¹ Av dessa fall är det bara ett, Stelvio, där otillbörlighet var avgörande. Övriga kontokreditfall från HD, d v s Kreuger, Travränaren och Ekblad, har avsett andra återvinningsregler och belyser därför inte tillämpningen av otillbörlighetsrekvisitet. Jag skall här ändå framhålla i vilken mån fallen speglar de olika aspekterna. Beträffande tre av fallen är detta inte relevant i rättsdogmatiskt hänseende, och det utgör heller ingen användbar empiri, men det illustrerar vilka kontokreditfall som uppmärksammats i praktiken.

9.9.1 Tidsaspekten

Vad gäller tidsaspekten är det tydligt att alla de fyra fallen gällde insättningar kort tid innan konkursen. I Kreuger vändes ett två veckor gammalt minussaldo om 288 092 kr till plussaldo *två dagar* innan särskild undantagslag-

³⁷¹ Andra HD-fall kring otillbörlighetsrekvisitet och betalning är: NJA 1981 s 562 (GAD Restaurant), NJA 1985 s 29 (Simiaprodukter), NJA 1990 s 562 (Stålmanufaktur), NJA 1998 s 487 (EBN Center). Se även Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 u, 2013, s 125.

stiftning infördes. I Stelvio gjordes insättningar under *tre veckor* innan konkursen, netto 33 523 kr. I Ekblad gjordes insättningen om 1 080 937 kr vid ett tillfälle *16 dagar* innan konkursen. Endast i Travtränaren gjordes insättningar längre tid än alldeles innan konkursen. Två insättningar om totalt 100 655 kr återvanns när de gjordes knappt *tre månader* innan konkursen. Samtidigt var dessa två insättningar de enda transaktionerna som gjorts på kontot under hela året innan konkursen.

Den rättsdogmatiska slutsats som går att dra från praxis är att det inte finns något kontokreditfall som ger stöd för att återvinna insättningar som gjorts mer än kort tid innan konkursen. En sådan slutsats ger egentligen inte stöd för någon slutsats om vad normen skall innebära.

För den som vill konstruera ett rättsdogmatiskt stöd kan man kanske tänka sig en möjlighet att använda lagtexten. Det handlar då om att snegla på de tidsfrister som stadgas. Tre månader är den frist som lagstiftaren använt som schablon i specialregeln för återvinning av just betalningar, d v s i KonkL 4:10. Specialregeln bygger visserligen på enbart objektiva rekvisit och måste därför begränsas schablonmässigt för att inte bli för vidsträckt, men det är en schablon som säger något om vilket tidsintervall som allmänt får anses akut. Vad som görs inom tre månader före konkursen är kanhända generellt sett sådant som kan vara föranlett av just konkurshotet.

9.9.2 Beloppsaspekten

Av vad som nyss nämnts följer att beloppen i tre två av fallen, Kreuger 288 092 kr och Ekblad 1 080 937 kr, var betydande. Även i fallet Travtränaren var beloppet stort, 100 655 kr. De 33 523 kronorna i fallet Stelvio framstår däremot som ett mindre anmärkningsvärt belopp. Ändå angav HD:s majoritet uttryckligen att de ansåg beloppet vara betydande: ”Enär de belopp som sålunda överförts till banken varit betydande...” Penningvärdesförändringen sedan 1978 kan förklara detta. Insättningarna i Stelvio är visserligen det minsta beloppet av de fyra fallen även omräknat till dagens värde, men de 33 523 år 1978 blir mer än 133 000 kr och ett nästan lika stort belopp som i Travtränaren.

Beaktat penningvärdesförändringen var de 288 092 i Kreuger för övrigt det överlägset största beloppet, nära 8,5 miljoner kr i värde per 2018.

I rättsdogmatiskt hänseende går det att dra en slutsats av fallet Stelvio som innefattade en otillbörlighetsbedömning. HD angav där att de bedömde beloppet som betydande och de använde denna bedömning som grund för sitt ställningstagande. Således skall 33 523 kr anses som ett betydande

belopp. Huruvida rättsdogmatiskt stöd behövs för att ta hänsyn till penningvärdesförändringar lämnar jag öppet, men medräknat sådan kan fallet användas som stöd för att ett belopp på nära 133 000 kr i 2018 års penningvärde skall anses som betydande.³⁷²

9.9.3 Ordinärhetsaspekten

Beträffande ordinärheten kan konstateras att fallen Travtränaren och Ekblad gällde klart avvikande transaktionsmönster. Med hänsyn till omständigheterna kan man säga att de framstod som betalningar snarare än insättningar. Det handlade om enstaka insättningar på konton där transaktioner i stort sett inte längre företogs. I det sistnämnda fallet tillät banken inte heller vidare uttag efter insättningen. Inget av fallen avgjordes dock med otillbörlighetsrekvisitet.

I fallen Kreuger och Stelvio avvek insättningarna däremot, såvitt framgår, inte i särskilt hög grad från tidigare transaktionsmönster. Transaktionerna förefaller ha följt affärshändelser.

I doktrin finns flera kortfattade anmärkningar av betydelsen att normala insättningar på en checkkredit är ordinära.³⁷³ Utsagorna motiveras inte med någon analys och får snarast ses som omdömen som det saknas anledning att ifrågasätta.

Den självklara slutsatsen i rättsdogmatiskt hänseende blir att normala insättningar på kontokrediter skall ses som ordinära i otillbörlighetsbedömningen. Omvänt skall onormala insättningar ses som icke ordinära.

9.9.4 Ondtrosaspekten

För aspekten ond tro kan konstateras att fallet Stelvio kan vara vägledande för betydelsen av olika nivåer av ond tro. Det handlar då dock bara om att det finns anledning att laborera med två nivåer. Några direkta normativa utsagor om fler nivåer finns inte, jfr avsnitt 8.4 ovan.³⁷⁴

³⁷² Beloppen omräknade per den 15 april 2018 med hjälp av "Prisomräknaren" på Statistiska centralbyråns websida.

³⁷³ Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap konkurslagen, 2 u, 2013 s 171. Knut Rodhe, Handbok i Sakrätt, 1985, s 278. Gösta Walin, Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 181. Jfr Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 260–262, även 3 u, 2004 s 251–254. Eugén Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar, Del I, Supplement 24, februari 2014 s 4:71.

³⁷⁴ Gertrud Lennander framhåller att styrkan i det subjektiva rekvisitet kan inverka, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013 s 174, 3 u, 2004 s 168. Hon framhåller NJA 1985 s 29 (Simiaprodukter)

I Stelvio använde HD en skrivning som innebär att de anger den onda tron som kvalificerad: ”Banken har känt till de omständigheter som gjort överförandet av beloppen till banken otillbörligt.” Det framgår att bankens onda tro var klarlagd genom att banken vid ett möte tre veckor innan konkursen informerats om att bolagets ekonomiska ställning var ohållbar. Fallet utgör därför stöd för att faktisk kännedom om otillbörligheten skall bedömas som mer graverande än om den onda tron varit okvalificerad.

Några utsagor som talar emot att laborera med två nivåer finns inte att redovisa. Däremot skulle fallet i sig kunna ges mer begränsad normativ betydelse än vad jag nyss beskrivit. Det skulle kunna hävdas att domarna angav att banken kände till otillbörligheten för att det just var så i fallet, men utan avsikt att därmed etablera en norm där kvalificerad ond tro skall krävas.

I doktrin har hävdats att det inte skall vara avgörande att banken bara är i okvalificerad ond tro, d v s inte kände till men borde ha känt till. Även i sådana fall skall i o f s ordinära insättningar kunna återvinnas. För fallen av okvalificerad ond tro anses dock en viss försiktighet vara påkallad.³⁷⁵ Det är således fråga om en relativ utsaga och inte en utsaga om att det inte finns anledning att räkna med flera nivåer av ond tro.

Beträffande rättspraxis i övrigt kan redovisas att ond tro inte var föremål för bedömning i Ekblad. I Travtränaren prövades ond tro, men sådan ansågs inte föreligga. Båda fallen avgjordes med KonkL 4:10. I Kreuger var det däremot fråga om ond trosbedömning. Kreuger gällde särskild undantagslagstiftning och äldre lydelse av 30 § i 1921 års konkurslag. Något skäl att avgöra om den onda tron var påfallande stark fanns inte.

9.10 Reflektioner kring resultatet

När jag jämför min insats i detta kapitel med vad andra forskare i förmögenhetsrätt gjort är det relevant att min insats omfattar en någorlunda omfattande dogmatisk utredning. I övrigt framträder emellertid en del skillnader. Det förekommer förstås att rättsvetare uttalar sig om förhållanden mellan olika requisit och olika aspekter, men det handlar då typiskt sett om ett normativt syfte där förhållandena uttrycks som att de ”är” på ett visst sätt. Likaså kan det förekomma att rättsvetare uttrycker kortfattade

där återvinningsavvaranden var en bokföringsbyrå som gäldenären anlitat för sitt periodbokslut och som därför inte bara kände till insolvensen utan även hade vad HD beskriver som ett försteg framför andra borgenärer.

³⁷⁵ Gösta Walin, *Materiell konkursrätt*, 2 u, 1987 s 156–157. Jfr Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 u, 1996 s 268.

uppfattningar, råd eller förklaringar. I den specifika frågan om återvinning av kontokredit skulle det exempelvis kunna tänkas att någon skulle kunnat ha uttryckt att KonkL 4:5 inte bör användas för kontokredittransaktioner alltför långt bak i tiden. Det handlar då gärna om kortfattade utsagor utan närmare motivering, men som bygger på ingående kunskap om den aktuella delen av regelsystemet och en därav välgrundad föreställning om vad som är vettigt. Jag har här haft en ambition att göra mer än så. Min ambition kan dock mycket väl beskrivas som att ge råd och förklaringar.

Det resultat som jag presenterat i detta kapitel är att den norm för otillbörlighetsbedömning som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin, är logiskt användbar. Resultatet bygger i hög grad på de redovisade analyserna. Det är också i analyserna som jag når resultatet att användbarheten ökar om förhållandena tydliggörs. Där framkommer också att det går att hantera den begränsning i användbarheten i de fall där kontokreditens sägs upp i bankens intresse. Den rättsdogmatiska utredningen bidrar däremot i liten mån till slutsatsen om användbarhet. Vad den visar är att de möjligheter som analyserna lett fram till är rättsligt möjliga.³⁷⁶ Det finns stöd i rättskällorna på det sätt som jag beskrivit, även om jag med mina analyser i hög grad bidragit med konstruktiva inslag. Vad den rättsdogmatiska utredningen också visar är dock att det även finns visst stöd för att hantera otillbörlighetsrekvisitet på andra sätt än med den norm för bedömning som jag analyserat.

I mina reflektioner kring om resultatet i detta kapitel uppfyller min målbild och utgör ett "forskningsresultat" ser jag det som särskilt relevant att jag använt just de metoder jag använt. Med analyserna tror jag mig ha tillfört tidigare okänd kunskap, eller åtminstone kunskap som inte tidigare redovisats. Vad jag gjort är att identifiera hur aspekterna förhåller sig till varandra. Tidigare redovisningar har bara i begränsad mån gjort detta. Det har då främst handlat om normativa ställningstaganden avseende att ordnärhet inte skall diskvalificera. Härtill har det handlat om några ytterligare korta utsagor, som exempelvis att beloppets storlek varit ensamt avgörande.

Analyserna har också tillfört förståelse. Jag ger en förklaring till av vad en otillbörlighetsbedömning kommer att handla om när normen används, förutsatt att den används på ett logiskt sätt. Att aspekterna inte är fristående, utan förhåller sig till varandra, är visserligen något som legat nära till hands att anta, men likafullt är det ett relevant resultat. Härtill kommer förklaringen av hur aspekterna kan förhålla sig till varandra och det gör bidraget

³⁷⁶ Jfr Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt*, 1987 s 31 och (exempelvis) *Avtal och jämlikhet*, SvJT 1997 s 505.

tydligare. Vad som kan ifrågasättas är istället om det finns anledning att gå så pass långt i analysen med hänsyn till vad det handlar om. Förarbetsutsagan är en förklaring snarare än en norm. Det lagstadgade rekvisitet är otillbörlighet och detta kan användas utan någon norm för bedömningen. Kanske är det rent av så att otillbörlighetsrekvisitet borde användas utan en norm som styr bedömningen. Något sådant är möjligt. Lagregler skall inte låsas fast utan ge utrymme för att hantera olika behov. När det kommer till om resultatet uppfyller min målbild har det dock mindre betydelse om analysen visar sig vara missriktad. Min analys bidrar i sig till kunskap om vad som är missriktat respektive välriktat.

Jag anser att jag har gjort analyserna på ett metodologiskt och systematiskt sätt. Dessa karaktäristika visar sig inte bara i min redovisning, utan också i att de olika delarna och utfallen av analyserna går ihop. Däremot är insatsen inte sådan att någon annan med nödvändighet skulle nå samma resultat, i varje fall inte utan att ta normativt intryck av vad jag gjort. Vad jag åstadkommit är en bedömning som bygger på antaganden. Om någon menar att antagandena inte är korrekta blir resultatet ett annat.

Beträffande den rättsdogmatiska delen är bidraget betydligt mindre än det jag åstadkommit med analyserna, menar jag. Utredningen tillför inget särskilt i dogmatiskt hänseende, men utredningen är relevant för analyserna. Utan den rättsdogmatiska utredningen hamnar analyserna utanför sin kontext och som framgått har jag redan använt den för att bedöma om analyserna tillfört tidigare okänd kunskap.

Som nämnts rör en fråga som jag vill lyfta fram med detta kapitel själva inriktningen som forskningsresultatet har. Frågan handlar om huruvida ett resultat i form av en bedömning kan uppfylla den målbild av forskningsresultat som jag tänker mig. Jag ser själv saken som närmast oproblematiske. Att bedöma den logiska användbarheten hos en norm är relevant. Det faktum att det objekt som prövas är en tankekonstruktion förändrar inte saken. Tankekonstruktionen transaktionskostnader vara illustrativ. Användbarheten hos den tankekonstruktionen har prövats många gånger i resonemang som vi betraktar som vetenskapliga.³⁷⁷

I jämförelse med att utreda vad som kan tänkas vara gällande rätt framstår min insats antagligen som avvikande. Kanske kan den också uppfattas som

³⁷⁷ Ronald H Coase, *The Nature of the Firm*. *Economica*. 4 (16), 1937 s 386–405. Ronald H Coase, *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, 1960 s 1–44. Oliver E Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. *Journal of Law and Economics*, 1979. Oliver E Williamson, *Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, 1983.

ovetenskaplig. Det faktum att det i så hög grad bygger på analys skulle kunna betraktas som att jag i alltför hög grad konstruerat något. Med ett sådant synsätt kan resultatet bli att det inte är vad jag kallat analysen som är det relevanta i forskningshänseende. Den delen är istället konstruktion, ”påhitt”, ”tyckande” eller ”de lege ferenda”. Vad som är rättsvetenskapligt med detta synsätt är istället den rättsdogmatiska utredningen. I den delen har jag identifierat de relevanta utsagorna för frågan om vad otillbörlighetsrekvisitet i KonkL 4:5 innebär. Jag har själv dock svårt för att se en sådan utredning som något som i sig uppfyller min målbild för forskningsresultat. För att utveckla temat något vill jag fråga i vilken mån uppfattningarna om vad som är forskning påverkas av föreställningar om vad domare skall göra. Att en domare konstruerar en lösning i sådan mån att intrycket blir att domaren ”hittar på” lösningen, uppfattas antagligen som likställt med att domaren inte dömer rättssäkert. Den saken borde i så fall diskuteras, men när det gäller rättsvetenskapliga insatser är det nog viktigt att frigöra sig från en sådan tanke. Vad som efterfrågas av en forskare är i hög grad kreativitet, eller med andra ord ”påhittighet” för att nå fram till ny kunskap.

Tanken att rättsvetenskapen sysslar med att utreda vad som kan tänkas vara gällande rätt är emellertid vilseledande. Jag kan därför inte se saken på annat sätt än att det är analyserna i detta kapitel som är den väsentliga delen i förhållande till min ambition att åstadkomma ett bidrag i forskningshänseende. Det är inte minst detta som jag menar att det konkreta exemplet i detta kapitel illustrerar. Jag menar också att jag åstadkommit något som uppfyller min målbild för ett ”forskningsresultat”.

I de två följande kapitlen fortsätter jag temat om ”bedömningar” som forskningsinsatser och forskningsresultat.

10 (f) Lagstiftarens aktiviteter kring kontokort och riskfördelning

Som nästa exempel på vad en resultatriktning kan leda till har jag valt ett ytterligare resultat som har karaktären av bedömning. Det är således inte ett resultat som är avsett att ha normativ betydelse, även om bedömningen indirekt kan sådana effekter.

Bedömningen i detta kapitel är av annan karaktär än bedömningen i föregående kapitel. I detta kapitel handlar det om att bedöma lagstiftarens intentioner. Det handlar också om att jämföra dessa intentioner med ett visst utfall. Kapitlet blir därför en variation på temat om bedömningar som resultat av forskning. Vad jag tillför till presentationen, jämfört med tidigare delar av framställningen, är just denna variation. Bedömningar av lagstiftarens intentioner är dock knappast något som betraktas som ett ovanligt inslag i rättsvetenskaplig forskning. I den meningen är det därför inget märkvärdigt som jag presenterar i detta kapitel. Det omdömet omfattar även metoderna jag använt. Jag antar nämligen att de flesta läsare utan vidare förstår, och rent av kan känna igen, vad jag gör.

10.1 Forskningsfrågan – har lagstiftarens intentioner genomförts?

Forskningsfrågan i detta kapitel handlar om vad lagstiftaren gjort över tid beträffande riskfördelningen mellan konsumenter och betalningstjänstföretag, som banker och kontokortsföretag. Riskfördelningen handlar närmare bestämt om vem av parterna som skall stå en viss typ av risk för att ett kontokort utnyttjas av någon obehörig. Vad jag undersökt är vad lagstiftaren gjort och vilka motiv lagstiftaren redovisat för sina insatser avseende denna riskfördelning. Forskningsfrågan som jag ställt är om lagstiftarens intentioner kommit att genomföras genom lagstiftningens innehåll och tillämpningen av lagstiftningen?

Jag gjorde antagandet att denna forskningsfråga skulle kunna leda till ett resultat som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat” för att jag

noterade att lagstiftarens tänkt sig att 36 § AvtL skulle användas i sammanhanget. Lagstiftarens kommentar berodde bland annat på att 36 § AvtL var samtida med den första kontokortslagstiftningen. Eftersom jag kände till att 36 § AvtL inte kommit att användas i rättstillämpningen i så hög grad som lagstiftaren föreföll tänka sig då, gjorde jag antagandet att det skulle gå att nå ett intressant resultat i frågan. Jag såg dock snart anledning att bredda forskningsfrågan till vad jag angivit ovan. Bakom mitt val av forskningsfråga låg hela tiden tankar om hur lagstiftaren bör lagstifta för att uppnå sina intentioner. Det är nämligen frågor av både rättsvetenskapligt och allmänt intresse.³⁷⁸

10.2 Resultat (f) – en säregen diskrepans mellan lagstiftarens intentioner med lagstiftningen, lagstiftningens innehåll och tillämpningen av lagstiftningen

Resultatet som jag nått är att det beträffande riskfördelningen finns en säregen diskrepans mellan lagstiftarens intentioner med lagstiftningen, lagstiftningens innehåll och tillämpningen av lagstiftningen. Lagstiftarens ursprungliga intention med riskfördelningen blev enligt lagstiftarens egna utsagor inte tillgodosedd genom de lagstiftningar som reglerade riskfördelningen under de första 40 åren med kontokort.³⁷⁹ Under denna tid följde inte heller rättstillämpningen lagstiftarens intentioner. Efter att lagstiftningen till slut ändrades till en reglering, som till synes låg i linje med lagstiftarens ursprungliga intention, innebar det ändå inte att rättstillämpningen ändrades i samma linje. När lagstiftaren därefter återigen föreslog en lagändring gav lagstiftaren inte längre uttryck för den tidigare intentionen. Tvärt om gav lagstiftaren uttryck för att även tidigare ha haft en intention som legat i linje med den faktiska rättstillämpningen.

³⁷⁸ Se exempelvis: Daniel Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet*, 2015, särskilt s 23–42. Philip Almestrand Linné, *Regulating vessel-source air pollution*, 2017.

³⁷⁹ Lagstiftningen med specifik inriktning på obehöriga förfoganden med kontokort är från 1977, se nedan. Vid den tiden fanns det ungefär 60 olika kreditkort efter att företeelsen kommit till Sverige från USA. Det första kontokortet i lanserades Sverige i februari 1959. I april 1962 bildades det första nationella kortet ”Köpkort”. Se Orzi Huz, *När plastpengarna kom till Sverige*, Centrum för näringslivshistoria, 2017.

10.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och utfallsanalys

Vad jag gjort är att gå igenom lagar och lagförarbeten som avser den riskfördelning jag intresserat mig för. Genomgången har givit mig en bild av vilka lagändringar som gjorts, vilka ändringar som föreslagits och vilka intentionerna varit. Som nämnts utgick jag från den intention som lagstiftaren angivit i förarbetena till den första kontokortslagstiftningen. Jag har varit särskilt uppmärksam på sådant som antingen bekräftat att den intentionen kvarstått, respektive på sådant som kan tas till intäkt för att den skulle ha övergivits. Intentionen handlar om att lagstiftaren försökt begränsa konsumenternas risk till en viss nivå beroende på konsumenternas agerande.

Den genomgång jag gjort kan kanhända betecknas som rättsdogmatisk. Jag har läst rättskällor och analyserat vad som står. Det rättsdogmatiska ligger i att jag värderat olika utsagor som jag funnit. Jag har på rättsdogmatiskt vis ställt dem i förhållande till varandra. I detta arbete ingår dock att jag lagt vikt vid den intention jag identifierat i förarbetena till den första lagstiftningen. Huruvida detta är ett rättsdogmatiskt grepp kan diskuteras. Mitt syfte har inte varit att försöka göra en utsaga om gällande rätt. Jag har varit ute efter att beskriva vad lagstiftaren gjort och varför. Samtidigt har jag inte intresserat mig för vad som faktiskt legat bakom eller hur verkligheten faktiskt sett ut. Vad jag har undersökt är begränsat till vad som har uttryckts i förarbeten och författningstext. Detta gäller i princip även vad rättstillämparen gjort. Det innebär med andra ord att jag har hämtat vad jag uttrycker om rättstillämparens beslut från vad som uttalats i förarbeten, låt vara att jag i kontrollsyfte även gjort en enkel utredning av rättstillämpningen. Jag betraktar själv min metod som rättsdogmatisk, trots att resultatet inte är avsett att utgöra en dogm. Resultatet är avsett att vara en deskription av vad den fiktiva karaktären lagstiftaren gjort och avsett i förhållande till hur denna karaktär uppfattat rättstillämpningen.

En metodologisk aspekt är att jag gjort min analys utifrån tanken på ”lagstiftaren” som ett subjekt med intentioner. I realiteten har det, under det halvsekel av förarbeten som jag granskat, handlat om helt olika personer som legat bakom förarbetsformuleringarna. Jag hade givetvis kunnat beskriva förhållandena som att de olika textförfattarna synes ha haft olika uppfattningar och att det därför är missvisande att tala om intentioner hos lagstiftaren. Därtill hade jag kunnat peka på att textförfattarna bara formulerat texten och att det över huvud taget kan vara problematiskt att tala om intentioner när det är Riksdagen som är beslutsfattaren. Min

ambition är dock bara att peka ut att förarbetsutsagorna har ett innehåll som på olika sätt står i kontrast till lagreglering och rättstillämpning. Eftersom förarbetsuttagor kan påverka hur rättstillämpare agerar handlar det om mer än vad som kommer till uttryck med termer som ”textförfattare” eller ”lagutredare”. Jag har därför valt att tala om lagstiftare.³⁸⁰ Det har jag gjort även i de fall det handlar om utredningar som inte lett till direkt avtryck i lagstiftning. Terminologin i detta kapitel får betraktas i beaktande av denna möjliga brist.³⁸¹

I sammanhanget bör jag påpeka att jag använder termen förarbeten även för utredningar som inte lett till direkt avtryck i lagstiftning. Det är ett val jag gjort för att innehållet i utredningarna varit i linje med den intention som lagstiftaren uttalade i förarbetena till den första regleringen. Mitt val i detta avseende blir en del av fiktionen om en lagstiftare som ett subjekt.

Det bör beträffande lagstiftarens ursprungliga intention noteras att den är från sjuttioalet och att man då tänkte sig att kontokort skulle kunna användas under sådana former att innehavet av kontokortet utgjort den enda legitimationen för den obehörige.³⁸² Huruvida risken som skulle fördelas därmed var större än idag, givet alla förändrade faktorer, har jag låtit vara obekant i denna studie.

Bland de förändrade faktorerna kan jag dock åtminstone nämna den minskade kontant användningen, antalet kort och antalet kortstöder, men också förekomsten av legitimationskrav och kod, samt numera dubbla säkerhetssystem. En intressant faktor som jag också kan nämna är vad som förefaller vara en frekvent förekomst av påståenden om att någon personlig kod inte varit nedskrivet i fall där obehöriga ändå kunnat göra uttag med hjälp av korten inom bara några minuter efter ett tillgrepp.

³⁸⁰ Jfr beträffande motsvarande svårighet exempelvis Daniel Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet*, 2015. Jfr beträffande den mer allmänna problematiken Richard Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, 2012.

³⁸¹ När jag i detta kapitel använder termen lagstiftaren är det den svenske lagstiftaren jag i första hand har i åtanke. Jag använder även uttrycket EU-lagstiftaren, här och tidigare i boken. Vem denna karaktär skall anses vara är en intressant fråga, men i fördraget om den Europeiska Unionen stadgas att det är Europaparlamentet och Rådet som skall ”lagstifta”, i ”lagstiftningsförfarande” och åstadkomma ”lagstiftningsakter”.

³⁸² Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139.

10.4 Lagstiftarens ursprungliga intention och riskfördelning

Efter att företelesen kontokort etablerats på den svenska marknaden ingrep lagstiftaren med lagreglering för att hantera riskfördelningen. Den övergripande intentionen att begränsa konsumenters risker framgår tydligt. I förarbetena framgår intentionen redan i redogörelsen för regleringens huvudsakliga innehåll:

”Vidare uppställs regler som begränsar kontohavares betalningsansvar gentemot kontoföretag ifall då belopp påförs kontot genom att kontokort används av obehörig.”³⁸³

Linjen klargörs bland annat enligt följande:

”Kommittén uppger att avtal om kontokredit i regel innehåller villkor varigenom konsumenten påtar sig ansvar för belopp som påförts kontot genom att kontokortet har använts av obehörig. Det är enligt kommittén uppenbart att förlusten av ett kontokort kan få mycket kännbara följder för konsumenten, om sådana avtalsvillkor tillämpas fullt ut. Enligt kommitténs mening bör den föreslagna konsumentkreditlagen innehålla ett grundskydd för konsumenten i detta avseende. Kommittén anser att risken för ekonomisk förlust till följd av missbruk av kontokort i första hand bör bäras av kreditgivaren. Denne har möjlighet att genom strängare krav på legitimation begränsa sitt risktagande. I vissa fall bör kreditgivaren dock av konsumenten/kontohavaren kunna återkräva belopp som genom missbruk av kortet påförts och utbetalats till säljaren.”³⁸⁴

I konsumentkreditlagen SFS 1977:981 § 24 stadgades att kreditgivare endast fick kräva kontohavaren på belopp som påförts genom att någon obehörig använt kortet under förutsättning att detta var avtalat och att kontohavaren antingen lämnat ifrån sig kortet till annan, genom grov oaktsamhet förlorat kortet, eller på annat sätt förlorat besittningen och inte snarast efter upptäckten anmält detta. Riskfördelningen innebar med andra ord att kontohavaren inte skulle stå risken för olyckshändelser eller oaktsamt agerande, utan för sitt val av syssloman, för grov oaktsamhet och för viss passivitet.³⁸⁵

³⁸³ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 2.

³⁸⁴ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 55.

³⁸⁵ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 74–75.

Beträffande gränsdragningen vid grov oaktsamhet framhöll departementschefen i specialmotiveringen att:

”Vid bedömningen av huruvida sådan oaktsamhet föreligger bör beaktas att kontokort i regel är avsedda att lättillgängligt kunna medföras i olika sammanhang, ofta för att användas i stället för pengar vid smärre inköp. Det bör därför krävas mer försvärande omständigheter för att grov oaktsamhet skall anses föreligga. Som exempel kan nämnas att kontokortet har lämnats kvar i ficka, väska fordon e. d. som inte stått under uppsikt.”³⁸⁶

Lagstiftaren uppmärksammade också att denna avvägning skulle kunna leda till oskäliga resultat för konsumenten:

”Självfallet kan även ett sådant ansvar – med hänsyn till beloppets storlek eller andra omständigheter – stundom framstå som oskäligt mot kontohavaren.”³⁸⁷

Istället för att följa Konsumentverkets remissförslag om en beloppsgräns till 5 % av basbeloppet, valde lagstiftaren emellertid att peka på möjligheten att angripa oskäliga resultat med hjälp av jämningsregeln i 36 § avtalslagen. En generell begränsning av kontohavarens ansvar till en viss beloppsnivå skulle enligt departementschefen kunna alltför mycket undergräva respekten för de normer som måste finnas när det gäller skyldighet att anmäla förlust av kortet.³⁸⁸

Samtidigt hade departementschefen betänkligheter kring om kontoföretagens praxis skulle utvecklas på ett sätt som skulle vara hållbart. Departementschefen påpekade därför att kontoföretagens praxis måste följs upp, så att det, om det anses angeläget från konsumentsynpunkt, går att få till stånd förbättringar av avtalsvillkoren eller lagändringar.³⁸⁹

Av den ursprungliga lagtexten avseende riskfördelningen och propositionen bakom denna, framgår således att lagstiftaren avsett att begränsa konsumentens risk till mer kvalificerade händelser. Likaså framgår att det fanns en klart uttalad intention att begränsa konsumentens risk även vid dessa kvalificerade händelser.

³⁸⁶ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 191.

³⁸⁷ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139.

³⁸⁸ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139.

³⁸⁹ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139–140.

10.5 Lagstiftarens syn på hur riskfördelningsregeln använts under de första fyra decennierna med kontokort

Som framgått förutsatte lagstiftaren att kontoföretagens praxis skulle följas upp. Jag begränsar mig till vad som uttryckts om uppföljningar på lagstiftarnivå, även om organisationer och myndigheter antagligen gjort andra sådana.

En åtgärd från lagstiftaren kom efter femton år. Riskfördelningsregeln i 24 § i konsumentkreditlagen från 1977 ersattes då av 34 § i konsumentkreditlagen 1992:830. Den nya lagregeln överensstämde i sak med den gamla och skiljde sig bara på några punkter i språkligt hänseende. Någon uppföljning i enlighet med departementschefens tanke 1977 var det knappast fråga om.³⁹⁰

Bara några år senare, i en SOU från 1995, påpekade utredarna dock att den grova oaksamhet som avses i lagregeln i själva verket kommit att innefatta situationer som i annan lagstiftning närmast skulle betraktas som enkel oaksamhet. Detta upprepades i en annan SOU från 2000.³⁹¹

Ytterligare fyra år senare tillsattes en utredning med direktiv att se över lagstiftningen just på grund av att ”den grova oaksamhet som avses i konsumentkreditlagen i den praktiska tillämpningen kommit att innefatta också situationer som i annan lagstiftning närmast skulle hänföras till enkel oaksamhet.” Direktivet angav att det var ”mindre lämpligt” att detta ”gett upphov till gränsdragningsproblem där till synes små skillnader i hanteringen av själva kortet har lett till olika utgångar som haft stora ekonomiska konsekvenser för kontohavaren, dvs. fullt ansvar eller inget ansvar alls.”³⁹² Det skall härvid noteras att det redan av direktivet framgår att både All-

³⁹⁰ I propositionen nämndes också att flera motioner ställts till Riksdagen kring missbruk av kontokort av såväl kontohavare som obehöriga. Den enda nyheten i propositionen var anmärkningen om att lagen torde kunna tillämpas analogt även på andra kontokort än dem som är knutna till krediter. I övrigt hänvisade lagstiftaren till pågående arbete hänförliga till elektroniska betalningsformer. Proposition 1991/92:83 om ny konsumentkreditlag, s 93–94, 144. Jfr Ds 1990:84 Ny konsumentkreditlag.

³⁹¹ SOU 1995:69 Betaltjänster s 272, SOU 2000:29 Starka konsumenter i en gränslös värld s 149–150. Se även Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m, s 236, och jfr Ds 2008:86 Betalningsansvar vid obehöriga transaktioner.

³⁹² Kommittédirektiv 2004:10 Obehörig användning av kontokort samt konsumentskydd vid s k modemkapning.

männa reklamationsnämnden (ARN) och Bankföreningen framfört detta till Justitiedepartementet.

Utredarna redovisade i SOU:n från 2005, att ARN i sin praxis kommit att fästa särskilt stor vikt vid propositionsuttalandet huruvida kortet har lämnats utan uppsikt. Utifrån utredarnas beskrivning får man bilden att bedömningen blivit typiserad, d v s att den i princip bara följer schematiska bedömningsgrunder:

”Allmänna reklamationsnämnden har i ett stort antal ärenden prövat om en kontohavare skall anses ha förlorat ett kontokort genom grov oaktsamhet. Nämndens praxis kan mycket schematiskt beskrivas så att vissa situationer typiskt sett har ansetts vara sådana att en kontohavare har förlorat kortet under ’försvarande omständigheter’, medan andra situationer typiskt sett medfört motsatt bedömning. Nämnden har härvid, med hänvisning till nyss nämnda propositionsuttalande, fäst särskilt stor vikt vid huruvida kortet har lämnats utan uppsikt.”³⁹³

Exempelvis skulle detta kunna beskrivas med att nämndens ledamöter fäst avgörande vikt vid exempelvis typsituationen att kortet låg i en bil. Hur kortet hamnat i bilen och om konsumenten haft avsikt att lämna det där, får då inte någon betydelse. I så fall blir det ingen reell prövning av rekvisitet grov vårdslöshet, utan en typiserad bedömning: kortet låg i en bil – därmed ansvar.

Utredarna i 2005 års SOU pekade på att det handlat om en avvikelser från gängse sätt att hantera rekvisitet oaktsamhet:

”I svensk rätt kan man finna att kraven på aktsamhet ofta sker genom en sammanställning av tre faktorer: risken för skada, den sannolika skadans storlek och möjligheterna att förekomma skadan. Till detta bör man lägga en fjärde faktor: den handlandes möjligheter att inse risken för skada. Man gör en helhetsbedömning och väger de olika omständigheterna mot varandra. Man avgör sedan om dessa omständigheter krävde ett annat handlande än det som förekommit”.³⁹⁴

I utredningen från 2005 menade utredarna att man bör undvika att begreppet grov oaktsamhet i vissa sammanhang utsträcks till att omfatta situationer som i andra sammanhang inte skulle betraktas som grov oaktsamhet. Istället föreslog de:

³⁹³ SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m, s 245.

³⁹⁴ SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m, s 172.

”Med grov oaktsamhet skall alltså avses sådan hantering av kort och kod som markant avviker från en rimlig aktsamhetsnorm. Slarv och glömska som de flesta under stress eller olyckliga omständigheter kan göra sig skyldiga till utgör normalt inte grov oaktsamhet. Inte heller utgör allmänt dåligt handlag grov oaktsamhet. Betalningsansvar på grund av grov oaktsamhet bör således komma i fråga endast i särskilda undantagsfall.”³⁹⁵

Utredarnas påpekanden och förslag bör rimligen kunna tolkas som en ganska tydlig markering av att rättstillämpningen inte fungerat i enlighet med lagstiftarens ursprungliga intention.

10.6 Lagstiftarens lagändring 2010 vilken kan förefalla vara i linje med den ursprungliga intentionen

Den svenske lagstiftarens aktiviteter kring problematiken pågick som framgått under flera år. Parallellt pågick också arbete i EU. EU-lagstiftaren beslutade 2007 om ett direktiv som omfattade just riskfördelningsfrågan.³⁹⁶ Trots två års implementeringsfrist och trots att inriktningen i det svenska reformarbetet låg väl i linje med direktivet, lagstiftade den svenske lagstiftaren inte i tid. Först nio månader efter att direktivet skulle ha implementerats trädde den svenska lagen i kraft.³⁹⁷

Lagreglerna i den svenska lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument motsvarar på väsentliga punkter artiklarna 54–63 i EU-direktivet från 2007. Det finns dock ändå viss anledning att till lagförarbetena räkna de utredningar som gjorts på temat. Framförallt gäller det SOU:n från 2005 och den Ds som kom 2008 i anledning av direktivet.³⁹⁸ Trots att det handlade om att implementera ett direktiv går det att beskriva förhållandena som att den svenske lagstiftarens intention från 1977 till slut kom till uttryck i lagregleringen genom lagändringen 2010.

Lagändringen 2010 innebar nämligen att riskfördelningen förändrades i linje med de tankar om jämkning av ansvaret för stora belopp som lagstiftaren hade 1977. En beloppsgräns om 12 000 kr avseende grov oaktsamhet

³⁹⁵ SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m, s 248.

³⁹⁶ EG-direktiv 2007/64/EG om betaltjänster på den inre marknaden.

³⁹⁷ EG-direktiv 2007/64/EG skulle ha genomförts per den 1 november 2009, men SFS 2010:738 om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument trädde i kraft först 1 augusti 2010.

³⁹⁸ SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m, s 236. Ds 2008:86 Betalningsansvar vid obehöriga transaktioner. Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, se särskilt s 7.

infördes. För att en konsument skall ansvara för ett större belopp än 12 000 kr krävs att han eller hon handlat ”särskilt klandervärt”. Lagstiftarens avsikt var att påverka bedömningen av vad som anses vara grov oaktsamhet i linje med vad som var tanken 1977. Den generella ansvarsgrunden ”grov oaktsamhet”, är alltså det avgörande rekvisitet, men det framgår alltså av lagtexten att tillämparen skall räkna med ytterligare en nivå. Nivån handlar om särskilt klandervärt handlande. Den grova oaktsamheten skall vidare bedömas i förhållande till de villkor som ställts upp i konsumentens avtal med kortföretaget.³⁹⁹ Samtidigt framhölls i propositionen att innebörden av grov oaktsamhet skulle bli delvis en annan än enligt den tidigare 34 § konsumentkreditlagen:

”Även om viss ledning kan hämtas i den omfattande praxis som finns beträffande 34 § hos främst Allmänna reklamationsnämnden, bör det krävas mer för att en person ska anses ha handlat grovt oaktsamt enligt den nya lagen. Det bör framför allt handla om situationer där kontohavaren varit obetänksam på ett sätt som inte kan ursäktas”.⁴⁰⁰

Lagstiftaren uttrycker således ganska tydligt att det efter lagändringen bör krävas mer än tidigare för att kontohavaren skall anses ha handlat grovt oaktsamt.

Samtidigt innebar direktivet och lagändringen en skärpt ansvarsgrund beträffande kontohavarens agerande med sin personliga kod. För de fall att kontohavaren underlåtit att skydda sin personliga kod stadgades i de nya reglerna att kontohavaren regelmässigt skulle stå risken med ett ”på gränsen till strikt” ansvar. Detta underströks med tanken att någon bevisning i normalfallet inte skulle krävas om kod använts vid en obehörig transaktion.⁴⁰¹ Att ansvarsgrunden skärptes i dessa fall innebar dock inte att riskfördelningen generellt sett blev mer betungande för kontohavaren. Kontohavarens ansvar för underlåtenhet att skydda koden skulle nämligen bara omfatta ett ansvar om högst 1 200 kr.⁴⁰² Trots att det handlat om en

³⁹⁹ Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 17. En annan skillnad är att bedömningen av den grova oaktsamheten inte görs utifrån själva förlusten av kortet; avgörande är i stället om betalningsinstrumentet hanterats enligt villkoren, se lagregeln och propositionen s 26.

⁴⁰⁰ Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 17.

⁴⁰¹ Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 15–16, och 26. Idén om självrisk nämndes redan i SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m.

⁴⁰² Beloppet är nu sänkt till 400 kr, se betaltjänstlagen 5a:2 vilket motsvarar direktivets krav på en sänkning från 150 till 50 euro, SOU 2016:53.

underlåtenhet och ett klandervärt beteende skulle risken inte i särskilt hög grad fördelas på kontohavaren.

Den förändrade riskfördelning som lagstiftaren avsåg att åstadkomma, skulle enkelt uttryckt innebära en självrisk om 1 200 kr för den som inte skyddar sin personliga kod. Vid grov oaktsamhet skulle kontohavaren stå risken upp till 12 000 kr, men samtidigt skulle det krävas mer än tidigare för att grov oaktsamhet skulle anses föreligga. Först om det handlat om ett särskilt klandervärt beteende, såsom uppsåt, skulle en kontohavare ansvara för hela förlusten.

Förändringarna kan av nämnda skäl uppfattas som att det jag beskrivit som lagstiftarens ursprungliga intention, skulle komma att genomdrivas. Riskerna för obehöriga transaktioner skulle omfördelas jämfört med tidigare reglering och hur denna tillämpats.

10.7 Lagstiftarens syn på hur riskfördelningsregeln i den ändrade regleringen använts och lagstiftarens förändrade intention

Efter att den svenske lagstiftaren förändrat regleringen och gjort de utsagor som jag redovisat ovan fanns det anledning att anta att rättstillämpningen skulle förändras. Att döma av vad som senare blev lagstiftarens egen bedömning verkar den centrala rättstillämparen ARN emellertid inte ha ändrat sin praxis. I anledning av att EU-lagstiftaren 2015 beslutade om ett andra betaltjänstdirektiv har den svenske lagstiftaren nämligen åter utrett förändringsbehoven. Utredningen omfattar en enkel undersökning av rättstillämpningen hos den centrala rättstillämparen ARN.⁴⁰³ Lagstiftaren menar att:

”Efter det att lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument trätt i kraft kan det konstateras att Allmänna reklamationsnämnden har lagt ett långtgående ansvar på kontokortshavaren och i ett stort antal fall funnit att han eller hon har agerat grovt oaktsamt när ett kontokort har försvunnit.”⁴⁰⁴

⁴⁰³ Det andra betaltjänstdirektivet är Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden, om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG, artikel 69–74.

⁴⁰⁴ SOU 2016:53 Betaltjänster, förmedlingsavgifter och grundläggande betalkonton, s 257.

Som stöd för detta omdöme redovisar lagstiftaren mycket kortfattat omständigheter från åtta fall. Det fall som lagstiftaren beskriver med flest ord redovisar lagstiftaren enligt följande:

”En kvinna fick sin plånbok stulen i samband med att hon betalade för varor på ett apotek och upptäckte stölden på väg ut från apoteket. Eftersom hon saknade tillgång till mobiltelefon spärrades kortet först när hon hade kommit hem, cirka 30 minuter senare. Nämnden ansåg att kvinnan hade brustit i sin uppsikt och kontroll över kortet på ett sådant sätt att det fick anses ha förlorats genom grov oaktsamhet.”⁴⁰⁵

Efter att ha gjort den kortfattade redogörelsen för fallen uttrycker lagstiftaren vad som förefaller vara en konklusion:

”Vid en genomgång av den nämndpraxis som finns kan det konstateras att nämnden har funnit att kontohavaren har agerat grovt oaktsamt i nästan samtliga fall där han eller hon har lämnat korten utan uppsikt i offentlig miljö, ...”⁴⁰⁶

Lagstiftarens syn förefaller vara att rättstillämparens praxis även efter lagändringen varit sträng mot kontohavarna. I jämförelse med vad jag i tidigare underavsnitt redovisat om lagstiftarens utsagor är en möjlig slutsats att lagstiftaren menar att den förändrade lagregleringen inte lett till någon förändring i rättstillämpningen kring grov oaktsamhet. Den intention från lagstiftaren som synes framgå av de utsagor från tiden innan lagändringen, som jag redovisat i tidigare underavsnitt, skulle enligt lagstiftarens bedömning inte ha fått genomslag under de sex åren efter lagändringen.

⁴⁰⁵ SOU 2016:53 Betaltjänster, förmedlingsavgifter och grundläggande betalkonton, s 257 med hänvisning till avgörandet ARN 2011-2037. Av beslutet framgår att omständigheterna som nämnden lagt till grund för beslutet omfattade något mer än vad som framgår av citatet från SOU:n. Kvinnan hade lagt sin plånbok på kassadisken och under viss tid släppt uppmärksamheten på plånboken. Detta i sådan mån att hon inte upptäckte att hon saknade plånboken förrän på väg ut från apoteket. Vad beslutsfattarena anger att de lägger vikt vid är just detta. Nämnden nämner inget om vad kvinnan uppgivit om att hon ansåg sig ha blivit distraherad av personalen eller att hon anklagar just personalen för att vara inblandad. Vad nämnden inte heller pekar på i sin beslutsmotivering är det faktum att hon inte spärrade kortet förrän efter en halvtimme. Möjligen beror detta på att de fyra obehöriga uttagen om sammanlagt 15 000 kr gjordes endast åtta minuter efter stölden och det därför är tveksamt om ett brottsoffer hade hunnit spärra sitt kort även om denne hade haft en mobiltelefon. Beslutsfattarena nämner i motiveringen heller inget om det faktum att kvinnan uppgivit att hon inte hade koden nedskrivnen eller att hon menar någon i personalen kan ha sett när hon slog in koden. Vad beslutsfattarena angivit att de fäster vikt vid är just den omständigheten att kvinnan lagt plånboken på disken och att hon under viss tid inte hade uppsikt över den.

⁴⁰⁶ SOU 2016:53 Betaltjänster, förmedlingsavgifter och grundläggande betalkonton, s 258.

I min utredning har jag emellertid också identifierat en ytterligare diskrepans. Lagstiftaren har i utredningen kring EU:s andra betaltjänstdirektiv nämligen inte uttryckt något om att det skulle vara anmärkningsvärt att den centrala rättstillämparen ARN uppvisar den beskrivna praxisen. Tvärt om uttrycker lagstiftaren att ARN har stöd i förarbetsuttalanden för sin praxis och att denna praxis alltså har bäring.⁴⁰⁷ Utsagorna står i kontrast till de utsagor jag redovisat kring tidigare lagstiftarutredningar. Det framstår som att lagstiftaren har ändrat sin intention.

I den lagstiftning som införts i anledning av det andra betaltjänstdirektivet utgör rekvisitet grovt oaktsamt alltså ett centralt rekvisit.⁴⁰⁸ Både EU-lagstiftaren och den svenske lagstiftaren har dock för avsikt att öka incitamenten för korttjänstföretagen att minimera riskerna.⁴⁰⁹ Genom lagstiftningen läggs ansvaret i högre grad på korttjänstföretagen om inte dubbla säkerhetsarrangemang, så som stark autentisering, används.⁴¹⁰ Till saken hör också att lagregleringen genom direktiven blivit mer kasuistisk och omfattar olika regler för olika slag av agerande. Det innebär en skarp kontrast. Om lagstiftaren i mitten på sjuttioalet hade insett vilken betydelse kontokorten skulle få och hur vanligt det skulle bli med problem hade lagregleringen kanhända sett annorlunda ut redan från början.

Eftersom rekvisitet grovt oaktsamhet alltså är centralt för huvudfallen av förlorade kontokort är den intention jag behandlar i detta avsnitt alltså aktuell. Jag har i detta avseende, som nämnts, noterat en diskrepans mellan lagstiftarens utsagor från tid till annan. En sådan diskrepans är givetvis inget märkligt. Den politiska viljan skiftar från tid till annan och de personer som skriver lagutredningar likaså. I realiteten kan det förstås också handla om att utredarna inte läst tidigare utredningar, att de läst dessa men inte tagit intryck av dem, eller att de läst men gjort en annan värdering eller tolkning av vad som står. Vad jag redovisat är emellertid att det framstår som

⁴⁰⁷ SOU 2017:53 s 258 ”... en bedömning som har stöd i de redovisade förarbetsuttalandena”, och s 276 ”De förarbetsuttalanden om vad som kan utgöra grovt oaktsamhet respektive särskilt klandervärd beteende och den praxis som har utvecklats på området har alltså alltså alltså bäring för tolkningen av dessa bestämmelser”. Någon utsaga om diskrepansen finns inte heller i lagrådsremissen ”Nya regler om betaltjänster” från den 9 november 2017. Ingen remissinstans har heller gjort något påpekande om saken, se lagrådsremissen s 194–200.

⁴⁰⁸ Betaltjänstlagen 5a:3 i lydelse enligt SFS 2018:175. Lagregleringen har härmed flyttats och placerats i en lag som skall motsvara det andra betaltjänstdirektivet.

⁴⁰⁹ Proposition 2017/18:77 s 208–209. Jfr propositionen s 198 och betaltjänstlagens 5:5 st 1 p 1 om att villkoren för utgivning och användning av betalningsinstrument skall vara objektiva, icke-diskriminerande och proportionella.

⁴¹⁰ Betaltjänstlagen 5a:5 i lydelse enligt SFS 2018:175.

att lagstiftaren framställer saken som att det inte föreligger någon skillnad i intentioner. Det är intressant från ett rättsvetenskapligt perspektiv. En dold sådan förändring föranleder nämligen bland annat frågor om hur förarbetsutsagor skall användas i rättstillämpningen generellt.

En annan aspekt är frågan om vilseledande lagstiftning. Om parlamentarikerna fattat beslut på grundval av de intentioner som uttrycks i ett lagstiftningsärende, samtidigt som lagregleringen inte uppfyller dessa intentioner, finns det anledning att reflektera kring diskrepansen. Ett skäl är att enskilda medborgare kan bli vilseledda och därmed besvära rättstillämparen ARN i onödan. De kan också skaffa fler kontokort än vad de borde ha med hänsyn till de reella riskerna med att inneha sådana. En helt annan sida av problematiken är att det kan finnas anledning att fundera över frågan om Sveriges ansvar för uppfyllande av EU-direktiv.

För rättstillämpningen skulle de kontrasterande lagstiftarutsagorna kunna ställa till viss oreda. Denna oreda kan möjligen anses hanterad genom de senaste lagstiftarutsagorna om att tidigare rättspraxis är i sin ordning, men den effekten framstår som onödigt osäker. Det hade varit betydligt mer övertygande om lagstiftaren klart pekat på att det verkligen handlat om ett medvetet intentionsskifte. Jag skall dock inte ta upp någon av dessa frågor. Vad jag vill redovisa är att det föreligger sådana diskrepanser.

10.8 Reflektioner kring resultatet

Som jag nämnt inledningsvis i detta kapitel antar jag att de flesta läsare utan vidare förstår, och rent av kan känna igen, vad jag redovisar i detta kapitel. Bedömningar av lagstiftarens intentioner är knappast något som betraktas som ett ovanligt inslag i rättsvetenskaplig forskning. Att gå igenom förarbeten för att få information om dessa intentioner hör också till vad som är vanligt i rättsvetenskaplig forskning.

Vad jag gjort i detta kapitel är att beskriva vad lagstiftaren gjort i visst hänseende. Resultatet jag nått är att lagstiftaren reglerat riskfördelningen utifrån en viss intention, att lagstiftaren under åren övervägt att ändra lagstiftningen för att intentionen i högre grad skulle uppnås, och att lagstiftaren till slut ändrat lagstiftningen, efter direktiv från EU-lagstiftaren. Även om jag själv anser att det är en intressant beskrivning som kan vara användbar i rättsvetenskaplig forskning, kan denna beskrivning knappast anses tillföra tidigare okänd kunskap. Ett antal personer som hanterat frågorna om riskfördelning borde ha den kunskap som jag tillgodogjort mig genom att läsa de texter jag läst. I detta fall handlar det dessutom om en beskrivning av

information som går att få genom att läsa ett begränsat antal texter som har stor spridning och är mycket lättillgängliga. Vem som helst som läst samma text skulle kunna få ut den information som jag fått ut. Vad jag tillfört har att göra med mitt sätt att framställa beskrivningen och den utgångspunkt jag valt i lagstiftarens intention från 1977. Min insats är därför snarare en utbildande insats. Den har mer likheter med en journalistisk prestation än vad som passar in i min målbild som ”forskningsresultat”.

Det finns dock ändå anledning att reflektera ytterligare över resultatet och målbilden. Vad jag gjort tillför förståelse. Den lagstiftare som jag beskrivit är ett fiktivt subjekt, men givetvis i högsta grad ett subjekt som har med mänskligt handlande att göra. Vad jag beskrivit är att lagstiftaren agerat på ett visst sätt utifrån de antaganden lagstiftaren gjort om verkligheten. Jag har särskilt framhållit lagstiftarens syn på rättstillämpningen. Min redogörelse exemplifierar hur de människor som ligger bakom den fiktiva karaktären lagstiftaren kan agera i olika skeden av mognad kring en ny samhällsföreteelse. Mitt exempel är dock knappast något som tillför någon beaktansvärd förståelse för detta fenomen. Den förståelse jag möjligen tillfört är försumbar, som jag ser det.

Min metodologi har som nämnts bestått i att jag identifierat relevanta lagar och lagförarbeten, och att jag i dessa identifierat att lagstiftarens intention från 1977 kan bilda en röd tråd. Detta är en av metoderna som lett till resultatet, d v s beskrivningen av vad lagstiftaren gjort. Jag har arbetat systematiskt i det att jag läst igenom nämnda texter med särskild uppmärksamhet kring intentionstemat. Vad jag däremot inte gjort med särskilt hög metodologisk tillförlitlighet är att skaffa information om utfallet i rättstillämpningen. Vad jag gjort är en ganska begränsad undersökning.

Den som läser samma texter kommer att se att min beskrivning är ett möjligt sätt att beskriva vad lagstiftaren gjort. Utrymmet för tolkning av de olika texterna är alltför stort för att mitt resultat skulle vara den enda möjliga. I detta avseende gör jag dock reflektionen att min insats inte skiljer sig från liknande i rättsvetenskapen.

En annan anmärkning jag kan göra är att det i det här fallet är relativt oproblemiskt att jag begränsat mig till svenska källor. När de svenska källorna är föremålet för forskningen finns det sannolikt inga andra relevanta informationskällor än svenska.

Även om det således finns aspekter av detta resultat som överensstämmer med min målbild vill jag inte hävda att resultatet uppfyller denna. Vad jag gjort är att läsa texter i relation till varandra och till ett visst utfall. Med hänsyn till de svagheter jag pekat på vad gäller nyhetsvärde och metodologi

menar jag själv inte att detta resultat når upp till min målbild av ”forskningsresultat”.

Min text är dock en användbar bakgrundsbeskrivning för att ge sig i kast med andra uppgifter. I nästa kapitel redovisar jag min insats avseende en sådan.

11 (g) Lagregleringens användbarhet för riskfördelning kring kontokort

Mot bakgrund av föregående kapitel fortsätter jag i detta kapitel med temat om vad som är användbar lagreglering i en fråga som riskfördelning kring kontokort. Även denna gång är resultatet en bedömning och även denna gång är det en bedömning av lagstiftarens intentioner och lagstiftningens utfall i visst avseende. Vad detta exempel tillför presentationen av resultatinriktad forskning är bara en variation avseende metod. Kapitlet illustrerar även en annan aspekt av resultatinriktningen. Jag vill dock spara redovisningen av den aspekten till slutet av kapitlet.

11.1 Forskningsfrågan – var lagstiftaren realistisk?

I detta kapitel handlar forskningsfrågan i vid mening om vad vi kan förvänta oss av ett visst sätt att reglera i förhållande till de förutsättningar rätts-tillämparna i praktiken har för att hantera regleringen. Forskningsfrågan kan formuleras som en fråga om lagstiftaren beträffande riskfördelning kring obehöriga förfoganden över kontokort hade anledning att förvänta sig att lagregleringen skulle användas i enlighet med de intentioner som lagstiftaren gett uttryck för över tid?

Uppslaget till denna forskningsfråga fick jag i arbetet med forskningsfrågan i föregående kapitel. Frågan i föregående kapitel ledde till att jag övervägde vad det kunde finnas förklaringar till den diskrepans jag noterade där. Forskningsfrågan i detta kapitel är således en följd av min ambition att nå resultat i forskningsfrågan i föregående kapitel. Möjligheterna att göra en någorlunda avgränsad insats för att nå ett resultat som motsvarade min målbild föreföll stora.

11.2 Resultat (g) – lagstiftaren hade anledning att förvänta att lagregleringen inte skulle användas i enlighet med lagstiftarens intentioner

Det resultat som jag redovisar i detta kapitel är att de effekter som lagstiftaren själv, i efterhand, anser att en lagreglering från 1977 fick, är vad man kunde förvänta. Lagregleringen hade inte förutsättningar att uppfylla lagstiftarens intentioner eftersom den för fallen centrala rättstillämparen ARN inte agerar under förutsättningar där det går att hantera en sådan lagstiftning i enlighet med sådana intentioner. Det är först den sentida lagstiftningen, som bygger på EU-direktiv, som möjligen har förutsättningar att infria lagstiftarens ursprungliga förhoppningar. Den ger rättstillämparen möjligheter att göra en schablonmässig riskfördelning i olika nivåer. Jag har dock inte nått något resultat i den delen. Det beror bland annat på att det finns indikationer på att inte heller denna reglering används i enlighet med de ursprungliga intentionerna. Istället använder jag dessa indikationer som stöd för det resultat jag faktiskt redovisar, d v s att den tidigare lagregleringen saknade potential. När inte ens lagändringar som ger möjligheter att arbeta med schabloner leder till att lagstiftarens ursprungliga intentioner fullföljs av rättstillämparen, talar det för att den ursprungliga lagstiftningen hade ännu mindre möjligheter att leda till en sådan rättstillämpning.

11.3 Metoder – hanteringsanalys

Jag har utgått från antagandet att lagstiftaren har redovisat en rättvisande syn på rättstillämpningen beträffande 1977 års riskfördelningsregel. Detta särskilt som både ARN och Bankföreningen påtalat gränsdragningsproblemet.⁴¹¹ I varje fall har jag ansett ett sådant antagande om rättstillämpningen vara tillräckligt relevant för att ligga till grund för en undersökning. Utifrån detta antagande har jag ställt frågan om varför lagstiftningen lett till en sådan tillämpning?

För att svara på den frågan har jag analyserat informationen i lagtext och förarbeten. Jag har också gjort antaganden om hur rättstillämpningen vid ett organ som ARN kan fungera i vissa avseenden. Dessa antaganden har jag gjort utifrån en viss erfarenhet av att framför allt läsa olika myndighetsbeslut och inlagor, men också av själv fatta rättstillämpande beslut och av att agera

⁴¹¹ Kommittédirektiv 2004:10 Obehörig användning av kontokort samt konsumentskydd vid sk modempapning.

för parter i olika ärenden. Kort sagt handlar det om erfarenheter av juridik som en jurist med intresse för juridiska frågor kan skaffa sig över tid.

Utifrån denna analys har jag ställt upp en hypotes om tänkbara orsaker till utfallet. För att pröva hypotesen har jag gjort en jämförelse mellan den gamla lagstiftningen och den nya. Det handlar om en jämförelse mellan hur ett organ som ARN, utifrån ovan antydda antaganden, kan tänkas hantera den gamla lagstiftningen i jämförelse med den nya.

11.4 Analys av lagstiftningens förutsättningar att uppfylla intentionen

Den övergripande frågan är alltså varför lagstiftarens intention inte fullföljdes i högre grad än att lagstiftarens syn blivit att intentionen inte fullföljts av rättstillämparen? Med andra ord handlar det om hur användbar lagstiftningen varit för att nå de intentioner lagstiftaren haft?

Min slutsats beträffande 1977 års riskfördelning är att det inte alls är särskilt märkligt om det skulle vara så att lagstiftarens intentioner inte följts. Borttappade och stulna kontokort är en så vanlig företeelse att det leder till en stor mängd ärenden. Att hantera massärenden leder till särskilda förutsättningar för rättstillämparna. Det behövs en arbetsordning som underlättar hanteringen och nyanserna i tillämpningen får inte bli alltför många eftersom det då blir besvärligt att hålla reda på dem i ambitionen att lika fall skall behandlas lika. Vad rättstillämparen behöver är en överskådlig uppsättning av fack att sortera in ärendena i.

Till saken hör också att det med hänsyn till rättstvisternas karaktär är ARN som är den centrala rättstillämparen. Vad gäller just ARN:s rättstillämpning är formerna för processen sådana att ledamöterna har begränsade möjligheter att bedöma trovärdigheten hos de påstående som görs i inlagorna. När det dessutom handlar om ett stort antal fall behövs det en arbetsordning som underlättar hanteringen. Det är därför inte alls märkligt om tillämpningen blir typiserad.

Behovet av en överskådlig uppsättning av fack och svårigheterna att göra trovärdighetsbedömningar kan leda till att faktorer som är både påtagliga och objektivt konstaterbara, blir avgörande för vilka fack som utmönstras. Om det exempelvis handlar om fall där kort har försvunnit från en bil utan att konsumenten ens känt till att kontokortet hamnat i bilen, blir omständigheten "bil" lätt mer väsentlig än omständigheten att konsumenten inte känt till att kontokortet hamnat i bilen. Omständigheten "bil" är ett framträdande moment i en berättelse. En bil är påtaglig och objektivt

konstaterbar. Vad konsumenten tänkt eller avsett är varken påtaglig eller objektiv. Att bedömnarna utvecklar en kategori för ”bilfall” där bilfaktorn blir avgörande är därför helt enkelt rationellt. Givet den marginal för påhitade och förskönande omskrivningar som ledamöterna kan uppleva att de behöver använda, inte minst givet att de just får läsa många subjektivt färgade historier, blir bilfaktorn mer central än något annat. Det faktum att konsumentens avsikt egentligen är mer relevanta än bilen i förhållande till rekvisitet grov oaksamhet, blir då lätt underordnat.⁴¹²

Lagstiftarens val att 1977 lämna rättstillämparna med 36 § avtalslagen som enda medel för att skapa en delad risk i det enskilda fallet kan i retrospektiv betraktas som en övertro på den aktuella rättstillämpningen.⁴¹³ Lösningen lämnar litet utrymme för rättstillämparen att hantera osäkerheten kring de klagandes trovärdighet och konsekvenserna för masshanteringen. De skall hantera situationer där konsumenter gjort vad som utifrån objektiva faktorer framstår som oaksamt. Att tillåta oaksamhet utan konsekvenser för den oaksamme kan då framstå som en riskabel linje. Rättsföljden behöver därför helt enkelt bli att konsumenten får ansvara. Medlet för att åstadkomma detta är att vad som annars betraktas som oaksamhet bedöms som grov oaksamhet. Rekvisitet får den innebörd som rättstillämparen anser nödvändig, snarare än tvärt om.

Samtidigt ligger alternativet att regelmässigt fördela ansvaret med hjälp av 36 § avtalslagen långt borta. Avtalslagens 36 § må övertygande kunna framställas som avtalsrättens huvudregel eller rent av utgångspunkt,⁴¹⁴ men

⁴¹² Jag vill påminna om att jag inte har för ambition att utreda vad ARN faktiskt gjort. Som nämnts har jag dock gjort en enkel utredning av beslut i syfte att göra åtminstone en begränsad kontroll av lagstiftarens omdömen kring rättstillämpningen. Utredningen har bekräftat omdömena. Beträffande just vilken betydelse beslutsfattarna lagt vid objektiva konstaterbara faktorer visar utredningen tydligt att beslutsfattarna lägger helt avgörande vikt vid sådana. Att kortet fanns i en offentlig miljö är den omständighet som i de allra flesta fall tillmäts avgörande betydelse och den förefaller innebära att övriga omständigheter förringas. Utredningen omfattar 19 beslut under åren 2011–2017, se källförteckningen.

⁴¹³ Vid tiden för lagstiftningen såg saken antagligen annorlunda ut. I den stora undersökning av ARN:s verksamhet som Lars Heuman publicerade 1980 drar han slutsatsen att ARN varit mer konsumentvänlig i sin rättskipning än domstolarna. Han pekar också på faktorer som är ägnade att ge ARN:s rättskipning en särprägel. I det sammanhanget tar han upp förfarandets särprägel, men inriktar sig på om förfarandets summariska karaktär kan leda till felaktiga beslut, främst jämfört med hur allmän domstol skulle ha dömt. Risken för (alt möjligheten) att ARN skulle utveckla en beslutspraxis som har de drag som jag här beskriver verkar inte ha varit aktuell i den tidens föreställningar kring ARN:s verksamhet. Lars Heuman, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, 1980 s 539–546, 566–570.

⁴¹⁴ Pöyhönen, Juha (Karhu); Sopimusoikeyden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. (The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts), 1988.

det var definitivt inte en förekommande föreställning 1977 och därmed inte det budskap som lagstiftaren skickade ut med propositionen. Tanken att rättstillämparna skulle överväga att använda 36 § i alla fall som handlar om stora belopp kan ses som en förvånansvärd underskattning av juristers generella föreställningar om kategorierna normalitet och undantagsfall. Det handlar visserligen om en lagstiftare på 1970-talet då det svenska samhället präglades av föreställningar som den starka och goda staten, men tanken att 36 § skulle komma till sådan användning var helt enkelt främmande, har det visat sig.⁴¹⁵

För den som funderar över anledningen till lagstiftarens val var den uttalade avsikten att vara försiktig och ta ett steg i taget. Lagstiftaren ville inte med en beloppsbegränsning ”... undergräva respekten för de normer som måste finnas när det gäller skyldighet att förvara kortet väl ...”. Istället skulle utvecklingen följas upp.⁴¹⁶

I retrospektiv är det lätt att tycka att lagstiftaren hade kunnat vara mer förutseende i nämnda avseenden. Tanken att inte undergräva respekten för hur kontokort behöver hanteras, hade behövt beaktas i högre grad än vad som blev fallet. En reglering kan konstrueras så att den respekten inte undergrävs, utan att riskfördelningen nödvändigtvis behöver utgå från att konsumenten står risken. Den lagstiftning som infördes 2010 innebär åtminstone på pappret en sådan riskfördelning. Rättstillämparna fick genom 2010 års lagstiftning någorlunda enkelt definierade fack att sortera in ärendena i och de kan knyta dessa fack till rättsföljder som är balanserade på en generell nivå. I linje med resonemanget i propositionen till 2010 års lag skulle rättstillämparna kunnat använda lagen för att ålägga konsumenten en självrisk varje gång en kod har använts, utan att det egentligen blir någon prövning av om konsumenten åsidosatt sin skyldighet. (När självriskmöjligheten infördes var den 1 200 kr, men från 1 maj 2018 är beloppet sänkt till 400 kr.) En självrisk är en välkänd regleringsteknik för att odla respekt och ansvarstagande. I kombination med en möjlighet att ålägga ett ansvar om ett så stort belopp som 12 000 kr i fall av grov vårdslöshet inskräper regleringen just vikten av ansvar. Samtidigt innebär regleringen just en riskfördelning. Kortföretagen får anledning att relatera till den i sitt arbete med systemrisk.

⁴¹⁵ Beträffande den starka staten se exempelvis Lotta Vahlne-Westerhäll, Den starka statens fall, 2004 s 70–72.

⁴¹⁶ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139–140.

11.5 Ytterligare indikationer och reflektioner till stöd för att lagstiftaren inte haft realistiska förväntningar

Det resultat jag presenterar i detta kapitel är att lagstiftaren hade anledning att förvänta att lagregleringen inte skulle användas i enlighet med vad jag kallat lagstiftarens ursprungliga intentioner. Lagstiftningen fram till 2010 gav inte den för fallen centrala rättstillämparen ARN, förutsättningar att uppfylla intentionerna. Att det finns indikationer på att rättstillämpningen inte förändrats efter lagändringarna 2010, se avsnitt 10.7, talar i samma riktning. Om inte ens en förändrad reglering som kan antas ha större potential leder till att ARN tillämpar regleringen i enlighet med intentionerna indikerar det att lagstiftaren inte haft anledning att förvänta att den tidigare lagstiftningen med sämre potential skulle leda till att intentionerna uppfylldes.

Det finns här anledning att reflektera över varför den förändrade lagstiftningen till synes inte lett till förändringar i rättstillämpningen kring grov oaktsamhet. Reflektionerna kan ytterligare belysa svårigheterna att uppnå lagstiftarintentionerna kring riskfördelningen.

En möjlig anledning till att ARN fortsatt göra stränga bedömningar beträffande bland annat rekvisitet grov oaktsamhet är att ledamöterna helt enkelt uppfattar lag och förarbeten som att de skall göra sådana bedömningar. Givet vad jag redovisat här om regelutveckling, förarbeten och lagstiftarintentioner finns det dock grund att ifrågasätta om det verkligen kan vara förklaringen. Vare sig lagförarbetena till 2010 års lag eller de tidigare lagförarbetena pekar på något sådant.

Ett annat antagande om varför ARN inte utnyttjat möjligheterna och ändrat sin rättstillämpning ligger i linje med vad jag beskrivit i kapitel 10. Ledamöterna skulle, trots de möjligheter som jag i kapitel 10 redovisat att lagändringarna ger, ha svårt att hantera bedömningarna utifrån de underlag de har. Vad jag beskrivit i kapitel 10 om ARN:s förutsättningar skulle helt enkelt kunna vara så belastande att de endast klarar av att hantera en mycket grov schablon. Eftersom det är så svårt för dem att på det underlag de har avgöra vad som kan anses styrkt blir schablonen att det är grovt oaktsamt att förlora ett kort. Det ger den riskfördelning som är enklast att hantera i deras rättstillämpning. Kanske är det också den enda realistiska riskfördelningen i ARN givet krav på likabehandling och liknande tillämpningsfaktorer. Utan att ha mer stöd för vad ARN gjort än i vad som framhållits i lagförarbeten

och i vad jag fått ut av en begränsad undersökning av ARN:s praxis, kan jag i varje fall påstå att erfarenheterna pekar åt det hållet.⁴¹⁷

För att ytterligare reflektera över vilka förväntningar lagstiftaren haft anledning att ha vill jag också peka på alternativa sätt att uppnå lagstiftarambitioner kring riskfördelningen. Något som ökar möjligheterna till att nå en mer nyanserad tillämpning är att låta rekvisitet grov oaktsamhet bedömas i förhållande till de villkor som ställts upp i konsumentens avtal med kortföretaget. Detta ger kortföretagen möjlighet att anpassa regleringen till de konkreta typfall som de kan se är vanliga. Givetvis är det inte så att kortföretagen styr över begreppet grov oaktsamhet, men de kan i avtalen peka ut typiska fall som de betraktar som grov oaktsamhet. Det faktum att konsumenten kunnat ta del av vad motparten betraktar som typisk grov oaktsamhet bör rimligen ges viss betydelse i bedömningen av hur klandervärt konsumentens beteende skall anses vara.⁴¹⁸

Reflektionerna ovan indikerar att det varit möjligt att göra mer än vad lagstiftaren har gjort, såväl under de första 40 åren med kontokort, som genom lagändringarna efter första betaltjänstdirektivet. Indikationerna är givetvis inte mer än indikationer, men möjligen bidrar de till underlaget för en bedömning av om lagstiftaren haft realistiska förväntningar när en reglering av riskerna kring fenomenet kontokort blev nödvändig. Jag menar hur som helst att det är av rättsvetenskapligt intresse att dra erfarenheter av olika exempel på diskrepanser mellan lagstiftarintentioner och utfall i rättstillämpningen.

11.6 Reflektioner kring resultatet

Att utifrån antaganden göra en jämförelse mellan lagregleringar i förhållande till uttalade lagstiftarintentioner framstår som en potentiellt vetenskaplig aktivitet. Som jag refererat ovan förekommer det också sådana insatser i rättsvetenskapen.

När jag reflekterar över vad jag åstadkommit menar jag emellertid att det jag åstadkommit i detta kapitel inte är fråga om mer än en underbyggd hypotes. Det skulle kunna vara korrekt att den gamla lagregleringen

⁴¹⁷ Jag har som nämnts beaktat vad som redovisat i förarbeten om ARN:s praxis och jag har som nämnts gått igenom 19 beslut under åren 2011–2017, se källförteckningen.

⁴¹⁸ Jfr Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 17. Det är av dessa skäl intressant att fråga sig hur kortföretagen faktiskt agerat i anledning av det utrymme lagstiftningen ger i detta avseende. En undersökning av hur avtalsvillkoren förändrats vore på sin plats. Likaså en undersökning av hur ARN:s praxis förändrats.

fungerade på sätt som jag, med hänvisning till lagstiftarens uppfattning, antagit. Likaså skulle det kunna vara korrekt att detta beror på faktorer som jag hävdar, d v s att de centrala rättstillämparna inte fått lämpliga redskap för den hantering de haft att utföra. Emellertid har jag inte använt en metod som kan ge svar på detta. Jag har inte i tillräcklig mån granskat vad rättstillämparna faktiskt beslutat och jag har framför allt inte använt någon verksam metod för att undersöka hur rättstillämparna förhållit sig till den hantering de haft. Vad jag gjort är att spekulera utifrån min egen erfarenhet. Det är inte ett systematiskt tillvägagångssätt. Tvärt om är det närmast fördomsfullt.

På grund av de metodologiska bristerna är det knappast meningsfullt att fråga sig om jag tillför någon tidigare okänd kunskap. Vad jag möjligen tillför är en hypotes som antagligen ännu inte prövats. Även om den inte prövats kan det också vara så att de faktiska rättstillämparna genom åren suttit och beklagat sig över att lagstiftningen inte varit särskilt användbar i förhållande till lagstiftarens intentioner. Det kan också vara så att lagstiftaren själv gjort en sådan iakttagelse. I så fall har jag inte tillfört någon för mänskligheten tidigare okänd kunskap.

Vad jag däremot kan sägas ha gjort är att sprida förståelse för mänskligt handlande. Utan nyhetsvärde hos resultatet handlar det inte om ett tillskott till denna förståelse, men som sagt en hypotes om vad man kan förvänta sig av rättstillämpare som under vissa förutsättningar skall tillämpa en viss typ av reglering. I så måtto skulle det också kunna utgöra en förutsägelse om kommande händelser. Om lagstiftaren försöker använda en motsvarande reglering igen innebär förutsägelsen, hypotesen, att rättstillämparna kommer att agera på liknande sätt.

Mina reflektioner kring resultatet innebär således att jag inte anser mig ha nått min målbild för ”forskningsresultat”. Vad jag gjort är att ställa upp en i viss mån underbyggd hypotes. Jag anser för egen del att hypotesen är ganska intressant och jag ser en viss potential i den. Genom att undersöka fler regleringar och de relevanta rättstillämparnas sätt att hantera dem, skulle en rad olika potentiellt värdefulla upptäckter kunna göras. Exempelvis skulle lagregleringen kunna förbättras genom att den konstruerades utifrån polycentrisk realism redan från lagstiftarnivå.⁴¹⁹ Det skulle kunna innebära en trubbig och enkel reglering för ett rättstillämpande organ som ARN, medan

⁴¹⁹ Jfr exempelvis Håkan Gustafsson, Rättens polyvalens, 2002. Robert Pählsson, Riksskatteverkets rekommendationer, Iustus, 1995.

ett annat organ, som Tingsrätterna, för samma tvister skulle kunna hantera en mer nyanserad reglering.

Med detta sagt vill jag framhålla att det jag gjort i detta avsnitt i högsta grad kan vara både intressant att läsa och vetenskapligt relevant. Att ställa upp en tes är ett led i forskningsverksamheten och jag betraktar det jag gjort som en forskningsinsats. Jag har emellertid inte gjort tillräckligt för att anse att jag nått min målbild. Det ”forskningsresultat” som jag strävat efter att nå har jag ännu inte nått.

I inledningen av detta kapitel nämnde jag att jag skulle återkomma till en aspekt av mina insatser i detta och föregående kapitel. En ytterligare reflektion kring vad jag gjort i dessa kapitel är nämligen att jag presenterar forskningsinsatser som inte leder hela vägen till den nivå jag siktar på. Samtidigt framstår orsakerna till detta som att jag inte gjort tillräckligt i metodologiskt hänseende. Detta kan föranleda frågan om varför jag inte gjort vad jag själv anser bör göras för att nå den nivå som jag kräver av mig själv innan jag presenterar något. Svaret på den frågan är att jag menar att det jag presenterar är tillräckligt intressant för att presenteras. Jag är också ute efter att få synpunkter från tänkbara läsare som kan bidra med kommentarer som ger stöd för, eller avfärdar, de bedömningar som jag påbörjat i dessa båda kapitel. Härmed illustrerar jag ytterligare en aspekt av forskning och resultatriktning. Allt som presenteras behöver inte ha nått en målbild för ”forskningsresultat”. Forskningsinsatser består av flera led och ibland kan det finnas anledningar för att välja att presentera tidigare led av en forskningsinsats även i en resultatriktad ansats. En fördel med de reflektioner som den resultatriktade insatsen kan leda till, och som jag illustrerar här, är dock att jag tydligt förmedlar vilken nivå jag menar att min insats ligger på. De kritiska läsarna hade antagligen själva uppmärksammat detta. Andra läsare hade dock möjligen uppfattat min presentation som att det handlat om en i högre grad underbyggd nivå, och rent av betraktat vad jag gjort som forskningsresultat.

12 (H) Riskfördelning avseende kontokort under period då Sverige underlåtit att implementera EU-direktiv

Nästa exempel på effekter av en resultatriktad forskningsinsats handlar om ett resultat som avviker från alla de som jag tidigare presenterat i boken. Resultatet utgör vad jag vill beskriva som en upptäckt. Upptäckter är en kategori av forskningsresultat i andra vetenskaper, men förknippas antagligen sällan med rättsvetenskapen. Ändå förekommer det situationer i rättsvetenskapen som kan passa in på beskrivningen. Vad jag vill tillföra med detta kapitel är därför en illustration på vad som skulle kunna vara ett förmögenhetsrättsligt resultat i form av en upptäckt. Faktiskt menar jag också att denna upptäckt uppfyller min målbild för ett ”forskningsresultat”. I kombination med de analyser som jag gjort för att precisera vari upptäckten består och vad den kan orsaka i form av hantering för rättstillämpare, ser jag den som intressant. Hanteringen av konflikten låter sig nämligen inte fångas i sådana enkla generaliseringar som ”indirekt effekt” eller ”direktivkonform tolkning”, som brukar uttalas i de sammanhang som upptäckter av aktuellt slag blir aktuella. Vad dessa generaliseringar skall innebära i ett konkret fall är inte alls så enkelt att avgöra som de generaliserande framställningarna kan ge intryck av när problemen inte omsätts i konkretion.

12.1 Forskningsfrågan – normkollision?

I de två senaste kapitlen har framgått hur den svenske lagstiftaren hanterat delar av riskfördelningen kring obehörig användning av främst konsumenters kontokort. Det har också framgått att den svenske lagstiftaren inte implementerade det första betaltjänstdirektivet i tid. Under den tid som Sverige inte uppfyllde direktivets krav inträffade sannolikt lika många obehöriga utnyttjanden av kontokort som vid varje annan tid. I detta

avsnitt gör jag en analys av huruvida det handlar om en sådan kategori av normkonflikt där EU-direktiv skall få sin indirekt effekt, eller kanske rent av direkt effekt. För att klargöra i vilken mån det finns anledning att tala om en normkollision bedömer jag också möjligheterna att hantera normkonflikten. Forskningsfrågan är därför om det föreligger en sådan normkollision och hur omfattande den är?

Anledningen till att jag såg en potential i denna forskningsfråga är det intresse forskare visat frågor som dessa. Intresset har uttryckts i forskning specifikt kring EU-rätt.⁴²⁰ Fenomenet att EU-rättslig reglering blir något som leder till överraskningar har också föranlett forskningsbetraktelser.⁴²¹ Det centrala kunskapsintresse jag fullföljt med denna insats handlar om hur en specifik kollision mellan EU-rätt och nationell rätt skall lösas av en rättstillämpare när det blir tydligt att någon viss lösning inte alls framstår som den som skall användas. Förhållandena vid en normkonflikt mellan EU-rätt och nationell rätt kan nämligen vara relativt komplexa.

12.2 Resultat (H) – upptäckten av en normkonflikt som kan hanteras

Resultatet är upptäckten av ett exempel på en normkonflikt där EU-direktiv, svensk lag, normativa utsagor i förarbeten och rättstillämpningen pekar i olika riktningar. Till upptäckten hör att det handlar om en relativt komplex normkonflikt. Forskningsinsatsen omfattar därför också en analys av hur normkonflikten kan hanteras för att därmed avgöra kollisionens omfattning. Resultatet i denna del är att flera alternativa lösningar kan användas. Jag visar hur utfallet av en viss utgångspunkt leder till en lösning som förefaller vara användbar för rättstillämparen. Den innebär att rättstillämparen i huvudsak skall dela in fallen utifrån konsumentens oaktamsgrad och att ansvaret bestäms till tre olika nivåer. Någon given lösning är detta dock inte. Rättstillämparens beslut kommer att avgöras av vilka grundantaganden som denne utgår från.

Jag vill anmärka att alla tvister som kunde uppstå under den tid Sverige var för sena med att implementera EU-direktivet sannolikt har hanterats. Mitt resultat är därför inte praktiskt relevant för den specifika normkon-

⁴²⁰ Se för en grundläggande översikt exempelvis Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 6 u, 2015 s 184–224.

⁴²¹ Se exempelvis Thomas Wilhelmssons betraktelse av hur EU-rätten i de nationella jurisdiktionerna kan uppträda som en "gubben i lådan". Thomas Wilhelmsson, *Jack-in-the-box theory of European Community Law*, 1997 s 180.

flikten. Min redovisning kan dock användas för att förstå normkonflikter mellan EU-rätt och nationell rätt. Likaså kan den användas som mönster för hur andra normkonflikter av liknande slag kan hanteras.

12.3 Metoder – utfallsanalys och konstruktiv analys

För att nå den första delen av resultatet har jag gjort en analys av de normer som jag bedömt vara relevanta i den rättsfråga som ligger bakom forskningsfrågan. Rättsfrågan är av sådan karaktär att det finns flera normativa utsagor som är relevanta att beakta. Genom att tolka dessa normer och jämföra sådant som deras lydelse och antaganden om syfte, har jag konkluderat att de pekar i olika riktningar. Därmed lämnar de olika möjligheter för beslutsfattaren. De gör det trots att normerna kan placeras in i vedertagen normhierarki och att det därför kan framstå som att en viss norm skall ges prioritet.

För att komma fram till hur normkonflikten kan hanteras och för att nå den andra delen av det presumtiva forskningsresultatet, har jag gjort undersökningar med flera olika metoder. I den *första* undersökningen som jag presenterar har jag analyserat utfallet av en renodlad normhierarkisk prioritering mellan normerna och identifierat brister såväl i metoden som i resultatet. Jag har sedan i en *andra* undersökning analyserat vilka alternativa lösningar som åtminstone kan stå till buds med beaktande av de normer som är relevanta. I den *tredje* undersökningen har jag argumenterat för var och en av de olika lösningarna utifrån vissa redovisade antaganden och bedömningar. Den *fjärde* undersökningen har slutligen gått ut på att först identifiera i vilket avseende normkonflikten leder till störst friktion för att sedan nå ett resultat beträffande hur denna friktion kan hanteras. De fyra undersökningarna är inte fristående från varandra. I metodologiskt hänseende handlar det om att varje undersökning utgör ett steg i forskningsprocessen.

Metoden har således handlat om att pröva olika analyser för att se vart respektive undersökning kan leda. Den *första* ledde till ett resultat som jag bedömer som problematiskt givet syftet bakom det argument som ges prioritet. Samtidigt gav metoden en relevant jämförelse mellan normerna i normkonflikten. Detta underlättade den *andra* undersökningen som ledde till att jag kunde identifiera åtta principiellt olika lösningsalternativ. Undersökningen gav i sin tur insikter om att olika antaganden och bedömningar har betydelse för vilken lösning som väljs. Den *tredje* undersökningen bekräftade att de grundläggande antagandena och bedömningarna har bety-

delse för vilken lösning som väljs. I kombination med resultatet av den första undersökningen innebar den tredje undersökningen också att jag bedömde tre lösningar som mindre gångbara än de övriga fem. Detta utifrån främst ett antagande om möjligheterna att övertyga om dem med hänsyn till att de framstår som motsägelsefulla. Den *fjärde* undersökningen byggde sedan på en ambition att hantera åtminstone den del av normkonflikten som innebär störst friktion. Utifrån de lösningsalternativ som den andra undersökningen resulterat i bedömde jag tre som användbara för just denna, den starkaste delen av normkonflikten. Mot bakgrund av denna identifikation gjorde jag antagandet att alla tre lösningarna kunde användas för att ge ett för rättstillämparen användbart resultat.

12.4 Normkonflikten

Den normkonflikt som jag upptäckt rör riskfördelningen för de obehöriga förfoganden över kontokort som gjorts mellan den 1 november 2009 och den 1 augusti 2010. Det rör alltså den tid under vilken Sverige underlåtit att implementera EU-direktivet 2007/64/EG om betaltjänster på den inre marknaden. För denna tid har jag identifierat tre uppsättningar av normativa argument som relevanta; direktivet, vad jag kallar den gamla svenska ordningen eller dåvarande 34 § konsumentkreditlagen, och 36 § avtalslagen med de normativa utsagor som gjorts kring denna för just obehöriga förfoganden över kontokort.⁴²²

Den riskfördelning som direktivet förelägger medlemsstaterna är att konsumenten skall stå för ”samtliga förluster” som beror på ”grov vårdslöshet” från konsumenten. Den grova vårdslösheten skall bedömas i förhållande till de villkor som ställts upp i konsumentens avtal med kortföretaget. Direktivet lämnar i viss, eller rent av betydande, mån öppet för att nationell rätt läggs till grund bedöma vad som skall utgöra grov vårdslöshet.⁴²³ De nationella lagstiftarna ges också utrymme att ”fastställa mindre stränga villkor” för konsumenter.⁴²⁴

⁴²² Som nämnts i avsnitt 10.7 har det första betaltjänstdirektivet sedermera ersatts av det andra betaltjänstdirektivet; Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden, om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG, artikel 69–74.

⁴²³ Artikel 61 p 2. Skäl 33 i direktivet. Jfr Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 17.

⁴²⁴ Skäl 34. Jfr Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 17–18.

För förluster som inte beror på grov vårdslöshet, men väl är ”en följd av att ett förlorat eller stulet betalningsinstrument använts” eller på att konsumenten ”underlåtit att skydda de personliga säkerhetsanordningarna” skulle konsumenten stå för maximalt 150 euro, och efter det andra betaltjänstdirektivet endast 50 euro.⁴²⁵ Även på denna punkt ges de nationella lagstiftarna utrymme att ”fastställa mindre stränga villkor” för konsumenter.⁴²⁶

Direktivets riskfördelning pekar således på en lösning som innebär att konsumenterna skall stå en generell risk upp till 150 euro, såvida de inte enligt nationell bedömning varit grovt oaktsamma eller värre. I sådana fall skall konsumenterna stå hela risken.

Direktivets riskfördelning skall ställas mot de normer som utgörs av dåvarande 34 § konsumentkreditlagen och den svenska praxisen kring denna. För detta vore en genomgång av denna praxis relevant, men för det här aktuella syftet är det tillräckligt att använda den beskrivning som framgått i tidigare kapitel. Det handlar således om vad lagstiftaren uttalat om att rekvisitet grov oaktsamhet använts på fall som i andra sammanhang skulle betraktas som enkel oaktsamhet. Likaså handlar det om att bedömningen varit typiserad, d v s att vissa situationer typiskt sett har ansetts vara sådana att en kontohavare har förlorat kortet under ”försvarande omständigheter” och därmed skall ansvara på detta snarare än att det i realiteten handlat om grov oaktsamhet.

Dåvarande 34 § konsumentkreditlagen och den gamla svenska ordningen går inte ihop med direktivet när det gäller att konsumenten skall stå generell risk upp till 150 euro. På grund härav föreligger en normkonflikt under den tid direktivet inte implementerats i tid.

Beträffande riskfördelningen vid grov vårdslöshet blir det i jämförelse mindre friktion mellan normerna. De går ihop *i den mån* avtalsvillkoren ger konsumenten sådan ledning för sitt agerande att den gamla svenska ordningen klargjorts i villkoren. På denna punkt finns det skäl att anta att insiktsfulla kortföretag även i den gamla ordningen använt villkor som gjort det möjligt för konsumenten att bedöma vad kortföretagen ansett att gränsen dragits. Detta för att dessa företag typiskt sett använder reglering som begränsar deras ansvar i så hög grad som möjligt. Samtidigt är det inte

⁴²⁵ Artikel 61 p 1. I det EU:s andra betaltjänstdirektiv (EU) 2015/2366 är beloppet sänkt till 50 euro och i den svenska betaltjänstlagen motsvarar detta sedan 1 maj 2018 400 kr.

⁴²⁶ Skäl 34. Jfr Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, s 15–16.

otänkbart att kortföretag i avtalsvillkoren i princip bara återgivit lagtexten. Har kortföretaget bara angivit att konsumenten ansvarar vid grov oaktsamhet ger avtalet liten vägledning. Rättstillämparen lämnas med en allmän norm om grov oaktsamhet. Det innebär konflikt med direktivet.

Ett sätt att hantera konflikten är att trots direktivet använda den gamla svenska ordningen och praxis kring 34 § konsumentkreditlagen. Med utgångspunkt i direktivet skulle avsaknaden av utgångspunkt dock kunna läggas kortföretaget till last. Tanken skulle kunna vara att ett kortföretag som inte i villkoren reglerat konsumentens skyldigheter har avstått från den utgångspunkt för bedömningen som EU-lagstiftaren tänkt sig i direktivet. Att göra en sådan tolkning redan innan den nationella lagstiftningen trätt i kraft skulle dock innebära en strikt linje mot kortföretagen. Det skulle innebära att de skulle behövt anpassa sin avtalsreglering i alla avtal även för den begränsade period under vilken direktivet inte implementerats, trots att den svenska lagstiftaren ännu inte agerat.

Den tredje uppsättningen av normativa argument rör avtalslagen 36 §. Som framgått i tidigare kapitel hade lagstiftaren vid införandet av den första riskfördelningen 1977 tänkt sig att 36 § skulle komma till användning med hänsyn till ”beloppets storlek eller andra omständigheter”.⁴²⁷ Där nämns också Konsumentverkets idé om en begränsning till 5 % av basbeloppet. Lagstiftaren avvisade den idén med hänvisning till just 36 § och möjligheten till uppföljningar av lagstiftningen. Därefter har det, som också redovisats i tidigare kapitel, förekommit flera uppföljningar. Huvuddelen av dessa har resulterat i påpekanden av innebörden att regleringen kommit att tillämpas på ett alltför strängt sätt mot konsumenterna. Till slut har detta i kombination med direktivet från EU, lett till svensk lagändring. Denna lagändring har införts först per den 1 augusti 2010, men föreslogs i Ds 2008 och proposition som lämnades till Riksdagen den 4 mars 2010.

Avtalslagen 36 § skall som bekant innebära en bedömning av ”om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.” Regeln stadgar också att ”särskild hänsyn [skall] tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.” Det faktum att den svenske lagstiftaren ändrat lagstiftningen om risken för obehöriga förfoganden är beaktansvärda argument för att jämkas med 36 §. Bakom lagändringen ligger historiken och bedömningarna att lagstiftarens intention inte förefaller ha fullföljts

⁴²⁷ Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m, s 139.

avseende vare sig vad som skall betraktas som grov vårdslöshet eller när jämkning skall vara aktuell.⁴²⁸ Avtalsvillkor som ger konsumenten ansvar för ett stort belopp kan med stöd av dessa faktorer betraktas oskäliga. I jämförelse med det belopp som lagstiftaren beslutat i 2010 års lag kan det handla om belopp som överstiger 12 000 kr.

Avtalslagen 36 § och de argument för jämkning som jag just pekat på, innebär viss friktion i förhållande till den gamla svenska ordningen. Denna friktion har varit för handen sedan 1977, men friktionen har ökat med de utredningar som gjorts där förhållandena påtalats. Med lagförarbetena i form av Ds:en från 2008 och propositionen i mars 2010 som ledde till lagstiftning, blev friktionen påtaglig. Med 36 § AvtL är det förstås i princip aldrig så att konflikten gentemot andra normer blir total eftersom det finns utrymme för att betrakta 36 § AvtL som en fakultativ undantagsregel. Utifrån de nämnda argumenten för att tillämpa 36 § AvtL i de här aktuella fallen menar jag dock att det definitivt finns anledning att beskriva förhållandet mellan normerna som att det föreligger friktion, eller rent av en kollision.

Jag menar att jag i detta avsnitt 12.4 påvisat att det i ett par avseenden föreligger en normkonflikt mellan de normativa utsagor som jag redovisat. Delar av normkonflikten är särskilt stark under tiden 1 november 2009 fram till 1 augusti 2010, då den formellt sett i princip upphör. Mot denna bakgrund är nästa fråga hur normkonflikten skall hanteras under främst de nämnda nio månaderna.

12.5 Normhierarkisk metod och resultat av denna variant av rättsdogmatik

Frågan är således hur den ovan beskrivna normkonflikten skall hanteras? En metod är att prioritera mellan normerna utifrån en normhierarki. Eftersom det handlar om normer på olika nivåer kan man tänka sig att det med hjälp av rättsdogmatiken och den tillhörande rättskälleläran skulle gå att avgöra vilken norm som skall ges prioritet och därmed lösa normkonflikten. Jag vill därför börja med att redovisa vilket resultat jag får med denna metod.

Av de nämnda normerna är EU-direktivet överordnat. Detta följer av rättskälleläran såsom den får förstås med hänvisning till normativa utsagor om vad som kallas ”direkt effekt” och ”indirekt effekt”. Med direkt effekt

⁴²⁸ Notera här att jag inte redogjort för i vilken utsträckning 36 § avtalslagen använts i praxis och att jag, som nämnts, över huvud taget baserar bedömningen av praxis på vad lagstiftaren uttalat.

avses att direktivet skall användas av nationella rättstillämpande myndigheter trots att den nationella lagstiftaren inte implementerat den. Den indirekta effekten går ut på att rättstillämpande myndigheter skall tillämpa den nationella lagstiftningen med beaktande av direktivet, i så hög grad som möjligt.⁴²⁹

Ett problem med normerna om direkt och indirekt effekt är att båda är relativt komplexa normer. De har internationellrättslig karaktär och bygger på praxis. Vad de närmare skall innebära är därför inte lika tydligt som för andra normer. Inte minst går det att peka på oklarheter kring i vilken mån normerna skall användas mellan enskilda. Istället för en horisontell tillämpning kan ett alternativ vara att rättsföljden begränsas till att den enskilde som drabbas av att ett direktiv inte implementerats får kräva kompensation av staten.

Beträffande normernas komplexitet hör det också till saken att de har klara ideologiska implikationer. EU-lagstiftningen har inte sällan en annan karaktär än den nationella.⁴³⁰ Den annorlunda karaktären används inte sällan i juridisk argumentation. Eftersom normerna anses innebära att den nationella lagstiftaren är underordnad kan de användas för att uttrycka missnöje och opposition mot nationella lösningar som man inte sympatiserar med.⁴³¹ Eftersom denna ideologiska belastning kan vara betydande, kan det vara svårt att hantera normerna. De uppfattas helt enkelt i särskilt hög grad olika av olika personer.

Av nämnda skäl kan det diskuteras om det aktuella direktivet skall anses ha direkt effekt, indirekt effekt eller någon annan effekt. Något avgörande från EU-domstolen kring just det aktuella direktivet finns inte.⁴³² Sannolikheten för att rättstillämpare, och i första hand då EU-domstolen, skulle ge direktivet direkt effekt i detta förhållande är sannolikt liten. Eftersom

⁴²⁹ Se exempelvis Lotty Nordling, *Gemenskapsrätten och källan till rätten*, SvJT 2003 s 456. Jane Reichel, *EU-rättslig metod*, i *Juridisk metodlära*, 2013 s 109–126. Vidare Robert Schütze, *European Union Law*, 2015. Jfr de särskilda förutsättningarna för just europeisk kontraktsrätt Martijn W. Hesselink, *A Toolbox for European Judges*, 2011 s 192–211.

⁴³⁰ Se exempelvis Lena Sisula-Tulokas, *Civilrättens splittring*, i *Bertil Bengtsson 90 år*, 2016 s 481–495.

⁴³¹ Det tydligaste exemplet handlar dock om Europakonventionen. Se den s k *Ne bis in idem*-historien, som ledde till bl a ett behov av ställningstagande i plenum NJA 2013 s 502 (*Ne bis in idem*). För en kortfattad beskrivning av de konstitutionella aspekterna se Robert Pålsson, *Konstitutionell skatterätt*, 4 u, 2018 s 71–80. För en förvarning om tre andra möjliga exempel, se Stefan Lindskog, *Straffliknande ekonomiska påföljder utom straffrätten*, i *Bertil Bengtsson 90 år*, 2016 s 317–332.

⁴³² I skrivande stund. Direktivet har bara dykt upp i Kommissionens talan mot Polen 17 november 2010 i mål C–542/10, för underlåtenhet att implementera.

det handlar om enskilda parter är det svårt att få stöd ur normargumenten för en sådan tillämpning. Däremot bedömer jag att sannolikheten är högre för att en rättstillämpare skulle tillmäta direktivet indirekt effekt. I min undersökning har jag utgått från att det inte är uteslutet att åtminstone indirekt effekt är relevant att beakta och jag har prövat vilken lösning som en normhierarkisk metod skulle kunna leda till om en rättstillämpare skulle göra den bedömningen.⁴³³

För analysens skull börjar jag ändå med alternativet att direktivet anses ha direkt effekt beträffande riskfördelningen. Det skulle vara möjligt med hänsyn till att det handlar om en tillräckligt preciserad norm och för att kortföretagen anses vara ett organ som ligger tillräckligt nära statsmakten i det att de fyller en central samhälllig funktion. Om direktivet därmed anses överordnat blir följden att kortföretagen genom direktivet får möjlighet att utkräva ett generellt ansvar av konsumenterna i enlighet med artikel 61 p 1, d v s en självrisk om 150 euro. Detta är en tämligen konkret regel som inte kan vara särskilt svår att hantera för nationella förhållanden i rättstillämpning och verkställighet. Eftersom direktivet lämnar bedömningen av grov vårdslöshet till den nationella rättstillämparen och inte föreskriver något maxbelopp för ansvaret, skall konsumenterna däremot inte kunna använda direktivet till sin fördel i den delen. Den beskrivna riskfördelningen innebär således att direktivet blir till kortföretagens fördel, jämfört med att direktivet inte alls används.

Resultatet blir mer eller mindre detsamma om direktivet anses ge indirekt effekt och därmed en skyldighet för nationella rättstillämpare att använda den nationella rätten direktivkonformt. Med 36 § avtalslagen är det möjligt att tolka svenska normer på ett sätt som i högsta möjliga mån tillgodoser direktivets påbud och möjligheter. Det går med denna lagregel att åstadkomma den självrisk för konsumenterna som stadgas i artikel 61 p 1, d v s ett generellt ansvar om 150 euro. Även om 36 § AvtL föreskriver att särskild hänsyn skall tas till konsumentens underlägsna ställning är det inget i lagtexten som utesluter en tillämpning av 36 § AvtL mot en konsument till fördel för en näringsidkare.

Eftersom direktivet som nämnts inte föreskriver något om vad grov vårdslöshet skall innebära och inte heller något om jämkning av konsumenters ansvar, skulle det i princip vara möjligt att konstatera att någon indirekt effekt till förmån för konsumenterna inte följer av direktivet.

⁴³³ Jag återkommer till temat om substansen i argumenten om direkt och indirekt effekt i avsnitt 12.6.

Med den normhierarkiska metod som jag här använt skulle direktivet således ges prioritet p g a sin generella status. Det skulle, oavsett direkt eller indirekt effekt, innebära, att konsumenten skall stå en generell risk om 150 euro som konsumenter i Sverige inte skulle ha stått för utan direktivet. Metoden leder däremot inte till någon begränsning av konsumenters ansvar jämfört med den gamla svenska ordningen.

En följdfråga är så om detta resultat kan anses vettigt? För att kunna värdera resultatet av den normhierarkiska metoden menar jag att det är nödvändigt att reflektera över vad metoden egentligen består i. Vad jag antytt att jag gjort ovan är att jag följt en generell normativ rangordning mellan rättskällor. Enligt denna generella rangordning skall direktivet ges företräde. Eftersom mitt tema här har varit riskfördelningsregleringen har jag jämfört direktivets reglering med den gamla svenska ordningen. De skillnader jag konstaterat är sådana att direktivet är mer fördelaktigt för kortföretagen än för konsumenterna. Den bild jag givit är rent av att konsumenterna inte ges någon fördel genom direktivet, utan att detta tvärt om ger en sämre riskfördelning för konsumenten genom det generella ansvaret om 150 euro. Utifrån vad jag redovisat är det denna logik som förefaller ha lett till resultatet.

Vad jag just beskrivit är emellertid missvisande. När jag jämfört riskfördelningsregleringen i direktivet med den gamla svenska ordningen har jag också gjort ett val som jag inte redovisat. Jag har gjort valet att betrakta problematiken ur vad jag kan kalla ett tekniskt perspektiv där det som anses avgörande enbart är vissa av de relevanta normerna. Några av dessa normer har jag också förenklat, främst då normerna om direkt och indirekt effekt. Vad jag härmed bortsett från är framför allt vad som ligger bakom direktivet. Direktivet är avsett att vara en tvingande reglering som anger en lägsta nivå av skydd för konsumenter.⁴³⁴ Jag har heller inte beaktat att direktivet innehåller en ny utformning av rekvisitet grov vårdslöshet, som beroende på omständigheterna, och främst då vad som står i standardavtalet, i princip skulle kunna användas till konsumentens fördel. Med min metod har jag kommit fram till något som leder till en försämring, för att jag helt enkelt pekat ut enbart vissa normer som relevanta samtidigt som jag också använt förenklingar.

Den metod jag använt har således varit en kombination av att använda en norm om normhierarki, att göra en jämförelse, att förenkla och att prioritera bort en del argument trots att de får anses relevanta. Resultatet

⁴³⁴ Se exempelvis skäl 34.

av metoden får bedömas med beaktande av de förtjänster och brister som mitt tillvägagångssätt har.

Självt menar jag att metoden behöver förfinas genom att i mindre grad förenkla och genom att involvera argument som jag prioriterat bort. Framför allt behöver direktivets konsumentskyddande syfte beaktas. Ett sätt att göra detta är att hävda argumentet att ett direktiv med syfte att skydda konsumenter inte skall kunna användas för att åstadkomma en nackdel för konsumenter. För att ge argumentet en normativ status skulle det kunna placeras in, eller rent av förkläs, i definitionerna av direkt och indirekt effekt. Det skulle kunna hävdas att direktivet inte skall ges direkt effekt för att det är ett horisontellt förhållande där direktiv skall beaktas endast om det finns starka skäl. Några sådana skäl skulle inte anses föreligga eftersom direktivet skall vara konsumentskyddande och det nu skulle handla om något annat. Kanske skulle det rent av bli aktuellt att konstruera ett nytt begrepp, exempelvis ”enkelriktade horisontella förhållanden”, som skulle användas för att förhindra att direktiv används i annat än den riktning som ligger i linje med syftet med direktivet. Jag nämner detta i förklarande syfte, som en sorts liknelse. Det är antagligen en överdrift att påstå att ett behov av ett sådant begrepp skulle föreligga, men märkligare konstruktioner och begrepp förefaller ha utvecklats i EU-rättens historia.⁴³⁵

Oavsett hur man konstruerar lösningen med en mer förfinad metod skulle ett beaktande av värdet konsumentskydd bli att kontokortsföretagen inte får framgång med att hävda direktivet för att få ut ett generellt ansvar av konsumenterna innan den svenska lagen trätt i kraft.

Poängen med detta avsnitt är dock inte bara att pröva vilket resultat metoden leder till. Avsikten är också att presentera en analys av hur direktivet skiljer sig från den gamla svenska ordningen. Slutsatsen i denna del är att direktivet inte ger konsumenten någon direkt fördel. Den enda punkt i direktivet som skulle kunna vara en ändring till fördel för konsumenten är att grov vårdslöshet skall bedömas i förhållande till avtalsvillkoren. I den mån avtalsvillkoren inte ändrats i anledning av direktivet, utan är anpassade utifrån den gamla svenska ordningen, skulle rättstillämparen kunna komma till resultatet att direktivet är en fördel för konsumenten. Eftersom denna eventuella fördel emellertid mer eller mindre kan undanröjas genom att avtalen anpassas till direktivets reglering, är det svårt att hävda att direktivet

⁴³⁵ Jfr ”incidental direct effect”, se Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU Law*, 6 u, 2015 s 216–220.

ger någon specifik fördel i detta avseende. Det skulle knappast handla om en tillräckligt precis reglering, vilket är vad som anses krävas för direkt effekt.⁴³⁶

Vad som däremot ger betydande fördelar för konsumenten är 2010 års lag. Denna lag är den svenske lagstiftarens åtgärd för att implementera direktivet. Om lagstiftaren hade gjort detta till 1 november 2009 hade de konsumenter som drabbades av obehöriga förfoganden under de nio månaderna fram till 1 augusti 2010 behövt stå mindre risk än vad de fick göra med den gamla svenska ordningen. Något normativt argument för att beakta detta i riskfördelningen står dock knappast att finna. Däremot kan det faktum att en lagändring ansetts nödvändig få betydelse för bedömningen av oskälighet.⁴³⁷

Mot bakgrund av resultatet och analysen i detta avsnitt presenterar jag i det följande resultatet av ytterligare metoder för att svara på forskningsfrågan.

12.6 Konstruktiv analys – vilka är lösningsalternativen?

I detta avsnitt presenterar jag resultatet av en metod som kan beskrivas som en konstruktiv analys. Det handlar om att jämföra olika sätt att kombinera de tre normkomplexen och att jämföra det teoretiska utfallet av de lösningar som kombinationerna innebär. De tre normkomplexen är som nämnts: direktivet, vad jag kallar den gamla svenska ordningen eller dåvarande 34 § konsumentkreditlagen, och 36 § avtalslagen med de normativa utsagor som gjorts kring denna för just obehöriga förfoganden över kontokort.

Lösning A: Direktivet ges prioritet på sätt som redovisats i föregående avsnitt. Riskfördelningen blir att konsumenten ansvarar generellt med en självrisk som bestäms till 150 euro, och att konsumenten i enlighet med direktivet och den gamla svenska ordningen står fullt ansvar för grov vårdslöshet. Grov vårdslöshet bedöms enligt den gamla svenska ordningen.

Lösning B: Den gamla svenska ordningen ges prioritet. Riskfördelningen blir att konsumenten inte står någon risk alls såvida det inte handlar om grov oaktsamhet såsom denna bedömts enligt den gamla svenska ordningen. Vid sådan grov oaktsamhet ansvarar konsumenten fullt ut, såvida inte 36 § avtalslagen i något udda fall anses aktuell i linje med praxis i den gamla svenska ordningen.

⁴³⁶ Se exempelvis Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU Law*, 6 u, 2015 s 190–193, 200–203.

⁴³⁷ Kurt Grönfors och Rolf Dotevall, *Avtalslagen*, En kommentar, 5 u, 2016 s 289–290.

Lösning C: Avtalslagen 36 § och de normativa utsagorna kring den ges prioritet. Riskfördelningen blir att konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkas till 12 000 kr i linje med vad lagstiftaren beslutat i 2010 års lag och intentioner från 1977. Bedömningen av grov oaktsamhet görs enligt den gamla svenska ordningen, men jämkningen till 12 000 kr görs regelmässigt när det handlar om den typiserade praxis som den gamla svenska ordningen inneburit. Ingen självrisk för de fall konsumenten inte bedöms ha handlat grovt vårdslöst.

Lösning A, B och C är konstruerade med en prioritetstanke. Vart och ett av de tre normkomplexen utgör utgångspunkt för respektive lösning.

Till dessa tre normkomplex kan läggas en annan tankegång, D, som likaså bygger på en uppsättning normativa argument. Det handlar om argumenten för att bedömningen av grov oaktsamhet inte blivit vad den borde ha varit. Det skulle handla om att rättstillämparen använder det utrymme rätts-tillämpare anses ha att anpassa tillämpningen även när det kan konstateras att den tagit en viss inriktning.⁴³⁸

Lösning D: Bedömningen av grov oaktsamhet anpassas till hur rekvisitet används i andra sammanhang. Det handlar med andra ord om att ta fasta på den intention lagstiftaren förefaller ha haft redan 1977 och som sedan uttryckts i olika utredningar, samt inte minst i lagstiftningen från 2010. Genom att rätts-tillämparna anpassar sin tillämpning av rekvisitet förändras riskfördelningen till konsumentens fördel. Konsumenten ansvarar inte för fall som inte når upp till grov oaktsamhet. Behovet av en jämkning av ansvaret för fall där konsumenten står risken för hela skadan blir därmed mindre, och lösning D skulle därför inte omfatta någon jämkningsmöjlighet annat än för särskilt, eller rent av synnerligen, betydande belopp.

Utöver dessa fyra principiellt hållna lösningar kan man tänka sig ytterligare lösningar som utgör kombinationer. Tanken bakom dessa lösningar skulle vara att minska friktionen mellan normerna genom att förebygga eller runda av de effekter som står ut i de olika lösningarna.

⁴³⁸ Jfr den ändrade tillämpning som justitieråden genomfört kring narkotikabrott genom under åren 2008–2012, bl a NJA 2008 s 653 (Kokain), NJA 2011 s 357 (Mefedron), NJA 2011 s 675 I (Syntetiska katinoner), NJA 2011 s 675 II (Metylon), NJA 2011 s 799 (www.rc-traders), NJA 2012 s 70 (Amfetamin m m), NJA 2012 s 115 (Ecstasy), NJA 2012 s 144 (Cannabisharts), NJA 2012 s 510 (Ecstasy), NJA 2012 s 528 (Kokain), NJA 2012 s 535 (Cannabis), NJA 2012 s 650 (Mefedron).

Lösning D1: Samma lösning som D, men den förändrade bedömningen av grov oaktsamhet motiveras med att ett generellt ansvar på 150 euro tillämpas med hjälp av 36 § avtalslagen och i enlighet med direktivet.

I huvudsak handlar lösning D1 om att en del av de fall som tidigare lett till fullt ansvar för konsumenten istället jämkas till 150 euro. De konsumenter som med tidigare typiserade bedömning av fått ansvara fullt ut för något som med lösning D1 ses som enkel oaktsamhet, får sitt ansvar begränsat från exempelvis 25 000 kr till 150 euro. Lösning D1 är således en variant där direktivets självrisk används för att justera den typiserade tillämpningen enligt den gamla svenska ordningen. Denna lösning adresserar därmed ett av de två problemen med den gamla svenska ordningen. För att även adressera det andra problemet med ansvar för stora belopp behövs ytterligare varianter.

Lösning D2: Samma lösning som D1 men med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkat till högst 12 000 kr i linje med vad lagstiftaren beslutat i 2010 års lag och intentioner från 1977. I effekt blir lösning D2 en riskfördelning som mer eller mindre överensstämmer med 2010 års lag.

Lösning D3: Samma lösning som D2, d v s med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkat till högst 12 000 kr, men inget generellt ansvar om 150 euro för konsumenten.

Lösning C1: Samma lösning som lösning C, men med generellt ansvar om 150 euro för konsumenten. Med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet således jämkat till högst 12 000 kr, och bedömningen av grov oaktsamhet görs enligt den gamla svenska ordningen. Däremot används alltså självrisk på 150 euro med hjälp av 36 § avtalslagen och i enlighet med direktivet.

Givetvis går det att konstruera ytterligare lösningar utifrån de parametrar det handlar om. Det kan dock räcka med de lösningar jag redovisat.

En poäng med denna konstruktiva metod är att det går att åstadkomma en överblick över olika alternativa lösningar. För att metoden skall leda till ett resultat som pekar ut en lösning krävs att en jämförelse mellan lösningarna visar att en av dem kan anses vara att föredra framför de övriga. Huruvida ett alternativ är att föredra framför ett annat är dock i hög grad beroende av vilka preferenserna är, eller med andra ord grundläggande antaganden och bedömningar som ligger bakom. Utan att klargöra dessa preferenser kan

metoden inte ge något visst resultat. Detta är dock inte detsamma som att metoden är meningslös. Metoden tydliggör vilka lösningsalternativ som kan tänkas. När preferenserna tydliggörs går det att se hur dessa påverkar utfallet.

Med bedömningen att ett konsumentskyddsdirektiv inte skall användas för att åstadkomma en effekt som innebär nackdel för en konsument, kan lösning A uteslutas. Är bedömningen villkorlös i detta avseende kan likaså lösning D1, D2 och C1 uteslutas. Resultatet blir i praktiskt hänseende detsamma i alla fyra fallen såvida kortföretagen inte kommer att begära jämkning med stöd av direktivet.

Med antagandet att kostnaderna för kortföretagen kommer att öka dramatiskt om konsumentens ansvar begränsas med en justerad bedömning av grov oaktsamhet, kan lösning D, D1, D2 och D3 uteslutas. Lösning D3 kan då antas vara sämst och lösning D1 den minst dåliga.

Med bedömningen att det är svårt att finna något tydligare exempel på när 36 § avtalslagen skall tillämpas för att begränsa konsumenters ansvar för stora förluster kan lösning A, B, D och D1 uteslutas.

Genom att pröva hur olika grundläggande antaganden och bedömningar påverkar resultatet kan det bli lättare att se en möjlig linje mellan olika kombinationer av sådana antaganden och bedömningar. Om de tre nyss redovisade preferenserna kombineras blir utfallet exempelvis att lösning C är att föredra. Det är det enda alternativet som inte uteslutits med någon av preferenserna.

Den konstruktiva metod jag använt här innebär en ganska hög grad av förenkling i förhållande till de normativa argumenten. Det normativa stödet för de olika lösningarna varierar. Visserligen är det att ange metoder för att mäta normativt stöd, men det är helt klart att jurister upplever att det finns olika grader av stöd för ett juridiskt ställningstagande och att det går att utläsa mönster i dessa uppfattningar. Annorlunda uttryckt är det tydligt att jurister relativt sett kommer till någorlunda liknande ståndpunkter i juridiska frågor och att förklaringen till detta i första hand antas vara att de kan värdera styrkan i de normativa argumenten. På grund av dessa föreställningar behöver den som vill övertyga förklara hur de normativa argumenten förhåller sig till de olika lösningarna. Jag presenterar en sådan redovisning i nästa avsnitt.

12.7 Prioritering mellan lösningarna utifrån styrkan i argumenten

För att kunna prioritera mellan lösningarna krävs det en metod som kan användas för att övertyga. Det finns flera olika metoder för att övertyga om att ett alternativ skall prioriteras framför de övriga. Metoderna kan också kombineras med retorik och auktoritetsargument. Dessa båda går inte att helt undvika. Min ambition är dock att någorlunda öppet redovisa vilka antaganden som utgjort bakgrund till grund för mitt resonemang och vilka bedömningar jag gör i olika delar av processen.

12.7.1 Antaganden

För det första gör jag antagandet att det inte blir någon ekonomisk skillnad för kortföretagen om konsumenterna står en generell risk för 1 200 kr, jämfört med riskfördelningen enligt den gamla svenska ordningen, där konsumenterna inte ansvarade generellt, men fullt ut för grov oaktsamhet enligt den typiserade bedömning som utvecklats i praxis.

För det andra gör jag antagandet att alla tvister kring riskfördelningen under den aktuella perioden står öppna för prövning. Ett normativt ställningstagande kring riskfördelningen får således betydelse för fler än några enskilda fall. Emellertid förefaller kortföretagen inte ha krävt självrisk från de konsumenterna som bedömdes ha agerat mindre än grovt vårdslöst, och kortföretagen kommer sannolikt heller inte att göra det.

För det tredje kortföretagen är den aktör som i högst grad kan påverka de sk systemriskerna. De kan införa rutiner för att minska riskerna för obehöriga, de kan begränsa antalet kort, och de kan begränsa limit för vad som går att få ut med ett kontokort under en viss tidsperiod och särskilt då i form av kredit, etc. Samtidigt är detta av liten betydelse i sammanhanget eftersom det handlar om att konstruera en regel för en begränsad period om nio månader.

För det fjärde antar jag att konsumenterna inte har någon chans till framgång med ett krav på ersättning från staten för att staten inte i tid implementerat direktivet. Jag gör det antagandet för att direktivet formellt sett inte ger konsumenterna en för dem mer fördelaktig riskfördelning än den gamla svenska ordningen. De skillnader som direktivet innebär till konsumenternas fördel är inte tillräckligt specifika.

För det femte antar jag att kortföretagen har beaktansvärda kostnader för förändringar av sina standardavtal. Om de ställt in sig på att genomföra

ändringar till den 1 augusti 2010, men genom ett avgörande från en rättstillämpare får en signal om att tidigarelägga ändringarna, kan det antas ställa till merarbete och merkostnader. Jag antar dock att kortföretagen inte skulle anpassa sina villkor redan efter ett avgörande i rättstillämpningen, eftersom de vet att en lagändring är nära förestående.

12.7.2 Bedömningar

När det gäller grundläggande bedömningar utgår jag däremot från att värdet förutsebarhet inte är särskilt relevant, i varje fall inte på något avgörande sätt. De olika lösningarna är visserligen i olika grad förutsebara, men skillnaderna är inte så stora att de skall ges avgörande betydelse.

En annan bedömning är att mitt ställningstagande inte enbart handlar om att konstruera en generell riskfördelning för den aktuella perioden, utan också om att i förhållande till två hypotetiska parter i en tänkt tvist, kunna motivera utfallet för just dem. Med andra ord handlar det om att beakta att det handlar om en efterhandskonstruktion för tvister som redan föreligger. Detta kan ses som en självklarhet eftersom det inte handlar om lagstiftning. Jag för ändå fram detta som en bedömning för att jag menar att denna aspekt har särskild betydelse i sammanhanget. Detta beror bl a på att det handlar om att hantera rekvisitet oskäligt i avtalslagen 36 § och en rättstillämpning där rekvisitet grov oaktsamhet kommit att få en viss inriktning.

Mot bakgrund av de nämnda antagandena och bedömningarna har jag gått igenom lösningsalternativen och identifierat argument som kan tala för och emot respektive lösning.

12.7.3 Lösning A

Lösning A: Direktivet ges prioritet på sätt som redovisats i föregående avsnitt. Riskfördelningen blir att konsumenten ansvarar generellt med en självrisk som bestäms till 150 euro, och att konsumenten i enlighet med direktivet och den gamla svenska ordningen står fullt ansvar för grov vårdslöshet. Grov vårdslöshet bedöms enligt den gamla svenska ordningen.

Lösning A är den som jag redovisat särskilt i avsnitt 12.6. Som framgått där bygger den på en grov metod. När metoden förfinas, med bland annat beaktande av komplexiteten hos normerna kring direkt och indirekt effekt, leder den till ett annat resultat. Lösningen kan med argumentationen i avsnitt 12.6 anses ha svagt normativt stöd. Grunden för detta är dock

värderingen att ett konsumentskyddande direktiv inte skall användas till konsumenters nackdel.

12.7.4 Lösning B

Lösning B: Den gamla svenska ordningen ges prioritet. Riskfördelningen blir att konsumenten inte står någon risk alls såvida det inte handlar om grov oaktsamhet såsom denna bedömts enligt den gamla svenska ordningen. Vid sådan grov oaktsamhet ansvarar konsumenten fullt ut, såvida inte 36 § avtalslagen i något udda fall anses aktuell i linje med praxis i den gamla svenska ordningen.

Lösning B innebär att följa den gamla svenska ordningen fram tills 2010 års lag trädde i kraft. De normativa argumenten för denna lösning är därför de som presenterats i tidigare avsnitt, d v s dåvarande konsumentkreditlagen 34 § och den praxis som utvecklats kring denna.

Ett särskilt argument för att fortsätta enligt den gamla svenska ordningen är av distinkt formaljuridisk karaktär. Med detta menar jag att det datum som bestämts för ikraftträdande är en mycket konkret förhållningspunkt. Eftersom den är konkret och precis har den en viss attraktion som argument. Formellt överordnade normer som normhierarki och indirekt effekt, innebär besvärliga gränsdragningar och leder till mer svåröverblickbara konsekvenser.

Konsekvenserna av att tillämpa den gamla svenska ordningen är att parterna får vända sig till staten för att kräva kompensation för den specifika underlåtenhet som orsakat problemen. Genom att hålla isär frågan om riskfördelning mellan parterna från ansvaret för underlåtenhet att implementera, förefaller det bli ordning och reda i systematiken. Med antagandet att kortföretagen inte kommer att kräva kompensation belastas lösning B dock inte alls av denna ansvarsproblematik.

Vad som talar mot lösning B är främst de normativa argumenten för att tillämpa 36 § avtalslagen. Rättstillämparen kan dock förhålla sig till detta argument som en fakultativ undantagsregel och därmed undvika en direkt motsättning.

12.7.5 Lösning C

Lösning C: Avtalslagen 36 § och de normativa utsagorna kring den ges prioritet. Riskfördelningen blir att konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkas till 12 000 kr i linje med vad lagstiftaren beslutat i 2010 års lag. Bedömningen av grov oaktsamhet görs enligt den gamla svenska ordningen, men jämkningen

till 12 000 kr görs regelmässigt när det handlar om den typiserade praxis som den gamla svenska ordningen inneburit. Ingen självrisk för de fall konsumenten inte bedöms ha handlat grovt vårdslöst.

Lösning C skiljer sig från lösning B endast såtillvida att konsumentens ansvar skulle begränsas till 12 000 kr. Det normativa stödet för detta är avtalslagen 36 § och vad som anförts om att denna skall användas för att justera riskfördelningen i dåvarande 34 § konsumentkreditlagen. För begränsningen till just 12 000 kr är det normativa stödet 2010 års lag och det är således inte fråga om att följa någon tidigare gjord normativ utsaga. Argumentet om 12 000 kr bygger på att det är en gränsdragning som är anpassad till just den aktuella typen av fall och att den därmed är en fingervisning till rättstillämparen om vad som kan vara en relevant nivå.

Det går för oskälighetsbedömningen också att peka på att bedömningen på den gamla svenska ordningen blivit typiserad. Saken skulle kunna uttryckas som att lösning C i någon mån ”ställer tillrätta” det faktum att praxis blivit strängare mot konsumenten än vad lagstiftaren möjligen avsett. Detta sätt att uttrycka saken bygger givetvis på en värdering av närmast rättvisekaraktär, men det handlar alltså om en mer konkret och normativ grund.

Det bör noteras att det med ett omvänt perspektiv går att ställa sig frågan varför konsumenten inte skall skyddas med 36 § avtalslagen när detta påpekades 1977 och lagstiftaren dessutom till slut ingripit? Därtill har EU-lagstiftaren tagit initiativ i samma riktning. Även om 36 § avtalslagen skulle betraktas som en undantagsregel kan man fråga sig när denna regel alls skall komma till tillämpning om den inte skulle användas i ett fall som detta?

Normativa argument mot lösning C handlar om att det skulle vara fråga om en undantagsregel. Som sådan passar lösningen kanhända mindre bra att använda i masshanteringsfall. Emellertid är detta inget starkt argument eftersom begränsningen 12 000 kr är konkret och enkel att hantera. Det handlar också om en begränsad tid tills 2010 års lagstiftning trädde i kraft.

Det bör också i marginalen noteras att det finns svårigheter med lösningen. En sådan är hur gränsen skall dras beträffande vilka fall som skall omfattas. Någon formell skillnad mellan fall som inträffat före 1 november 2009 och efter föreligger inte. Direktivet som skulle ha implementerats tills det datumet föreskriver som sagt ingen sådan ansvarsbegränsning. Gränsdragningen skulle därför snarare kunna göras per den 4 mars 2010 då propositionen ställdes till Riksdagen, eller 1 juni 2010 när Riksdagen fattat beslut.

12.7.6 Lösning D

Lösning D: Bedömningen av grov oaktsamhet anpassas till hur rekvisitet används i andra sammanhang. Det handlar med andra ord om att ta fasta på den intention lagstiftaren förefaller ha haft redan 1977 och som sedan uttryckts i olika utredningar, samt inte minst i lagstiftningen från 2010. Genom att rättstillämparna anpassar sin tillämpning av rekvisitet förändras riskfördelningen till konsumentens fördel. Konsumenten ansvarar inte för fall som inte når upp till grov oaktsamhet. Behovet av en jämkning av ansvaret för fall där konsumenten står risken för hela skadan blir därmed mindre, och lösning D skulle därför inte omfatta någon jämkningsmöjlighet annat än för särskilt, eller rent av synnerligen, betydande belopp.

Lösning D innebär alltså att praxis skulle anpassas. Normativa argument för att anpassa praxis är att rättstillämparen helt enkelt har ett sådant utrymme att över tid förändra sin hantering av regler.⁴³⁹ Härtill kommer givetvis de utsagor som gjorts i flera utredningar.

Mot att genomföra en sådan justering innan 2010 års lag trätt i kraft talar likabehandlingsargument. Ett annat argument är att det inte finns anledning att börja ändra praxis när lagstiftningen åtgärdar saken inom kort.

Lösning D innebär att i effekt åstadkomma 2010 års lagändring vid en tidigare tidpunkt än lagstiftaren bestämt. Detta innebär att rättstillämparen tar på sig ansvaret för de övergångsproblem som lagstiftaren beaktat när lagstiftaren beslutat om ett visst ikraftträdandedatum. En spekulation beträffande dessa svårigheter är att det främst handlar om att kontokortsföretagen drabbas av oreda i hantering och planering. Att kortföretagen haft möjlighet att tillgodogöra sig direktivet och lagförslaget tidigare innebär inte att de haft tillräcklig anledning att tänka sig att de skall behöva agera till en tidigare tidpunkt än angivet. Att skriva nya standardavtal på spekulation och justera alla ingångna och alltjämt löpande avtal kan antas vara kostsamt, och det kan helt enkelt ses som opraktiskt att behöva genomföra en reform två gånger. Å andra sidan är det förstås inte nödvändigt att förändra avtalen förrän lagen trätt i kraft. Detta särskilt inte när det handlar om så kort tid som månader till ikraftträdandet.

⁴³⁹ Jfr som nämnts den ändrade tillämpning som justitieråden i HD genomfört kring narkotikabrott, se fotnot ovan i avsnitt 12.6.

12.7.7 Lösning D1

Lösning D1: Samma lösning som D, men den förändrade bedömningen av grov oaktsamhet motiveras med att ett generellt ansvar på 150 euro tillämpas med hjälp av 36 § avtalslagen och i enlighet med direktivet.

Lösning D1 stöter på samma problem med det normativa stödet som lösning D och lösning A. Det faktum att lösning D1 kan anses vara en intressant kompromiss påverkar inte det normativa stödet. Däremot kan detta faktum förstås påverka möjligheterna att övertyga om lösningen.

12.7.8 Lösning D2

Lösning D2: Samma lösning som D1 men med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkat till högst 12 000 kr i linje med vad lagstiftaren beslutat i 2010 års lag och intentioner från 1977. I effekt blir lösning D2 en riskfördelning som överensstämmer med 2010 års lag.

Lösning D2 har stöd i 2010 års lag, men det handlar inte om ett formellt normativt stöd eftersom lagen inte trätt i kraft. Vad jag beskrivit som de distinkta formaljuridiska argumenten för lösning B är därför samtidigt argument mot lösning D2.

12.7.9 Lösning D3

Lösning D3: Samma lösning som D2, d v s med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet jämkat till högst 12 000 kr, men inget generellt ansvar om 150 euro för konsumenten.

Denna lösning skulle innebära en riskfördelning som vore mer fördelaktig för konsumenten än fördelningen i 2010 års lag. Det normativa stödet får därför plockas ihop från olika utgångspunkter. Den förändrade bedömningen av grov oaktsamhet och begränsningen till 12 000 kr från 36 § avtalslagen kan hämtas från lagstiftarens intention och 2010 års lag. Däremot skulle det generella ansvaret om 150 euro (eller 1 200 kr) väljas bort från den norm som 2010 års kommande lag utgör. Även om detta går att motivera kan det framstå som inkonsekvent på ett sätt som påverkar möjligheten att övertyga. Vid sidan av de normativa aspekterna aktualiseras också en värdering kring balans och det lämpliga i att under en kort period lägga riskfördelningen på

en särskilt förmånlig nivå för konsumenten. Det kan vara svårt att bortse från dessa värderingar i ett val mellan alternativ D3 och D2.

12.7.10 Lösning C1

Lösning C1: Samma lösning som lösning C, men med generellt ansvar om 150 euro för konsumenten. Med hjälp av 36 § avtalslagen blir konsumentens ansvar för grov oaktsamhet således jämkat till högst 12 000 kr, och bedömningen av grov oaktsamhet görs enligt den gamla svenska ordningen. Däremot används alltså självrisk på 150 euro med hjälp av 36 § avtalslagen och i enlighet med direktivet.

Lösning C1 innebär i effekt en lösning som i 2010 års lag, men utan att svensk praxis förändras beträffande bedömningen av grov oaktsamhet. Även här får det normativa stödet plockas ihop från vad som i någon mån är olika utgångspunkter. Detta leder till en kombination där den gamla svenska bedömningen av grov oaktsamhet består, trots att det som synes ha förorsakat denna praxis inte föreligger eftersom självrisk tillämpas. Lösningen kan därför framstå som att den stämmer mindre väl överens med 36 § avtalslagen.

12.7.11 Kan några lösningar prioriteras framför de övriga?

Till den metod jag redovisat i föregående avsnitt (12.6) har jag i detta avsnitt lagt en undersökning av normativa argument för de olika lösningarna. Jag har gjort denna undersökning utifrån vissa antaganden och bedömningar, vilket i någon mån påverkat hur jag lagt fram de normativa argumenten.

Trots att jag således påverkat inriktningen kommer jag inte fram till ett resultat i form av att en viss lösning skall väljas. Resultatet av min undersökning av argument leder inte dit.

Vad jag möjligen kan få ut av denna undersökning är ett antagande om att några av lösningarna är svårare att övertyga om än de övriga. De normativa argumenten för lösning A, D3 och C1 möjligen kommer att uppfattas som svagare än argumenten för övriga lösningar. Jag grundar den slutsatsen på de argument jag redovisat kring dessa lösningar. Lösning A belastas av argumentet att ett konsumentskyddsdirektiv inte skall användas konsumenters nackdel, inte ens om det bara handlar om vad som framstår som en nackdel i det enskilda fallet. Därmed framstår lösning A som märklig. Särskilt i jämförelse med lösning D1. Lösning D3 och C1 belastas

av att det normativa stödet hämtas från olika utgångspunkter och att de därmed i någon mån framstår som motsägelsefulla. I min forskningsprocess här utesluter jag därför de tre lösningarna A, D3 och C1 på dessa grunder.

För att komma längre behöver jag göra ytterligare antaganden och bedömningar. Sådana bygger i ännu högre grad på mina preferenser och värderingar. Det blir därmed än mer ofrånkomligt att presentationen utnyttjar retorik. I nästa avsnitt presenterar jag resultatet av en ambition att peka ut en lösning framför de övriga.

12.8 Argumentation utifrån utgångspunkten att avgöra hur den del av normkonflikten som innebär störst friktion skall hanteras

I forskningshänseende finns det inget självändamål i att peka ut en enda lösning. Som forskningsresultat betraktat är det oproblematiskt att fem olika lösningar skulle vara möjliga. De tvister som kan bli aktuella att hantera handlar i princip om oändligt många omständigheter och givet det utrymme som de aktuella normerna ger borde forskningsresultatet snarare vara att det finns ett mycket stort antal lösningar. Skälet till att konstruera ett mindre antal lösningar är dock givetvis att tydliggöra de principiella aspekterna av normkollisionen. Vad jag undersökt i avsnitten ovan är hur dessa principiellt olika lösningsalternativ förhåller sig till varandra och till de argument som ligger bakom dem. Likaså har jag presenterat något av hur olika antaganden och bedömningar kan påverka utfallet av ett val mellan dessa lösningar.

I den analys som jag presenterar i detta avsnitt har jag använt en handfast utgångspunkt. Den normkollision som är upphov till svårigheterna är ett övergående problem. En möjlig lösning är därför att bortse från friktionen. I den mån något annat skall göras är det att särskilt hantera de fall där friktionen blir som allra störst. Denna utgångspunkt innebär ett enkelt och kortfattat sätt att ange en hel uppsättning av grundläggande antaganden och bedömningar som jag lägger till grund för att avgöra vilken lösning som jag ger prioritet.

Utgångspunkten leder till ett behov av att identifiera de fall där friktionen mellan normerna kan betraktas som störst. En faktor att beakta är då skillnader i det beloppsmässiga utfallet av olika normer. Med en sådan metod går det att identifiera att den gamla svenska ordningens typiserade bedömning kan leda till att konsumenter får ansvara för stora belopp i fall

som med beaktande av de andra normativa argumenten hade lett till litet eller rent av inget ansvar.

Det kan exempelvis handla om att ett kontokort hamnat i en bil utan att konsumenten varit medveten om detta. Kortet kan ha fallit ur en ficka i samband med betalning av parkeringsavgift eller så kan konsumenten i ett stressat ögonblick ha lagt ifrån sig en jacka i bilen i vilken kortet för stunden legat, trots att konsumenten trott att det legat i plånboken som konsumenten bär med sig. Konsumenten har med andra ord inte varit medveten om att kortet hamnat i bilen. Med den gamla svenska ordningen och en typiserad bedömning har den centrala omständigheten dock varit att kontokortet lämnats i en bil. Detta har föranlett att konsumenten inte skall undgå ansvar, och det ansvar som stått till buds har i första hand varit fullt ansvar.⁴⁴⁰

Om dessa fall istället bedöms med beaktande av de normativa argumenten kring lagstiftarens intentioner med rekvisitet grov oaktsamhet, och den kritik som lagstiftarens utredningar riktat mot den bedömning som gjorts med den gamla svenska ordningen, framstår friktionen som tydlig. Läger man härtill de normativa argumenten för jämkning med avtalslagen 36 § blir friktionen påtaglig.

Friktionen har förelegat ända sedan riskfördelningsregleringen infördes 1977. Den har dock ökat successivt under åren och är som starkast under en period innan 1 augusti 2010 när den nya lagen träder i kraft. Som starkast är friktionen efter att Riksdagen beslutat om den nya lagen, den 1 juni 2010, men den är särskilt stark under hela den period som detta kapitel handlat om, d v s 1 november 2009 till 1 augusti 2010. Från denna tidpunkt står den svenska lagstiftaren under påbud att göra något som ger en riskfördelning där en självrisk används. Av skäl som nämnts i kapitel har en sådan reglering förutsättningar att ge ett totalt sett mer fördelaktigt utfall för konsumenterna än den gamla svenska ordningen.

I beloppsmässigt hänseende kan det handla om huruvida en konsument skall stå risken för ett belopp om exempelvis 25 000 kr eller om detta ansvar skall bestämmas till ett lägre belopp. Tekniken för att nå ett lägre belopp kan härvid vara olika men jämkningsverktyget ligger lätt tillgängligt och ger valmöjligheter kring beloppsnivån.

⁴⁴⁰ Som nämnts har jag inte gjort någon täckande undersökning av ARN:s praxis, men det väsentliga är inte att i detta stycke återge hur ARN:s praxis faktiskt sett ut, utan att peka på att det finns sådana fall som påtalats i utredningar, där konsument som agerat med enkel oaktsamhet ändå bedömts ha agerat grovt oaktsamt.

För att ytterligare lyfta fram omständigheter som kan tala för jämkning kan jag peka på att en del av tvisterna kan gälla kreditkort som för konsumenten i första hand haft funktionen av kundkort hos en affärskedja. Konsumentens huvudsakliga skäl för att skaffa dessa kort kan ha varit att få rabatter och erbjudanden. Kreditmöjligheten kan ha följt med i paketet, eller rent av tillkommit i efterhand, genom att affärskedjan utvecklat sin affärsidé kring kundkorten. I princip kan det handla om en kreditmöjlighet som kunden hellre hade varit utan om möjligheten att få ett kundkort utan kredit hade funnits. Särskilt om kunden hade reflekterat över att det med ett kreditkort följer en risk för obehöriga utnyttjanden, och inte bara möjligheter. Sådana omständigheter påverkar perspektivet på risk och riskfördelning kring obehöriga utnyttjanden av korten.

Med denna analys menar jag att jag identifierat de punkter där friktionen mellan normerna blir som störst. Utifrån denna analys går det att göra bedömningen av om det i dessa fall skall finnas anledning att bortse från friktionen eller att lägga den till grund för en lösning. I den mån bedömningen blir det senare är nästa fråga om det finns anledning att beakta också ytterligare fall av friktion.

Med de lösningsalternativ som jag konstruerat i tidigare avsnitt leder analysen i detta avsnitt i princip till ett val mellan lösning A och lösning C eller D1. I beloppsmässigt hänseende innebär det antingen fullt ansvar, såsom 25 000 kr, eller begränsat ansvar till 12 000 kr, eller 1 200 kr. Givetvis går det dock att låta en jämkning stanna vid andra nivåer än just de två nämnda.

I den mån lösning C eller D1, eller med andra ord jämkning, anses vara att föredra, kan ytterligare lösningar bli aktuella för andra fall av friktion. Eftersom friktionen i dessa fall är lägre, är skälen för detta dock svagare. Jag har då givetvis förutsatt den utgångspunkt som jag använt för analysen i detta avsnitt.

Om man stannar vid valet mellan A, C och D1 går det att göra antagandet att dessa alternativ skulle ge rättstillämparen en användbar uppsättning av fack att för att hantera de olika tvister som uppträder. I fall där omständigheterna pekar på en relativt låg grad av oaktsamhet kan lösning D1 användas. I fall där oaktsamheten anses något högre används lösning C. För fall där oaktsamheten bedöms som ännu högre och rent av som verkligt grovt oaktsam används lösning A. Detta trots att även sådan oaktsamhet hade lett till begränsat ansvar med 2010 års lag. Friktionen är dock inte lika påtaglig i dessa fall som de två första.

Analysen i detta avsnitt baserar sig på en viss uppsättning av grundläggande antaganden och bedömningar som jag lägger till grund för att avgöra vilken lösning som jag ger prioritet. Detta innebär förstås att man med andra utgångspunkter kommer till andra resultat. Jag kan därför inte framhålla detta resultat som den enda möjliga lösningen, eller ens den lösning som skall prioriteras. Vad jag kan göra är dock att framhålla lösningen som relevant. Den bygger på en analys av det normativa underlaget och en del övriga argument, och det är fråga om en relativt sett ingående analys. Genom analysen har jag tydliggjort en rad aspekter kring de rättsliga förhållandena. Inte minst när det gäller förhållandet mellan normerna och hur de kan sägas kollidera.

12.9 Reflektioner kring resultatet

I mina reflektioner kring resultatet menar jag till att börja med att upptäckten av en viss normkonflikt är intressant. Tanken att forskare analyserar reglering för att upptäcka motsättningar och friktion mellan normerna är tilltalande. Det är ett påtagligt resultat som kan tillföra kunskap. Genom upptäckten av en normkonflikt förstår vi mer om just dessa normers komplexitet. Även om det från lagstiftarens sida kan, och bör, finnas funderingar kring hur en lagreglering kan förhålla sig till andra normer, går det inte att förutse alla. Tanken på att rättsvetare och forskare i förmögenhetsrätt ägnar sig åt att göra upptäckter som de bekräftar med analyser av ett eller annat slag, är relevant. Jag menar att ett sådant arbete fyller en plats i förmögenhetsrättsforskningen. En annan sak är att insatser av detta slag knappast varit vanliga.

Jag gör vidare reflektionen att själva upptäckten inte är resultatet av ett systematiskt tillvägagångssätt. Vad jag gjort i systematiskt hänseende är att påvisa att det handlar om en normkonflikt. Jag har i systematiskt hänseende också visat varför upptäckten är relevant som exempel på att det inte finns ett givet sätt att hantera den. Hur normkonflikter mellan EU-rätt och nationell rätt skall hanteras kan i ett konkret fall vara ganska oklart. Det är också tydligt att hanteringen blir beroende av vilka grundantaganden rättstillämparen gör.

Beträffande systematik gör jag också reflektionen att jag har gått igenom de källor som är relevanta och visat hur argumenten står emot varandra. I denna process har jag begränsat mig till förhållandet mellan svenska normer och EU-normer. Eftersom det handlar om konflikt mellan svenska normer och EU-normer menar jag att det går att försvara att jag inte undersökt

utländska källor. Sannolikheten för ett liknande problem skulle ha uppstått där är liten. Den är dock inte utesluten och jag får därför göra förbehåll i detta avseende.

En ytterligare aspekt är om det skall ha någon relevans att vilken jurist som helst skulle kunna upptäcka normkonflikten. Så snart ett direktiv inte implementeras i tid föreligger viss sannolikhet för en normkonflikt. I detta fall handlar det också om en i delar redan påtalad normkonflikt, där tillämpningen kring grov oaktsamhet påpekats i utredningar. Vad jag tillfört är påpekandet om direktivet och utsagorna kring att 36 § avtalslagen skall användas i sammanhanget. Det är inte en större insats än att upptäckten i sig får anses ha ganska låg höjd.

Beträffande den andra delen av resultatet är analysen framträdande. Resultatet att flera alternativa lösningar kan pekas ut och att det går att förklara ett val mellan alternativen med vilka grundläggande antaganden och bedömningar som läggs till grund. Ett sådant resultat tillför tidigare okänd kunskap. Någon motsvarande presentation av analyser i frågan har jag inte funnit.

Resultatet tillför också förståelse. Att denna normkonflikt kan hanteras på flera alternativa sätt tillför ännu ett exempel på att det sällan går att peka ut en enda lösning på normkonflikter som den som skall prioriteras. Även i detta fall påverkas mänskligt handlande i frågan av vilka grundläggande antaganden och bedömningar som läggs till grund. Att det i detta fall finns flera tänkbara alternativ för vilket beslut som kan tänkas bli aktuellt innebär inte att förutsägelsen är inte särskilt problematiskt.

En särskild reflektion rör aktualiteten. De tvister som det kan handla om kan antas vara överspelade i praktiken eftersom de bara uppstod under en begränsad period 2009–2010. I princip går det att identifiera samtliga tvister som uppstod och likaså att ta reda på hur de faktiskt löstes. Av detta skäl kan man ifrågasätta om resultatet har någon relevans. Ett sätt att se saken är dock att det handlar om ett exempel på en mer generell företeelse som därför kan återkomma i annan form. Normkonflikten är intressant i det att det handlar om tydliga utsagor om alltför sträng rättstillämpning. Den är intressant för att det handlar om en lagstiftarintention kring 36 § avtalslagen och om ett område där det till slut kommer ett EU-direktiv innan den svenske lagstiftaren agerade med lagstiftning.

Beträffande metodologi och systematiskt tillvägagångssätt anser jag att jag arbetat metodiskt med undersökande analyser. Vid en närmare granskning framgår dock att jag gjort ett urval av grundläggande antaganden och bedömningar som är ganska begränsat. Likaså framgår att jag inte varit

konsekvent i att presentera alla variationer som hade varit möjliga utifrån de antaganden och bedömningar som jag använt. De lösningsalternativ som jag arbetat med skulle också kunna varieras i högre grad. Jag har gjort flera bedömningar och identifieringar utan redovisa hur jag gjort dem. Exempelvis har jag identifierat en del av normkonflikten som den som leder till mest friktion, men utan att presentera hur jag kommit fram till detta. Inte minst har jag gjort ett ganska löst antagande om att en viss lösning förefaller vara användbar för rättstillämparen. Kort sagt har mitt perspektiv och mina preferenser påverkat utfallet. Emellertid innebär det nyss nämnda inte nödvändigtvis att jag varit annat än systematisk och metodisk.

Till skillnad från en vanlig rättsvetenskaplig ambition har jag inte kommit fram till resultatet att en viss lösning skall prioriteras. Mitt resultat är istället att flera alternativa lösningar kan användas. Jag har därmed i högre grad lämnat öppet för vilken lösning som skall prioriteras. Likaså har jag pekat på att det inte är det normativa stödet som förefaller avgörande för en prioritering, utan de grundläggande antaganden och bedömningar som läggs till grund. Det handlar då om antaganden om verkligheten och om värderingar, mer än om normer. Normerna leder bara fram till flera olika alternativ, men inte till en prioritering mellan dem. Det är möjligt att det därmed finns grund för att ifrågasätta vad jag gjort som rättsvetenskaplig prestation betraktat. Jag ser för min del dock närmast att dessa aspekter gör att resultatet passar in på min målbild av ”forskningsresultat”. Att som forskningsresultat peka ut en enda lösning där flera är möjliga förefaller mer märkligt än att just peka på att flera är möjliga.

13 (I) Effekterna av ett olagligt eftergivande av en fordran

Efter att i de tre tidigare kapitlen ha behandlat kontokortsfrågor byter jag i detta och de tre följande kapitlen till ett helt annat tema. I dessa fyra kapitel är temat olaglig värdeöverföring från aktiebolag. Skälet till att jag gjorde antagandet att det skulle gå att nå resultat i de forskningsfrågor som detta och de följande tre kapitlen omfattar, är att frågorna är föranledda av ett beslut från HD. Ett sådant innebär en ny norm och därmed möjligheter att åstadkomma forskning i form av tolkningar och kommentarer. Detta är en upparbetad genre i den förmögenhetsrättsliga forskningstraditionen. Även om jag inte hade för avsikt att i stilmässigt hänseende anknyta till denna genre, föreföll forskningsfrågorna intressanta.

Det föreliggande kapitlet, 13, handlar om ett resultat i form av en logisk slutsats. Vad jag vill illustrera är hur det kan gå till att nå ett sådant resultat med uttalade metoder för att nå just ett sådant. Det handlar dock samtidigt ändå om metoder som de flesta läsare antagligen känner igen. Skillnaden är främst att det jag gjort inte brukar beskrivas i termer av specifika metoder. Vad detta kapitel tillför är därför framför allt ett exempel på vad det kan innebära att just tänka i termer av särskilda metoder.

13.1 Forskningsfrågan – har ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran har några effekter?

Forskningsfrågan i detta kapitel handlar om olaglig värdeöverföring mellan ett dotterbolag och ett moderbolag i en koncern. Närmare bestämt handlar det om ett s k koncernbidrag som genomförs genom att ett dotterbolag eftergivit en fordran på moderbolaget.⁴⁴¹ Rättshandlingen strider därför mot kapitalskyddsreglerna i ABL 17 kapitlet. Det beror på att dotterbolaget

⁴⁴¹ Jag använder här den i lagstiftningen använda termen olaglig och anger bristen som olaglighet istället för att använda uttryck som ogiltighet, oförbindande, överksam etc. Jfr Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449, se s 464–468 och 490–491. Jan Andersson, ABL och värdeöverföringar – en replik, SvJT 2014 s 72, se s 86–87.

inte haft tillräckliga ekonomiska förutsättningar för att ge koncernbidraget. Den primära rättsföljden av en sådan rättshandling är återbäring. Denna rättsföljd hjälper dock inte dotterbolaget i de fall moderbolaget inte kan betala sina skulder. Frågan om hur denna typ av olagliga koncernbidrag skall hanteras får emellertid betydelse för de sekundära rättsföljderna, eller med andra ord för om någon kan ställas till svars. Den övergripande frågan är om sanktionen skall vara bristtäckningsansvar, skadeståndsansvar, ansvar för bokföringsbrott, någon annan sanktion eller ingen alls? Eftersom det finns ett beslut från HD i frågan om sanktionen skall vara bristtäckningsansvar är det enkelt att ge ett normativt besked i det avseendet. Bristtäckningsansvar skall inte komma ifråga.⁴⁴² Däremot kan man tänka sig att någon av de andra rättsföljderna blir relevant. Det handlar om en uppsättning av tänkbara sanktioner som jag här kallar värdeöverföringsansvar. Med termen värdeöverföringsansvar vill jag således omfatta samtliga möjliga rättsföljder av olaglig värdeöverföring.

En tänkbar förutsättning för att någon form av värdeöverföringsansvar skall bli relevant är att den olagliga värdeöverföringen har några relevanta effekter. Om rättsföljden av en olaglig värdeöverföring är sådan att rättshandlingen inte har några relevanta effekter finns det nämligen ingen anledning att utkräva sanktioner. En sådan tankegång kan också förefalla ha kommit till normativt uttryck. Det finns några olika utsagor på temat men ingen av dem omfattar något klart uttalande om att den avsedda innebörden verkligen är att rättshandlingen inte har några relevanta effekter. De normativa argumenten framstår därför som oklara.

Det faktum att utsagorna är oklara är en indikation på ett behov av att utreda om ett olagligt koncernbidrag i form av eftergivande av en fordran har några relevanta effekter. Vad forskningsinsatsen handlar om är att försöka utreda just effekterna. Forskningsfrågan i detta kapitel är därför just om ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran har några effekter som det är relevant att beakta i rättsligt hänseende?

⁴⁴² NJA 2015 s 359 (Emtunga), se vidare i det följande.

13.2 Resultat (I) – ett olagligt koncernbidrag som genomförs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på sitt moderbolag har effekter

När ett dotterbolag efterger fordran på moderbolaget minskar dotterbolagets tillgångar. Om dotterbolaget gör en sådan rättshandling i ett läge där dotterbolaget inte hade de ekonomiska förutsättningarna för att minska sina tillgångar kan rättshandlingen strida mot reglerna om olagliga värdeöverföringar i ABL 17 kap. Det kan då, med terminologin i ABL, uppkomma en brist i dotterbolaget. Eftersom dotterbolaget i teorin har kvar sitt krav efter ett olagligt eftergivande kan man fråga sig om det verkligen finns anledning att tala om en brist. Av dessa skäl skulle dotterbolagets eftergivande av fordran kunna sakna relevanta effekter. Det resultat jag nått är emellertid att rättshandlingen att efterge en fordran *har* effekter som det finns anledning att beakta i faktiskt hänseende. Rättshandlingen gör skillnad jämfört med om den inte företagits. Skillnaderna beror på att såväl de inblandade som tredje män, agerar utifrån att rättshandlingen företagits och att den inte kommer att angripas. Därmed förändras bolagens förhållanden. De risker som bolagen står påverkas. Det gör likaså de risker bolagen utgör i förhållande till andra.

Till saken hör att det kan antas att frekvensen av olagliga koncernbidrag påverkas av hur effekterna betraktas. Det kan också antas att frekvensen påverkas av om sanktioner följer av ett eftergivande. Förutsatt att beteendet inte leder till sanktioner kommer antagligen många koncernbidrag som riskerar att vara i närheten av olagliga att genomföras genom att dotterbolaget först lånar ut ett belopp till moderbolaget varpå dotterbolaget därefter beslutar att efterskänka fordran.

Eftersom detta kapitel handlar om effekter vill jag anmärka att jag utgått från att dotterbolagets eftergivande av fordran är samma sak som minskning, avstående, kvittning eller något annat som innebär att dotterbolagets fordran minskar. Att dotterbolaget beviljar ett koncernbidrag som ger moderbolaget en fordran på dotterbolaget som moderbolaget använder för kvittning mot sin skuld till dotterbolaget, är i sak detsamma som att dotterbolaget efterger fordran. Den akuta problematiken för hela denna avdelning är om dessa handlingar skall skiljas från att dotterbolaget överför kontomedel eller överlämnar pengar till moderbolaget. En sådan överföring kan nämligen utan tvekan angripas med alla sanktioner i ABL 17 kapitlet. Någon tvekan om att sådana rättshandlingar skall anses kunna leda till en rättsligt relevant

brist, råder inte.⁴⁴³ I detta kapitel redovisar jag därför inte mer om den saken. Vad jag redovisar är en förklaring av varför ett eftergivande (minskning, avstående, kvittning etc) har beaktansvärda effekter.

13.3 Metoder – beslutsteoretisk analys och konsekvensanalys

För att komma fram till resultatet gjorde jag antaganden om vilka effekter ett koncernbidrag har för i första hand dotterbolagets fordringsägare. Jag gjorde dessa antaganden genom att föreställa mig hur olika inblandade agerar i det aktuella sammanhanget. Mina antaganden baserar sig på föreställningar jag bär med mig från forskning i krediträttsliga frågor och inte minst då kring hur regleringen balanserar tillvaratagandet av fordringsägares intressen i förhållande till andra intressen såsom omsättningsintresset.

En del av analysen gjorde jag från perspektivet av en jämförelse mellan de två tankeobjekt som är aktuella. Jag gjorde en bedömning av vilket värde ett anspråk på återbäring har i jämförelse med värdet på den ursprungliga fordran som dotterbolaget har på moderbolaget.

Till dessa analyser lade jag en konsekvensanalys där jag gjorde antaganden om hur företrädare för koncernbolag skulle agera om värdeöverföringsansvar för företrädarna skulle uteslutas genom anspråket på återbäring. Jag gjorde antagandet att om handlingen inte angrips med sanktioner så påverkas frekvensen jämfört med om handlingen kan angripas med sanktioner.

13.4 Analys beträffande koncernbidragets effekter

Vad koncernföreträdarna primärt vill åstadkomma med ett koncernbidrag är att minska dotterbolagets tillgångar för att kunna minska moderbolagets skulder. Bolagen kommer därmed att redovisa dessa förhållanden för att härigenom uppnå fördelar av ett eller annat slag. Det faktum att bolagen redovisar sina tillgångar och skulder utifrån att dotterbolagets fordran eftergivits, behöver dock inte innebära att rättshandlingen haft civilrättslig verkan. I den mån rättshandlingen är olaglig är det snarare fel att redovisa affärshändelsen. När koncernbidraget är olagligt skulle förhållandet helt enkelt kunna uppfattas som att balanserna i företagen inte påverkas alls och

⁴⁴³ Se exempelvis Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag s 369–372 där framställningen utgår från tanken om ett utbetalningsförbud.

därmed skall rättshandlingen heller inte redovisas.⁴⁴⁴ Beslutet om koncernbidrag skulle både i civilrättslig mening och i redovisningshänseende vara lika verkningsfullt som att bolagsföreträdarna kommit överens om att låtsas att moderbolaget har exempelvis 100 (penningenheter) mer i tillgångar och att dotterbolaget har 100 mindre.

Eftersom koncernföreträdarna gör rättshandlingen för att de vill åstadkomma förändringar i både civilrättsligt hänseende och i bokföringen kommer de att agera härefter. Trots att dotterbolagets företrädare kan kräva återbäring kommer de inte att göra det.⁴⁴⁵ Det faktum att koncernföreträdarna agerar på detta sätt medför att också tredje man agerar utifrån rättshandlingen. Tredje man kan sakna möjligheter att informera sig om att dotterbolaget har ett latent krav på återbäring, och att moderbolaget har en latent skuld.

Eftersom koncernföreträdarna och tredje man agerar utifrån att rättshandlingen har effekt påverkas förhållandena för bolagen. Vad koncernbidraget typiskt sett innebär är en förändring av riskerna som moderbolag och dotterbolag står. Koncernens ställföreträdare fördelar genom sitt beslut risker och möjligheter i sina olika bolagsenheter. Att dotterbolaget har exempelvis 100 (penningenheter) mindre i tillgångar innebär typiskt sett ett högre risktagande än om dotterbolaget har dessa 100 i tillgångarna. Dotterbolaget får helt enkelt sämre förmåga att hantera ekonomiska risker om tillgångarna är mindre. Den försämrade förmågan påverkar tredje man som på ett eller annat sätt har en relation till dotterbolaget. I första hand påverkar den typiska försämringen dotterbolagets fordringsägare.

Effekterna av koncernbidraget är dock inte alltid en faktisk försämring. Jämfört med att dotterbolaget hela tiden hade haft den fordran det hade på moderbolaget, kan det konstateras att utfallet skulle ha kunnat bli detsamma även om något koncernbidrag inte gjorts. Moderbolaget skulle kunna förlora förmågan att betala oavsett hur fordran och koncernbidraget hanteras.

Det är förstås i princip också så att ett koncernbidrag ökar möjligheterna för moderbolaget att överleva och bibehålla sin betalningsförmåga. Därmed är det i teorin möjligt att koncernbidraget ökar dotterbolagets möjligheter att få betalt.

⁴⁴⁴ Eftersom det är en uppenbar risk att rättshandlingen inte kommer att klandras som ogiltig är det dock mest realistiskt att bokföra transaktionen. Att bokföra transaktionen ger därför ett mer rättvisande redovisningsunderlag än om transaktionen inte bokförs. Se vidare i fotnot i avsnitt 15.6.

⁴⁴⁵ Jag återkommer till undantagsfallen som resulterar i krav; de är konkurs eller ägarbyte.

I en jämförelse av nämnt slag bör det vidare beaktas att en fordran på ett moderbolag inte ger samma möjligheter som en ordinär fordran på en annan gäldenär. Eftersom moderbolaget bestämmer över dotterbolaget styr moderbolaget över sådant som förfallodagar och betalning. Moderbolaget kan också förhindra att fordran omsätts. Dessa faktorer begränsar den direkta positiva påverkan som en fordran på moderbolaget har på dotterbolagets ekonomi.

Även beaktat att en fordran på ett moderbolag är speciell, på nämnt sätt, är det dock fråga om en jämförelse mellan den direkta påverkan på dotterbolagets ekonomi som en tillgång har och den indirekta påverkan som åtgärden att stärka moderbolagets ekonomi har. Möjligheten till positivt utfall av koncernbidraget kan typiskt sett inte vara bättre för dotterbolaget än att dotterbolaget behåller sin fordran. Typiskt sett måste dotterbolagets möjligheter att överleva vara större om dotterbolaget inte ger koncernbidraget. Att ha en tillgång som på ett legitimt sätt avspeglas i redovisningen måste vara bättre än att ha ett latent anspråk som i praktiken inte utkrävs och inte avspeglas i redovisningen. Risken för att dotterbolaget förlorar sin betalningsförmåga är således typiskt sett större om koncernbidrag ges jämfört med om det inte ges.

Den ovan nämnda jämförelsen, att bolagsföreträdarna kommit överens om att låtsas att moderbolaget har exempelvis 100 (penningenheter) mer i tillgångar och att dotterbolaget har 100 mindre, är illustrativ. Tanken att ett formellt beslutet om koncernbidrag inte ger några effekter stämmer helt enkelt inte överens med hur rättshandlingar hanteras. Juridiken behöver med nödvändighet göra skillnad mellan låtsashandlingar och vad som formellt sett betraktas som en rättshandling. I detta fall påverkar rättshandlingen också på ett reellt sätt subjektens relationer. Så länge de rättshandlande agerar som om rättshandlingen är giltig och varken de eller någon annan som kan göra olagligheten gällande gör det, innebär åtgärden i realiteten att rättshandlingen ges samma funktion som om den vore giltig. De berörda inrättar sig efter den ordning som föreligger så länge olagligheten inte görs gällande. Beslutet får betydelse vare sig de berörda vet om att olagligheten kan göras gällande eller är ovetandes härom.

13.5 Jämförelse mellan värdet av den ursprungliga fordran och anspråket på återbäring

I detta avsnitt fortsätter jag analysen av det olagliga koncernbidragets effekter. Jag gör det genom en jämförelse mellan dotterbolagets ursprungliga fordran på moderbolaget och dotterbolagets latent anspråk på återbäring.

En fordran på ett moderbolag ger, som jag beskrivit i föregående underavsnitt, inte samma möjligheter som en ordinär fordran på en annan gäldenär. Moderbolaget kan i hög grad bestämma villkoren för fordringen och därmed över dotterbolagets möjligheter att få betalt. Man kan därför beskriva den ursprungliga fordringen som villkorad av moderbolagets vilja att driva dotterbolaget och ytterst av moderbolagets förmåga att ha det kvar. Fordran kommer inte att drivas in mot moderbolagets vilja såvida inte dotterbolaget går i konkurs eller säljs. Vid en konkurs tar konkursboet över och konkursboet kan då utkräva betalning oavsett vad moderbolaget önskar. Om moderbolaget säljer dotterbolaget kan ett krav också bli aktuellt, men det är sannolikt att moderbolaget reglerar rätten för bolagsköparna att kräva återbäring i avtalen kring bolagsförvärvet.⁴⁴⁶ Därmed kan konkursfallet anses vara det enda sannolika fallet där det blir aktuellt med att göra kravet gällande.

I analysen i detta avsnitt jämför jag den ursprungliga fordringen med ett latent anspråk på återbäring. Anspråket på återbäring är möjligt att göra, men dotterbolaget kommer i princip inte att göra ett sådant anspråk gällande så länge bolaget är ett dotterbolag. I den mån moderbolaget vill tillgodose dotterbolagets ekonomiska behov gör moderbolaget istället ett kapitaltillskott. Någon anledning för bolagsföreträdarna att formellt använda återbäringsinstitutet och därmed erkänna att de gjort en olaglig värdeöverföring, kan möjligen någon gång finnas, men det är antagligen tämligen sällsynt. Eftersom bolagen har denna gemenskap och företrädarna nämnda intressen, kommer ett anspråk på återbäring inte att väckas förrän vid dotterbolagets konkurs. Ett anspråk på återbäring kan därför i princip betraktas som villkorat av dotterbolagets konkurs.

Den ursprungliga fordran och återbäringsanspråket är således lika i det att de båda i praktiken kan beskrivas som villkorade av dotterbolagets konkurs.

⁴⁴⁶ Enligt uppgift från praktiker är det vanligt att reglera köparens möjligheter att framställa sådana anspråk, men jag har själv inte undersökt saken närmare och jag har heller inte hittat stöd för förekomsten av sådana klausuler i någon av de tre svenska böcker kring företagsöverlåtelser som jag granskat. I två av dessa anger författarna dock att parterna brukar reglera frågan om ansvarsfrihet för de tidigare bolagsföreträdarna.

Faktiskt är de också lika i det att de är villkorade av moderbolagets vilja att driva dotterbolaget och ytterst av förmågan att ha det kvar.

Vad gäller skillnader mellan fordran och anspråket har en skillnad att göra med det faktum att koncernföreträdarna inte kan ändra sig efter att också moderbolaget fått sådan ekonomi att det inte kan ge ett koncernbidrag till dotterbolaget. Antingen gör företrädarna sig då skyldiga till olaglig värdeöverföring i moderbolaget, eller så saknar de helt enkelt behörighet att göra något för att moderbolaget gått i konkurs. Företrädarnas förmåga att agera för att erkänna anspråket är således borta, medan en kvarstående ursprunglig fordran förstås är erkänd av dem.

Till skillnad från den ursprungliga fordran finns det för återbäringsanspråket heller ingen uttryckt vilja att under bolagens livstid fullgöra fordran. Viljan att betala vad som är öppet redovisat får, typiskt sett, antas vara större än viljan att ge ett nytt koncernbidrag i andra riktningen. Så länge den ursprungliga fordran är öppet erkänd mellan bolagen måste koncernens planering utgå från att fordran beaktas och regleras. Om fordran tas bort, genom ett koncernbidrag, blir planeringen typiskt sett en annan. Denna effekt blir särskilt tydlig i det fall att moderbolaget säljer dotterbolaget eftersom moderbolaget då sannolikt avtalar med köparna om att de inte får kräva återbäring.

En ytterligare skillnad är att fordran är öppet redovisad medan anspråket är dolt. För tredje man och konkursboet som skall göra gällande anspråket, föreligger således också en risk att anspråket förblir dolt. För att fordran skall upptäckas krävs att konkursförvaltaren undersöker förhållandena och gör upptäckten.

Vidare går det att göra antaganden om vilket skick som moderbolaget har när dotterbolagets latent anspråk aktualiseras. Eftersom dotterbolaget inte gör anspråket gällande, utan detta i praktiken blir aktuellt först vid konkurs, kommer anspråket på moderbolaget med viss sannolikhet att vara ett anspråk som är förenat med risk för att moderbolaget inte kan betala. När dotterbolaget går dåligt kan antas att kreditrisken är större, dvs risken för att moderbolaget går dåligt är större, än vad risken är om dotterbolaget går bra. Givetvis finns inget nödvändigt samband, men mitt antagande bygger på en enkel sannolikhetsbedömning. Om antagandet stämmer är det latent anspråket på återbäring mindre värt än den ursprungliga fordran. Vad jag antar är med andra ord att ett anspråk som bara krävs ut vid konkurs och då av någon annan än moderbolagets företrädare, är mindre värt än ett anspråk som bolagsföreträdarna öppet redovisat och som de förhåller sig till på pappret. Även om moderbolaget tänker sig att det aldrig skall betala

skulden till dotterbolaget och dotterbolagets fordran därmed bara skulle krävas in vid en konkurs för dotterbolaget, är en öppet redovisad fordran antagligen mer värd än det latent anspråket. Utöver de nämnda sambanden mellan bolagens ekonomier, beror detta också på att ett moderbolag kan antas mer benäget att stötta ett dotterbolag till vilket moderbolaget har en öppet redovisad skuld, än ett dotterbolag som bara har ett latent anspråk på återbäring. Risken att dotterbolagets konkursbo kräver in fordran är nära 100 %, medan risken att dotterbolagets konkursbo kräver in det dolda latent anspråket får antas vara lägre än så.

Det finns slutligen anledning att redovisa en skillnad som består i att den ursprungliga fordran bara kan upphöra genom att bolagens företrädare rättshandlar avseende fordran, medan det latent anspråket kan upphöra utan att vare sig dotterbolaget eller moderbolaget gör något i anledning av anspråket. Om dotterbolagets ekonomi återhämtar sig till lagstadgade nivåer efter eftergivandet anses nämligen olagligheten bli läkt. Värdeöverföringen anses då inte ha skadat dotterbolaget på ett sätt som drabbat bolaget eller dess tredje män.⁴⁴⁷ Denna egenskap hos det latent anspråket är en kvalitativ skillnad mot egenskapen hos den ursprungliga fordran. På grund av att dotterbolagets fordringsägare inte anses ha påverkats av eftergivandet är det dock inte en skillnad som är relevant i sammanhanget.

Den slutsats jag har dragit kring skillnaderna är att de i ett faktiskt fall kan vara närmast obetydliga givet förutsättningarna och hur företrädarna och andra intressenter faktiskt resonerat. Emellertid kan skillnaderna också vara betydande. Typiskt sett får anspråket därför ses som mindre värt än fordringen. Det föreligger därför en kvalitativ skillnad mellan fordringen och anspråket.

13.6 Konsekvens och frekvens

Vad jag visat så här långt i kapitlet är antaganden för att det finns effekter av ett olagligt eftergivande av en fordran. I detta avsnitt redovisar jag en analys som har betydelse för bedömningen av hur beaktansvärda dessa effekter är. Jag har i en konsekvensanalys nämligen identifierat en möjlighet och ett samband som påverkar frekvensen av dotterbolags eftergivande av fordringar.

Den möjlighet jag identifierat är att genomföra ett koncernbidrag enligt följande: 1) Ställföreträdarna vill av ett eller annat skäl överföra ett belopp, låt säga 100 (penningenheter), från dotterbolaget till moderbolaget.

⁴⁴⁷ Jag återkommer till temat läkning, se avsnitt 16.4–5.

2) Istället för att besluta om överföringen, beslutar ställföreträdarna först om att dotterbolaget skall låna ut 100 till moderbolaget och att 100 betalas ut till moderbolaget. 3) När moderbolaget står i skuld till dotterbolaget beslutar ställföreträdarna om koncernbidraget och efterger skulden. 4) Om ett konkursbo sedan gör gällande att överföringen var olaglig kräver återbäring invänder ställföreträdarna att koncernbidraget inte haft någon effekt eftersom det just går att framställa ett återbäringsanspråk. Även om moderbolaget inte kan återbära koncernbidraget skulle någon brist i formellt hänseende därmed inte föreligga.

Eftersom det nämnda förfarandet är förhållandevis enkelt och lättvindigt kan det antas att alla koncernbidrag avseende pengar kommer att genomföras på detta sätt. I varje fall kan det antas att alla koncernbidrag som genomförs under sådana förhållanden för dotterbolaget att det finns minsta risk att koncernbidraget sedermera angrips som olagligt, kommer att genomföras på nämnda sätt. Så länge företrädarna ställs inför ett val där de kan välja att göra koncernbidraget på ett sätt som inte leder till att de riskerar personligt ansvar, eller ett annat sätt som leder till risk för sådant ansvar, kommer de av rationella skäl att välja att slippa risken för sanktion.

Om företrädarna inte riskerar någon sanktion är risken antagligen större för att de genomför olagliga koncernbidrag än om de riskerar en sanktion. Frekvensen av olagliga koncernbidrag påverkas därför av risken för sanktioner. Utan risk för sanktioner blir det en ökad frekvens och fler olagliga koncernbidrag.

Eftersom det antagligen blir en ökad frekvens av olagliga koncernbidrag om den möjlighet jag redogjort för inte anses föranleda några sanktioner mot ställföreträdarna, påverkar den ökade frekvensen hur beaktansvärda effekterna av ett olagligt koncernbidrag genom eftergivande av fordran blir. Med hög frekvens kan även små effekter bli beaktansvärda. Om mitt ovan gjorda antagande om att effekterna kan vara betydande stämmer, blir den ökade frekvensen förstås ännu mer relevant. Betydande effekt och stor frekvens innebär stor och betydande relevans.

Till saken hör att det under vissa omständigheter går att tänka sig sanktioner mot dotterbolagets rättshandling att bevilja moderbolaget kredit. Om moderbolagets ekonomi när krediten lämnades var sådan att återbetalning inte kunde påräknas, kan rättshandlingen utgöra olaglig vinstutdelning.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ Enligt NJA 1990 s 343 (Nordanland). Se beträffande det specifika sammanhanget, d v s NJA 2015 s 359 (Emtunga), och Jan Andersson, Olovlig värdeöverföring och koncernbidrag i HD – mekanisk juridisk verkstad eller rättspolitisk designbyrå?, JT 2016–17 s 124, på s 134.

Denna norm lämnar dock alljämt betydande utrymme för det förfarande som jag här redogjort för.

13.7 Reflektioner kring resultatet

Resultatet är som framgått inte en normativ utsaga. Det är en logisk slutsats byggd på antaganden. En relevant fråga är på vilket sätt just denna typ av resultat är något som bör betraktas som ett resultat av rättsvetenskaplig forskning?

Ett svar på frågan är att resultatet kan användas i en systematisering av normer eller i vad som kallas en rekonstruktion av en viss del av rätts-systemet.⁴⁴⁹ De antaganden och den analys jag gjort är, tillsammans med den slutsats jag dragit, något som forskare i förmögenhetsrätt regelmässigt gör. Det är antaganden av detta slag som forskare tillför till de normativa utsagorna som de sätter sig för att systematisera. Flera forskare kallar dock insatser som denna för rättsdogmatik. Att jag istället ställt upp en separat forskningsfråga och gjort ett specifikt metodval har påverkat vad jag åstadkommit i jämförelse med om jag inte gjort på det viset utan direkt hanterat de kringliggande normativa frågorna. Sannolikt hade jag inte gjort en lika explicit analys utan stannat vid ett antagande.

Av intresse i sammanhanget är att en rättsdogmatisk insats mycket väl kan genomföras utan att några metodologiska överväganden kring vad som är den reella problematiken alls görs. En rättsdogmatisk slutsats kan nämligen komma att bygga på rena begreppsresonemang. Slutsatsen kan bli att dotterbolaget, p g a ogiltigheten, har kvar samma fordran även efter eftergivandet. Fordran kan rent av komma att beskrivas som samma "sak" både före och efter. Genom att koppla in begreppet "sak" kan den rättsdogmatiska slutsatsen bli att risken för värdeförändringar avseende en olagligt utdelad sak, skall avgöras i beaktande av normativa utsagor om vem som står risken för sådan värdeförändring. Risken för sådan begreppslogik är förvisso inte en risk som är specifik för rättsdogmatiken, men risken påverkas av nivån på reflektion kring kunskapsintresse, forskningsfråga och metod.⁴⁵⁰

Ett annat svar på frågan om denna typ av resultat är något som bör betraktas som ett resultat av rättsvetenskaplig forskning, är just att resultatet tillför förståelse för vari tänkbara konflikter kan bestå. Det är förmögenhetsrättsligt relevant för att kunna konstruera avtal, annan reglering och rättsliga

⁴⁴⁹ Jfr Nils Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s 4.

⁴⁵⁰ Se vidare kapitel 14–15.

beslut. Därtill är det av betydelse för hur bokföringen av transaktioner som de aktuella kan hanteras. Likaså för förståelsen av vad företag utsätter sig för i riskhänseende.

I mina reflektioner kring resultatet ser jag frågan om mitt resultat tillför någon kunskap som intressant. Jag har strävat efter att nå ett resultat som tidigare var okänt. När resultatet står klart ser jag anledning att tveka över om jag verkligen nått ett tidigare okänt resultat. Som sagt är forskningsinsatsen föranledd av utsagor som antyder att ett dotterbolags eftergivande av en fordran på moderbolaget inte har några beaktansvärda effekter. Dessa utsagor är dock normativa och kan därför lika gärna vara avsedda att uppfattas som att ett sådant eftergivande inte *skall* anses ha några beaktansvärda effekter. Det kan också vara så att utsagorna bygger på att sagespersonerna helt enkelt inte reflekterat över om effekterna är beaktansvärda. Jag återkommer till de normativa utsagorna i nästa kapitel. Här redovisar jag bara mitt konstaterande av att ingen av utsagorna ger stöd för att mitt resultat är känt.

För frågan om mitt resultat kring effekterna är ett tidigare okänt resultat har det emellertid också betydelse om någon i övrigt gjort liknande antaganden som jag och därför dragit slutsatsen att ett eftergivande av en fordran har effekter. En närliggande tanke rör nämligen frågan om inte ganska många som ställts inför frågan hade antagit att eftergivandet har effekter som är beaktansvärda i rättsligt hänseende. Exempelvis är det lätt att tänka att dotterbolaget går miste om det som efterges, och svårt att se någon relevant skillnad mellan att efterge en fordran och att överföra motsvarande summa pengar. Jag gör dock antagandet att min analys tillfört något. Den går på väsentliga punkter längre än till vad som är självklarheter, menar jag.

Jag har, som indirekt följer av vad jag redovisat, inte sett något som motsvarar mitt resultat något i svensk rättsvetenskaplig forskning. Resultatet är emellertid av sådan karaktär att det skulle kunna ha gjorts i ekonomisk forskning, inom grenarna finans eller redovisning. Jag har emellertid inte sett något motsvarande där heller. Även om min undersökning varit begränsad antar jag också att en noggrannare undersökning inte skulle ge något. Den rättsliga bakgrunden är nämligen i hög grad avgörande för att det skall bli aktuellt att identifiera frågan.

Beträffande de analyser jag gjort gör jag reflektionen att de har varit metodiska och systematiska. Genom att jag upprepade gånger föreställt mig hur olika inblandade agerar i det aktuella sammanhanget och ifrågasätta vad jag antagit, menar jag att så är fallet. Härmed inte sagt att jag lyckats identifiera alla möjliga effekter av ett eftergivande. Vad jag framför allt

inte gjort är att metodiskt gå igenom hur de olika aspekter jag identifierat påverkar varandra.

En särskild reflektion rör att en del rättsvetare och jurister skulle kunna betrakta min insats som något som bara har en vag anknytning till juridik. Jag har gjort antaganden som exempelvis en finansekonom hade kunnat göra. Kopplingen till juridiken är som sagt att frågan kräver rättslig kunskap för att bli identifierad. Som jag nämnt har min analys också sin bas i rättsliga föreställningar om rättsligt skydd för fordringsägare. Det ligger således en sorts bred rättsdogmatisk utredning bakom, utöver den rättsdogmatiska utredning som gjort att jag identifierade frågan. Jag redovisar den i nästa kapitel.

Jag gör av nämnda skäl bedömningen att det handlar om ett resultat som uppfyller min målbild. Resultatet motsvarar min föreställning om ett resultat och jag kan tänka mig att betrakta det i termer av "forskningsresultat". Jag har dragit en logisk slutsats som andra som studerar rättsfallet har anledning att beakta, antingen genom att utgå från den eller genom att bemöta den i sak.

14 (J) Skall effekterna av ett olagligt eftergivande beaktas?

I beaktande av det resultat som jag redovisat i föregående kapitel presenterar jag i detta kapitel ett resultat i form av en normativ utsaga. Vad dessa två exempel på resultatriktning illustrerar är att det kan finnas anledning att separera analysen av de normativa utsagorna från analysen av rättshandlingars effekter. Genom att ställa två olika forskningsfrågor och söka två separata resultat blir analysen enklare att genomföra.

Jag vill med detta kapitel också illustrera hur en rättsdogmatisk systematisering kan kombineras med en särskild analys av logiken i dogmatiska utsagor. Eftersom dogmatiska och normativa utsagor inte med nödvändighet behöver vara logiska är detta ett grepp som inte är vanligt. Det förekommer dock att forskare i en rättsdogmatisk metod innefattar beaktanden av en utsagas förmåga att övertyga i logiskt hänseende. Jag vill här ställa frågan om det kan finnas en poäng i att tänka i termer av just separata metoder.

14.1 Forskningsfrågan – skall effekterna av ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran bortses ifrån?

I detta kapitel redovisar jag analyser kring förekommande normativa utsagor om huruvida ett dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran på moderbolaget skall anses ha några effekter som skall hanteras med rättsliga sanktioner. Frågan är om ett sådant eftergivande *i normativt hänseende* skall anses ha några beaktansvärda effekter. Forskningsfrågan kan närmare bestämt formuleras: Finns det relevant normativt stöd för att bortse från effekterna av att ett dotterbolag olagligen efterger en fordran på sitt moderbolag?

14.2 Resultat (J) – det finns inte relevant normativt stöd för att bortse från effekterna av att ett dotterbolag olagligen efterger en fordran på sitt moderbolag

Det resultat jag nått är det inte finns normativt stöd för tankegången att bortse från effekterna av att ett dotterbolag olagligen efterger en fordran på sitt moderbolag. Med andra ord saknas normativt stöd för att ett olagligt eftergivande inte skall beaktas. Omvänt finns det således anledning att beakta effekterna av ett olagligt eftergivande, även om det därmed inte behöver innebära att effekterna skall beaktas på så vis att sanktioner skall utgå. Huruvida sanktioner skall användas är en särskild fråga som jag hanterar i kapitel 15.

Resultatet i detta kapitel kan beskrivas som en tolkning av de normativa utsagorna. Det handlar främst om tolkning av utsagorna i ett prejudikat, NJA 2015 s 359 (Emtunga), där justitieråden beslutar att sanktionen bristtäkningsansvar inte skall användas. I dogmatiskt hänseende kan det förefalla enkelt att konstatera att den norm som beslutet utgör avser just bara att bristtäkningsansvar inte skall vara aktuellt. Som framgår nedan finns det dock anledning att undersöka om beslutet även skulle kunna innebära att andra sanktioner inte skall vara aktuella.

14.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och logikanalys

För att nå resultatet har jag i ett första steg gjort en enkel rättsdogmatisk utredning. Några av de normativa argument jag identifierat i denna utredning härrör från lagtext och lagförarbeten. Huvuddelen av argumenten går dock att utläsa i HD:s avgörande om bristtäkningsansvar efter olagligt eftergivande. I min utredning identifierade jag en tankegång som möjligen skulle gå att utläsa ur justitierådens argumentation. Den skulle gå ut på att inga sanktioner skall följa av ett olagligt eftergivande för att eftergivandet inte anses ha någon effekt. En central del av analysen handlar sedan om den logik som den möjliga tankegången skulle kunna anses bygga på. Jag har prövat om tankegången kan anses vara logisk genom att beakta innebörden och effekterna av de olika leden i tankegången. Min prövning bygger på att en term som uttrycker en viss följd kan vara vilseledande om termen inte motsvarar de faktiska effekterna. Därmed kan tankegången betraktas som logiskt bristfällig i materiellt hänseende även om logiken i formell mening kan vara korrekt.

14.4 Rättsdogmatisk utredning

Frågan som jag utreder i detta kapitel är om rättshandlingen *skall* anses ha effekter som det finns anledning att beakta. Den mest centrala normativa utsaga som kan användas som argument i denna fråga är justitierådens skäl i NJA 2015 s 359 (Emtunga).⁴⁵¹ Det var ett s k hissmål där Tingsrätten hänskjöt frågor till HD.⁴⁵² Justitieråden gav svar på frågan om bristtäckningsansvar skall användas och motiverade sitt beslut så här:

”Förfarandet innebar inte att [moderbolaget] mottog något som kan återbäras i den mening som avses i 17 kap. 6 § aktiebolagslagen. Ifall det rörde sig om en olaglig värdeöverföring blev – under de förutsättningar som anges i 17 kap. 6 § – konsekvensen att [moderbolaget] enligt allmänna obligationsrättsliga principer inte skulle kunna göra gällande rättshandlingen. [Dotterbolagets] fordran på [moderbolaget] skulle i så fall gälla till sitt tidigare belopp. Något bristtäckningsansvar för svarandena enligt 17 kapitlet 7 § kan då inte aktualiseras.”⁴⁵³

Justitieråden beslutar således att bristtäckningsansvar inte skall användas som sanktion vid olagliga koncernbidrag där ett dotterbolag efterger en fordran på moderbolaget. Att koncernbidrag genom eftergivande av fordran kan utgöra olaglig värdeöverföring är förutsatt av justitieråden och följer av ABL 17:1 p 4.⁴⁵⁴ Beslutet handlar om just att bristtäckningsansvar inte skall användas i dessa fall, trots att det är fråga om en olaglig värdeöverföring.

Vad som är mest intressant för detta avsnitt är emellertid att justitieråden motiverar beslutet med att moderbolaget inte kan göra eftergivandet av fordringen gällande. De menar att fordringen istället gäller till sitt tidigare belopp. Denna utsaga skulle kunna anföras som normativt stöd för att rättstillämparen inte skall beakta rättshandlingens effekter. Handlingen skall i så fall inte angripas med sanktioner.

⁴⁵¹ Som jag nämnt i avsnitt 4.1 har jag identifierat flera av frågorna som jag arbetat med i detta projekt genom kontakter med praktiskt verksamma jurister. Av NJA-referatet NJA 2015 s 359 (Emtunga) framgår att konkursboet återopade vad som där kallas ett ”utlåtande” av mig och jag vill anmärka att jag på uppdrag av konkursboet gjorde en analys av ett avgränsat problem i rättsaken. Vad jag i ett senare skede gjort inom ramen för detta forskningsprojekt är en *analys* med ambitionen och syftet att nå ett forskningsresultat. I den mån någon läsare funderar över om innehållet i denna bok är av praktisk relevans är detta således ett tydligt exempel på en fråga som jag identifierat utifrån praktiska problem som praktiskt verksamma jurister kan möta.

⁴⁵² I enlighet med RB 56:13.

⁴⁵³ NJA 2015 s 359 (Emtunga) stycke 15.

⁴⁵⁴ Vilket också justitieråden i NJA 2015 s 359 (Emtunga) konstaterar, se stycke 16.

Som utsagan lyder beror beslutet på att dotterbolaget kan göra anspråket gällande och att moderbolaget inte kan invända mot detta genom att göra gällande att ett koncernbidrag givits. Detta skulle kunna uppfattas som att justitieråden menar att inget relevant har inträffat genom att dotterbolaget eftergav fordringen. Till saken hör emellertid att justitieråden tidigare i beslutet också anger att de beaktat två andra argument för att inte använda bristtäckningsansvar. Båda skälen bygger på norm i form av förarbetsutsagor:

”I motiven till aktiebolagslagen beskrivs rättsföljden vid olaglig värdeöverföring som ogiltighet med återbäringsskyldighet. Som exempel på tillämpningen av 17 kap. 6 § ges återlämnande av överlämnad egendom och återbetalning av utbetalade pengar. Vidare framgår att en ordning med återbäringsskyldighet har valts framför en ordning med ersättningskyldighet för mottagaren. Grundtanken är alltså att den rättshandling genom vilken värdeöverföring skedde är ogiltig; den kan inte göras gällande mot aktiebolaget. Den värdeöverföring som har skett ska därför gå åter. (Se a. prop. s. 391 f. och s. 755 f.)⁴⁵⁵

Ett av skälen, som justitieråden redovisar att de har beaktat, är således att lagstiftaren valt återbäringsskyldighet som sanktion framför sanktionen ersättningsansvar. Justitieråden har inte beslutat att eftergivandet av en fordran inte skall anses ha några beaktansvärda effekter. Argumentet går ut på att lagstiftaren avsett att bristtäckningsansvaret skall användas för andra fall än vid eftergivande av en fordran. Den underförstådda tanken förefaller vara att ett bristtäckningsansvar i ett sådant fall i realiteten skulle bli ett ersättningsansvar.⁴⁵⁶

Till synes förhåller det sig på samma sätt med det återstående tredje argumentet. Justitieråden redovisar att de beaktat att lagstiftaren tänkt att återbäring skall användas för något som kan återlämnas, såsom ”överlämnad egendom och återbetalning av utbetalade pengar”.⁴⁵⁷ Även detta går till synes ut på att lagstiftaren inte verkar ha tänkt att bristtäckningsansvaret skall användas vid eftergivande av en fordran. Jag återkommer dock strax nedan till alternativa tolkningar.

⁴⁵⁵ NJA 2015 s 359 (Emtunga) stycke 12.

⁴⁵⁶ Varför bristtäckningsansvaret i ett sådant fall skulle bli ett ersättningsansvar kan visserligen ifrågasättas, men nu har justitieråden skrivit som de gjort.

⁴⁵⁷ Se citatet ovan.

14.5 Ytterligare rättsdogmatisk utredning

Det faktum att justitieråden beaktar andra argument än argumentet att eftergivandet inte har några relevanta effekter, har betydelse för den fråga jag här primärt utreder. Justitieråden verkar inte nödvändigtvis ha reflekterat över om ett eftergivande av en fordran har effekter som det finns anledning att beakta. Vad de har beslutat är att bristtäckningsansvar inte skall användas. Jag vill dock påpeka att delar av motiveringen de använt definitivt kan tolkas som att de anser att ett eftergivande inte skall anses ha några relevanta effekter. Motiveringen framstår dock inte som en tydlig norm för en sådan slutsats.

Av föregående avsnitt framgår att justitieråden använt tre argument. Det första och mest direkta argumentet skulle som sagt kunna tolkas som att ett eftergivande inte skall anses ha några relevanta effekter. Även argumentet som bygger på att justitieråden redovisat att lagstiftaren tänkt att återbäring skall användas för något som kan återlämnas, såsom ”överlämnad egendom och återbetalning av utbetalade pengar”, skulle dock möjligen kunna tolkas som att effekterna inte skall anses relevanta. En sådan tolkning förutsätter att argumentet läses ihop med vad justitieråden uttryckt i den utsaga jag redovisade först: ”Förfarandet innebar inte att [moderbolaget] mottog något som kan återbäras i den mening som avses i 17 kap. 6 § aktiebolagslagen.” Ordet ”kan” skulle kunna användas för att ge utrymme för tolkning och därmed skulle utsagan kunna innebära en normativ utsaga om huruvida effekterna av ett olagligt eftergivande skall beaktas. Utsagan skulle kunna uttrycka att, i den mån något skall anses ha inträffat, så *går det inte* att göra det ogjort, eller så är det *inte nödvändigt* att göra det ogjort. Den senare varianten skulle innebära en utsaga om att effekterna av ett olagligt eftergivande inte är relevanta.

Sett till de lagförarbeten som justitieråden refererar, är det krav på mottagande och återbäringsbarhet som de ställer upp, ett selektivt val. Det är givetvis riktigt vad de anger om att lagstiftaren i förarbetena använt typexemplen överlämnad egendom och utbetalning av pengar. Därtill framgår det att lagstiftaren också uttrycker sig i termer av att det skall finnas en mottagare.⁴⁵⁸ Detta understryker att lagstiftaren avser egendom som kan överlämnas. Samtidigt är lagstiftaren också tydlig med att det är värdet som skall återbäras, och inte nödvändigtvis något som skall återlämnas. Så

⁴⁵⁸ Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s 391–393, 755–759.

snart lagstiftaren redogör för ett fall som inte faller in bland typfall anger lagstiftaren en pragmatisk lösning.⁴⁵⁹

I lagtexten nämns inget om att en värdeöverföring behöver göras genom ett överlämnande. Tvärt om anges i ABL 17:1 att – ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” – utgör en värdeöverföring. Justitieråden redovisar innehållet i denna lagtext och har således beaktat den,⁴⁶⁰ men de har avstått från att lägga den till grund för sin tolkning. Deras tolkning är inriktad på termen återbäring och vad denna term skall innebära. Deras tolkning förefaller bli att något kan vara en olaglig värdeöverföring utan att kunna återbäras.

Vad justitieråden till synes gjort är att använda ett urval av allmänna utsagor för ett beslut i ett specifikt sammanhang. Detta är förstås inget märkligt. I avgörandet av frågan om bristäckningsansvar skall användas för en specifik rättshandling, är det relevanta att just beakta vad som kan utgöra normativt stöd. Samtidigt kan dock konstateras att det finns ytterligare normativa argument som är relevanta.

14.6 Analys av logiken för den uppställda tankegången

Justitieråden har i NJA 2015 s 359 (Emtunga) som framgått använt argumentet att dotterbolaget kan göra anspråket gällande och att moderbolaget inte kan invända mot detta genom att göra gällande att ett koncernbidrag givits. Jag har i det föregående kapitlet 13, gjort antagandet att detta inte kommer att hända. Dotterbolaget kommer inte att göra fordringen gällande mot moderbolaget. Ett krav från dotterbolaget blir i princip aktuellt först om dotterbolaget gått i konkurs. Om mitt antagande stämmer riskerar utsagan därför att bli vilseledande. Det beror på tanken att det hela tiden finns ett anspråk alternativt på tanken att anspråket återuppstår när dotterbolagets konkursbo gör det gällande. Båda tankegångarna kan ge sken av att förhållandena inte förändras genom att dotterbolaget efterger fordran. Att det ändå föreligger en skillnad kan framstå som en självklarhet, inte minst i ljuset av resultatet i föregående kapitel 13, men jag menar alltså att det är fråga om tankegångar som kan vara vilseledande.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s 756.

⁴⁶⁰ NJA 2015 s 359 (Emtunga) stycke 8.

⁴⁶¹ Vad som förefaller självklart kan ibland framstå som något annat för någon annan, se exempelvis Stockholms TR:s dom, T 19265-12 från 2018-03-26 (Emtunga II) s 35.

Jag skall här illustrera hur utsagan i domskälen är vilseledande. Utsagan består av tre led:⁴⁶²

- a) ”Ifall det rörde sig om en olaglig värdeöverföring blev – under de förutsättningar som anges i 17 kap. 6 § – konsekvensen att [moderbolaget] enligt allmänna obligationsrättsliga principer inte skulle kunna göra gällande rättshandlingen.”
- b) ”[Dotterbolagets] fordran på [moderbolaget] skulle i så fall gälla till sitt tidigare belopp.”
- c) ”Något bristtäckningsansvar för svarandena enligt 17 kap 7 § kan då inte aktualiseras.”

Justitierådets utsaga kan jämföras med följande liknelse. Den är avsedd att tydliggöra betydelsen av en kvalitetsskillnad.

Språkfilosofen Ludwig lurade vid trettioett års ålder den fyraårige Georg Henrik att han skulle få fem russin i utbyte mot en kaka. Trots att Ludwig fick en kaka som han åt upp, fick Georg Henrik aldrig några russin i utbyte. När Georg Henrik blivit vuxen beklagade han sig. Ludwig förklarade då följande:

- x) Ifall någon olagligen lurar någon annan att utge en kaka, har motparten hela tiden rätt att få tillbaka kakan.
- y) Rätten att få tillbaka kakan är lika betydelsefull som kakan eftersom den rätten motsvarar kakan. Det faktum att jag inte förrän nu, när du blivit vuxen, tänkt tanken att ge tillbaka kakan spelar därför ingen roll. Det spelar heller ingen roll att jag ätit upp kakan eftersom en uppäten kaka också är en kaka, vi använder ju alltså ordet kaka.
- z) Därmed skall jag inte ansvara för vad jag en gång gjorde.

Den centrala likheten mellan domskälen och Ludwigs argumentation är att båda jämför kvalitén på anspråken före och efter. Anspråket som motparten kan göra gällande efter den ifrågasatta rättshandlingen jämförs med kvalitén på vad motparten hade innan den rättshandlingen vidtogs. Det är emellertid enklare att förstå varför Ludwigs resonemang bör ifrågasättas, jämfört med justitierådets. För Georg Henrik har det givetvis betydelse att Ludwig inte haft för avsikt att ge tillbaka kakan. Det har därtill i ännu högre grad betydelse att kakan är uppäten.

En väsentlig skillnad mellan domskälen och Ludwigs argumentation är emellertid kvalitén på vad motparten i de båda fallen hade innan den ifrågasatta rättshandlingen. Georg Henrik kan i det läget välja att äta kakan

⁴⁶² NJA 2015 s 359 (Emtunga) stycke 15.

eller ha den kvar, medan dotterbolaget är beroende av moderbolagets vilja och förmåga att reglera fordran. I detta avseende är liknelsen överdriven. En annan skillnad är att ett dotterbolag, åtminstone med någon grad av sannolikhet, skulle kunna göra anspråket gällande vid en tidpunkt då moderbolaget alltså kan betala. Även om dotterbolaget i princip inte gör anspråket gällande förrän dotterbolaget gått i konkurs, är det möjligt att moderbolaget inte gått i konkurs vid denna tidpunkt.

Det föreligger också en väsentlig skillnad i det att justitierådets utsaga i punkt c pekar ut att det är ansvar på grund av ABL 17:7 som skall vara uteslutet, utan att de uttalar sig i övrigt om ansvar. Ludwigs utsaga i z är mer generell och jag har valt att formulera den så för att markera att Ludwig förefaller vara ute efter att förvilla Georg Henrik. Skillnaden i detta avseende är helt avgörande för vad jag är ute efter att förmedla i detta kapitel. Justitierådets utsaga utesluter bara ansvar på grunden ABL 17:7, medan Ludwig helt försöker undkomma ansvar, till synes vill han inte ens kompensera Georg Henrik för att Georg Henrik gått miste om kakan.

Liknelsen kan av nämnda skäl inte användas för att peka ut domskälen som ologiska. Vad liknelsen illustrerar är att det kan vara väsentligt att beakta huruvida det föreligger en kvalitetskillnad mellan fordran på moderbolaget innan den ogiltiga rättshandlingen, jämfört med anspråket efter denna. Så länge denna skillnad inte markeras finns det risk för att resonemanget blir vilseledande.

Läsaren bör beträffande liknelsen ha i åtanke att argumentationen inte är vilseledande i den mån det inte föreligger någon kvalitativ skillnad, eller endast en icke relevant kvalitativ skillnad. I föregående kapitel 13 har jag redovisat varför jag menar att det just är en relevant kvalitativ skillnad. Som nämnts utgår jag därför här från antagandet att dotterbolaget i princip aldrig kommer att göra anspråket gällande mot moderbolagets vilja, utan att anspråket blir aktuellt först om dotterbolaget försätts i konkurs. Likaså utgår jag från antagandet att sannolikheten för att moderbolaget då inte kan fullgöra sina förpliktelser är hög. Jag gör dessa antaganden också i beaktande av att de borgenärsskyddsintressen som regleringen om olagliga värdeöverföringar skall skydda.

Eftersom det finns anledning att vara försiktig med liknelser vill jag inte hävda att liknelsen utgör något argument i sak.⁴⁶³ Vad jag är ute efter är att peka ut den kvalitativa skillnaden och risken för att resonemanget blir vilseledande. För att vara försiktig med liknelsen fortsätter jag med analysen.

⁴⁶³ Jfr Jens Ewald, *Law, Method and Values, Scandinavian Studies in Law*, 2000 s 73–94, på s 84.

Denna utsaga i tre led går ut på att inget hänt:⁴⁶⁴

- l) Ett olagligt koncernbidrag genom eftergivande av ett moderbolags fordran har inte någon effekt alls.
- m) Trots ett olagligt eftergivande händer således ingenting med bolagens reella förmögenhetsförhållanden p g a att rättshandlingen är olaglig från början.
- n) Därmed skall inget bristtäckningsansvar följa.

Vad som uttrycks i utsagan är att rättshandlingen att efterge fordran inte har någon effekt och att någon sanktion därför inte skall följa. Dotterbolaget har rätt att få betalt från moderbolaget i samma utsträckning som tidigare. Moderbolaget har inte rätt att slippa betala p g a det beslutade koncernbidraget. Motiveringen är att olagligheten innebär att eftergivandet inte förändrar något. Bolagens förmögenhetsförhållanden är desamma såväl före som efter rättshandlingen.

Utsagan är felaktig i den mån mina, i kapitel 13 redovisade, antaganden om effekterna stämmer. Därmed kan utsagan framstå som vilseledande eftersom den uttrycker att det inte finns några effekter. Jag menar dock att utsaga l-m-n är något mindre vilseledande än justitierådets utsaga i a-b-c ovan. Genom att på ett direkt sätt uttrycka att skälet är de reella effekterna blir det tydligt att sagesmannen beaktat just effekterna. Därmed är det enklare att kontrollera om argumentet har substans.

En ytterligare utsaga består av följande tre led:⁴⁶⁵

- o) Ett olagligt koncernbidrag genom eftergivande av ett moderbolags fordran innebär inte att moderbolaget mottar något som kan återbäras.
- p) När koncernbidraget är olagligt blir konsekvensen att moderbolaget inte kan göra gällande rättshandlingen.
- q) Därmed gäller fordringen till sitt tidigare belopp och inget bristtäckningsansvar skall följa.

I denna variant är motiveringen i princip densamma som i utsaga l-m-n, men den uttrycks med att fordringen gäller till beloppet innan eftergivandet. Utsagan har ett objekt, en fordran, och denna tillgång är lika stor hela

⁴⁶⁴ Jfr Stefan Lindskog i SvJT 1992 s 81 beträffande rättsföljden återbäringsansvar och en rättshandling där företrädaren saknade befogenhet: ”Eftersom rättshandlingen var verkningslös måste konsekvensen bli, att Cs skuld gentemot A kvarstod, inte att C får ett sådant återbäringsansvar som avses i ABL 12:5 1 st. 1 p.” (citatet från s 98). Han gör utsagan i kritik mot avgörandet NJA 1951 s 6 II: ”HD-majoritetens resonemang är därför inte helt lätt att förstå. Sannolikt har man dock jämställt friskrivningen [eftergivandet] med en betalning.”

⁴⁶⁵ Detta uttryckssätt motsvarar ungefär justitierådets i NJA 2015 s 359 (Emtunga) stycke 15.

tiden. Till motiveringen hör också ett egentligen fristående argument, o), om att moderbolaget inte mottar något som kan återbäras. Denna del är onödig eftersom tillgången enligt andra delen av utsagan är lika stor hela tiden. Vad o) tillför är bara en ytterligare motivering av helt annan karaktär. Argumenten har dock potential att förstärka varandra.

Mot bakgrund av vad jag redovisat om effekterna i tidigare kapitel, 13, menar jag att utsagan är vilseledande. Vilseledandet inkluderar det första ledet o), om att moderbolaget inte mottar något som kan återbäras. I den mån detta led skall tolkas som att inget *behöver* återbäras är det vilseledande så länge mina antaganden om effekterna är korrekt. Om utsagan tolkas som att det verkligen inte är *möjligt* att återbära något är utsagan också vilseledande i någon mån. De båda koncernbolagen kan förstås besluta att kompensera för det tidigare koncernbidraget och bestämma att dotterbolaget har en fordran på moderbolaget. Denna del av utsagan är bara korrekt om den avser att moderbolaget inte kan återbära något i fysisk mening.

14.7 Ytterligare analys av logiken – objekt

Samtliga ovan behandlade utsagor och uttryckssätt går ut på att koncernbidrag i form av eftergivande av en fordran har sådana effekter att någon brist aldrig kan uppstå. I samtliga fall har utsagorna gått ut på att inget egentligen förändras genom rättshandlingen att efterge. Det går emellertid också att uttrycka att någon brist aldrig kan uppstå även om man tydligare uttrycker en förändring. Två sätt att uttrycka detta är:

- r) Ett olagligt koncernbidrag genom ett dotterbolagets eftergivande av ett moderbolags fordran *återgår* om behörig företrädare för dotterbolagssidan framställer olaglighetsförklaring. Dotterbolaget har därför trots koncernbidraget kvar sin fordran. Detta genom sin möjlighet att kräva återbäring. Därmed skall inget bristtäckningsansvar följa.
- s) Ett olagligt koncernbidrag genom eftergivande av ett moderbolags fordran kan liknas vid sakutdelning. Återbäring av en genomförd olaglig värdeöverföring sker genom att den eftergivna fordran *återuppstår*. Eftersom detta innebär att det återbäringsberättigade dotterbolaget återfår vad som överförts skall det inte bli fråga om bristtäckningsansvar. Det skall samtidigt sakna betydelse att fordran blivit värdelös p g a moderbolagets

konkurs. Den återbäringsberättigade skall stå risken för värdeförändringar. Därmed skall inget bristtäckningsansvar följa.⁴⁶⁶

I varianterna r) och s) innebär dotterbolagets åtgärd att efterge fordringen en förändring. Fordran utsläcks men den återgår eller återuppstår när dotterbolaget framställer krav på återbäring. Skillnaden mellan de två alternativen är att r) beskriver förhållandet i termer av ett möjligt krav på betalning, medan beskrivningen i s) handlar om ett krav på en sak som dotterbolaget skall få tillbaka. Denna sak är en fordran. Att någon brist aldrig kan uppstå i r) beror på att möjligheten att få fordran att återgå hela tiden funnits kvar. I s) kan en brist visserligen uppstå, men den blir aldrig reell eftersom risken för denna brist läggs på dotterbolaget och dess fordringsägare.

Både r) och s) leder tanken till att den relevanta delen av bolagens relation betraktas som ett objekt. Objektet finns därför kvar i annan form eller så går det att få objektet att återuppstå.

Tanken på ett objekt kan vid ytligt påseende vara effektiv. Eftersom vi i vår kommunikation rent språkligt behöver referera till ett ”något” kan detta ”något-objekt” lätt uppfattas som just ett objekt och därmed är steget till att hantera problematiken som att den handlar om en sak nästan omärkligt. I rättslig mening är det dock inte korrekt att betrakta en fordran som en sak i relationen mellan gäldenär och borgenär. Skillnaden mellan fordringsrätt och sakrätt är rent av fundamental. Visst är en fordran ett tänkt objekt i språklig mening, men det innebär inte att borgenärens anspråk på betalning i förhållande till gäldenären skall liknas vid att gäldenären fått en sak som gäldenären är skyldig att återlämna. Normerna om riskfördelning för sak-förhållanden är heller inte relevanta. Förhållandet i fråga är helt enkelt ett annat och det avser ett anspråk på pengar.

Det faktum att dotterbolaget, såsom alla gäldenärer, står kreditrisk för moderbolagets betalningsförmåga oavsett om anspråket är den ursprungliga fordran eller ett latent anspråk på återbäring, är korrekt. Rättshandlingen att förvandla anspråket från en öppet redovisad fordran till ett dolt latent anspråk har emellertid haft kvalitativ effekt. I enlighet med vad jag med antaganden visat ovan i kapitel 13 har anspråket försämrats genom eftergivandet. Kreditrisken för dotterbolaget har ökat. Dotterbolagets förmögenhetsförhållanden har därmed försämrats och riskerna för dess fordringsägare har ökat.

⁴⁶⁶ Detta tankesätt har använts, om än inte ordagrant, i ett sk rättsutlåtande i rätts-saken bakom NJA 2015 s 359 (Emtunga).

Beträffande alternativ s) skall anmärkas att den förändrade kvalitén faktiskt ändå är beaktad. Enligt utsagan skall förändringen inte tillmätas relevans p g a normer om fördelningen av risken för en sådan förändring beträffande värdet på saker. Denna tankegång lider dock av en ytterligare brist. Tankegången bygger på en liknelse där förhållandena liknas vid sakutdelning. Liknelsen innebär att logiken hängs upp på ett mellanbegrepp. Det medför att de reella effekterna av rättshandlingen inte läggs till grund för slutsatsen. Slutsatsen grundas istället på om fordringsanspråket i tanken går att transformera till en sak.

Utsagan i s) kan jämföras med följande alternativa utsaga:

- t) Eftersom dotterbolagets fordringsägare står kreditrisken för den ursprungliga fordran och likaså kreditrisken för det dolda latent anspråket, och dotterbolagets företrädare inte har bristtäckningsansvar för den ursprungliga fordran, skall de inte heller ha bristtäckningsansvar för det latent anspråket.

I likhet med utsaga s) bygger slutsatsen i utsaga t) explicit på riskfördelning. Istället för att använda en liknelse med sakutdelning ligger motiveringen i det underförstådda påståendet att det inte är någon skillnad i riskhänseende före och efter eftergivandet. Eftersom påståendet är underförstått och inte uttalat blir utsagan i någon mån vilseledande. Den döljer att det handlar om ett antagande om att det inte föreligger någon skillnad och därmed blir det svårare att ifrågasätta om det bakomliggande antagandet om brist på relevant skillnad stämmer.

14.8 Mer om resultatet

Vad jag visat i detta kapitel är att det finns anledning att vara fundersam över om justitierådets utsagor i NJA 2015 s 359 (Emtunga) ger något normativt svar på om jurister *skall* beakta om ett eftergivande av en fordran har effekter. I rättsfallet har justitieråden som nämnts använt två argument som inte bygger på tanken att ett olagligt eftergivande av en fordran inte har någon effekt. Så länge justitieråden just använder en utsaga som inte alls omfattar att ett eftergivande av en fordran inte har några effekter, ger beslutet inget normativt stöd för en sådan slutsats. Det saknas normativa skäl för att använda utsagan till mer än att effekterna av eftergivandet inte skall ses som relevanta när det gäller sanktionen bristtäckningsansvar.

Även om justitieråds utsagor i sina beslut har normativ betydelse, finns det således skäl att beakta att justitierådets utsagor faktiskt inte framstår som utsagor om huruvida ett eftergivande av en fordran har relevanta effekter. Vad justitieråden gjort med sin formulering är snarare att dölja frågan om huruvida ett olagligt eftergivande har några beaktansvärda effekter. De har heller inte givit normativt besked om huruvida eventuella effekter skall beaktas.

Det normativa stöd som beslutet i NJA 2015 s 359 (Emtunga) innebär är att bristtäckningsansvar inte skall användas. Beslutet utgör endast normativt stöd beträffande just bristtäckningsansvaret, och inte avseende andra sanktioner, se nästa kapitel 15.

Med detta sagt vill jag dock påpeka att det givetvis är möjligt att ändå välja att tolka justitierådets utsagor som stöd för att ett eftergivande av en fordran inte har sådana effekter som det finns anledning att beakta, vad gäller sanktioner över huvud taget. Justitieråds utsagor i beslut kan ges normativt inflytande även till annat än vad de har substans för. Jag återkommer även till detta tema, i kapitel 15.

14.9 Reflektioner kring resultatet

Det resultat som jag redovisat i detta kapitel är en argumentation för en tolkning av en viss normativ utsaga. En reflektion på temat är om det jag gjort motsvarar något som andra forskare i förmögenhetsrätt gjort. Jag menar att så är fallet. Exempelvis ser jag en parallell till olika slags analyser kring äganderättsbegreppet och objektsföreställningar. Ett antal forskare har ägnat sig åt sådant, inte minst i Skandinavien och USA.⁴⁶⁷ Vad jag åstadkommit är en normativ utsaga om det rättsliga objektet. Denna normativa utsaga kan användas i flera olika rättsliga sammanhang.

Något som jag ser större skäl att reflektera över är dock om just detta resultat tillför något till det mänskliga vetandet? Är det tidigare okänd kunskap?

En aspekt av denna fråga är att justitieråden rimligen själva borde veta vad de avsåg. Därmed är det inte tidigare okänd kunskap. När utsagorna nu

⁴⁶⁷ Se exempelvis: Karl N Llewellyn; *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, New York University Law Quarterly Review, 1938 s 159–209. Alf Ross, Tü-tü, i *Festskrift till Henry Ussing*, 1951 s 468–484. Henrik Hessler, Om äganderättsförbehåll och återtaganderättsförbehåll i 1966 års lag om vad som är fast egendom, i *Festskrift til Carl Jacob Arnholm*, 1969 s 459–473, densamme i *Allmän sakrätt*, 1973 s 17–29, 113. Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Cappellen Damm, 2017.

är gjorda är justitierådens avsikt emellertid inte längre relevant. Det är inte upp till dem att förklara hur deras utsaga skall tolkas. Givetvis är det inte heller upp till mig, men jag har bidragit med en analys till hjälp för den som behöver dra en slutsats i normativt hänseende. För just den aktuella frågan är min insats ny kunskap, såvitt jag kunnat se. Min insats är dock bara ett ytterligare exempel på ett ganska vanligt fenomen. Tolkning med hänsyn till vad som kan vara en logisk innebörd av en utsaga givet kontexten, är en vanlig insats i juridiken. Att kalla varje sådan insats för ett resultat är kanhända alltför pretentiöst, och det är något jag beaktar.

Jag menar att kriteriet om att resultatet skall tillföra förståelse för mänskligt handlande är lika svårt att hantera av ungefär samma skäl som de nyss nämnda. Vad jag gjort är bara ett exempel på ett slag av tolkningsproblem som jurister ställs inför. Således tillför jag ingen ny förståelse på ett allmänt plan. Mitt tillskott ligger i den specifika frågan hur vi normativt skall förhålla oss till effekter av eftergivande av fordran. När jag menar att mina analyser övervägande talar för att det inte finns anledning att låta de redovisade normativa utsagorna avgöra hur vi normativt skall förhålla oss till effekter av eftergivande av fordran, är det ett antagande om hur jurister kommer att hantera frågan.

En annan reflektion är att jag anser att jag kommit fram till resultatet genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Som framgått har jag gjort analyser av justitierådets utsagor.

Jag har också reflekterat över resultatets kvalitet. Vad jag gjort handlar bara om ett exempel på en tolkningssvårighet i ett visst avseende. I jämförelse med andra rättsvetenskapliga prestationer är detta dock inget speciellt. Det är vanligt att rättsvetenskapliga forskare presterar ett resultat i en specifik fråga. Frågor som förmögenhetsrättsliga forskare behandlar är ofta kontextspecifika. Rättsvetenskapen producerar förstås ofta analyser till stöd för tolkning i avgränsade frågor.

Mot bakgrund av dessa reflektioner har jag tvekat över hur jag skall betrakta resultatet. Jag menar emellertid att mitt resultat i huvudsak överensstämmer med den målbild av "forskningsresultat" som jag arbetar med i detta projekt. Det normativa svaret på forskningsfrågan är att det inte finns relevant normativt stöd för att bortse från effekterna av att ett dotterbolag olagligen efterger en fordran på sitt moderbolag. Trots de reflektioner jag har kring resultatet menar jag att det är ett relevant klagande.

15 (K) Vilka sanktioner skall följa med värdeöverföringsansvar?

I likhet med föregående kapitel presenterar jag i detta kapitel ett resultat i form av en normativ utsaga. Denna gång handlar utsagan dock inte om objektet för parternas mellanhavande, utan om hur en norm, eller egentligen flera normer, skall användas i en viss kontext. Liksom i föregående kapitel vill jag illustrera att det kan finnas anledning att dela upp ett kunskapsintresse i flera forskningsfrågor. I förhållande till föregående kapitel handlar det om två olika forskningsfrågor i syfte att nå två olika slags normativa utsagor. Att dela upp en analys i flera delar är visserligen ordinärt i förmögenhetsrätten, men jag vill visa hur en resultatinkriktad ansats kan bidra i detta avseende. I metodologiskt hänseende illustrerar detta kapitel därtill en ytterligare konsekvensanalys, men också vad jag beskriver som en ytterligare metod, trots att den handlar om systematisering och ligger nära rättsdogmatiken.

En annan effekt som kapitlet illustrerar särskilt är att resultatinkriktningen ger incitament till reflektioner kring vilken information som förmögenhetsrättsliga forskare skall använda. När det gäller att nå resultat i form normativa utsagor behöver vi nämligen utesluta viss information även om den i och för sig skulle vara tillförlitlig. Vi behöver exempelvis hantera det faktum att de som skapat en viss norm kan sitta inne med information om vad de egentligen avsett. Informationen är normativt sett irrelevant, men ur ett forskningsperspektiv kan det ändå förefalla betydelsefullt att informationen trots allt finns.

15.1 Forskningsfrågan – vilka sanktioner skall komma i fråga vid dotterbolags olagliga eftergivande av en fordran?

I de närmast föregående kapitlen har jag först redovisat resultatet att ett olagligt eftergivande av en fordran har beaktansvärda effekter. Därefter har jag redovisat resultatet att det inte finns skäl att lägga några normativa utsagor till grund för att effekterna inte skall tillmätas rättslig relevans. Båda

dessa resultat bygger upp för min forskningsfråga i detta kapitel 15. När resultaten är att effekterna av ett olagligt eftergivande är beaktansvärda och det inte finns normativa utsagor som utesluter att effekterna skall tillmätas rättslig relevans, finns det nämligen anledning att fråga sig vilka sanktioner som skall komma i fråga? Här redovisar jag därför vad jag kommit fram till beträffande vilka sanktioner som skall kunna komma i fråga.

15.2 Resultat (K) – skadeståndsansvar är en möjlig sanktion

Jag har kommit fram till resultatet att sanktioner skall komma i fråga för att angripa olagliga eftergivanden av fordringar.

En av dessa sanktioner är sanktionen skadeståndsansvar. Det är den sanktion som på ett direkt sätt adresserar handlingen. De argument som talar för att inte någon sanktion skall kunna användas är relativt vaga. Samtidigt är de normativa argumenten för att skadeståndssanktionen skall kunna användas tydliga. Inte minst är lagtextens lydelse ett av dessa normativa argument.

Jag redovisar också att straffsanktioner kan komma i fråga för handlingar som bolagsföreträdare närmast ofrånkomligen kan komma att behöva göra som en följd av ett olagligt eftergivande av en fordran. Det handlar om straffsanktioner för bokföringsbrott och bedrägeri. Skadeståndssanktionerna för dessa handlingar är inte kopplade till skadan av det olagliga eftergivandet, utan till andra faktorer. Det är relevant att sanktionerna som kan följa av dessa följdhandlingar inte nödvändigtvis riktar sig mot de personer som gör olagliga eftergivanden av fordringar.

15.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, systematiseringsanalys och konsekvensanalys

Som redan framgått har jag byggt min insats i denna del på de analyser jag gjort i de tidigare kapitlen i denna avdelning. Utan dessa hade jag inte nått resultatet i detta kapitel. De analyserna är därför i princip en del av min metod för att nå resultatet i detta kapitel. I de delarna hänvisar jag därför till mina beskrivningar av hur jag gjort de analyserna.

För detta kapitel har jag gjort flera rättsdogmatiska utredningar. En av dem avser dogmer om riskfördelning vid olaglig värdeöverföring. En annan handlar om normativa utsagor om att olagliga eftergivanden av fordringar inte skall kunna angripas med sanktioner. Tre övriga är rättsdogmatiska

utredningar kring de olika sanktionsnormer som jag identifierat som relevanta.

För den i kapitlet sist redovisade delen har jag systematiserat normativa utsagor. Det handlar om en tämligen enkel insats som utgår från de två möjliga mönster som jag identifierat att ett visst centralt prejudikat leder till. Jag har också gjort antaganden om konsekvenser av de två alternativen. Till de antaganden jag redovisar i detta kapitel hör också de antaganden jag redovisat tidigare om exempelvis frekvensen av olagliga eftergivanden av fordringar.

15.4 Rättsdogmatisk utredning av om bristtäckning skall anses vara den exklusiva sanktionen

Efter justitierådets beslut i NJA 2015 s 359 (Emtunga) finns det möjligen anledning att fråga sig om bristtäckningsansvaret skall anses vara den enda möjliga sanktionen mot företrädare som gjort olagliga värdeöverföringar. Den normativa grunden för en sådan tanke är att ABL 17 kapitlet stadgar vad en olaglig värdeöverföring är och samtidigt stadgar sanktionerna återbäring och bristtäckningsansvar, men inget mer. Bristtäckningsansvaret skulle med andra ord vara den exklusiva sanktionen.

I rättskällorna har frågan om bristtäckningsansvar för koncernbidrag som verkställts genom eftergivande av en fordran bara varit aktuell i nämnda NJA 2015 s 359 (Emtunga). Det beslutet innebär med tydlighet att bristtäckningsansvar enligt ABL 17:7 inte skall användas. Som framgått är de motiv som justitieråden redovisat ganska utpräglat normativa. Någon motivering i sak ger de inte. Därmed ger beslutet inget stöd i frågan om någon annan sanktion skall vara aktuell.

15.4.1 Lagtexten

Ett första normativt argument är att det i lagtexten ABL 17:3 stadgas att vissa värdeöverföringar ”inte får äga rum”. Det är ett tydligt normativt argument för att sådana värdeöverföringar skall kunna angripas med sanktioner. Att koncernbidrag genom eftergivande av fordran utgör värdeöverföring är också tydligt, se ABL 17:1 p 4.⁴⁶⁸ Det är fråga om en ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig

⁴⁶⁸ Vilket också justitieråden i NJA 2015 s 359 (Emtunga) konstaterar, se stycke 16.

karaktär för bolaget.” Lagtexten kan således hävdas som stöd för att någon sanktion skall följa.⁴⁶⁹

Ett andra normativt argument är lagtexten i ABL 29 kap. Där stadgas helt enkelt att en företrädare som culpöst skadar bolaget skall ersätta skadan. Likaså skall företrädaren ersätta aktieägare eller någon annan som skadas om skadan beror på företrädarens överträdelse av aktiebolagslagen. Lagtexten pekar således på att överträdelse av 17 kapitlet ABL skall kunna leda till skadestånd. I allmänna framställningar om skadeståndsansvaret i ABL antyds heller inget annat.⁴⁷⁰ Det går också att förstärka det andra normativa argumentet med ett påpekande om att det inte finns stöd för att andra ansvarsregler i ABL, såsom 25 kapitlet, skulle utesluta tillämpning av 29 kapitlet.⁴⁷¹

15.4.2 Doktrinära utsagor för en skadeståndssanktion

Jag har i min rättsdogmatiska utredning också noterat att det finns tydliga normativa utsagor till stöd för att just skadestandsreglerna skall kunna användas. I doktrin beskrivs skadestandsreglerna i ABL 29 kapitlet som ”det allmänna sanktionssystemet” och ansvarsreglerna i exempelvis ABL 17 och 25 kapitlen som ”det specifika sanktionssystemet”. De specifika bestämmelserna anses inte hindra en tillämpning av den allmänna skadeståndssanktionen.⁴⁷² Detta framförs rent av som en självklarhet:

”Skadestandsreglerna i 29 kap. är parallellt tillämpbara med 17 kap. 6 och 7 §§.”⁴⁷³

⁴⁶⁹ Till sammanhanget hör att frågan om sanktioner och rättsföljd av olagliga värdeöverföringar är omdiskuterad, se för en ingång till debatten Jan Andersson, ABL och lagrådet, JT 2004–05 s 723, på s 730–740, respektive Johan Bocander, Bankernas bristtäckningsansvar vid otillättna vinstutbetalningar, JT 2004–05 s 932–953.

⁴⁷⁰ Rolf Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, 1989. Rolf Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 1999 och 2008. Rolf Dotevall, Aktiebolagsrätt, Fördjupning och komparativ belysning, 2015 s 343–379. Det kan noteras att Dotevall uttrycker att sanktionerna i ABL 17:6–7 inte är ett skadeståndsansvar eftersom dessa regler kan tillämpas även om den olagliga utbetalningen inte orsakat någon skada, se 2008 s 70 och 2015 s 362. Se även Niklas Arvidsson, Associationsrättsligt samtycke och skadestånd, SvJT 653, på s 658. Jfr utsagor om påföljdens skadeståndsrättsliga ”natur” av justitieråden i NJA 1997 s 418 (beträffande 1975 års ABL) och Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449, på s 453.

⁴⁷¹ Jfr Johanna Karlsson, Rättsföljder vid olovliga värdeöverföringar, Affärsjuridiska uppsatser, Vingestipendiet 2017 s 309–310.

⁴⁷² Erik Nerep och Per Samuelsson, Aktiebolagslagen en kommentar, Kapitel 23–32, 2009 s 191.

⁴⁷³ Claes Bergström och Per Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, 5 u, 2015 s 225.

”Ett åsidosättande av kapitalbestämmelserna i 25 kap ABL kan *naturligtvis* föranleda ett skadeståndsansvar efter bestämmelserna i 29 kap ABL.”⁴⁷⁴

”Vad därefter angår associationsborgenärs möjlighet att av organledamöter kräva ersättning för indirekt skada, skulle ett tänkbart fall kunna vara att associationen i strid mot borgenärsskyddsreglerna verkställt olaga värdeöverföring ... och därmed försvagat associationens ställning och äventyrat borgenärernas rätt.”⁴⁷⁵

Likaså antas att skadeståndsansvar är normalt vid olagliga värdeöverföringar:

”Om [värdeöverföringsreglerna] inte skulle träffa värdefrånhändande till tredje man behöver detta inte innebära att bolaget skulle sakna remedium mot t.ex. en medverkande styrelseledamot, som äger samtliga aktier i bolaget. Den medverkande bör *normalt* ha ådragit sig ett skadeståndsansvar mot bolaget genom dispositionen.”⁴⁷⁶

Som motivering i sak till denna ordning anføres bland annat att bristtäckningsansvaret är begränsat till återbäring och inte täcker den verkliga skadan av en olaglig värdeöverföring. Det anses därför nödvändigt att kunna föra talan om skadestånd vid sidan om:

”På andra sidan är [bristtäckningsansvaret] begränsat till att gälla just bristen; skadeståndsansvaret omfattar också indirekta skador till följd av den olovliga kapitalanvändningen.”⁴⁷⁷

Härtill finns en längre utsaga av innebörden att skadeståndssanktion skall vara aktuellt med grund i skadeståndsregler utanför ABL, och möjligen även

⁴⁷⁴ Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, 2015 s 23 (avsnitt 1.2.1). Jfr Stefan Lindskog, Betalning, 2 u, 2018 s 803, i fotnot 2948, u 1, 2014 s 748 i fotnot 2800: ”För egen del tycker jag det är mer naturligt att i ansvarsutlösande hänseende närma sig reglerna i ett skadeståndsrettsligt paradigm. I påföljdshänseende rör det sig emellertid inte om något skadeståndsansvar, utan är påföljden att den bristtäckningsansvarige häftar för den återbäringsansvariges skuld.”

⁴⁷⁵ Svante Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 11 u, 2014 s 378.

⁴⁷⁶ Stefan Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992 s 81, citatet på s 90, min kursivering.

⁴⁷⁷ Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen: 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation, 1995 s 131. I Betalning, u 2, 2018 s 804, u 1, 2014 s 749 skriver han dock: ”Även skadeståndsansvar kan i teorin tänkas för olika medverkande, men det är svårt att se att de bestämmelserna skulle leda till något längre ansvar än det som följer av reglerna om bristtäckningsansvar.” Jfr även Jan Kleineman, Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994/95 s 430–463, på s 443.

med grund i ABL:s skadeståndsregler.⁴⁷⁸ Jag återkommer till denna utsaga nedan i avsnitt 15.4.6.

15.4.3 Utsagor i rättspraxis om regleringens exklusivitet i viss mening

Det finns emellertid också utsagor som kan användas för att hävda att bristtäckningsansvaret skall vara en exklusiv sanktion mot olaglig värdeöverföring. En viktig faktor bakom dessa utsagor synes vara NJA 1997 s 418 (SÖMÅ).⁴⁷⁹ Fallet gällde ett konkursbos talan mot en bank för att banken, C, från en kredittagare, B, tagit emot betalning av en kredit i en situation där B hade fått beloppet som en olaglig värdeöverföring från ett annat bolag, A. Konkursboets förstahandsgrund var att banken skulle ansvara enligt en analogisk tillämpning av bristtäckningsansvarsreglerna. Andrahandsgrunden uppfattade justitieråden som antingen ett medverkansansvar med skadeståndsrättslig anknytning, eller som en på ogiltighet av den olovliga utdelningen grundad vindikation. Justitieråden hade därför anledning att avgöra om någon av dessa alternativa tolkningar av grunden skulle godtas. Det skulle i så fall handla om vad justitieråden betraktade som ”oskrivna rättsgrundsatsar eller analogier av regler helt utanför lagstiftningen om aktiebolag.”⁴⁸⁰ Justitieråden avfärdade den andra tolkningen av grunden, d v s vindikation, med konsekvensargument. Ett godkännande av vindikation skulle leda till krav på godtrosvärk enligt GFL. Följderna skulle därmed bli strängare för den som i ett senare led mottagit något som härrör från en olovlig utdelning än för dem på vilka bestämmelserna är direkt tillämpliga. Beträffande den första tolkningen av andrahandsgrunden, d v s skadeståndsansvar, menade justitieråden:

”Inte minst genom hänvisningen till [15 kap 1–4 § i 1975 års ABL] om skadeståndsansvar görs klart att bristtäckningsansvaret vilar på skadeståndsrättslig grund.⁴⁸¹ I den mån konkursboets andrahandsgrund avser ett skadeståndsrättsligt medverkansansvar har således grunderna en gemensam nämnare.

ABL:s utformning och systematik får det att framstå som naturligt att uppfatta lagens bestämmelser, vilka utgör resultatet av ingående överväganden,

⁴⁷⁸ Bert Lehrberg, Aktiebolagsrätt, 2015 s 319–320.

⁴⁷⁹ För kommentar till fallet se även Laila Zackariasson, Svensk rättspraxis, Sakrätt 1982–2001, SvJT 2003 s 753 på s 769–773.

⁴⁸⁰ NJA 1997 s 418 (SÖMÅ), citatet från 31:a stycket av HD:s domskäl.

⁴⁸¹ Det kan noteras att den koppling till skadeståndsreglerna som fanns i bristtäckningsregeln i 1975 års ABL (12:5 st 2), inte är densamma i ABL 17:7.

som en till skydd för bolagets kapital i det närmaste uttömmande reglering av följderna av ett handlande i strid med dessa. (Detsamma kan följande sägas om de bestämmelser i tidigare lagar om aktiebolag som i här aktuella hänseenden innehöll väsentligen likartade regleringar.) I allt fall finns inte några egentliga indikationer i förarbetena på att det varit avsett att följderna av nämnt slag skulle kunna bestämmas av likartade regler hämtade från allmänna rättsgrundsatser.⁴⁸²

Det anförda talar mot att frågan, om banken i förevarande fall ådragit sig något betalningsansvar, skall prövas med tillämpning av ett generellt medverkansansvar på skadeståndsrättsliga grunder som må följa av icke kodifierade rättsgrundsatser utan anknytning till ABL.⁴⁸³

Av citatet framgår att justitieråden såg en gemensam nämnare mellan bristtäckningsansvar och skadeståndsrättsligt medverkansansvar, att det skydd för bolagets kapital som ABL utgör i det närmaste är uttömmande och att det därför inte var aktuellt med att använda allmänna rättsgrundsatser vid sidan av ABL. Det förefaller således tydligt att domskälen handlar om att utesluta rättsgrunder vid sidan av ABL. Något stöd för att utesluta användning av de skadeståndsregler som stadgas i ABL ger domskälen till synes inte.

Ett annat rättsfall som nämnts kring frågan om exklusiva sanktioner är NJA 1999 s 426 (Sturetvättsfallet). I detta fall ställer justitieråden krav på uppsåt för att med analog tillämpning av reglerna mot ”olovlig kapitalanvändning” i 1975 års ABL underkänna säkerhet (tredjemanspant) som ett kreditinstitut fått från ett aktiebolag som därefter gick i konkurs. Revisionssekreteraren, vars motivering majoriteten fattade beslut i enlighet med, påpekade:

”Enligt ordalydelse är bestämmelserna i 12 kap 2 § och 5 § 1 st [i 1975 års ABL] enbart tillämpliga på utbetalningar till aktieägare men de anses även vara analogt tillämpliga på utbetalningar till annan än aktieägare, främst i fråga om personer som haft ägarliknande kopplingar till bolaget. Analogierna har dock ansetts böra hållas inom förhållandevis snäva ramar med hänsyn till säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet.”⁴⁸⁴

⁴⁸² Just detta stycke har givit upphov till en kritisk betraktelse av Stefan Lindskog, NJA 1997 s 418 – Lagstiftarens intentionsdjup som lagtolkningsfaktor, JT 2001–02 s 217–221.

⁴⁸³ NJA 1997 s 418 (SÖMÅ), citatet från 10:e, 11:e och 12:e stycket av HD:s domskäl.

⁴⁸⁴ NJA 1999 s 426 (Sturetvättsfallet), citatet från sjätte stycket av revisionssekreterarens betänkande. Beträffande snäva ramar har man i litteraturen också pekat på ett rättsfall NJA 2005 s 608 (Max o Frasses) som handlar om den allmänna frågan om ersättningskyldighet för förmögenhetsskada.

Den analogiska tillämpning som justitieråden beslutar om i fallet handlar således om att använda regleringen mot ett subjekt som regleringens ordalydelse inte omfattar. Inte heller detta rättsfall ger något stöd för att utesluta användning av de skadeståndsregler som stadgas i ABL. Reglerna i ABL riktar sig enligt sin ordalydelse mot angivna subjekt och någon analogi är inte nödvändig.

15.4.4 Doktrinutsagor om exklusivitet i viss mening

Rättspraxis är som nämnts en viktig faktor bakom de utsagor som gjorts om att bristtäckningsansvaret skall vara en exklusiv sanktion mot olaglig värdeöverföring. En till synes tydlig utsaga i denna riktning finns i en allmän aktiebolagsrättslig framställning. Författaren påpekar först att det p g a de ”hårda verkningar” som 17:6–7 ABL kan få är nödvändigt att påföljdsreglerna kringgärdas av säkerhetsventiler som baseras på objektiva och subjektiva faktorer. Sedan framför han att sanktionssystemet blivit tämligen komplicerat i sådan mån att dess effektivitet tål att diskuteras. Därefter skriver han:

”Håller vi oss inom ABL (och näraliggande civilrättsliga regler) vilar däremot domstolspraxis på att ABL 17:7–7 ska ses som en i huvudsak uttömmande reglering av påföljderna mot olovliga värdeöverföringar från ett aktiebolag. I praxis har således avisats propåer om att tillämpa allmänna förmögenhetsrättsliga regler om skadeståndsansvar för den som samverkar med annan för att skada ett aktiebolag, NJA 1997 s. 418 (SÖMÅ-fallet ...) och NJA 2005 s 608. En tillämpning av ogiltighetsregeln i 8:42 ABL har också avisats med hänvisning till att den främst tar sikte på bolagsinterna kompetensöverskridanden, NJA 1999 s 426 (Sturetvättsfallet). På så vis kan man säga att 17:6–7 utvecklats till *exklusiva sanktioner mot olovliga värdeöverföringar*. Därför är det möjligt att en domstol kan komma att ge 17:6–7 en vidare analogisk tillämpning.”⁴⁸⁵

I denna utsaga pekar författaren på vad som framgått beträffande NJA 1997 s 418 (SÖMÅ). Allmänna förmögenhetsrättsliga regler om skadeståndsansvar skall inte användas för den som samverkar med annan för att skada ett aktiebolag. I detta avseende skall ABL:s regler anses exklusiva. Istället kan

⁴⁸⁵ Torsten Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 5 u, 2015 s 317. Se även Carl Svernlöv, Aktiebolagslagen – en översikt, 2014 s 134; ”Återbäringsplikt och bristtäckningsansvar är lagens exklusiva sanktioner gentemot bolaget för överträdelser av värdeöverföringsreglerna i 17–18 och 20 kap. ABL.” Jfr Rolf Skog, Rodhes Aktiebolagsrätt, 25 u, 2018 s 104–107 där han inte nämner något om 17:6–7 som exklusiv sanktion.

ABL 17:6–7 komma att användas analogt i de fall det finns behov. Författarens utsaga tillför inget annat än att hans tolkning är att ”sanktionerna” skall anses exklusiva i detta avseende.

Utsagan skall betraktas mot bakgrund av att samme författare klargör att den handlar om sådana handlingar som bara angrips med grunden olovlig värdeöverföring. I en fotnot till redovisade textparti förtydligar författaren:

”Förutsatt att en olovlig värdeöverföring är den enda grunden. Men är den rättsliga grunden för ett krav att ett kompetensöverskridande skett (t.ex. jäv), att likhetsprincipen åsidosatts, att en organledamot vållat bolaget skada eller att reglerna i 21 kap. ABL åsidosatts kopplas även andra påföljdsregler in.”⁴⁸⁶

Här pekar författaren på att han gör skillnad på olika grunder. Med en annan grund än olovlig värdeöverföring, såsom att en organledamot orsakat skada, menar han tydligen att påföljder för vållad skada blir aktuella. Vad författaren menar med detta är kanhända inte annat än att om rekvisiten för en skadeståndsregel, såsom ABL 29:1, är uppfylld, så skall den regeln tillämpas. Eftersom 29:1 stadgar ansvar för bolagsföreträdare som uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget skulle det kunna bli fråga om en bedömning som inte beaktar att ABL 17:1–3 utpekar vissa handlingar som typiskt sett skadar bolaget. Därmed skulle det handla om en fristående grund.

Oavsett vad författaren menar med sina utsagor kan de knappast användas som stöd för att skadeståndssanktionen i ABL 29 kapitlet inte skall kunna användas på ett koncernbidrag som görs genom att ett dotterbolag efterger en fordran på moderbolaget. Den exklusivitet han anser sig ha anledning att uttrycka handlar om en annan relation. Han håller som nämnts uttryckligen öppet för skadeståndssanktionen när en organledamot vållat bolaget skada.

15.4.5 Ytterligare doktrinutsagor om exklusivitet i viss mening

En annan författare har i en annan allmän aktiebolagsrättslig framställning också gjort utsagor som i hög grad bygger på tolkning av rättspraxis. Denne författares analys slutar i utsagor som, åtminstone vid en första anblick, framstår som att författaren förespråkar exklusivitet i något hänseende:

”En ansvarsgrund är mer än tillräckligt. ... Från samhälleliga utgångspunkter är parallella grunder för ansvar ’overkill’.”⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ Torsten Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 5 u, 2015 s 317.

⁴⁸⁷ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 u, 2010 s 216–217.

Utsagorna handlar enligt sin lydelse om grunderna för ansvar. Vad författaren vänder sig mot är parallella grunder för ansvar.⁴⁸⁸ Mer precist handlar det om att författaren förespråkar att det räcker med de grunder för ansvar som finns i ABL. Han vill avfärda de grunder som skulle gå att konstruera med allmänna förmögenhetsrättsliga principer, såsom grunder för ansvar vid sidan av ABL. Författaren gör nämligen detta i beaktande av HD:s domskäl i NJA 1997 s 418 (SÖMÅ).

Till sammanhanget hör att författarens resonemang förs under rubriken ”Återbäringsskyldighetens innebörd – det sakrättsliga perspektivet”. Han framför där att frågan om huruvida aktiebolagsrättslig ogiltighet har sakrättsliga verkningar avgjordes i rättsfallet NJA 1997 s 418 (SÖMÅ). Den slutsats han drar är att bolaget A, som gjort en olaglig vinstutdelning till aktieägaren B som sedan avhänder sig egendomen till C, som är i ond tro, inte kan använda vindikation mot C. Däremot kan A kräva C för att C kan anses ersättningsskyldig analogt med ABL 17:6–7. Författaren förefaller mena att HD i fallet tog ställning mot ogiltighet som automatiskt verkande i sakrättsligt hänseende och mot skadeståndsskyldighet vid sidan av ABL. När han i de följande finstilta styckena gör ovan citerade utsagor om parallella ansvarsgrunder är det som kommentar till att någon särskild grund för vindikation eller skadestånd vid sidan av ABL inte kan anses stå öppen.

Vad författaren skrivit är av nämnda skäl inte något som det finns anledning att, utifrån vad som står, använda som normativt argument för att sanktionerna i ABL 17:6–7 skall anses exklusiva i förhållande till den lagreglerade påföljden skadestånd i ABL 29 kap.⁴⁸⁹ Däremot skulle det gå att bygga vidare på författarens utsagor, jfr nästa avsnitt.

⁴⁸⁸ Jfr föregående avsnitt där jag redogör för att Torsten Sandström synes göra det motsatta, d v s förespråka parallella grunder för ansvar. Vad Sandström och Andersson kan tänkas avse med sin respektive terminologi om ”grunder” lämnar jag i detta sammanhang därhän. Det finns här ingen anledning beakta dem som mer än utsagor som placeras in rättsfallet i författarnas respektive systematisering.

⁴⁸⁹ Se även Jan Andersson, Utomståendes ersättningsskyldighet jämte vindikation vid olovlig vinstutdelning – ett avgörande från Högsta Domstolen, SvJT 1998 s 52, där han på s 71 tar upp justitierådens formulering om en – närmast uttömmande reglering av följderna – i förhållande till 8:14 i 1975 års ABL (om bolagets ledning) och till ett generellt medverkansansvar på skadeståndsrättsliga grunder som må följa av icke kodifierade rättsgrundsatser utan anknytning till aktiebolagslagen.

15.4.6 Doktrinutsagor om exklusivitet i förhållande till ABL 29 kap?

En ytterligare författare har gjort en utsaga som just handlar om värdeöverföringsreglernas exklusivitet i förhållande till skadeståndsreglerna i ABL 29 kap. Det är dock en utsaga som gjorts som ett led i en mer omfattande kritik mot lagstiftningen. Författaren skriver så här:

”Klart är å ena sidan att ’ond tro om annans onda tro’ allmänt sett är en vansklig rekvisitkonstruktion. Men lika klart är å andra sidan att om mottagaren faktiskt var i god tro kommer ingen återbäring i fråga, varför ingen brist vid återbäringen rent språkligt sett kan uppkomma och därmed inte heller något bristtäckningsansvar i egentlig mening. Visst kan man tycka att de bristtäckningsansvariga ändå borde kunna hållas ansvariga för sin uppsåtliga eller vårdslösa medverkan, men *lagens besynnerliga konstruktion* omöjliggör vid en språklig tolkning detta. Och vad mera är: *Eftersom värdeöverföringsreglerna antas vara ’exklusiv’ tillämpliga torde de inte heller kunna göras ansvariga enligt skadeståndsreglerna i lagens 29 kapitel.*”⁴⁹⁰

Utsagan skall som sagt ses i beaktande av att författaren gör utsagan som en del i en allmän kritik som han riktar mot regleringen. I den citerade delen avser kritiken effekten att de bristtäckningsansvariga skyddas av att den potentiellt återbäringsansvarige är i god tro. Utsagan kan också ses i beaktande av vad samme författare skriver i en annan artikel ett år senare och i en bok två år senare. I båda adresserar han specifikt frågan om exklusivitet och är kritisk till denna tanke.⁴⁹¹ Han förespråkar att sanktioner skall vara kumulativa och påpekar att det finns starka skäl emot en ordning med exklusivitet. I artikeln skriver han:

”Frågan är om vi inte skulle klara oss bättre inom aktiebolagsrätten om principen om kumulativ tillämplighet återinfördes med avseende på värdeöverföringsreglerna och lagens övriga bestämmelser om obundenhet. De tämligen snäva överväganden som i NJA 1997 s 418 motiverade exklusivitetens införande förlorar det mesta av sin relevans och betydelse när de konfronteras med den helhetsbild som möter när man betraktar de rättsliga konsekvenserna i stort av

⁴⁹⁰ Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449–492, citatet på s 476. Mina kursiveringar.

⁴⁹¹ Denna senare artikel är en av tre artiklar med kritik avseende aktiebolagsrättslig lagstiftning och praxis, se i källförteckningen Bert Lehrbergs artiklar i De Lege 2013, 2014 och 2015. Jfr även hans artikel i SvJT 2012. Beträffande relevansen av vad en textförfattare faktiskt menat går det förstås att ha olika uppfattningar, jfr exempelvis C A Reutersköld, Bidrag till läran om aftal, 1900 s IV.

domstolens val. Det är helt enkelt inte med hänsyn till rättssäkerheten rimligt eller acceptabelt att en avvikelse från till exempel bolagsordningen, likhetsprincipen i 4 kapitlet 1 §, någon av generalklausulerna i 7 kapitlet 47 § och 8 kapitlet 41 §, funktionsfördelningsreglerna eller reglerna om befogenhetsöverskridande inte skall få återopas bara för att det är fråga om en värdeöverföring som omfattas av (strider emot) värdeöverföringsreglerna. I synnerhet gäller detta om Anderssons synsätt läggs till grund för tolkningen av värdeöverföringsreglernas tillämpningsområde, men även om Högsta domstolens eller lagstiftarens snävare tolkningar blir avgörande finns starka skäl emot att värdeöverföringsreglerna skall vara exklusiva.⁴⁹²

I boken skriver han:

”I det äldre rättsfallet NJA 1997 s 418 samt i förarbetena finns uttalanden som indikerar att aktiebolagslagens sanktionsregler i någon mening skulle vara exklusivt tillämpliga vid värdeöverföringar eller olovliga sådana. Oavsett hur dessa uttalanden ska förstås kan de naturligtvis inte leda till att den som rättshandlar med ett aktiebolag skulle vara immun mot att bolaget återopar ogiltighet, skadeståndsansvar eller andra påföljder enligt bestämmelser utanför aktiebolagslagen. ... En annan fråga är om sanktionsreglerna i 17 kapitlet aktiebolagslagen exklusivt reglerar avvikelser från aktiebolagslagen i samband med värdeöverföringar eller olovliga sådana. I den frågan finns det motstridande uttalanden i lagens förarbeten. Goda skäl kan emellertid anföras emot att regleringen i 17:6–7 skulle utesluta en tillämpning av likhetsprincipen (4:1), generalklausulerna (7:47 och 8:41 första stycket), reglerna om behörighets- eller befogenhetsöverskridanden (8:42) med flera eller till dessa kopplade rättsföljder. En annan sak är att den närmare gränsdragningen för tillämpningsområdet för de olika reglerna bör avpassas på ett ändamålsenligt sätt.”⁴⁹³

Som framgår är författaren kritisk mot tanken på exklusivitet även i de fall som justitieråden beslutat. Han är också specifikt kritisk till den linje han dragit upp för att peka på risken att även skadeståndsansvar skulle kunna uteslutas. Med tanke på att det handlar om en linje med denna bakgrund finns det knappast anledning att använda utsagorna som normativt argument för att sanktionerna i ABL 17:6–7 skall anses exklusiva i förhållande till den lagreglerade påföljden skadestånd i ABL 29 kap. Härmed inget sagt

⁴⁹² Bert Lehrberg, Värdeöverföringsreglernas anomaliska exklusivitet – Om betydelsen av Regeringsformens likhetsprincip inom bolagsrätten, i *De Lege* 2014, s 69–87, citatet från s 85–86.

⁴⁹³ Bert Lehrberg, *Aktiebolagsrätt*, 2015 s 319–320.

om huruvida det kan finnas andra skäl för exklusivitet, men något normativt stöd för detta går inte heller att finna i de här redovisade utsagorna.

15.4.7 Förarbetsutsagor om påföljder

Av den rättsdogmatiska utredningen återstår att redovisa de för sammanhanget relevanta normativa utsagorna i förarbeten. I propositionen nämns de två rättsfallen NJA 1997 s 418 (SÖMÅ) och NJA 1999 s 426 (Sturetvättsfallet) i överväganden om huruvida regleringen skall kunna tillämpas på den som, utan att inta organställning, mottar medel som härrör från en olaglig värdeöverföring.⁴⁹⁴ Någon annan linje än den som följer av rättsfallen, såsom jag redovisat dem ovan, framgår inte. Det finns heller ingen utsaga i förarbetena om att vare sig sanktionerna eller grunderna i ABL 17:6–7 skulle anses vara exklusiva.

En utsaga i förarbetena som det däremot kan finnas anledning att kommentera handlar om att rättsföljden av ABL 17:6 skall vara ogiltighet med återbäringsskyldighet och inte ersättningsskyldighet. I propositionen redovisar lagstiftaren sina överväganden kring rättsföljden av ABL 17:6 i anledning av att kommittén i SOU:n föreslagit rättsföljden ersättningsskyldighet med motsvarande det belopp som överförts från bolaget.⁴⁹⁵ Kommittén gav detta förslag för att komma till rätta med vissa tillämpningsproblem som fanns med återbäringsskyldigheten i 1975 års ABL. Förslaget godtogs inte i propositionen och det står klart att det handlade om ett medvetet val från lagstiftaren. Det förekommer ändå att författare ifrågasatt om inte rättsföljden trots allt i vissa avseenden borde anses bli en ersättningsskyldighet.⁴⁹⁶ Samtidigt har justitieråden i NJA 2015 s 359 (Emtunga) använt just förarbetsuttalandena för att konstruera sin lösning. De påtalar att det framgår av motiven att ”en ordning med återbäringsskyldighet har valts framför en ordning med ersättningsskyldighet för mottagaren.” På denna grund drar de slutsatsen att dotterbolagets eftergivande av sin fordran på moderbolaget ”enligt allmänna obligationsrättsliga principer inte skulle kunna göra gällande rättshandlingen. [Dotterbolagets] fordran på [moderbolaget] skulle i så fall gälla till sitt tidigare belopp. Något bristtäckningsansvar för svarandena enligt 17 kap. 7 § kan då inte aktualiseras.” I dessa domskäl har

⁴⁹⁴ Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s 397–398.

⁴⁹⁵ Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s 393. SOU 1997:168 Vinstutdelning i aktiebolag, s 82–84. SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag, s 112.

⁴⁹⁶ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 u, 2010 s 210–213.

valet i förarbetsuttalandena således blivit ytterligare bekräftat. Rättsföljden av ABL 17:6 skall vara återbäringskyldighet.

Valet av återbäringskyldighet framför ersättningsskyldighet vad gäller ABL 17:6 och den som mottagit den olagliga värdeöverföringen, skulle kunna användas för att konstruera en argumentation som går ut på att skadeståndsreglerna i ABL 29 kapitlet inte skall användas på en rättshandling som inte anses kunna angripas med ABL 17:6. För att konstruera en sådan argumentation blir det nödvändigt att tillföra just ett konstruktivt element och ett sådant kräver en analytisk insats av något slag för att tillföra ytterligare aspekter som möjliggör konstruktionen. Därmed blir det något mer än vad som följer av en sådan rättsdogmatisk utredning som jag gör i detta avsnitt. Däremot är det en sådan vidare process som jag redovisar i detta kapitel.

15.4.8 Slutsatser av den rättsdogmatiska utredningen

Den rättsdogmatiska utredningen visar att det gjorts flera utsagor till stöd för ett skadeståndsansvar. Utsagorna för skadeståndsansvar förefaller ha stöd i lagtexten, se även avsnitt 15.5. Beträffande de dogmatiska argumenten mot skadeståndsansvar visar min utredning inte på några sådana. Den enda utsagan är uttryckligen ett antagande och den har gjorts i kritiskt syfte.⁴⁹⁷ De övriga utsagor som gjorts om exklusivitet avser en annan relation, inte skadeståndsreglerna i ABL 29 kap.

15.5 Rättsdogmatisk utredning av riskfördelning kring olagligt överförda värden

Frågan som jag utrett i föregående underavsnitt är om sanktionerna i ABL 17 kapitlet skall vara exklusiva. Frågan kan också formuleras på annat sätt. En del av det här aktuella problemet har att göra med om dotterbolaget eller företrädarna skall stå risken för att moderbolaget inte kan fullgöra återbäringsanspråket i materiell mening. I reell mening skulle hela problemet kunna uttryckas som en fråga om sådan riskfördelning. Skall risken läggas på dotterbolagets fordringsägare blir ingen sanktion aktuell. Jag har gjort en rättsdogmatisk utredning även utifrån denna frågeställning.

⁴⁹⁷ Det är min tolkning att författaren, d v s Lehrberg, haft ett sådant kritiskt syfte, i den aktuella serien av artiklar med just kritik på temat, se källförteckningen.

Såvitt framgår av de normativa utsagor jag identifierat har frågan om en allmän riskfördelning inte tagits upp. Det kan möjligen förklaras med att effekten av en riskfördelning där dotterbolagets fordringsägare skulle stå risken för moderbolagets solvens, är en märklig tanke i krediträttsligt hänseende. Dotterbolagets fordringsägare kan kräva betalt av dotterbolaget och står risken för dotterbolagets solvens. De kan inte kräva betalt av moderbolaget och de skall därför inte stå risken för moderbolagets solvens. I praktiken kan visserligen ett fordringsförhållande till ett dotterbolag vara helt avgörande av moderbolagets solvens, men det är alltså inte mönstret som juridiken i fråga bygger på.

Frågan om riskfördelning har emellertid varit aktuell för sakutdelning, d v s i de fall den olagliga värdeöverföringen avsett en sak. Eftersom ett koncernbidrag genom kvittning eller nedskrivning av fordran inte handlar om sakutdelning är det inte relevant att använda normativa utsagor avseende sakutdelning. Att jag ändå gjort en enkel rättsdogmatisk utredning på temat beror på att jag vill visa hur det anses att riskfördelningen skall hanteras vid sakutdelning.

I doktrinen anges att det är oklart vem som skall stå risken vid sakutdelning.

”Vad som ska gälla om den sak som olagligen överförs har gått upp eller ned i värde efter överföringstidpunkten är oklart. Om egendomen har gått upp i värde och kan återlämnas i sin helhet, uppstår i allmänhet inga svårigheter. Däremot är det svårare att bedöma vem som ska ta risken av en värdenedgång efter överföringstidpunkten. Vägledande praxis saknas.”⁴⁹⁸

Det finns också uttalanden om att utgångspunkten måste vara ”full ersättning” för egendomens värde. Borgenären skall försättas i samma ekonomiska situation som han skulle befunnit sig i om han hade återfått egendomen när den borde ha återlämnats. Till denna utgångspunkt lägger författaren dock ett antal varianter av lösningar utan att klargöra någon preferens mellan dem.⁴⁹⁹

Oklarheten bekräftas av ett avgörande från HD 2010 kring återgång av rättshandlingar efter återvinning.⁵⁰⁰ Fallet klargör bara hur en viss situation skall hanteras, men bekräftar ändå oklarheten. I de fall återvinningsvaran-

⁴⁹⁸ Erik Nerep och Per Samuelsson, Aktiebolagslagen – en lagkommentar, Karnov, 2009 s 259. Samma formulering i Karnovs databas 2018-06-17.

⁴⁹⁹ Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449, se s 468–469.

⁵⁰⁰ NJA 2010 s 709 (L Holding AB).

den sålt saken skall återbäringskyldigheten fixeras till den betalning som återvinningsvaranden fått.

När det som återlämnas är ett substitut kan det enligt HD-majoriteten leda till att den återvinningskyldige skall stå för en värdeminskning.

”Om värdet på exempelvis aktier gått ned på grund av åtgärder som återvinningsvaranden vidtagit med avseende på aktiebolagets substans, kan det däremot medföra att aktierna inte längre anses utgöra likvärdig, återbäringsduglig egendom och att ersättning måste utges enligt ett värde vid en tidpunkt som låg före återvinningsdomen.”⁵⁰¹

Justitieråden pekar således på att det inte går att lämna den återbäringsberättigade åt sitt öde i fall där värdet på saken inte är fristående och oberoende av den återbäringskyldige.

För övriga fall kan konstateras att domskälen omfattar resonemang om olika lämpliga tidpunkter avseende hur risken för värdeförändringar skall fördelas med hänsyn till vad som händer med egendomen. I domskälen nämns bl a:

”... dagen då den återvunna rättshandlingen företogs, dagen då egendomen upphörde att finnas i behåll hos återvinningsvaranden eller att få på marknaden, dagen då återvinningsanspråket framställdes, dagen för återvinningsdomen, dagen då konkursgäldenären sannolikt skulle ha förfogat över egendomen om den återvunna transaktionen aldrig företagits, högsta och lägsta värde fram till återvinningsdomen m.m. eller en kombination av olika värdetidpunkter.”⁵⁰²

Minoriteten för också en egen linje och det finns således anledning att tänka sig fler möjligheter.

Denna enkla utredning visar således att frågan om riskfördelning är komplex när det handlar om sakutdelning. Att så är fallet skall dock knappast få någon betydelse för koncernbidrag som verkställs genom eftergivande (kvittning, nedskrivning, etc). De analyser som redovisats i kapitel 13–14 visar att fordringsförhållanden behöver hanteras utifrån andra utgångspunkter.

Vad utredningen om riskfördelning vid sakutdelning bidrar med är ett konstaterande om att det inte finns en tydlig etablerad riskfördelning för sakutdelning. Därmed går det inte att anföra normativt stöd för att riskfördelningen skall vara på visst sätt vare sig vad det gäller sakutdelning eller koncernbidrag i form av eftergivande av en fordran. I den mån något

⁵⁰¹ NJA 2010 s 709 (L Holding AB), citatet från p 6.

⁵⁰² NJA 2010 s 709 (L Holding AB), citatet från p 8.

normativt stöd för en riskfördelning skall anses föreligga är det emellertid åtminstone inte irrelevant att lagtexten har den lydelse som den har. Lagtexten i ABL 17:1 och 3 utgör stöd för att risken för dessa handlingar inte skall ligga på dem som reglerna skall skydda, d v s borgenärerna och aktieägare. Den går att hävda som stöd för att någon form av sanktion skall utgå.

15.6 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen skadestånd

I min rättsdogmatiska utredning avseende sanktionsnormer var det förstas enkelt att identifiera ABL 29:1. Det handlar om en generellt tillämplig regel som är allmänt hållen.⁵⁰³ Den följer mönstret för en allmän ersättningsrättslig norm och innebär att en skadevällare som på kvalificerande grund orsakar skador skall ersätta dem. Rekvisiten är skada, handling och samband mellan handling och skada. Ett särdrag är dock att regeln skiljer mellan olika kategorier av skadelidande. För bolaget stadgas rätt till skadestånd i första meningen, och för övriga i andra meningen. Så här:

”En stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som när han eller hon fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget ska ersätta skadan. Detsamma gäller när skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse av denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.”⁵⁰⁴

Skillnaderna mellan olika skadelidande får betydelse för såväl skada som handling och samband mellan handling och skada.

För bolaget (dotterbolaget) utgör en olaglig värdeöverföring en skada såtillvida att ett värde försvinner. Ett eftergivande av en fordran innebär att ett värde försvinner från bolaget. I princip skulle skadan för bolaget därför kunna betraktas som fordringens belopp. En sådan linje behöver dock justeras i de fall moderbolaget vid tillfället inte kunde betala fordran eller bara en del av den. I de fallen skulle i princip försäljningsvärdet av fordran kunna anses utgöra skadan.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Proposition 1997/98:99 Aktiebolagets organisation, s 186–189.

⁵⁰⁴ ABL 29:1.

⁵⁰⁵ Huruvida en skada i form av en förlust av en fordran skulle klassificeras som en ren förmögenhetsskada eller sakskada är möjligen ett ställningstagande som behöver göras i beaktande av att fordringen i vissa avseenden är ett förmögenhetsobjekt. Principerna för värdering av skadan behöver beakta att förlusten i princip är det nominella beloppet såvida gäldenären har

Fordringsägare till bolaget (dotterbolaget) skulle när det handlar om konkurs kunna göra gällande samma krav som bolaget kunde. Ett skadeståndsanspråk som bolaget har ingår i de tillgångar som konkursboet tar över.⁵⁰⁶ Så länge konkursboet kräver ersättning på denna grund blir det därför inte aktuellt med ansvar gentemot fordringsägare direkt. Det är betydelsefullt eftersom det finns normativa utsagor om att skadan som en fordringsägare lider av att en tillgång försvinner är en annan än skadan för bolaget. För fordringsägarens skada behöver i princip en prognos göras för att bedöma om fordringsägaren borde ha kunnat få betalt trots att tillgången försvann.⁵⁰⁷

Beträffande den skadeståndsgrundande handlingen krävs för bolagets (dotterbolagets) del att företrädaren agerat culpöst. För övriga skadelidande krävs att företrädarna överträtt en lagregel. Vid olagligt eftergivande av en fordran är kravet på överträdelse av en lagregel uppfyllt. Allmänt sett är detta krav ett strängare krav än culpa. I beaktande av att ABL 17:3 omfattar en del komplexa bedömningar av bolagets och koncernens ekonomi och framtid kan det kanske emellertid inte uteslutas att en företrädare inte anses vårdslös, trots att bedömning enligt ABL 17:3 i ett specifikt fall leder till att värdeöverföringen anses olaglig. Rekviritet ”försvarlig” i ABL 17:3 tangerar dock culpa. Utrymmet för icke vårdslösa men olagliga värdeöverföringar blir därför kanhända inte särskilt stort.⁵⁰⁸

Kravet på samband mellan handling och skada uttrycks i ABL 29:1 med ”skadar” och ”tillfogas”. Detta krav är i dogmatiskt hänseende besvärligt att redogöra för. Det finns nämligen många utsagor av mer eller mindre allmän karaktär.⁵⁰⁹ Vad kravet kan bidra med som norm i ett specifikt slag av fall bygger på att någon gjort en mer specifik normativ utsaga. Den behöver ha potential att ges inflytande. Jag ser beträffande olagligt eftergivande av

betalningsförmåga, men försäljningsvärdet när gäldenären inte har det. Se för grunderna Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014, s 99–100, 382–384.

⁵⁰⁶ Eftersom skadeståndsanspråket anses vara egendom som tillhör gäldenären, KonKL 3:3.

⁵⁰⁷ NJA 1979 s 157 (Da-Ne Tryck). Skadebedömningen är här inte helt skild från sambandsbedömningen.

⁵⁰⁸ Jag har dock inte närmare analyserat ett eventuellt samband och heller inte sett att någon annan gjort den kopplingen, vare sig i doktrin, lagkommentarer eller förarbeten. Rekviritet ”försvarlig” beskrivs i princip endast i förhållande till nivån på utrymmet för utdelning, se exempelvis Sten Andersson, Svante Johansson och Rolf Skog, Aktiebolagslagen, 2017, 17:3 och 29:1. Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s 374–377, 751–753.

⁵⁰⁹ För grunderna kring sambandskrav i skadeståndsrätten se exempelvis Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 184–200. Vidare exempelvis Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 87–115.

en fordran därtill anledning att peka på den s k skyddsändamålsläran och kopplingen mellan skadan och en handling som innebär en överträdelse en norm.⁵¹⁰ Vid olagligt eftergivande av en fordran är det förstås fråga om en överträdelse av en lagregel.

Beträffande kravet på någon form av kvalitativ koppling mellan handling och skada vill jag peka på att en olaglig värdeöverföring görs i ett läge där bolaget inte har råd att göra sig av med en tillgång. För att värdeöverföringen skall anses relevant att angripa med en sanktion behöver det dåliga ekonomiska läget ha bestått ända till konkursen. Om bolaget någon gång efter värdeöverföringen hämtar sig i ekonomiskt hänseende anses olagligheten nämligen läkt.⁵¹¹ Efter en läkning finns det typiskt sett inte heller något samband mellan handling och skada i skadeståndshänseende. I de fall den olagliga värdeöverföringen inte läkts står möjligheten till samband däremot öppen. Sambandet behöver inte nödvändigtvis vara så svårt att fastställa även om ett företags ekonomi involverar många händelser och utfall.

Ett skäl till att bedömningen inte behöver göras alltför komplicerad har att göra med att företrädarna efter beslutet om att efterge fordran i teorin har möjlighet att ogiltigförklara beslutet. Deras möjlighet att kräva återbäring, dvs betalt i enlighet med den ursprungliga fordran, står öppen i varje ögonblick. Den som kan undanröja konsekvenserna av sitt culpösa handlande kan påverka sambandet mellan handlingen och skadan. Samtidigt är det ett typiskt skyddsändamål att undvika negativa effekter av lagöverträdelser. När bolaget vid beslutet, och därefter, har dålig ekonomi och ställföreträdarna inte gör något för att undanröja effekterna av en handling som de företagit trots att den ökar risken för konkurs, blir sambandet med bolagets skada tydligt. Temat behöver därför inte hanteras med några särskilt förfinade verktyg.⁵¹²

Beträffande skyldigheten för skadelidande att begränsa sin skada kan också denna norm användas för att hantera det faktum att moderbolaget kan ha haft i princip full betalningsförmåga när dotterbolaget gick i konkurs. Eftersom det dolda latent anspråket på återbäringskyldighet gör det möjligt att kräva just återbäring av eftergivandet finns det anledning

⁵¹⁰ Exempelvis Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 200–202. Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s 287–292, och jfr densamme i Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994–95 s 456–460. Jfr Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 243 bl a.

⁵¹¹ Se om läkning nedan avsnitt 16.3–5.

⁵¹² Jfr Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 176–192, 210–216.

att betrakta konkursboet som skyldigt att agera så snart det får information om möjligheten att göra gällande det dolda latent anspråket.

Vad jag redovisat i detta avsnitt är en rättsdogmatisk utredning av om sanktionen skadeståndsskyldighet kan användas för olagligt eftergivande av en fordran. Som framgått har jag identifierat allmänna aktiebolagsrättsliga och skadeståndsrättsliga normer som verkar passa tämligen väl i förhållande till företeelsen.

15.7 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen bokföringsbrott

En tänkbar sanktion mot ett olagligt eftergivande av en fordran följer av reglerna om bokföringsbrott. Tanken är då att när den ursprungliga fordran ersätts av ett dolt latent anspråk på återbäring så blir bokföringen missvisande för både moderbolag och dotterbolag. Eftersom ett olagligt eftergivande av fordran typiskt görs i ett läge där åtminstone dotterbolagets ekonomi är ansträngd, blir följden att det efter eftergivandet knappast går att i huvudsak bedöma dotterbolagets ekonomiska ställning. Som följer av BrB 11:5 blir straffansvar därmed aktuellt. För moderbolaget innebär bokföring av eftergivandet att det redovisar för små skulder. Det är förstås något som kan drabba fordringsägare som litar på bokföringen.

Frågan är emellertid hur ett olagligt eftergivande av en fordran skall bokföras. Jag har inte identifierat någon explicit reglering. Generellt sett skall en överföring från dotterbolag till moderbolag redovisas som utdelning.⁵¹³ För att en transaktion skall redovisas skall det dock vara sannolikt att den underliggande ekonomiska transaktionen skett eller kommer att ske. När ett dotterbolag efterger en fordran på moderbolaget är det inte sannolikt att det dolda latent anspråket kommer att göras gällande så länge dotterbolaget inte är i konkurs. Samtidigt får redovisningen inte bli missvisande. Ett sätt att hantera dilemmat är redovisa eftergivandet, d v s koncernbidraget som utdelning, men anmärka att ett dolt latent anspråk finns.⁵¹⁴ Möjligen skulle en sådan åtgärd innebära att ansvar för bokföringsbrott inte aktualiseras.

⁵¹³ Utdelning skall förstås bokföras och betraktas som en affärshändelse, Bokföringslagen 1:2 p 7, 4:1 och 5:1 st 2, se exempelvis: Anders Grönlund, Torbjörn Tagesson och Peter Öhman, Principbaserad redovisning, 2005 s 77. Christer Johansson, Rolf Johansson, Jan Marton och Gunvor Pautsch, Extern redovisning, 2006 s 115. Stefan Olsson, Redovisningsrätt, 2012 s 34.

⁵¹⁴ Antagligen som en upplysning om en eventualförpliktelse för moderbolaget och som en eventualtillgång för dotterbolaget, jfr exempelvis Hans Edenhammar, Claes Norberg och Per Thorell, Företagens redovisning, 2015 s 129.

Efter sådana åtgärder går det att i huvudsak bedöma dotterbolagets ekonomiska ställning. Samtidigt kan det förstås vara missvisande att moderbolaget i balansräkningen kan redovisa ett positivt eget kapital som kan sakna reell substans med hänsyn till den dolda skulden.⁵¹⁵

I praktiken kommer de båda koncernbolagen antagligen inte att göra någon sådan anmärkning som jag nu nämnt. Vitsen med att göra koncernbidraget kan i hög utsträckning anats vara att få moderbolagets balans att framstå som bättre än innan. Att samtidigt förta denna effekt genom en anmärkning framstår sannolikt som märkligt i de sammanhang som moderbolaget behöver kommunicera sin redovisning. Huruvida det föreligger någon redovisningsrättslig skyldighet att, på ett eller annat sätt, redovisa återbäringsanspråket, förefaller möjligen vara en oklar fråga. Allmänna normer om en ”rättvisande bild”, i bl a ÅRL 2:3, talar för redovisning.⁵¹⁶ Ett annat starkt argument för att informationen skall komma fram i redovisningen är dock att det skulle ge systemfrämjande effekter. Om bolagen måste ge informationen om återbäringsanspråket blir det betydligt svårare att få ut effekterna av den olagliga transaktion som de vill genomföra.⁵¹⁷ Jag gör därför antagandet att sanktionen straffansvar för bokföringsbrott antagligen kan komma ifråga som en följd av ett olagligt eftergivande av en fordran som heller inte redovisas.⁵¹⁸ I varje fall är detta antagligt på mottagarsidan av eftergivandet, d v s i här aktuellt fall för moderbolagets företrädare.⁵¹⁹

⁵¹⁵ En enkel undersökning som jag gjort visar att redovisningsexperten ställer sig frågande till bokföring av olagliga transaktioner. Det är dock självklart att transaktionerna faktiskt redovisas, d v s att de påverkar bokföringen, annars skulle transaktionerna inte genomföras. – Om ett dotterbolag, mot förmodan, ändå skulle redovisa sitt anspråk på återbäring blir en särskild fråga i sammanhanget till vilket värde ”tillgången” skall redovisas. Med tanke på risken för att återbäringen aldrig blir av vore det knappast korrekt att redovisa återbäringsanspråket till sitt nominella belopp. Inget av bolagen i koncernen tänker sig att någon återbäring skall bli av, det är först vid konkurs som det blir aktuellt och återbäringsanspråket har därför typiskt sett ett lågt värde. Därtill kommer att återbäringsanspråk är osäkra också p g a att det typiskt sett handlar om ett omtvistat anspråk, jfr Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen: 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation, 2 u, 1995 s 97–98. Om nu återbäringsanspråket över huvud taget faktiskt skulle redovisas blir det antagligen i form av en tilläggsupplysning.

⁵¹⁶ Jfr exempelvis Kjell Johansson, Substance over form, 2010, med utgångspunkt i s 89–97.

⁵¹⁷ Vid sidan av och i marginalen går det att peka på hur koncernbidrag och redovisning hanteras i skatterättsligt hänseende RÅ 1998 ref 6 (Bil & Buss) och RÅ 2001 ref 79 (Östersunds Parkering).

⁵¹⁸ Jfr Stefan Olsson, Sanktioner vid avvikelser från god redovisningssed, 2010, s 48–60.

⁵¹⁹ Jfr Madeleine Leijonhufvud och Suzanne Wennberg som menar att ”det råder viss oklarhet” om oriktiga värdeuppgifter kan medföra straffansvar när det handlar om undervärdering, vilket det blir fråga om för dotterbolaget, Brott och straff i affärlivet, 2007, s 111.

I behandlingen av ABL 29:1 i föregående avsnitt berörde jag inte att den lagregeln även anger skadeståndsskyldighet vid överträdelse av lag om årsredovisning. En överträdelse av BrB 11:5 innebär också skadeståndsskyldighet enligt SkadestL 2:2. Huruvida dessa skadeståndsgrunder kan bli praktiskt relevanta redogör jag inte för här. En central problematik är dock huruvida en fordringsägare kan anses lida skada av överträdelsen av bokföringsnormerna. De fall där det ligger närmast till hands att orsaka skada är de fall då den bristfälliga bokföringen används för bedrägeri.

Möjligheten att ett olagligt eftergivande leder till mer eller mindre ofrånkomliga sanktioner av nämnt slag utgör förstås ingen sanktion mot det olagliga eftergivandet som sådant. Bokföringsbrottet är en fristående handling och sanktionerna mot denna har bara indirekt med det olagliga eftergivandet att göra.

15.8 Rättsdogmatisk utredning av sanktionsnormen bedrägeri

Den felaktiga bokföring som kan bli följden av ett olagligt eftergivande av en fordran kan användas för att vilseleda tredje man. Exempelvis kan moderbolagets företrädare göra gällande att moderbolaget inte har någon dold latent skuld till dotterbolaget för att därmed förmå någon att rättshandla med moderbolaget. Ett sådant agerande kan leda till vinning för moderbolaget och skada för tredje man. Därmed skulle BrB 9:1 kunna användas för att åstadkomma straffrättsliga sanktioner mot företrädarna för moderbolaget. Likaså skulle SkadestL 2:2 kunna ge de skadelidande skadestånd.

Det skall understrykas att i den mån sanktioner blir aktuella är det inte p g a det olagliga eftergivandet som sådant. Ett bedrägeri kräver ytterligare rättshandlingar.

15.9 Rättsdogmatisk utveckling avseende EU-rättslig reglering

Sverige har åtagit sig att implementera regler som i borgenärernas intresse skyddar bolagens kapital.

”(5) Det är nödvändigt med unionsregler om att bevara det kapital som utgör borgenärernas säkerhet, särskilt regler som förbjuder en minskning av kapita-

let genom utdelning till aktieägarna och begränsar bolagens möjligheter att förvärva egna aktier.”⁵²⁰

I direktivet ges föreskrifter om utdelning till aktieägarna. Vinst får endast delas ut om det finns vinstmedel eller reserver som får användas för utdelning.

”3. Det belopp som delas ut till aktieägarna får inte överstiga vinsten för det senast avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver.”⁵²¹

Vid överträdelse skall den aktieägare som mottagit utdelningen bli återbetalningsskyldig.

”En utdelning i strid med artikel 17 ska återbetalas av de aktieägare som har mottagit denna, om bolaget visar att aktieägarna kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det.”⁵²²

En relevant iakttagelse är att direktivet inte föreskriver något om bristtäckningsansvar, inte på annat vis än genom den allmänna utsagan i preambeln punkt 5. Den sanktion i form av återbetalningsskyldighet som stadgas är därtill begränsad till vissa subjekt som är i ond tro. Trots punkt 5 i preambeln är det därför svårt att hävda att en möjlighet för bolagsföreträdare, att utan ansvar genomföra koncernbidrag genom eftergivande av fordran, skulle strida mot direktivet. Iakttagelsen skulle kunna vara relevant för frågan om sanktioner såtillvida att EU-lagstiftaren tydligt inte sett anledning att ställa krav på bristtäckningsansvar. Det skulle kunna leda till tanken att bolagsrätten i Europa kan fungera utan ansvar för företrädare som gör olagliga värdeöverföringar. En sådan tanke är dock en ren konstruktion. Att EU inte ställer närmare krav på hur medlemsländerna skall reglera skyddet mot värdeöverföringar skulle lika gärna kunna förklaras med att

⁵²⁰ Preambeln till direktiv 2012/30/EU.

⁵²¹ Artikel 17 punkt 3 direktiv 2012/30/EU.

⁵²² Artikel 18 direktiv 2012/30/EU. Med tanke på skillnaderna mellan en skyldighet att återlämna vad som utdelats respektive att utge ersättning är det relevant att beakta att den engelskspråkiga versionen uttrycker vad som på svenska kallats ”ska återbetalas” med orden ”must be returned”, den franska ”doit être restituée”, den spanska ”deberá ser restituida”, den italienska ”deve essere restituita”, den tyska ”ist ... zurückzugewähren”, den holländska ”worden terugbetaald” och den danska ”skal tilbagebetales”.

det handlar om en minimistandard. EU-lagstiftaren har räknat med att medlemsländerna hanterat dessa aspekter med verksamma sanktioner av de slag som passar i respektive rättsordning. Något normativt stöd för någon linje kring vilka sanktioner som skall användas följer inte av direktivet.⁵²³

15.10 Analys av möjliga regleringsmönster avseende sanktioner

Mot bakgrund av vad jag redovisat om sanktioner har jag gjort en analys de olika regleringsmönstren. Jag har analyserat hur de kan tala för eller emot att ett olagligt eftergivande av en fordran skall angripas med sanktioner. Med regleringsmönstren avser jag olika möjligheter att systematisera normerna i förhållande till varandra. Jag gör i anslutning härtill antaganden om konsekvenser av de olika lösningar som mönstren innebär.

Om jag för analysens skull antar att de resultat jag redovisat i kapitel 13 och 14 är inkorrekta eller irrelevanta, blir det möjligt att hävda att justitierådets beslut i NJA 2015 s 359 (Emtunga) skall innebära att inga sanktioner skall komma i fråga mot handlingen att olagligt efterge en fordran. Beslutet är som jag redovisat begränsat till att bristtäckningsansvar inte skall användas som sanktion, men avgörandet är konstruerat på ett sådant sätt att det inte utesluter att inte heller skadeståndssanktionen skall komma ifråga. Under sådana omständigheter är det emellertid ändå så att rättshandlingen skulle försätta bolagens företrädare i en position där de riskerar sanktioner för att de agerar utifrån att ett eftergivande gjorts och ger sken av detta. Sanktionerna består främst i straffansvar.

Straffansvaret kan antas ha en preventiv effekt. Bolagsföreträdare vill inte fällas för brott och undviker därför att bli inblandade i olagliga eftergivanden av fordringar. Den preventiva effekten begränsas dock av att det inte nödvändigtvis är de företrädare som fattar besluten om olagligt eftergivande som utför de handlingar som innebär bokföringsbrott respektive bedrägeri.

En annan möjlig slutsats efter justitierådets beslut i NJA 2015 s 359 (Emtunga), är att det är tillräckligt, eller bättre, med enbart en skadeståndssanktion. Av vad jag redovisat ovan skiljer sig skadeståndsansvaret från bristtäckningsansvaret i flera avseenden. För skadeståndsansvar krävs att bolaget kan visa att bolaget lidit skada, att handlingen varit culpös, att handlingen orsakat skadan och att bolaget inte kunnat begränsa skadan. För bristtäckningsansvar ställs inte alla dessa krav. Förutom culpa-kravet i

⁵²³ Jfr Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, 1995 s 490–501.

ABL 17:7 st 2 krävs endast att det uppkommit brist vid återbäring. Skadeståndsansvaret innebär därför i högre grad att sanktionen kan anpassas i beaktande av omständigheterna.

Det finns sedan tidigare omdömen som påtalat dessa skillnader. Bristtäckningsansvaret anses vara strängt i det att det inte krävs något orsakssamband eller någon skada.⁵²⁴ En utsaga är:

”Ytterligare är att märka, att rättsverkningarna av bristtäckningsbestämmelsen är relativt långtgående och att bolaget också utan detta stadgande har ett förhållandevis adekvat skydd i skadeståndsbestämmelserna.”⁵²⁵

Skadeståndssanktionen kan antas innebära både prevention och reparation. Eftersom de ovan nämnda straffsanktionerna är fristående från det här aktuella skadeståndsansvaret bygger den preventiva effekten på ett paket av sanktionsmöjligheter. Till skillnad från de ovan nämnda straffsanktionerna är skadeståndssanktionen kopplad till just handlingen att olagligt efterge fordran, inte till en följdhandling. Sanktionerna riktar sig därmed mot de som gör handlingarna, d v s olagligen efterger fordringar.

15.11 Konsekvensanalys – skadeståndssanktion behövs

Jag har i tidigare kapitel 13, undersökt effekterna av ett olagligt eftergivande av en fordran. Där gjorde jag antagandet att om handlingen inte angrips med sanktioner så påverkas frekvensen. Frekvensen blir då högre jämfört med om handlingen kan angripas med sanktioner. En avsaknad av sanktioner kan rent av antas leda till att en betydande andel av alla olagliga koncernbidrag kommer att genomföras genom att dotterbolaget först lånar ut ett belopp till moderbolaget och dotterbolaget därefter beslutar att efterskänka fordran. Detta antagande är relevant i en undersökning av om skadeståndssanktionen i ABL skall användas.

Som nämnts anger lagtexten i ABL 17 kapitlet att vissa transaktioner är olagliga. Koncernbidrag i form av eftergivande av fordringar träffas av denna lagtext. Eftersom sådana koncernbidrag innebär skada träffas de också av lydelsen i ABL 29 kap. Att utesluta skadeståndsansvar skulle innebära ett

⁵²⁴ Stefan Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om skadeståndssansvar, SvJT 1992 s 81, på s 88–89. Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, 1995 s 709. Erik Nerep och Per Samuelsson Aktiebolagslagen en kommentar, Kapitel 23–32, 2009 s 190 och samma i Karnov 2017.

⁵²⁵ Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen: 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation, 2 u, 1995 s 131, 1 u, 1994 s 111.

avskaffande av ett lagreglerat ansvar. Kringgåendemöjligheten som öppnas skulle innebära att regleringen i praktiken avskaffas för värdeöverföringar från dotterbolag till moderbolag.

Justitieråden har utrymme att använda sig av en sådan tillämpning, och de facto avskaffa ansvaret för olagliga värdeöverföringar i koncerner. De skulle kunna motivera sitt beslut med att det inte blir någon beaktansvärd skada för vare sig bolaget eller dess borgenärer. Med andra ord skulle de normativt bestämma att det resultat jag nått i kapitel 13, om att ett olagligt eftergivande har effekter, är fel. Ett skäl till detta skulle kunna vara att jag helt enkelt har fel beträffande effekterna. Ett annat skäl skulle kunna vara att justitieråden anser att lagregleringen blivit misslyckad och att den inte går att använda för att utdöma skadestånd i de fall koncernbidrag gjorts genom eftergivande av en fordran. Som forskare skulle jag förstås med stort intresse ta del av sådana domskäl, och särskilt då om de blev utförliga med en materiell motivering. Den undersökning jag genomfört i detta kapitel pekar dock på att skadeståndssanktionen skall användas.

15.12 Reflektioner kring resultatet

Vad jag gjort i detta kapitel är att identifiera normer som kan användas för att ingripa med sanktioner mot olagliga eftergivanden av fordringar. Att identifiera användbara eller relevanta normer är juristens vardag. I förhållande till vad andra forskare i förmögenhetsrätt gjort tidigare är insatsen knappast särskilt avvikande. Vad jag gjort skulle kunna beskrivas som att jag systematiserat dogmer. En skillnad som det möjligen finns anledning att peka på är att jag inte gjort min insats i ambitionen att uttala mig om gällande rätt. Ambitionen är en följd av att jag menar att det begreppet är vilseledande. Huruvida läsare över huvud taget noterar någon skillnad i detta avseende är dock upp till perspektiv och rättsuppfattning.

Eftersom den identifiering av normer som jag gjort är något som hör till juristens vardag har jag i mina reflektioner funderat över vad jag tillfört med insatsen i detta kapitel. Det är antagligen sällsynt att en vardaglig insats för såväl forskare som andra jurister kan anses tillföra tidigare okänd kunskap och betraktas som ett forskningsresultat.

I detta fall hör emellertid också analyserna i tidigare kapitel till resultatet. Det resultat jag nått beträffande effekterna av ett olagligt eftergivande av en fordran, och resultatet att det inte finns skäl att lägga några normativa utsagor till grund för att effekterna inte skall tillmätas rättslig relevans, innebär att min insats i detta kapitel blir en systematisering av normer utifrån

dessa utgångspunkter. Jag placerar in den norm som följer av ett prejudikat om att bristtäckning inte skall användas i förhållande till andra normer om sanktioner. I processen beaktar jag också min utredning kring om det finns normativa utsagor som skulle kunna innebära att några andra sanktioner inte heller skall användas. Denna insats är möjligen mer märkvärdig än att identifiera användbara normer. Att systematisera normer anses som bekant vara ett av rättsvetenskapens huvudnummer, se avsnitt 4.2.

I en bedömning av om jag tillför något nytt till det mänskliga vetandet ser jag det som besvärande att det i hög utsträckning handlar om att systematisera normativa utsagor i anledning av en annan norm som några justitieråd skapat och som föranlett frågan om vilken sanktion som skall komma ifråga. Justitieråden kan mycket väl ha avsett att eftergivanden av fordringar skall hanteras med andra sanktioner än bristtäckning. De kan ha ansett att det är bättre med en skadeståndssanktion än med bristtäckningsansvar. Vad jag gjort är i så fall inte ett forskningsresultat utan att besvara en sorts gåta som andra människor konstruerat. Justitieråden har visserligen knappast haft för avsikt att konstruera en gåta, men resultatet av deras sätt att motivera sina domskäl i NJA 2015 s 359 (Emtunga) blir just en gåta.

Förklaringen till att justitieråden inte med ett ord antytt något om att de tänker sig skadeståndsansvar kan vara att det handlade om ett hissmål, där domare svarar på frågor i en pågående process. Justitieråden kan ha ansett sig förpliktigade att inte hjälpa en part med argumentationen. Om så är fallet anser jag att det illustrerar en nackdel med hissmål som grund för prejudikatsbildning. Prejudikatet riskerar i alltför hög grad att bli något annat än vad som är avsett. Risker är för stor att justitierådets tystnad uppfattas som att olagliga eftergivanden av fordringar inte skall gå att angripa med sanktioner. Härmed inte sagt att justitieråden inte gjort vad de borde. Det är mycket möjligt att de denna gång gjort rätt i att inte motivera vad de gjorde med system- och konsekvensargument. Justitieråden behöver inte klargöra vilka andra sanktioner som skall följa bara för att de i effekt underkänt en av de sanktioner som de hade haft möjlighet att använda.

Vad de aktuella justitieråden avsett är dock, som nämnts, inte längre något som vare sig de själva eller någon annan bör lägga alltför stor vikt vid. Jag vill därför påpeka att alla mina resultat i denna avdelning kan vara felaktiga i förhållande till vad justitieråden ifråga tänkt och avsett. Däremot är det inte samma sak att sätta stämpeln ”felaktiga” i förhållande till vad som justitieråden faktiskt skrev. Min ambition med den insats som jag presenterar i detta kapitel har inte varit att gissa svaret på en av justitieråden konstruerad gåta.

I frågan om resultatet utgör ett forskningsresultat går det att peka på att jag gjort något som justitieråden antagligen inte gjort. De har antagligen inte gjort motsvarande utredning, analys och systematisering som jag nu redovisat. För deras ändamål var det inte nödvändigt även om de eventuellt hade avsikten att skapa en norm som innebär att bara skadeståndssanktionen skall användas för olagliga eftergivanden av fordringar. Möjligen är jag i så fall först med den insats jag redovisat. De utsagor som gjorts i doktrin är som framgått allmänna och motiveringarna inte i något fall särskilt genomarbetade.

Till mina reflektioner hör att jag med min insats försöker förutse hur andra kommer att resonera och tillämpa de aktuella rättsreglerna. Förutsägelserna kan slå helt slint om mina resultat inte godtas, men vad jag gjort är tillräckligt för en relevant prognos.

Jag tänker vidare att jag har arbetat metodologiskt. Denna gång har jag som nämnts uttryckligen systematiserat. Det borgar förhoppningsvis för att jag också haft ett systematiskt tillvägagångssätt, åtminstone i den delen.

Även om jag således inte haft ambitionen att gissa svaret på en av justitieråden konstruerad, finns det anledning att peka på att det förstås hade varit intressant att ha information om justitierådets eventuella avsikter. Trots att dessa avsikter egentligen inte skall tillmätas betydelse i en forskningsinsats för att nå ett resultat i form av en normativ utsaga hade de sannolikt ändå fått betydelse för forskningsprocessen. Mina resultat hade sannolikt blivit desamma, men jag hade antagligen även beaktat de argument som låg bakom justitierådets avsikter.

Temat om avsikter med olika utsagor och avsikternas relevans i rättsvetenskapen kan i vissa fall antagligen drivas ganska långt. Låt säga att exempelvis en rättsvetare, eller en domare, hypotetiskt skulle vilja driva en påbörjad rättsutveckling till vägs ände. Något sådant skulle kunna vara aktuellt för att hon eller han inte uppskattar en norm av visst slag. Från det sammanhang som jag här redogjort för skulle det exempelvis kunna handla om uppfattningen att lagstiftaren har gjort ett dåligt val vad gäller valet av återbäringsskyldighet framför ersättningsskyldighet. Istället för att peka på möjligheter att minimera de eventuella negativa effekterna av det oönskade valet blir ambitionen att förstärka de negativa effekterna. I vissa fall är det antagligen inte bara ett mänskligt drag att protestera på detta sätt, det kanhända också vara rimligt att driva en sådan linje. Jag har ingen anledning att utveckla detta tema, men vill nämna temat i anledning av vad jag i kapitlet tar upp om kriterier för forskning och vad som utgör

nyhet i förhållande till mänskligt vetande. Om det finns en avsikt hos några personer är saken i princip känd för mänskligheten.

I den mån företeelsen att driva rättsutveckling i protest existerar, leder det hur som helst till en speciell fråga att hantera för en rättsvetare. Kunskapen om eventuella avsikter finns hos de inblandade individerna. Skall forskaren försöka få del av deras kunskap? Vad leder en sådan rutin i så fall till? Syftet med detta underavsnitt är inte att avgöra dessa frågor. Avsikten är bara att peka på att en resultatriktning kan ge särskilda incitament också till sådana frågor. Härmed inte sagt att det är något unikt för resultatriktningen.

Syftet med detta avsnitt är, däremot, att redovisa mina reflektioner i frågan om jag nått ett resultat som uppfyller min målbild. Jag menar att den analys jag presenterat trots allt är tillräcklig för att jag skall anse att jag nått målbilden av "forskningsresultat". Även i ett fall som detta har resultatriktningen påverkat varje led av processen. Att resultatet är relativt traditionellt, med klara paralleller till sedvanlig rättsdogmatisk systematisering, betraktar jag inte som avgörande. Detta karaktärsdrag kan tala både för och emot att låta resultatet motsvara den målbild av "forskningsresultat" som jag arbetat med i detta projekt. I detta fall menar jag att den rättsdogmatiska systematiseringen talar för att mitt resultat skall betraktas som ett forskningsresultat.

16 (L) Vad skall krävas för att undanröja värdeöverföringsansvar?

I detta kapitel illustrerar jag en gång till hur resultatriktningen kan användas för att nå resultat i form av normativa utsagor om förekomsten av flera olika rättsligt möjliga lösningar, jämför kapitel 12.⁵²⁶ Att föra fram underbyggda sådana utsagor är relativt ordinärt i förmögenhetsrätten, låt vara att det kan gå mindre väl ihop med vissa rättsföreställningar. Vad resultatriktningen kan tillföra i detta hänseende är främst tanken på att en ansats i en resultatriktad forskningsfråga självklart inte behöver leda till ett enda resultat, utan att det just kan handla om flera alternativa. Vad jag också illustrerar med detta kapitel är att en konstruktivt inriktad analys kan vara användbar för att ta fram de olika alternativen.

Anledningen till att jag vill redovisa det aktuella resultatet på denna plats i boken är att kapitlet fyller en funktion i förhållande till de resultat jag redovisat i de tidigare kapitlen kring värdeöverföringsansvar. De tidigare tre kapitlen kan nämligen aktualisera frågan om vad som skall krävas för att undanröja värdeöverföringsansvar. Därtill tillför svaret ytterligare förståelse till varför det finns anledning att göra skillnad mellan en fordran på moderbolaget och ett dolt latent anspråk.

16.1 Forskningsfrågan – hur kan värdeöverföringsansvar undanröjas?

Efter att jag i de två föregående kapitlen har redovisat olika resultat relaterade till justitierådets beslut i NJA 2015 s 359 (Emtunga) är det relevant att adressera frågan om vad som skall krävas för att undanröja ett olagligt eftergivande av en fordran. Eftersom jag i kapitel 13–14 underkänt tanken på att det dolda latent återbäringskravet är tillräckligt för att det inte skall följa några effekter av eftergivandet, finns det anledning att besvara hur

⁵²⁶ Jfr Thomas Wilhelmsson, Social civilrätt, 1987, s 31 och (exempelvis) Avtal och jämlikhet, SvJT 1997 s 505.

bolagsföreträdarna skulle ha kunnat göra för att undanröja dem. Räcker det med att moderbolaget beslutar att de har en skuld, med att dotterbolaget framställer krav på återbäring, eller räcker det med något annat?

16.2 Resultat (L) – det finns ett antal olika rättsligt möjliga lösningar beträffande vad som skall krävas för att undgå sanktionerna av en olaglig värdeöverföring

Det resultat jag nått är att det finns ett antal rättsligt möjliga lösningar för att undanröja effekterna av en olaglig värdeöverföring som gjorts genom eftergivande av en fordran. Beaktat de normativa utsagor som gjorts framstår ingen av lösningarna som mer relevant än någon annan. Normativt sett handlar det om vad som skall göras för att undvika att drabbas av sanktioner. De flesta av lösningarna som jag konstruerat går ut på att företrädarna måste agera i något skede.

16.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning och konstruktiv analys

Jag valde denna gång att börja med en rättsdogmatisk utredning som visade att det finns doktrinutsagor för vad som skall krävas för att en olaglig värdeöverföring i allmänhet skall anses överspelad. Tankegången har kallats ”läkning”.

De normativa utsagorna om läkning fick utgöra utgångspunkt för en analys av utrymmet för andra lösningar givet de speciella förhållandena för de här aktuella koncernbidragen. Analysen är konstruktiv och syftar till att peka på olika krav som kan vara praktiskt användbara. Skillnaden mellan dem är att de medför olika nivåer av risk.

Till metoden hör att utgångspunkten varit det resultat som redovisats i föregående kapitel, dvs att koncernbidraget skall kunna leda till skadeståndsansvar för företrädarna. Med den utgångspunkten står det mer eller mindre klart att det bör krävas någon form av manifestation för att ett återställande skall anses gjort. Om ett sådant krav inte ställs hamnar man annars nära de tankegångar som behandlats ovan och som skulle innebära att koncernbidraget egentligen aldrig skett eller aldrig haft effekt. Ställs det inget krav på formenligt rättshandlande utan bara på att ställföreträdarna ”tänkt tanken” att återbära, blir det svårt att i praktiken göra åtskillnad i

förhållande till tankegångarna om att koncernbidraget egentligen aldrig skett, eller aldrig haft effekt.

Till utgångspunkterna hör också beaktandet av att ställföreträdarna för de två bolagen förlorar behörigheten att rättshandla för bolagen när bolagen går i konkurs. Företrädarna kan därför inte fatta beslut om återställande efter en konkurs. Har de inte fattat beslut innan bolagets konkurs skulle det därmed vara för sent i formellt hänseende.

En ytterligare utgångspunkt från vad som redovisats i föregående kapitel är att återställandet behöver motsvara något av substans. Även om moderbolagets företrädare fattar beslut om att räkna med en skuld till dotterbolaget återställs inte den olovliga värdeöverföringen om moderbolaget ändå inte kan betala. I materiellt hänseende täcks bristen inte genom en sådan åtgärd. Om dotterbolaget alltjämt varit verksamt och därför haft en balansräkning hade en sådan fordran inte fått påverka balansen eftersom den är osäker och har litet eller inget värde.

16.4 Rättsdogmatisk utredning kring läkning

Ett krav på läkning innebär ett krav på att effekterna av en olaglig värdeöverföring undanröjs. Dotterbolagets ekonomi skall någon gång efter den olovliga värdeöverföringen (och före dotterbolagets konkurs) ha visat sig vara i ordning igen. För detta krävs inte att överföringen i sig återbärs.

”En förutsättning för att läkning skall kunna ske brukar anses vara att åtminstone dels det bundna egna kapitalet vid någon tidpunkt efter den olovliga värdeöverföringen har visat sig vara intakt (t.ex. på grund av nya vinster i bolaget), dels försiktighetsregelns krav kan anses uppfyllda vid samma, eller senare, tidpunkt.”⁵²⁷

I doktrinen förordas att det skall ställas krav på att bolagsstämman fattar beslut om att godkänna att avstå återbäringsanspråket, som en följd av att ekonomin nått nämnda nivåer. Först när ställföreträdarna på detta sätt markerat sitt ansvarstagande skall de undgå bristtäckningsansvar.⁵²⁸

⁵²⁷ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 u, 2010 s 221.

⁵²⁸ Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen: 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation, 2 u, 1995 s 77, 92, 139–140 och Lindskog, Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992–93 s 82, på s 91–92. Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 u, 2010 s 221–228.

16.5 Konstruktiv analys kring alternativa krav

Att företrädare i koncerner kan använda läkning för att undgå ansvar följer således av en rättsdogmatisk utredning. Beträffande återställande av en eftergiven fordran är frågan dock om det inte också skall finnas andra vägar. Om moderbolaget ger ett lika stort koncernbidrag och erkänner en lika stor skuld till dotterbolaget som den ursprungliga fordran, förefaller det som att förhållande är återställda. I varje fall förefaller det så givet att moderbolagets förmåga att betala är densamma som tidigare.

Jämfört med läkning innebär ett återställande av nyss nämnt slag inte samma helhetsbedömning av dotterbolagets ekonomi. Huruvida ett återställande innebär större risker än läkning beror dock på omständigheterna. Ett återställande av hela den ursprungliga fordran kan ju innebära en större förbättring av balansen än vad som är nödvändigt för att det egna kapitalet skall bli intakt och försiktighetsregelns krav anses uppfyllda. Återställandet kan förstås också innebära det omvända, för att dotterbolagets ekonomi försämrats av andra skäl. Det första fallet är oproblemiskt i riskhänseende eftersom läkningskraven då är uppnådda. Frågan är om det skall finnas utrymme för att undgå sanktioner i det senare fallet, d v s att läkningskraven inte är uppnådda, men dotterbolaget åter får en lika stor och lika värdefull fordran på moderbolaget?

Svaret på frågan beror på vilken nivå av risk som skall tillåtas. Nedan redovisar jag ett antal olika alternativ som vardera innebär olika grad av risk.

16.5.1 Såväl återställande som läkning på initiativ av företrädarna

Det första alternativet är att kräva såväl återställande som läkning. Moderbolaget skulle alltså ge ett koncernbidrag i form av ett skuldåtagande på samma belopp samtidigt som moderbolaget skulle ha samma betalningsförmåga. Härtill skulle man behöva konstatera att dotterbolagets ekonomi var läkt efter återställandet.⁵²⁹

För att åstadkomma detta skulle företrädarna i moderbolaget behöva fatta giltigt beslut om koncernbidraget, eller med andra ord återställandet. Detta måste de göra innan dotterbolaget gått i konkurs, eftersom skadorna för

⁵²⁹ Det finns normativa utsagor om huruvida en återbäring (värdeersättning) skall omfatta allt som överförs eller bara den del som var olaglig. Se exempelvis Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449, se s 470–474. Jan Andersson, ABL och värdeöverföringar – en replik, SvJT 2014 s 72, se s 86–90.

dotterbolagets fordringsägare löses ut genom konkursen. De måste givetvis också agera innan moderbolaget går i konkurs eftersom de då förlorar sin behörighet.

16.5.2 Endast läkning

Ett annat alternativ är att läkning anses vara det enda relevanta. Det skulle således sakna betydelse om moderbolaget återställer fordringen. Avgörande är bara att det egna kapitalet når en tillräcklig nivå och att försiktighetsregelns krav då anses uppfyllda. Ett återställande av fordringen skulle dock givetvis kunna vara ett led i att få det egna kapitalet till en sådan nivå. Det skulle dock inte spela någon roll om åtgärden innebär att moderbolagets åtgärd motsvarar fordringens storlek och värde.

I formellt hänseende skulle ett krav på endast läkning kunna följa vad som anförts i doktrinen. Det skulle handla om ett beslut av dotterbolagets bolagsstämma om att avstå från återbäringsanspråk med hänvisning till konstaterad läkning.

16.5.3 Endast återställande, på initiativ av företrädarna

Ett tredje alternativ skulle vara att bortse från läkningskraven. Istället skulle ett återställande av fordringsförhållandet vara avgörande. Moderbolaget skulle alltså ge ett koncernbidrag i form av ett skuldåtagande på samma belopp samtidigt som moderbolaget skulle ha samma betalningsförmåga som då dotterbolaget eftergav fordran.

Företrädarna för moderbolaget skulle behöva fatta giltiga beslut om att räkna med en fordran igen innan dotterbolaget går i konkurs. Med tanke på den materiella substansen skulle de behöva fatta beslut innan moderbolaget får betalningssvårigheter i sådan mån att fordringar på moderbolaget blir mer osäkra än de var vid eftergivandet. En ordning av detta slag skulle innebära att ställföreträdarna måste göra åtminstone de direkta effekterna av sina handlingar ogjorda. De indirekta effekterna, d v s eftergivandets möjliga inverkan på dotterbolagets ekonomi i övrigt, skulle inte beaktas. Denna lösning innebär därför att dotterbolaget och dess fordringsägare utsätts för en högre risk än om läkning krävs. Någon lägre risk blir det inte fråga om eftersom läkning alltjämt skulle anses vara ett allmänt alternativ och moderbolagets företrädare kan antas nöja sig med att ge dotterbolaget vad som krävs för att uppnå läkning.

16.5.4 Återbäringskrav från dotterbolagets konkursbo och godkännande av betalningsdugligt moderbolag

En variant av föregående alternativ är att företrädarna inte behöver fatta beslut om återställande innan dotterbolagets konkurs. Istället skulle det som ett första steg anses tillräckligt med ett återbäringskrav enligt ABL 17:6 framställas av dotterbolagets konkursbo. Om moderbolagets företrädare fattar beslut om att medge återbäringskravet och moderbolaget vid detta tillfälle har betalningsförmåga i åtminstone samma grad som vid eftergivandet kan bristen anses fylld.

En skillnad mellan föregående och här aktuellt alternativ är att incitamentet för ställföreträdarna att reda upp situationen i princip minskar i det senare alternativet. Därmed ökar riskerna för att den olagliga värdeöverföringen leder till följdskador. Låt vara att denna riskökning begränsas av den möjliga ersättningskyldighet för följdskador som kan föreligga enligt 29 kapitlet ABL. Det kan antas finnas en preventiv effekt i att ställföreträdarna vet att de ansvarar för att värdeöverföringen återställs. Om de vet med säkerhet att de kommer att ansvara såvida de inte själva fattat beslut om återställande, kan de antas i mindre grad fatta beslut om olaglig värdeöverföring jämfört med om det bara finns en risk för att de behöver ansvara med hänsyn till hur konkursförvaltaren för dotterbolaget agerar. Jag återkommer till detta centrala antagande.

16.5.5 Endast återbäringskrav från dotterbolagets konkursbo, mot betalningsdugligt moderbolag

Ett ytterligare alternativ är att i viss mån ändå bortse från de formella aspekterna. Det skulle kunna innebära att man inte ställer krav på att ställföreträdarna för något av bolagen agerar för att ta ansvar. Den rättshandling som skall anses leda till återbäring skulle istället vara att dotterbolagets konkursbo framställer ett krav på återbäring. I det ögonblick detta görs skulle återbäring anses ske. Huruvida brist då föreligger i materiellt hänseende skulle vara beroende av om moderbolaget i detta läge har betalningssvårigheter. Tanken bakom en sådan lösning är att det materiella i hög grad skall vara avgörande. Effekten blir dock samtidigt att man bortser från den riskbegränsning och de preventiva effekter som det kan ha att ställa krav på att ställföreträdarna agerar och tar ansvar för att reda upp situationen, se ovan.

16.5.6 Automatiskt återbäringskrav vid dotterbolagets konkurs, eller senare, mot betalningsdugligt moderbolag

Ännu en närliggande variant är att låta olagligheten av koncernbidraget inträda automatiskt i samband med konkursen, eller schablonmässigt en viss tid efter konkursbeslutet. Återbäring skulle anses ske vid denna tidpunkt. Detta för att undvika att konkursförvaltningens arbetsordning för hur konkursen handläggs får avgörande betydelse. I en arbetsordning kan olagligheten nämligen upptäckas tidigt och i en annan sent. Om moderbolaget i detta läge, d v s vid konkursen eller schablonmässigt en viss tid efter konkursbeslutet, inte har betalningssvårigheter, skall ingen brist anses föreligga.

16.5.7 Endast moderbolagets beslut om återställande, även efter dotterbolagets konkurs

För att illustrera skall jag också redovisa den mycket mer långtgående tanken på att ett beslut från moderbolaget om återställande av det nominella beloppet helt enkelt anses tillräckligt. Begreppen återbäring och brist skulle då tolkas formalistiskt, eller rent av fiktivt. I materiellt hänseende skulle man motivera detta med att den reella brist och de effekter, d v s följdskador och risker, som följer med förändringen av balansen anses vara försumbara, trots att det i efterhand kan konstateras att den huvudsakliga risken, dotterbolagets konkurs, har utfallit. Detta alternativ skulle inte utesluta att agerandet angrips med sanktioner enligt 29 kapitlet ABL. Det skall dock sägas att konsekvenserna av en lösning av detta slag leder till betänkligheter som till stor del är desamma som för de olika varianterna av tankar kring att det första koncernbidraget saknar effekt.

Ett krav på sanktioner kan bemötas med att återbäring godtas i form av att man återigen räknar med en fordran som motsvarar den ursprungliga fordringen. För att sanktioner ändå skulle kunna krävas behövs då en genomsyn av uppläggets alla delar och ett fastställande av samband. Vi är då tillbaka till utgångspunkten för skadeståndssanktionen, d v s frågan om någon ersättningsgill skada skall anses ha inträffat. Något undanröjande som skall utesluta skadeståndsansvar har i reell mening aldrig företagits.

16.5.8 Undanröjande av den faktiska bristen innan dotterbolagets konkurs

Som ännu ett alternativ kan man tänka sig att ställföreträdarna genom dotterbolagets konkurs skall anses ha försuttit sin chans att återställa de direkta effekterna av åtgärden och att alla faktiska brister som uppstår, p g a beslutet och p g a bristen på återställande, är något som ställföreträdarna skall ansvara för. Huruvida moderbolaget hade betalningsförmåga när ett tänkt återställande enligt något av alternativen ovan anses ha gjorts, skulle då sakna betydelse. Omständigheten att det rent faktiskt till slut inte blir någon utdelning på fordran på moderbolaget är då något som ställföreträdarna får ansvara för. Jämför tankarna om riskfördelning enligt casus mixtus cum culpa.⁵³⁰

16.6 Reflektioner kring resultatet

Som nämnts har jag valt att redovisa det här aktuella resultatet för att det består i ett utpekande av olika alternativa lösningar. Det är således inte en lösning eller en norm som föreslås, utan flera alternativ. Ändå gör jag anspråk på att resultatet skall betraktas som normativt. I förhållande till en, åtminstone i teorin förekommande, föreställning om rättsvetenskap, skulle detta kunna ses som problematiskt. Om rättsvetenskaplig forskning definieras som att fastslå vad som är gällande rätt skulle utpekande av alternativa lösningar kunna betraktas som otillräckligt. För att nå ett forskningsresultat skulle jag därför behöva göra ytterligare insatser i syfte att kunna peka ut ett av alternativen som den gällande normen.

Att jag inte gjort sådana ytterligare insatser har flera förklaringar. Den mest direkta anledningen är att jag anser det svårt att nå ett mer precist resultat med de metoder jag använt. Min konstruktiva analys bygger i hög grad på antaganden om risker. Jag saknar också många fakta som kan vara relevanta. Detta beror dock på att jag i detta skede menar att det är svårt att få fram riskbedömningar och fakta som har sådan karaktär att de skulle leda så särskilt mycket längre. Istället bedömer jag de antaganden som jag gjort som relevanta. De är tillräckliga för att ge ett underlag för ett normativt beslut om vad som skall krävas för att undgå bristtäckningsansvar. Att fatta ett sådant normativt beslut är något jag skulle kunna göra. Som rättsvetare handlar det förstås inte om något formellt beslut, men om en rekommendation. När

⁵³⁰ Jfr Rolf Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, 1989 s 97.

jag går igenom de alternativ jag ställt upp kan jag konstatera att jag har en preferens för de tidigare alternativen och främst alternativet läkning, 16.5.2. Med läkning behöver man över huvud taget inte hamna i bryderier om något fordringsobjekt utan kan avgöra saken enbart med samma balanskriterier som ligger till grund för bedömningen av olagligheten hos den transaktion som orsakat problemet, d v s koncernbidraget. Samtidigt inser jag att min metod har sina begränsningar. Jag vill hålla öppet för andra aspekter som kan komma fram genom ytterligare studier och perspektiv. Till saken hör att jag gärna skulle ta del av en studie utifrån ett mer associationsrättsligt inriktat perspektiv än det fordringsrättsliga jag använt.

Med detta sagt blir en följdfråga om min insats i detta kapitel håller sådan kvalitet att den av det skälet bör eller inte bör betraktas som ett forskningsresultat. Om jag, som nu nämnts, själv anser att kvalitén är sådan att jag önskar ytterligare perspektiv och aspekter för att vilja ta ställning, kan man anse att det är en sorts underkännande i sig. Jag gör dock ändå reflektionen att det är fråga om ett resultat som motsvarar min målbild av "forskningsresultat". För det första menar jag att min studie är tillräcklig för att användas som underlag för ett normativt beslut som i en tänkt praktisk situation inte kan vänta ytterligare. För det andra menar jag att min studie, pretentiöst uttryckt, flyttar forskningsfronten i frågan. Den har potential att bidra till att sådana ytterligare studier som jag efterlyser blir av.

Vad gäller övriga skäl till att jag inte gjort ytterligare insatser är ett sådant skäl att forskning vanligtvis bygger på ett antal premisser och antaganden. Jag skulle kunna ha presenterat mitt forskningsresultat på sätt som innebär att jag anger att under premiss x, y och z, samt under antagande a, b och c, så blir resultatet att alternativet i exempelvis avsnitt 16.5.1 är bäst. Att jag inte gjort detta beror på att det helt enkelt innebär mer arbete utan att i särskilt hög grad förbättra vare sig tydlighet eller tillförlitlighet. Ett annat skäl till att jag inte gjort ytterligare insatser är att jag inte delar den föreställning om en gällande rätt som jag beskrivit ovan. Jag delar heller inte den föreställning om rättsvetenskap som den innebär. De föreställningarna bidrar därför inte alls till de skäl jag beaktar i beslutet om att gå vidare eller inte.

I mina reflektioner menar jag att jag använt systematisk metod. Jag har dock just pekat på att min insats är ganska begränsad i systematiskt hänseende och att jag är medveten om att det rent av är önskvärt med ytterligare insatser. Beträffande systematisk metod gör jag reflektionen att jag inte använt mig av de dogmatiska utsagor som gjorts beträffande återbäring och

värdeersättning.⁵³¹ Frågan om huruvida en återbäring skall omfatta allt som överförs eller bara den del som var olaglig och utgöra en värdeersättning är delvis parallell till frågan om vilket alternativ som skall väljas. Det är dock en fråga som bygger på ett annat perspektiv. Diskussionen är också allmän och handlar inte specifikt om återställande av den typ av olaglig värdeöverföring som här är i fråga. Jag har av dessa skäl inte sett anledning att redovisa något om dessa dogmatiska utsagor. Min studie har en egen utgångspunkt och får stå för sig själv. Jag ser inte att detta val gör min insats otillräcklig i systematiskt hänseende.

Mina reflektioner kring resultatet som tidigare okänd kunskap leder också till invändningar. Det som förhoppningsvis är nytt i vad jag presenterat är hur den här specifika värdeöverföringen skulle kunna undanröjas. Att jag föreslagit olika varianter av läkning och återställande och med andra ord framhållit vad som redan är kända lösningar, förtar inte nödvändigtvis nyhetsvärdet. Min studie tydliggör aspekter kring frågan om det finns anledning att räkna med återbäring av ett objekt som en ytterligare form av återställande utöver läkning.

I rättsvetenskapligt hänseende kan konstateras att forskningsresultatet bygger på en rättsdogmatisk utredning. Närmare bestämt bygger den på en utgångspunkt om vad som hävdats i doktrin avseende läkning. Den rättsdogmatiska utredningen är dock redovisad på ett ytterst kortfattat sätt. Jag har som nämnts också utelämnat en rättsdogmatisk utredning kring återbäring och värdeersättning. När forskningsresultatet i övrigt helt bygger på en analys och dessutom en konstruktiv analys som leder till flera olika alternativ, kan detta inge tvekan. Jag menar dock att jag nått min målbild. Ett viktigt skäl är att resultatet tillför förståelse för varför det finns anledning att göra skillnad mellan en fordran på moderbolaget och ett dolt latent anspråk. I en systematisering av normerna kring företeelsen är denna förståelse relevant för flera olika aktörer.

⁵³¹ Se exempelvis Bert Lehrberg, Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, SvJT 2013 s 449, se s 470–474. Jan Andersson, ABL och värdeöverföringar – en replik, SvJT 2014 s 72, se s 86–90.

17 (M) Uppsägning av kredit som leder till bolags konkurs

Med detta kapitel ger jag ännu ett exempel på ett resultat i form av en normativ utsaga om det rättsliga objektet. Det rör sig dock om en helt annan problematik än den jag behandlat i de fyra kapitlen ovan. Vad jag vill tillföra med kapitlet är främst ett ytterligare exempel på hur resultatriktningen kan föranleda överväganden kring metodfrågor. Jag använder ett par metoder som jag redan illustrerat, men i tillägg använder jag en relationsanalys där rättssubjektens rättsliga egenskaper får betydelse.

17.1 Forskningsfrågan – vilken skada lider bolaget av att gå i konkurs?

Forskningsfrågan handlar om vilken skada ett bolag skall anses lida av en skadegörande handling som leder till att bolaget går i konkurs? Eftersom den frågan bara är relevant i förhållande till vad som föranlett skadan har jag satt in forskningsfrågan i en viss kontext. Jag tänker mig att en bank avtalsvidrigt har spärrat en bolagskunds kontokredit.⁵³² Det ger en kontraktuell grund för skadestånd och är samtidigt ett omvittnat exempel på en rättshandling som bolagsägare upplevt leda till just konkurs.⁵³³ På så sätt avgränsar jag forskningsfrågan och minskar de variabler som skulle kunna orsaka en skada som leder till konkurs.

Vid en skadegörande handling som leder till konkurs drabbas bolaget, bolagets ägare och bolagets fordringsägare. Vad jag intresserat mig för är den skada som just bolaget skall anses lida, eller med andra ord vilken omfattning ett skadestånd för bolaget skulle kunna få. Även om bolagets ägare och bolagets fordringsägare också lider skada för egen del kan en skadeståndsmöjlighet för just bolaget nämligen vara att föredra. Ett avgörande

⁵³² Notera, som nämnts, att jag genomgående i hela boken använder uttrycket ”spärra kontot” för den rättshandling som innebär att banken vägrar ge mer kredit på ett kreditkonto.

⁵³³ Se nedan för referenser kring den s k bankkrisen.

skäl till detta är att bolagets fordringsägare och ägare kan behöva använda en annan skadeståndgrund gentemot skadevällaren än den grund som bolaget kan åberopa. Det beror främst på att bolaget kan ha en kontraktuell relation med banken och att bolaget därför kan använda avtalet som grund för ett anspråk. Ett ytterligare skäl till att föredra en skadeståndsmöjlighet för bolaget har att göra med processuell reglering. I första hand skall en talan för bolaget föras för fordringsägarnas räkning, genom konkursboet som övertar rätten att föra talan. Emellertid kan en talan istället föras av bolagets ägare i vissa fall. På grund av regleringen i KonKL 3:10 kan ägarna få en sådan möjlighet i de fall där bolagets fordringsägare inte vill riskera att göra ytterligare förluster genom att konkursboet utreder en skadeståndsmöjlighet och processar kring denna.⁵³⁴ Konkursboet kan då bli ansvarigt för rättegångskostnader som påverkar utdelningen. Konkursbolaget saknar däremot tillgångar och står inte samma risk.⁵³⁵ Det är mot denna bakgrund som jag avgränsat forskningsfrågan till just bolagets skada. Härmed avgränsar jag bort den i och för sig intressanta frågan om vilka andra subjekt som skall kunna få ersättning.⁵³⁶

Jag antog att denna forskningsfråga skulle kunna leda till ett resultat som uppfyller min målbild av det skälet att frågan inte behandlats i vare sig rättstillämpningen eller den förmögenhetsrättsliga forskningen. När jag identifierade frågeställningen hade jag inte sett den behandlad i någon av de förmögenhetsrättsliga kategorier som den skulle kunna sorteras under, d v s varken i krediträttsliga, insolvensrättsliga, kontraktsträttsliga eller skadeståndsrättsliga framställningar. Eftersom frågan också skär över samtliga dessa områden gjorde jag antagandet att det skulle gå att få ut något av en analys.

Med detta sagt kan jag också peka på att jag sett mig föranledd att angripa frågan i hög grad från sin egen utgångspunkt, och inte från endera av de tankemodeller som är sedvana inom de nämnda rättsområdena.

⁵³⁴ Jfr Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, 2016 s 33–38.

⁵³⁵ Om problematiken att en käre saknar resurser för att betala motpartens rättegångskostnader se exempelvis: Stefan Lindskog, Om fattig mans rätt till rättegång, i Festskrift till Lars Heuman, 2008 s 327–343. NJA 2014 s 877 (Processbolag). Svea HovR 1337-17 från 2018-02-19 (Dickson & Co).

⁵³⁶ Jfr exempelvis NJA 2014 s 272 (BDO Nordic), stycke 16–40. Jfr Håkan Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997 s 103–120, där han berör fallet att ett bolag lider skada p g a att den ledande personen i bolaget personskadas.

17.2 Resultat (M) – ett bolags skada av konkurs skall anses vara verksamhetens försäljningsvärde

Det resultat jag åstadkommit är att bolagets skada skall anses vara förlusten av bolagets verksamhet. Denna skada skall bedömas utifrån verksamhetens försäljningsvärde innan konkursen. Jag har härvid utgått från att den relevanta tidpunkten skall vara den skadegörande handlingen.

Resultatet bör betraktas i beaktande av att det i materiell mening handlar om en förlust av resurser som är gemensamma för tre kategorier av rättssubjekt, bolaget, bolagets ägare och bolagets fordringsägare. En central aspekt av resultatet handlar om att definiera skadan i beaktande av hur olika skadedefinitioner leder till ersättning för de olika subjekten. Till de relevanta aspekterna hör också att ett bolag är ett rättssubjekt. Som sådant har det en viss uppsättning av förmågor och egenskaper. I princip handlar det om specifika och unika förmågor och egenskaper. Samtidigt är bolaget ett subjekt som också utgör ett objekt på en marknad.

17.3 Metoder – relationsanalys, konsekvensanalyser och rättsdogmatisk utredning

Jag nådde resultatet genom en analys med fem olika delar och med hjälp av en rättsdogmatisk utredning.

Den första delen av analysen bygger på en enkel kartläggning av relationerna. Genom att hålla isär relationerna mellan banken och bolaget, banken och bolagets ägare, samt banken och bolagets fordringsägare, identifierade jag att konkursen har olika effekter för de olika subjekten. Kartläggningen kan som enskild del förefalla självklar, men jag vill framhålla den som ett led i processen. Det har nämligen haft betydelse att jag just betraktat kartläggningen som en särskild del i processen. Genom att kombinera denna första del med en enkel konsekvensanalys identifierade jag sedan att effekterna för bolaget skulle kunna avgränsas i förhållande till effekter för bolagets fordringsägare och bolagets ägare. I en tredje del kunde jag identifiera att skadeståndsansvaret i de olika relationerna är reglerade på olika sätt. Dessa delar av analysen visar att det går att avgränsa bolagets skada till de effekter som drabbar bolaget. Analysen visar också att det finns anledning att inte inkludera de effekter som drabbar bolagets ägare eller fordringsägarna.

Den rättsdogmatiska utredningen visar en avsaknad av normer som avser just skada av konkurs. Rättspraxis är begränsad till ett slag av närliggande fall, men understödjer att skadan definieras som i mitt resultat. Doktrin

omfattar bara generella normer som främst kan användas som stöd för antingen det resultat jag nått, eller som stöd för en skadedefinition som positivt kontraktstintresse. Den rättsdogmatiska utredningen ger också stöd för vilka faktorer som det är gängse att beakta vid en värdering av en verksamhet.

Mot bakgrund av de första delarna av analysen och den rättsdogmatiska utredningen gjorde jag en ytterligare analys kring vilka konsekvenser som tre olika skad modeller skulle kunna antas ha. Det handlar om modellerna marknadsvärde, reparation och återanskaffning. Jag gjorde också en enkel jämförelse mellan de resultat som modellerna kunde antas leda till och hur användbara de kunde tänkas vara i sammanhanget. Eftersom precisionen i skadedefinitionerna förefaller relativt låg kunde jag inleda den sista delen av analysen med att peka på att en marknadsvärdeslösning i grova drag är ett sätt att åstadkomma reparation i förhållande till bolagets skada. Jag kunde därefter identifiera att det främsta hindret mot att bolaget, eller dess ägare, försätts i samma läge som om den skadegörande handlingen inte gjorts, är att fordringsägarna har företräde till skadeståndet. Efter att ha analyserat konsekvenserna av detta företräde kunde jag konstatera att det skulle vara svårt att både motivera och använda en skadedefinition för bolagets skada som ger fordringsägarna betalt för sina kreditförluster. Därmed kunde jag i en sista del av analysen peka ut att ett skadestånd fyller en viktig funktion även om det, p g a fordringsägarnas företräde, inte försätter bolaget i samma läge som om den skadegörande handlingen inte gjorts.

Genomgående har jag laborerat med skada som ekonomiska effekter och ekonomisk skada. Jag har således inte beaktat affektionsvärdesliknande värden som en verksamhet möjligen skulle kunna ha för ett bolag. Jag motiverar detta bland annat med att affektionsvärde närmast blir aktuellt för ägarnas skada. Vidare har jag i hela analysen utgått från att det skadelidande bolaget är ett aktiebolag. Jag har dock inte anledning att tro att detta har fått någon avgörande betydelse för resultatet. Därtill menar jag att det är möjligt att det resultat jag nått kan användas även i andra fall av avtalsbrott som lett till skadelidandes konkurs.

Som nämnts har jag utgått från att den relevanta tidpunkten för bedömning av marknadsvärdet skall vara tidpunkten för den skadegörande handlingen. Jag har inte närmare undersökt denna aspekt.⁵³⁷

⁵³⁷ Jfr Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 55, som anger "tidpunkten för skadan", (jfr s 69). Att använda "tidpunkten för skadan" om skadan är konkurs förefaller dock ge resultatet att verksamheten i princip aldrig kommer att anses vara något värd. En annan tanke är att bedöma

17.4 Konkursens effekter för de olika subjekten

Effekterna som en konkurs har för bolaget är att bolaget förlorar sin verksamhet. Genom konkursen tar konkursförvaltaren över kontrollen över resurserna i verksamheten, för fordringsägarnas räkning. Bolaget förlorar i nästan alla avseenden sin förmåga att agera självständigt och därmed det mesta av den socialt konstruerade förmågan att existera som subjekt. Det faktum att bolaget i princip upphör att existera innebär dock inte att det finns anledning att betrakta förhållandena som att bolaget inte skall ha kapacitet att få rätt till ersättning. Effekterna för bolaget är oönskade och det finns därför anledning att betrakta dem som skada.

Ett bolags konkurs drabbar också bolagets fordringsägare. De oprioriterade fordringsägarna får sällan fullt betalt i en konkurs. Vanligtvis får de ingen utdelning alls. De förlorar därmed det belopp som de inte får betalt och de gör en kreditförlust. Eftersom kreditförlusternas storlek beror på hur stort nettovärde konkursförvaltaren kan generera genom sin förvaltning påverkas fordringsägarna också av hur konkursförvaltningen lyckas. Det beror på hur väl förvaltaren lyckas realisera tillgångarna och på kostnaderna för förvaltningen.⁵³⁸ Härutöver kan fordringsägarna också drabbas på andra sätt. Eftersom de ofta är avtalsparter med konkursgäldenären kan de förlora sina möjligheter att göra vinster på samarbetet som de haft. De kan också få kostnader för att skaffa en annan avtalspart som kan prestera vad konkursgäldenären tidigare försett dem med.

Ägarna av bolagets drabbas primärt på motsvarande sätt som fordringsägarna. De får inte tillbaka det kapital de satsat i bolaget eftersom ägarna vanligtvis inte får ut något vid konkurs. Ägarna har sämre prioritet än fordringsägarna. För ägarna kan effekterna också beskrivas som att ägarnas andelar i bolaget blir värdelösa. De går inte att omsätta eftersom de inte ger en köpare av aktierna något.

De negativa eller oönskade effekter som de tre olika kategorierna av subjekt upplever i anledning av en konkurs, kan tillmätas betydelse i en definition av vilken skada som de olika kategorierna lider. Bolagets skada skulle

vad värdet hade varit vid bedömningen, om bolaget inte hade gått i konkurs. Detta vore dock särskilt besvärligt och spekulativt. Jfr Richard Hager, Ännu en ohållbar position?, Ytterligare teser om värdering av rörelseskada vid obefogad uppsägning av lokalhyresavtal – tio år senare, SvJT 2017 s 631, på s 641–645.

⁵³⁸ Det finns möjligen anledning att påpeka att det alltså inte är bolaget som lider skada av att konkursförfarandet är förenat med kostnader. Även kostnaderna för konkursförfarandet drabbar fordringsägarna eftersom kostnaderna ersätts ur de tillgångar som fordringsägarna får sin andel ur.

kunna betraktas som förlusten av verksamhetens värde. Fordringsägarnas skada skulle vara kreditförlusterna. Ägarnas skada skulle vara förlusten av bolagets eller aktiernas värde. Det finns emellertid flera samband mellan effekterna. Därför är det nödvändigt att beakta förhållandena mellan konkursens effekter för de olika subjekten.

17.5 Förhållandet mellan konkursens effekter för bolaget och effekterna för de övriga subjekten

I detta avsnitt redovisar jag hur jag beaktat förhållandena mellan konkursens effekter för de olika subjekten. Jag redogör för olika synsätt med utgångspunkt i konkursens effekter för bolaget. Likaså förklarar jag vad de olika synsätten skulle innebära för samtliga subjekt om konkursens effekter betraktades som bolagets skada.

Bolagets förlust av verksamheten innefattar bolagets förmåga att utöva verksamheten. I den ingår förmågan att agera gentemot sina avtalsparter och andra tredje män som bolaget har en relation till. För att återställa denna förmåga behöver bolaget återfå verksamheten och sina relationer. Eftersom förmågan också innefattar förmåga att betala sina skulder skulle fordringsägarna i så fall i princip inte lida skada. Det skulle inte heller bolagets ägare eftersom ägarnas skada består i förlusten av bolagets värde. Eftersom bolaget återfår sitt värde om det återfår verksamheten i sådan mån att det har förmåga att driva verksamheten som tidigare, blir konsekvensen att ägarna inte lider skada. En skadedefinition som på detta sätt skulle omfatta bolagets förmågor i förhållande till de specifika avtalsparterna, fordringsägarna och ägarna, skulle innebära ett försök till återskapande av de konkreta förhållandena. Jag kallar denna tankegång för *det första synsättet*.

För bolaget kan ett återskapande av de ekonomiska förhållandena emellertid i princip bli fallet så snart bolaget ges motsvarande möjligheter att generera avkastning som tidigare. De specifika förhållandena med specifika tredje män är inte relevanta i ekonomiskt hänseende. Vad som är ekonomiskt relevant för bolaget är att verksamheten genererar vinst på samma nivå som innan skadan. För att bolaget skall återfå förmågan att generera vinst på samma nivå är det inte nödvändigt att bolaget återfår samma relationer som det haft tidigare. Det är heller inte nödvändigt att bolagets tidigare fordringsägare får betalt i den konkurs som bolaget försatts i. För bolaget är det vidare inte nödvändigt att bolagets tidigare ägare återfår det tidigare värdet på sina andelar i bolaget. I ekonomiskt hänseende försatts bolaget i samma position som innan konkursen om bolaget får möjlighet att generera

samma avkastning som då. För bolaget är det avgörande att bolaget återfår en verksamhet med motsvarande förmåga. Låt vara att ett bolag måste ha en ägare och att ägarna därför indirekt skulle bli kompenserade med denna tankegång. Jag kallar denna tankegång *det andra synsättet*.

Eftersom en verksamhet i princip är unik är det omöjligt att låta bolaget återfå en verksamhet med exakt samma förmåga att generera avkastning som den tidigare verksamheten. Det går dock att förenkla i förhållande till tanken om att återfå verksamheten. Ett sätt är att beakta att bolaget i princip hade haft möjlighet att realisera sin verksamhet om inte den skadegörande handlingen gjorts. Verksamhetens värde skulle då kunna bedömas utifrån vad en köpare hypotetiskt hade betalat för verksamheten i ögonblicket innan den skadegörande handlingen. Med detta, *det tredje synsättet*, blir effekterna för fordringsägarna att ett skadestånd till bolaget indirekt påverkar effekterna av konkursen för fordringsägarna. Ett skadestånd för bolaget skulle nämligen kunna innebära att fordringsägarna får mer utdelning i konkursen. Eftersom bolaget är i konkurs kan fordringsägarna ges företräde till skadeståndsbeloppet såsom en tillgång i konkursen. Skulle skadeståndet bli tillräckligt stort för att betala fordringsägarnas krav får även bolagets ägare en viss kompensation med denna skadedefinition. Såväl fordringsägarna som bolaget ägare får dock bara indirekt kompensation, genom att bolagets skada ersätts och påverkar bolagets förmågor.

Det tredje synsättet innebär att bolagets skada bestäms i beaktande av att det just bara är bolaget som skall ges direkt kompensation. Ersättningen skall med detta synsätt inte kompensera fordringsägarna eller bolagets ägare annat än indirekt. Med det första och det andra synsättet blir det emellertid fråga om direkt kompensation för dessa andra subjekt.

Det tredje synsätten kan jämföras med ett *fjärde synsätt* som bygger på att alla de tre kategorierna av skadelidande subjekt lider direkt skada för att en och samma verksamhet går förlorad för dem. Bolaget, fordringsägarna och bolagets ägare går alla miste om sina intressen avseende samma paket av resurser. Skadorna som dessa subjekt lider skulle därför kunna betraktas de värden som de förlorade resurserna utgör. Dessa resurser kan på grund av den skadegörande handlingen inte tillgodose de intressen som de tre kategorierna av subjekt har av resurserna. Vid bedömningen av skadan skulle man därför ta hänsyn till dessa intressen, men samtidigt beakta att de tre kategorierna av subjekt rättsligt sett har olika prioritet till dessa resurser. Fordringsägarnas intresse är att få betalt och de har högsta prioritet för detta. Bolaget självt har intresse av att disponera resurserna och detta intresse är villkorat av att fordringsägarna får betalt. Bolagets ägares intresse är att få

avkastning på insatt kapital. Ägarna har sämre prioritet för detta intresse än fordringsägarnas intresse av betalning och bolagets intresse av att disponera resurserna.

Om skadorna som de olika subjekten lider skulle definieras utifrån denna modell skulle skadan bestå i det värde av resurserna som går förlorat för att resurserna realiserar genom ett konkursförfarande, istället för att resurserna skulle fördelats mellan de tre subjektskategorierna. Vid en sådan fördelning skulle fordringsägarna ha prioritet och bolaget skulle därför få del av resurserna endast om fordringsägarna får fullt vederlag. Om detta skulle ha blivit det hypotetiska utfallet skulle bolagets ägare sedan fått de resurser som bolaget skulle ha tilldelats.

När resurserna inte kan fördelas för att bolaget istället går i konkurs minskar värdet av de totala resurserna. Värdet minskar av främst två skäl. Det ena skälet är att en konkursförvaltare i en konkurs inte kan realisera en del av de resurser som bolaget hade. Exempelvis går det ofta inte att realisera avtalspositioner som bolaget hade gentemot tredje män, och inte heller kunskaper som de anställda hade. Det andra skälet är att de priser som konkursförvaltaren kan uppnå för de resurser som går att omsätta, dvs tillgångarna, kan vara lägre än vad de skulle ha varit om tillgångarna hade omsatts under andra omständigheter.

Med detta fjärde synsätt skulle den direkta skadan som drabbar de olika subjekten vid konkurs motsvara skillnaden mellan vad subjektskategorierna skulle ha fått ut vid en fördelning av resurserna utom konkurs jämfört med vad de får ut vid den faktiska konkursen. Bolagets skada skulle med detta synsätt utgöra skillnaden mellan de resurser som bolaget skulle ha fått efter att fordringsägarna fått fullt betalt och det belopp som bolaget får ut i konkursen. Eftersom en konkurs vanligtvis inte leder till full betalning för fordringsägarna skulle bolagets skada utgöra skillnaden mellan värdet av resurserna och omfattningen av fordringsägarnas fordringskrav.

En svaghet i det fjärde synsättet är tanken på förekomsten av ett specifikt värde som resurserna har i ett visst ögonblick. Som nämnts är en del resurser, såsom avtalspositioner, svåra att realisera. De går bara att realisera om hela bolaget eller hela verksamheten realiserar. Därmed motsvarar detta värdet i hög grad försäljningsvärdet av verksamheten. Det är samma tanke som i det tredje synsättet som jag redogjort för. I den mån man av någon anledning vill laborera med ett särskild värde på resurserna, som exempelvis baseras på det samlade värdet av bolagets bokförda tillgångar, leder synsättet till en förenklad bild. Med en sådan modell beaktas inte de olika subjektens möjligheter och de värden som verksamheten representerar för de olika

subjekten. Exempelvis beaktas inte bolagets möjlighet att realisera verksamheten, och därmed inte sådant som värdet av den framtida avkastning som verksamheten skulle kunna ge bolaget vid en realisation av verksamheten. Att detta fjärde synsätt innebär svårigheter med den faktiska beräkningen innebär dock inte att synsättet inte kan användas. Så länge det går att göra en beräkning blir beräkningen en del av en motivering. En skadedefinition handlar om just att motivera. Frågan är bara hur väl det går att motivera varför bolagets skada skall anses motsvara skillnaden mellan värdet av resurserna och omfattningen av fordringsägarnas fordringskrav.

Vad jag vill illustrera med det fjärde synsättet är emellertid att de skadelidande subjekten genom konkursen förlorar värdet av samma resurser. Jag vill också illustrera att detta inte behöver vara avgörande för en definition av den skada de olika subjekten skall anses lida. Definitionen av bolagets skada behöver givetvis inte beakta vilken skada fordringsägarna lider. Det går att definiera bolagets skada utifrån effekterna som bolaget drabbas av, givet alternativen som bolaget hade vid en tidpunkt innan konkursen. Att fordringsägarna i konkursen tar betalt ur de resurser som bolaget hade, behöver inte ha att göra med hur vi ser på bolagets skada. Det spelar ingen roll att det handlar om samma resurser eftersom värdet av dessa är olika för de olika subjekten. Skadan kan därför definieras subjektivt trots att det handlar om samma skadegörande handling och samma resurser. Utan att härmed dra någon avgörande slutsats vill jag anmärka att detta talar för det tredje synsättet, d v s att betrakta bolagets skada som förlusten av verksamhetens värde.

Vad jag redogjort för i detta avsnitt är fyra tankemodeller kring förhållandet mellan konkursens effekter för bolaget och effekterna för de övriga subjekten. För att bestämma definitionen av bolagets skada har jag beaktat ytterligare aspekter. Jag återkommer också till frågan om huruvida det blir några beloppsmässiga skillnader mellan slutresultaten av bedömningarna med de olika modellerna.

17.6 Regleringen avser subjektens relationer

I nästa del av analysen uppmärksammar jag att skadeståndsansvaret i de olika relationerna är reglerade på olika sätt. Som nämnts utgår jag från att skadevällaren är en bank som brutit mot ett villkor i sitt avtal med bolaget. För bankens skadeståndsansvar gentemot bolaget är det nödvändigt att beakta avtalet och den kontraktuella reglering som parterna valt. Bankens skadeståndsansvar gentemot ägarna är däremot inte reglerat i avtal. Det

är inte heller bankens skadeståndsansvar gentemot fordringsägarna. De aktuella skillnaderna i reglering är betydande.

Regleringen innebär i princip att en skada som en avtalspart orsakar genom att inte prestera avtalsenligt skall ersättas gentemot avtalsmotparten. Ägarna och fordringsägarna är inte avtalspart med banken. Deras skador betraktas typiskt sett som såväl tredjemansskador som rena förmögenhets-skador. Det är väsentligt eftersom den allmänna skadeståndsregleringen innebär att ersättning då, som regel, inte skall utgå, skadeståndslagen 2:1–2. För skada som någon orsakar ett annat subjekt än en avtalspart skall ersättning i princip inte utgå.

Som framgått i föregående underavsnitt kan vissa sätt att definiera bolagets skada innebära att någon annan än bolaget får kompensation för sina skador. Det skulle i så fall innebära ett annat resultat än de följder som ovan nämnda reglering utpekar. Bolagets fordringsägare och bolagets ägare skulle då få ersättning p g a att banken inte fullgjort bankens avtal med bolaget. Det skulle innebära att bolaget får ersättning för att kunna kompensera skador som tredje man lider. I vilken mån ett bolag som gått i konkurs har anledning att vilja kompensera dessa tredje män kan ifrågasättas, men det vore förstås möjligt att konstruera en lösning med sådan innebörd, jfr nedan, avsnitt 17.7–9. Det förekommer också att närstående subjekt ges självständig rätt till ersättning när det föreligger ”konkreta och närliggande intressen” mellan den direkt skadelidande och den som lider en mer indirekt skada.⁵³⁹

Vad jag härmed gjort är att peka på en grundläggande skillnad i regleringen och på en konsekvens av denna skillnad. Skillnaden i regleringen är just grundläggande och jag menar därmed att det inte finns skäl att problematisera om regleringen verkligen skall anses ha denna innebörd. Vad jag lyfter fram i detta avsnitt är bara ett ytterligare argument för hur bolagets skada skall definieras.

Det vore dock möjligt att just problematisera vad regleringen skall anses innebära. Ett skäl är att frågan om en skadelidande skall ha rätt till ersättning för rena förmögenhets-skador inte är så klar som jag nu redovisat. Det finns fler normativa utsagor som pekar på att rena förmögenhets-skador skall ersättas i fler fall än vad som framgår av regleringen.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Se exempelvis NJA 2009 s 16 (Bravida). Håkan Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997 s 20–21, 330, 334.

⁵⁴⁰ Se exempelvis NJA 2014 s 272 (BDO Nordic), stycke 16–17. Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, 1987 s 2–5, 15–16, 19–20, 122–129, 135–142, s 231–248. Håkan Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997

17.7 Rättsdogmatisk utredning

De analyser jag gjort ovan har varit inriktade på vad de relationella förhållandena kan ha för betydelse. Att jag i de avsnitten berört vissa relevanta normer har varit ofrånkomligt. I detta avsnitt redovisar jag först vad min rättsdogmatiska utredning visar beträffande normer om ersättning i den för kapitlet centrala relationen mellan bank och bolag. Därefter tar jag upp normer som till synes kan ge anledning att beakta att bolagets relationer också påverkas.

17.7.1 Rättspraxis

I min utredning av svensk rättspraxis har jag inte funnit något avgörande från högsta instans som behandlar frågan om hur bolagets skada skall definieras när bolaget drabbas av effekterna av en konkurs.⁵⁴¹ Däremot har jag funnit några fall som handlar om förlust av verksamhet p g a förlorad lokal.⁵⁴² I dessa fall har domarna använt marknadsvärdet för verksamheten för att värdera skadan.

17.7.2 Doktrin om förlust av resurs och intrång

Bland de normer jag identifierat kan lagregeln om ”ersättning för intrång i näringsverksamhet” förefalla användbar vid en första anblick.⁵⁴³ Den är dock aktuell vid sakskada där egendom inte kan användas under viss tid. I den mån normen hade varit relevant skulle den med andra ord handla om att ersätta bolaget för att det inte kunnat utnyttja sin verksamhet alls. Vad

s 57–58. Proposition 1972:5 förslag till skadeståndslag, s 157–161. Jfr den uttryckliga lagregeln om ”synnerligen vägande skäl” i finska skadeståndslagen 31.5.1974/412 kapitel 5 § 1, se Pauli Ståhlberg och Juha Karhu, *Finsk skadeståndsrätt*, 2014 s 321–329.

⁵⁴¹ Det närmaste jag funnit är NJA 2011 s 411 (Konkursprövningen) där HD i mellandom beslutade att staten, p g a en hovrätts otillräckligt prövade beslut om konkurs och SkadestL 3:2, skulle vara ersättningskyldig mot en fysisk person ”för den skada hon kan ha lidit” till följd av hovrättens beslut att inte bifalla hennes överklagande av tingsrättens beslut. (Jfr även NJA 2007 N 19, C A Förvaltning.)

⁵⁴² NJA 2017 s 261 (Butikslokalen på Jakobsbergs sjukhus). Jfr Svea HovR T 3561-14 från 2015-03-13 (Café Lumière), och Svea HovR T 3370-13 från 2013-12-06 (Swedeport).

⁵⁴³ Jfr SkadestL 5:7 p 3. Jan Hellner, *Skadeståndsrätt*, 4 u, 1985 s 314, 9 u, med Marcus Radetzki, 9 u, 2014 s 387; ”Ersättning för intrång i näringsverksamhet blir aktuell när den skadade egendomen används i rörelse. Man får i sådant fall beräkna förlorade intäkter och uppkomna kostnader i rörelsen under tid som egendomen ej kunnat begagnas.” Marcus Radetzki, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, 2 u, 2012, s 30–31.

bolaget förlorar är den framtida avkastningen av verksamheten. Normen om ”ersättning för intrång i näringsverksamhet” avser dock just sakskada. Att använda en motsvarande skadedefinition när verksamheten går under och bolaget inte kan fortsätta verksamheten, innebär en beräkning av alla framtida vinster, med avdrag för att beloppet blir förskotterat, d v s utbetalat tidigare. En sådan beräkning skulle vara närmast spekulativ i sammanhanget. Den skulle behöva bygga på schabloner. Det bör då noteras att en sådan schablon är att de framtida vinsterna skulle kunna beräknas utifrån vad en köpare hade varit beredd att betala för verksamheten. Det skulle innebära en marknadsvärdeslösning och med andra ord en annan skadedefinition, se nedan. Hur som helst finns det inget mer precist normativt stöd för att använda lagregeln om ”ersättning för intrång i näringsverksamhet” för bolagets förlust av sin verksamhet.

De övriga normativa utsagor om förlust av resurser som jag identifierade är alla allmänna.⁵⁴⁴ Jag har inte identifierat några utsagor som ger mer precist stöd för att använda en viss skadedefinition vid ett bolags förlust av sin verksamhet. Vad jag identifierat är tre kategorier av normativa utsagor vid förlust av resurser.

En av de allmänna kategorierna av normativa utsagor vid förlust av resurser går ut på att resursen skall repareras. Med allmänna skadeståndsrättsliga principer är det då kostnaderna för att reparera den skadade resursen som motsvarar skadan. Något mer precist normativt stöd för att använda denna modell vid ett bolags förlust av sin verksamhet har jag som nämnts inte identifierat.

En annan kategori av normativa utsagor handlar om att ersätta återanskaffningskostnaderna. En sådan skulle innebära en skada som motsvarar kostnaden för att förvärva en motsvarande verksamhet. Eftersom en verksamhet är unik är detta inte vad den normen är avsedd för. Att en resurs är unik hindrar dock inte att den ändå används, men i jämförelse med exempelvis en begagnad bil som också är unik, är en verksamhet en mer komplex resurs. Verksamhetsresursens karaktär är antagligen anledningen till att det inte går att hitta normativt stöd för att använda en sådan modell vid ett bolags förlust av sin verksamhet.

⁵⁴⁴ Jfr den allmänna redogörelsen i Hellners lärobok, Skadeståndsrätt, 4 u, 1985 s 308–311, oförändrat i 9 u, 2014 s 382–385. Se exempelvis även Lindskogs tillägg i NJA 2011 s 576. Likaså Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 52–59. Ulf Persson, Skada och värde, 1953 s 262–300, 362–399, 505–513.

Den sista kategorin av allmänna normativa utsagor går ut på att ersätta det värde som resursen hade om den istället hade överlåtits. En sådan modell skulle innebära att skadan betraktades som verksamhetens marknadsvärde vid den skadegörande handlingen.

Beträffande den sista modellen identifierade jag att det finns ytterligare normer som är relevanta att beakta. Det finns relativt omfattande teorier om hur man bör bedöma en verksamhets marknadsvärde.⁵⁴⁵ Företagsvärdering är en vanlig företeelse.⁵⁴⁶ I beaktande härav kan en verksamhets värde bedömas utifrån värdet av de möjligheter som verksamheten ger en köpare. Det centrala i en verksamhets möjligheter är att generera avkastning.⁵⁴⁷ Köparen betalar för avkastningen, d v s verksamhetens möjligheter att ge vinst till köparen.⁵⁴⁸ Eftersom en verksamhet kan generera vinst på olika sätt kommer köpare och säljare emellertid även att beakta möjligheten att avveckla verksamheten och istället behålla skillnaden mellan tillgångar och skulder. Ett sådant netto utgör typiskt sett det minsta värde som en verksamhet kan anses ha vid försäljning av densamma.⁵⁴⁹ Värdet av vad ett bolag förlorar genom en konkurs blir med andra ord värdet av verksamheten i beaktande av att fordringarna blir reglerade. Även om en köpare inte kan ta över ansvaret för skulderna, utan fordringsägarnas samtycke, är detta inte ett problem i en marknadsprissättning mellan säljare och köpare. Vad som är relevant är att säljare och köpare i sin prissättning av verksamheten, beaktar att skulderna skall bli reglerade.

⁵⁴⁵ Se exempelvis Richard Hager, Värderingsrätt, 1998. Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, Företagsvärdering med fundamental analys, 2002. För det generella problemet värdering av "förvärvskapital" se Ulf Persson, Skada och värde, 1953 s 305–312.

⁵⁴⁶ Det finns ett antal företag som erbjuder tjänster inom fältet och universiteten ger kurser i just företagsvärdering inom och utom ramen för ekonomutbildningarna.

⁵⁴⁷ I sammanhanget kan Richard Hagers fråga noteras: "Avkastningskrav är ett svårgenomskådligt mysterium för juristen?", Ännu en ohållbar position?, Ytterligare teser om värdering av rörelseskada vid obefogad uppsägning av lokalhyresavtal – tio år senare, SvJT 2017 s 631, på s 636–641.

⁵⁴⁸ Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 164. Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, Företagsvärdering med fundamental analys, 2002, hela.

⁵⁴⁹ Om tillgångarna tillsammans inte har ett högre värde än vad de har var för sig har de samlade tillgångarna, d v s verksamheten, inget värde i sig. Jfr Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 164.

17.7.3 Doktrin om positiva kontraktsintresset

En ytterligare kategori av normativa utsagor är de som går ut på att hela skadan skall ersättas. Principen om att full ersättning skall utgå anses vara en allmän utgångspunkt i skadeståndssammanhang. Av vad jag redan redovisat följer att en sådan grund inte ger särskilt god uppfattning av hur konstruktionen skall se ut. Vad jag gjort är just därför att söka efter fler dogmatiska komponenter.

En norm som brukar anföras i sammanhanget är normen om ”det positiva kontraktsintresset”. De dogmer jag identifierat på detta tema är allmänna. Några normativa argument för att skadan, bolagets förlust av verksamheten, skall definieras utifrån normen om ”positivt kontraktsintresse” har jag inte funnit. Vad jag noterat är att svårigheterna med att använda en sådan norm är välkända. I KöpL valdes istället distinktionen direkt och indirekt skada, i enlighet med kontraktspraxis.⁵⁵⁰ För att ett bolag som gått i konkurs skulle försättas i samma läge som det skulle ha varit om den skadegörande handlingen aldrig inträffat skulle man behöva beakta en rad aspekter. Bolaget skulle behöva återfå en hypotetisk positiv balans mellan tillgångar och skulder. Likaså skulle bolaget behöva ersättning för kostnaderna för att återupprätta bolagets alla avtalsrelationer. Som alternativ till att återskapa förhållandena skulle bolagets förmågor kunna återställas genom att bolaget förvärvade en verksamhet med motsvarande avkastning som den gamla. Jag har inte funnit några normativa argument om en skadedefinition som vid konkurs skulle omfatta positivt kontraktsintresse. Vad jag kunnat se finns det heller inte några argument om att beakta poster av nämnt slag.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ Se exempelvis Johnny Herre, Ersättningar i köprätten, Särskilt om skadeståndsberäkning, 1996 s 411–421. Den nya distinktionen förefaller inte ens kort tid efter lagstiftningen infördes ha inneburit föreställningar om mindre svårigheter, se exempelvis Jan Ramberg, Köplagen, 1995 s 653–654. Senare Torsten Iversen, Den negative og den positive intresse, TFR 2013 s 449–474.

⁵⁵¹ Den kontraktsrättsliga litteraturen om skadeståndets omfattning, såsom Johnny Herres Ersättningar i köprätten och Torsten Iversens Erstatningsberegning i kontraktsforhold, är av förståeliga skäl avgränsad till parter som är fortsatt verksamma. De tar upp utebliven vinst, produktions- och omsättningsbortfall, ”avancetab”, ”driftstab”, ”kundetab og andre fjernere tab”, ”forskellige former for omkostninger” och skadebegränsningsskyldighet m m. Den utomkontraktuella litteraturen, såsom Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014, och Hjalmar Karlgrens Skadeståndsrätt, 1972, är förstås avgränsad i beaktande av de skador som ersätts på utomobligatorisk grund och inriktade på den skadeståndsrättsliga systematiken. Temat berörs inte heller i litteratur som är inriktad på hantering av skadans storlek, såsom Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 187–280, och Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 u, 2011.

Beträffande ytterligare normer identifierade jag allmänt inriktade argument om att en kontraktspart anses lida skada för ökade kostnader gentemot tredje man.⁵⁵² Ett bolag som efter en skadevällande handling går i konkurs kan få vissa sådana kostnader i form av skadeståndskrav som bolaget hinner betala innan konkursen beslutas. När konkursen beslutats kommer bolaget emellertid inte att betala några sådana krav. Det finns därför anledning att fråga sig om bolaget skall anses lida sådan skada i anledning av tredje mans ersättningsanspråk att den aktuella normen skall kunna användas.

På allmän nivå identifierade jag däremot argument som motsvarar dem jag redovisat i avsnitt 17.6. En skadedefinition av bolagets skada som omfattar effekterna för fordringsägarna och bolagets ägare, är inte konsistent med att relationerna är reglerade på olika sätt. Att ett bolags fordringsägare som inte själva skulle få ersättning från skadevällaren, får betalt för sina fordringar genom att skadevällarens relation med bolaget är avtalsreglerad, är inte heller konsistent med normen om ”positivt kontraktsintresse”. Bolaget skall bara återfå sin kapacitet att betala sina skulder, inte medel för att betala sina fordringar. Detta skulle förvisso innebära att fordringsägarna fått betalt i takt med att bolaget tjänat in vad som hade behövts, men det är något annat än betalning för skulderna.

Det finns anledning att understryka att vad jag pekat på i föregående stycke är bristen på normativa utsagor. Några normativa utsagor om att effekter för någon annan än det skadelidande subjektet skall omfattas i skadedefinitionen har jag inte identifierat. Denna avsaknad innebär inte att det saknas möjligheter att hävda argument på temat. Exempelvis är ett argument att det skadelidande subjektet skulle ha kunnat fullgöra sina förpliktelser om den skadevällande handlingen inte gjorts. Det går att peka på allmänna sådana normativa utsagor. En redovisning av sådana skulle emellertid kunna bli ganska omfattande. Jag har valt att inte redovisa några allmänna normativa utsagor. Vad som följer av den allmänna normen blir inte mer preciserat av en sådan redovisning. En systematisering av allmänna normativa utsagor kring det positiva kontraktsintresset tillför helt enkelt inte något i den här aktuella frågan. För att åstadkomma en lösning, eller en ”vetenskaplig rekonstruktion av rättssystemet”, behövs något mer.

⁵⁵² Se exempelvis KöpL 67 §. Torgny Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 u, 2009 s 207. Jan Ramberg och Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, 9 u, 2014, s 220.

17.7.4 Slutsatser av den rättsdogmatiska utredningen – inget klart stöd

Den rättsdogmatiska utredning jag nu redovisat ger inget klart normativt stöd för något visst sätt att definiera bolagets skada. Vad den pekar på är att verksamhetens marknadsvärde har använts som skadedefinition vid förlust av verksamhet i annat sammanhang. Den pekar också på föreställningar om hur värdering av en verksamhet kan gå till. Något normativt stöd för en annan lösning har jag inte identifierat. Det finns därför utrymme och behov av konstruktiva inslag i analysen. Från mitt perspektiv är detta jämförbart med en ”vetenskaplig rekonstruktion av rättssystemet”.⁵⁵³

17.8 Konsekvensanalys

Med de ovan redovisade delanalyserna och min rättsdogmatiska utredning har jag pekat ut möjliga alternativa skadedefinitioner. Mot bakgrund av att det just handlar om alternativ blev nästa steg i min analys att beakta tänkbara konsekvenser av alternativen. Jag börjar min presentation med konsekvenserna av en skadedefinition där förlorat marknads- eller försäljningsvärde för verksamheten anses utgöra skadan. Den rättsdogmatiska utredningen pekar i riktning mot denna modell. Redogörelsen för konsekvenserna av denna modell utgör också en bakgrund till en beskrivning av konsekvenserna av de andra skadedefinitionerna.

17.8.1 Konsekvenser av en marknadsvärdesmodell

Tanken att bolagets skada skall motsvara verksamhetens försäljningsvärde vid den skadegörande handlingen, bygger på det hypotetiska alternativet att bolaget kunde ha sålt verksamheten istället för att den hade gått i konkurs. Jag pekar i detta avsnitt ut tre olika konsekvenser av en sådan modell.

En *första konsekvens* har att göra med vem som får skadeståndet. Om bolaget får rätt till skadestånd för verksamhetens marknadsvärde kan det framstå som om fordringsägarna får del av verksamhetens och tillgångarnas värde två gånger. Först får fordringsägarna ut vad konkursförvaltaren realiserar av bolagets tillgångar inbringat. Sedan får fordringsägarna också skadeståndet som motsvarar verksamhetens marknadsvärde.

⁵⁵³ Se avsnitt 4.4 ovan.

Föreställningen i fråga är helt beroende på hur fordringsägarnas skada skall definieras. Från perspektivet att fordringsägarna skulle ha fått fullt betalt om konkursen inte inträffat är det inte särskilt märkligt att fordringsägarna får också bolagets skadestånd för verksamhetens värde innan konkursen, även om det är bolaget som utverkar detta skadestånd. Bolagets möjlighet att utverka ett sådant skadestånd kan betraktas som en latent tillgång i konkursboet. En sådan lösning är följdriktig med fordringsägarnas prioritet och faller inom ramen för den generella regeln om talerätt och redovisningsplikt i KonkL 3:10.

Konsekvensen av att fordringsägarna får företräde till bolagets skadestånd kan bli att bolaget för egen del inte får ut något av ett skadeståndsanspråk. Om en konkurs avslutas med underskott om $100 - 70 = 30$ och skadestånd för bolaget visar sig bli 20 för att verksamhetens värde var 20 innan konkursen, får fordringsägarna hela skadeståndet. Bolaget, d v s egentligen bolagets ägare, får del av skadeståndet först om bristen i konkursen var mindre eller verksamheten hade ett högre värde.

En *andra konsekvens* av att definiera bolagets skada som förlusten av verksamhetens marknadsvärde är att en talan mot en skadevällare inte kommer att föras i de fall bolagets verksamhet inte hade något värde eller endast ett litet värde. Talan kommer att föras i de fall verksamheten hade ett tillräckligt värde för att det skall vara intressant att ta risken av en process. Till sammanhanget hör att såväl bolaget som konkursboet kan föra talan om skadestånd, även om konkursboet har företräde att göra det. Incitamentet för bolaget, d v s i detta fall bolagets ägare, att föra talan kommer att påverkas av hur stor bristen i konkursen blir eftersom fordringsägarna har företräde. Eftersom bolagets skada definieras utifrån verksamhetens marknadsvärde och inte omfattar förmågan att betala sina skulder, kommer bolaget (d v s dess ägare) typiskt sett bara att föra talan om skadestånd i de fall där bolagets värde kan förväntas överträffa ett eventuellt underskott i konkursen. Fordringsägarna har däremot anledning att föra talan även om bolagets värde är mindre än så.

En *tredje konsekvens* av att bolagets skada definieras som detta marknadsvärde är ganska uppenbar. Det blir nödvändigt att göra en uppskattning av ett hypotetiskt och historiskt värde av verksamheten.

Som jag nämnt i den rättsdogmatiska utredningen är företagsvärdering en vanlig företeelse. Företagsvärdering handlar emellertid vanligtvis om värdet i nutid. Det finns som nämnts också relativt omfattande teorier om hur man bör bedöma en verksamhets marknadsvärde. Även teorierna är emellertid inriktade på annat än historiska värden. Verksamhetens marknadsvärde i

nutid bestäms av verksamhetens förmåga att ge avkastning, tillgångarna, de övriga resurserna och skulderna. Priset bestäms i beaktande av att fordringsägarna skall få fullt betalt eftersom bolaget är förpliktigt att betala fordringsägarna. Bolaget kan därför inte tillgodogöra sig tillgångarnas, resursernas och avkastningens värde utan att lösa ut fordringsägarna från deras andel av värdet. Att bedöma ett företags eller en verksamhets värde i nutid är således möjligt, men det handlar om en bedömning med mer eller mindre precision.⁵⁵⁴

De svårigheter som tillkommer vid bedömning av historiska värden har att göra med att det kan vara svårt att bortse från händelser som är kända. Att exempelvis värdera ett skrivmaskinstillverkningsbolag per den 17 januari 1985, är besvärligt eftersom det nu i efterhand inte går att bortse från att bolagets produkt, skrivmaskiner, ersattes av ordbehandlare bara några år efter denna tidpunkt. Svårigheterna kan påverka värderingen i båda riktningar. Risken för att en konkurs hade inträffat även om den skadegörande handlingen inte gjorts, kan framstå som mer påtaglig än den var. Det kan emellertid också hända att konkursrisken negligeras eftersom en förutsättning för den hypotetiska bedömningen är att bedömaren bortser från att en konkurs faktiskt inträffade. Jag återkommer till hur dessa svårigheter kan hanteras, i nästa kapitel 18. I detta avsnitt utgår jag från att det är möjligt att göra en värdering, även om det alltså kan vara besvärligare än vad man föreställer sig. En konsekvens av en marknadsvärdesmodell är således att det är förenat med vissa svårigheter att göra bedömningen.

I analysen bakom vad jag redovisar i detta avsnitt noterade jag tanken att en marknadsvärdesbedömning skulle kunna göras i beaktande av hur konkursförvaltarens realisation av bolagets tillgångar utfaller. Jag ser anledning att redovisa varför denna tanke är missriktad. Med en marknadsvärdesmodell har bedömningen av bolagets skada i princip inget alls att göra med konkursförvaltarens realisation av bolagets tillgångar. I ett visst fall menar jag dock att det ändå kan bli aktuellt att beakta konkursförvaltarens resultat. Det handlar om de fall då det blir ett överskott i konkursen. Visserligen är det typiskt sett en effekt av den tillkommande händelsen att förvaltaren lyckas särskilt väl med realisationen, men jag utvecklar i det följande varför

⁵⁵⁴ Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 163–184. Richard Hager, Ännu en ohållbar position?, Ytterligare teser om värdering av rörelseskada vid obefogad uppsägning av lokalhyresavtal – tio år senare, SvJT 2017 s 631, på s 636–641. Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, Företagsvärdering med fundamental analys, 2002.

konkursförvaltarens resultat ändå kan vara relevant att ta upp i en förklaring av skadebedömningen.

När konkursen avslutas med underskott är det tydligt att bolagets skada inte har något med av resultatet av konkursförvaltarens realisation att göra. Det går då inte att göra någon meningsfull koppling mellan verksamhetens historiska marknadsvärde och konkursförvaltarens resultat. Genom konkursen förlorar bolaget sina möjligheter i nästan alla avseenden. Fordringsägarna tar över och bolagets andel av verksamhetens värde blir beroende av att fordringsägarna får fullt betalt. Eftersom priset som konkursförvaltaren får, inte bestäms i beaktande av skulderna, blir priset ett annat än vid en ordinär realisation av verksamheten där skulderna beaktas. Detta gäller även om förvaltaren lyckas hitta en köpare av hela verksamheten och därför kan dra viss nytta av inte bara tillgångarnas värde, utan även de övriga resursernas och avkastningens värde. Skulderna beaktas inte i prissättningen vid realisation under konkurs.

Vid en uppskattning av verksamhetens värde vid den skadegörande handlingen bestäms priserna på ett annat sätt än vid konkursförvaltarens realisation. Eftersom priserna i de båda fallen bestäms på olika sätt är det inte relevant att jämföra dem. De är heller inte kopplade till varandra eftersom priserna primärt avgör storleken på olika skador för olika subjekt, bolagets skada respektive fordringsägarnas skada.

Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att sätta siffror på faktorerna. Låt säga att värdet av verksamheten innan konkurs bedöms vara 20. Detta för att tillgångarna anses vara 100 och skulderna 90 samtidigt som verksamheten bedöms ha en avkastningsförmåga som är värd 10. När fordringsägarna tagit över visar det sig att fordringsägarna får in 70 för tillgångarna eftersom förvaltaren inte kunde nå ett bättre resultat när tillgångarna såldes utan övriga icke omsättningsbara resurser. Skulderna beaktades då inte i prissättningen, men de hade innan konkursen stigit till 100. Skillnaden mellan det hypotetiska historiska värdet 20 och konkursförvaltarens pris om 70, d v s $(70 - 20 =)$ 50, är irrelevant, eftersom skulderna bara beaktas i det ena fallet och skulderna dessutom är olika stora vid de två olika tidpunkterna. Sambandet mellan tillgångar, resurser och avkastning å ena sidan och skulder å andra sidan, gällde bara förhållandena när bolaget hade kontrollen och kunde omsätta verksamheten. Det är bara då värdet av verksamheten är 20. Bolagets skada motsvarar dessa 20.

När bolaget går i konkurs tar fordringsägarnas prioritet över verksamheten. Vad som är relevant för fordringsägarnas skada är ett helt annat förhållande än verksamhetens värde innan konkursen. För fordringsägarna

är det storleken på deras fordringar i förhållande till vad konkursrealisationen ger som är avgörande. Eftersom fordringarna i exemplet var 100 och konkursförvaltarens pris var 70 (efter avdrag för realisationskostnader) blev fordringsägarnas skada $100 - 70 = 30$.

Effekterna som konkursen har för de olika subjekten är olika och därmed påverkas de på olika sätt. Eftersom subjekten påverkas på olika sätt är det heller inte korrekt att beakta att bolaget, p g a konkursen, slipper betala en del av sina skulder. Det är ingen fördel i sammanhanget.

Som nämnts går det dock att i vissa fall göra en koppling mellan bolagets skada och konkursboets realisation. Ett överskott i konkursen skulle kunna påverka bedömningen av skadan som bolaget lider. Tanken är då att om konkursrealisationen ger ett överskott, så är det en indikation på att verksamheten hade ett värde.

En fråga är då hur en sådan indikation skall ges betydelse. I den frågan blir åter det faktum att den skadegörande handlingen drabbar flera olika subjekt relevant. Denna aspekt är relevant för att bolaget inte skall bli överkompenserat. Skulle konkursboet i exemplet få ett realisationsresultat om 105 och därmed ett överskott i boet om $105 - 100 = 5$, skall bolagets skada betraktas som $20 - 5 = 15$. Annars blir bolaget överkompenserat. Eftersom överkompensation kan förefalla vara ett laddat ord finns det anledning att peka på att orsaken till att resultatet av konkursförvaltningen blir ett överskott, är en tillkommande händelse. Typiskt sett är det insatserna i en lyckosam konkursförvaltning som leder till ett överskott, inte att verksamheten hade ett så stort värde vid den skadegörande handlingen. Annars hade bolaget i princip inte försatts i konkurs, utan sålts.

17.8.2 Konsekvenser av en reparationskostnadsmodell

Som framgått ovan i detta kapitel är en föreställning att skadan som bolaget skall anses lida, skall omfatta bolagets förmåga att agera som bolag med motsvarande förutsättningar som innan den skadegörande handlingen. En skadedefinition som bygger på en sådan föreställning innebär att en rad aspekter behöver värderas.

Om bolaget skall ersättas för vad det skulle kostat att reparera verksamheten, behöver bolaget kompenseras med ett skadestånd som innebär att konkursen i princip skulle kunna upphävas och bolaget sättas i stånd att driva sin verksamhet. För att göra detta skulle de likviditets- och balansproblem som varit en förutsättning för bolagets konkurs behöva lösas. Bolaget skulle behöva tillföras ett kapital som skulle motsvara också de särskilda

anspråk som tredje man fått på bolaget i anledning av de dröjsmål och andra kontraktsbrott som bolaget gjort sig skyldigt till genom konkursen. Likaså skulle skadan omfatta bolagets kostnader för att återskapa relationerna med sina avtalsparter. Därtill skulle bolaget behöva ett kapital som ger bolaget förmåga att betala sina skulder. Eftersom förmågan att betala skulderna beror på bolagets förmåga att generera positiva kassaflöden är det denna förmåga som bolaget behöver återfå.

Att efter en konkurs återskapa förmågan att betala just de skulder som bolaget hade vid konkurstillfället blir i praktiken svårt att åstadkomma utan att faktiskt betala skulderna. I varje fall behöver de skulder som även utan konkursen skulle ha förfallit vid tidpunkten för reparationen, kunna betalas. Några rättsliga möjligheter att göra åtskillnad mellan sådana skulder och skulder som förfallit p g a konkursen, följer inte av någon reglering. I princip skulle en reparation av verksamheten därför innebära att bolagets skada skulle behöva inkludera bolagets skulder. Det stämmer mindre väl ihop med att bolagets skada snarare är förlusten av bolagets *förmåga* att betala sina skulder, än omfattningen av skulderna i sig.

Kostnaderna för att reparera verksamheten på ett sätt som innebär att bolagets skulder blir betalda är delvis enkel att beräkna. Det är någorlunda enkelt att beräkna de totala fordringskraven i konkursen. Kostnaderna för att återskapa likviditet- och balansförhållanden på en motsvarande nivå som innan den skadegörande handlingen bör också gå att beräkna, om än att vissa skillnader behöver accepteras. Möjligen är det däremot svårare att beräkna kostnaderna för att återetablera bolagets relationer med tredje män. De har typiskt sett anpassat sig till konkursen och skaffat sig nya samarbetsvägar. Härmed inte sagt att det vore omöjligt. Kostnaderna för att skaffa samarbeten och avtal går att beräkna utifrån kalkyler över hur mycket företag brukar lägga ner på sådant. Även om de gamla samarbetsparterna inte är intresserade går det typiskt sett att skaffa ersättningssamarbeten och avtal som ersätter de gamla, och kostnaderna för detta borde gå att beräkna. Givetvis går det inte att "reparera" verksamheten så att den blir densamma som den var, men det går möjligen att, med viss svårighet, laborera med en hypotetisk motsvarighet.

Låt säga att tillgångarna, som i exemplet i föregående avsnitt, anses vara 100 och skulderna 90 vid konkursen, men att skulderna stigit till 100 innan konkursen. Värdet av verksamheten innan konkurs bedöms vara 20, delvis eftersom verksamheten anses ha haft en avkastningsförmåga som är värd 10. Att reparera bolagets verksamhet skulle ha kostat 100 för betalning av skulderna. Under den hypotetiska förutsättningen att betalningen av

skulderna skulle innebära att bolaget återfår tillgångarna, skulle bolaget ändå ha kostnader för att etablera samarbeten och avtal som i kombination med tillgångarna ger en avkastning om den tidigare nivån av 10. Kostnaden för att etablera dessa samarbeten och avtal, antas här vara 5. Det blir totalt $100 + 5 = 105$ i reparationskostnader. Från detta belopp behöver dras ett belopp som ger en motsvarande finansiering som verksamheten hade innan, d v s en skuldsättning om 90 % av tillgångarna, d v s i detta fall 90. Något annat skulle innebära att verksamheten skulle vara helt och hållet finansierad med eget kapital och en sådan verksamhet skulle typiskt sett vara betydligt bättre än den verksamhet som gick i konkurs. Kostnaderna för finansieringen antas vara 1. Totalt handlar det därmed om $100 + 5 + 1 = 106$ i kostnader. Den hypotetiska reparationskostnaden skulle i denna enkla illustration bli $106 - 90 = 16$.

I den mån konkursboet redan hunnit realisera alla tillgångarna blir reparationskostnaden typiskt sett högre. Då behövs ett belopp som även täcker den kreditförlust som fordringsägarna gjort till följd av att netto-realiseringsresultatet i konkursen visade sig bli 70. Bolaget får då anskaffa motsvarande tillgångar på marknaden för 100 och reparationskostnaden blir därmed $100 - 70 = 30$ högre, d v s $30 + 16 = 46$. Om skadan beräknas på detta vis är det dock närmast en definitionsfråga om det kanske istället för reparation bör anses handla om återanskaffning. Både tillgångar och övriga resurser har ju just återanskaffats.

Av vad jag redovisat följer att en reparationskostnadsmodell omfattar flera hypotetiska steg. Likaså följer att det inte är klart om en reparationskostnadsmodell skulle skilja sig från en återanskaffningsmodell eftersom reparationen i praktiken inte skulle bli av.

17.8.3 Konsekvenser av en återanskaffningskostnadsmodell

För ett bolag som gått i konkurs är det möjligt att återanskaffa verksamheten genom att starta ett nytt bolag som förvärvar verksamhetens tillgångar och resurser, från konkursboet. Genom att starta ett nytt bolag kan likviditets- och balansaspekterna hanteras från en ny utgångspunkt. Ett nytt bolag slipper betala det gamla bolagets skulder. Därmed slipper bolaget kostnaderna för särskilda anspråk i anledning av dröjsmål och andra kontraktsbrott. Det nya bolaget har heller inte större kostnader för att etablera nya avtalsrelationer än vad det gamla skulle ha eftersom motparterna är lika lite förpliktigade att avtala med endera bolag.

Kostnaderna för att återanskaffa skulle motsvara kostnaderna för att köpa verksamheten från konkursboet. Låt säga att kostnaderna för ett sådant köp blev 75. Därtill kommer kostnader för att bilda och registrera ett bolag, men jag bortser från dem. Däremot antar jag att kostnaderna för att etablera nya avtalsrelationer är 5, för att nå den tidigare nivån av avkastning om 10. Totalt handlar det om $75 + 5 = 80$. Från detta belopp behöver emellertid dras ett belopp som motsvarar den tidigare verksamhetens externa finansiering och skuldsättning. Låt säga att förhållandena för bolaget innan konkursen bedöms ha varit att tillgångarna var 100 och skulderna 90. Eftersom skulderna i det tidigare bolaget var 90 % av tillgångarna skulle en motsvarande skuldsättningsgrad för verksamheten som kostade 80 bli 72. Om kostnaderna för att skaffa denna kredit antas vara 1 skulle återanskaffningskostnaden därmed kunna sägas bli $(80 + 1) - 72 = 9$.

Som jämförelse finns det anledning att räkna med kostnaderna om priset som det nya bolaget får betala till konkursboet motsvarar vad som antagits vara tillgångarnas värde innan konkursen. I exemplet ovan skulle det handla om 100. Om det nya bolaget får betala 100 för tillgångarna, 5 för nya avtalsrelationer, 1 för att skaffa en motsvarande kredit, och krediten blir 90, så blir återanskaffningskostnaden $(100 + 5 + 1) - 90 = 16$.

Vad en faktisk återanskaffningskostnad skulle bli beror givetvis på omständigheterna. Den återanskaffningskostnad jag illustrerat här avser den specifika verksamheten och kostnaden för att återfå vad som så långt som möjligt motsvarar den specifika tidigare verksamheten genom utköp från konkursboet.

Resultatet av en återanskaffning av den specifika tidigare verksamheten kan jämföras med vad det skulle kosta att skaffa en annan motsvarande verksamhet som ger ägarna motsvarande lönsamhet, och motsvarande avkastning. Vilket som blir den minst kostsamma återanskaffningen kan förstås variera.

Oavsett hur återanskaffningen går till blir det dock givetvis inte samma verksamhet som tidigare. Vad jag beskriver är att det möjligen, med viss svårighet skulle gå att laborera med en hypotetisk motsvarighet. Med alternativet att bolagets ägare köper ut verksamheten från konkursboet pekar jag på en i praktiken förekommande företeelse och en särskild anledning till att beakta just detta alternativ.

17.8.4 Jämförelse och antaganden om konsekvenser

I de tre underavsnitten ovan har jag redovisat antaganden om vissa konsekvenser av tre olika modeller för att definiera bolagets skada. Utifrån vad jag redovisat går det att göra vissa påpekanden och antaganden.

Jag har nämnt att jag antar att en reparation eller en återanskaffning inte skulle leda till att bolaget, eller bolagets ägare, får samma verksamhet som tidigare. Skillnaden skulle kunna motivera en marknadsvärdeslösning. Samtidigt är bedömningen av en verksamhets marknadsvärde en så pass inexact operation att det inte nödvändigtvis behöver anses avgörande att en reparationskostnads- eller återanskaffningskostnadsberäkning kommer att avse en annan verksamhet än den som bolaget hade.

En relevant aspekt är vidare i vilken mån en marknadsvärdeslösning egentligen skiljer sig från reparationskostnad eller återanskaffning. Av vad jag redovisat går det inte att dra någon slutsats om huruvida den ena eller andra modellen ger ett större eller mindre värde än någon av de andra. Vad som blir det lägsta eller högsta värdet beror helt på omständigheterna. Intressant är också att marknadsvärdet skulle kunna anses motsvara vad det skulle kosta att förvärva en motsvarande verksamhet på marknaden. Visserligen handlar skadan om marknadsvärdet vid tidpunkten för den skadegörande handlingen, och en återanskaffning av en motsvarande verksamhet om priset på marknaden vid ett senare tillfälle, men förutsatt att prisbilden på marknaden inte förändrats handlar det om ungefär samma nivå. Givet nivån på precision när det gäller bedömning av en verksamhets historiska marknadsvärde förefaller det inte vara någon avgörande skillnad.

Principiellt sett förefaller det dock finnas skillnader mellan marknadsvärde, reparation och återanskaffning. Det går också att göra vissa antaganden om vilket värde som typiskt sett blir högst eller lägst, om än att det blir mycket generella antaganden.

Ett antagande är att verksamhetens marknadsvärde antagligen är lägre än kostnaderna för reparation. I det omvända fallet skulle det nämligen annars ha varit rationellt för ägarna att, istället för konkurs, antingen själva investera i verksamheten eller sälja den. Dessa möjligheter står visserligen inte alltid öppna eftersom ägarna kanske inte har kapaciteten att agera på sådant vis, men typiskt sett får reparationskostnaderna antas vara högre än marknadsvärdet.

Ett annat antagande är att den återanskaffningskostnad som bolaget, eller egentligen bolagets ägare, får, om de köper ut verksamheten från konkurs-

boet, är lägre än kostnaderna för reparation. Kostnaderna för reparation blir högre av främst det skälet att det blir nödvändigt att betala bolagets skulder.

Ett tredje antagande är att återanskaffningskostnaden av verksamheten efter konkurs är högre än marknadsvärdet av verksamheten innan konkurs. Antagandet bygger på att det är mer kostsamt att bygga upp de resurser som gått förlorade i konkursen, än att bibehålla dessa resurser i en fungerande verksamhet. Visserligen kan en fördel med återanskaffning vara att verksamheten slipper en del belastningar, men om det finns betydande sådana är marknadsvärdet av verksamheten därmed lågt.

Utifrån nämnda antaganden skulle marknadsvärdet således typiskt sett vara det lägsta av de värden som de här redovisade modellerna ger. En skadefinition som bygger på denna modell skulle därmed ge bolaget lägst skadestånd, typiskt sett.

Härtill kommer att bolaget inte nödvändigtvis skulle få marknadsvärdet som skadestånd i de fall det anses ha varit mindre kostsamt för bolaget att ”reparera” verksamheten eller återanskaffa den för en lägre kostnad. Det kan då hävdas att bolaget, d v s dess ägare, borde ha valt att göra detta och att bolaget därför inte skall få ersättning för marknadsvärdet, utan för det lägre beloppet som åtgärderna hade kostat.

17.9 Relevansen av syftet med skadestånd

Mot bakgrund av vad jag redovisat framstår frågan om vilken skada ett bolag lider av att gå i konkurs, som besvärlig att besvara. Det går att peka på att marknadsvärdet av verksamheten vid den skadegörande handlingen är ett någorlunda bestämt värde. Att bedöma vad alternativen reparation eller återanskaffning skall innebära i ett visst fall, förefaller ge ett mindre bestämt värde. Om det enda kriteriet för att besvara frågan vore graden av precision skulle därför marknadsvärdet vara att föredra.

Frågan om vilken skada ett bolag lider av att gå i konkurs handlar emellertid bara i liten mån om vilken skada bolaget faktiskt lider, utan i hög grad om den normativa aspekten om hur stort skadestånd som skall kunna utgå för att ett bolag drabbas av konkurs. När frågan hanteras från ett sådant perspektiv framträder de normativa och de värdebaserade aspekterna av problemet tydligare. En central aspekt är då vad syftet med ett skadestånd skall vara när ett bolag går i konkurs.

17.9.1 Syftet att reparera eller att försätta skadelidande i samma situation som om skadan aldrig inträffat

En tanke om syftet med ett skadestånd är att det skall reparera skadan och försätta bolaget, eller åtminstone dess ägare, i samma position som de skulle ha varit om den skadegörande handlingen aldrig gjorts. En marknadsvärdeslösning skulle kunna passa för detta syfte. Som jag nämnt i föregående avsnitt skulle marknadsvärdet, med viss brist på precision och bortsett från prisfluktuationer på marknaden, kunna anses motsvara priset för en återanskaffning av en motsvarande verksamhet. Eftersom en verksamhet är ett instrument för att generera avkastning skulle marknadsvärdet därmed försätta bolaget, eller åtminstone bolagets ägare, i en motsvarande position som innan den skadegörande handlingen. Ett problem med detta tänkesätt är dock precisionen. Verksamheter är i princip unika och det är svårt bedöma att en verksamhet motsvarar en annan.

Marknadsvärdeslösningen kan jämföras med hur väl en reparationslösning skulle kunna tänkas fungera i förhållande till syftet att reparera eller att försätta skadelidande i samma situation som om skadan aldrig inträffat. Jag antar då att problemet med precision gäller även en reparationslösning. Att beräkna återanskaffningskostnaden utifrån vad det skulle ha kostat ägarna att starta och finansiera ett nytt bolag som förvärvat verksamheten från konkursboet, blir en i hög grad hypotetisk beräkning. Det går dock inte att utesluta att det i jämförelse skulle vara en mer relevant beräkningsmetod om syftet är att reparera skadan.

Ett särskilt problem med att reparera skadan är hur som helst att ett skadestånd till bolaget inte i första hand kommer bolaget till godo. Så länge skadeståndet hanteras som en tillgång i konkursen blir det i första hand fordringsägarna som får nytta av skadeståndet. Bolaget och dess ägare får nöja sig med vad som eventuellt blir kvar efter att fordringsägarna fått betalt. För att skadeståndet skall uppfylla ett reparativt syfte behöver fordringsägarna sakna företräde avseende skadeståndet, eller så behöver skadeståndet ökas så att det omfattar även fordringsägarnas kreditförluster i konkursen. Att utesluta fordringsägarna från företräde går inte ihop med den reglering som ger fordringsägarna företräde. Alternativet att ge fordringsägarna ersättning för deras kreditförluster för att uppfylla ett reparativt syfte i förhållande till bolaget, leder, som framgått av tidigare avsnitt, till kompensation av en annan skada än bolagets skada. Om syftet med skadeståndet skall vara reparation för bolaget i sådan mån att bolaget, eller dess ägare, skall hamna i motsvarande position som innan den skadegörande handlingen, är det

förstås möjligt att definiera bolagets skada på sådant vis. Att fordringsägare som stått en affärsmässig risk för kreditförlust ändå blir kompenserade får då betraktas som en bieffekt. En konsekvens av en sådan linje är att skadestånden vid en konkurs blir större än bolagets skada, men vad som är ”skada” är förstås just en definitionsfråga.

Vad som är relevant att beakta i sammanhanget är dock att en lösning som ger fordringsägarna betalt för sina kreditförluster också kan antas ha andra effekter. En sådan effekt är att konkursboet får ett särskilt incitament att kräva skadestånd för bolagets räkning. Om bolagets egen skada anses vara det förlorade marknadsvärdet av verksamheten, och detta värde anses ha varit försumbart lågt, kan fordringsägarna ha incitament att för konkursboets räkning kräva skadestånd för att det ger ersättning för kreditförluster som är mer betydande. Förhållandena kan illustreras med exemplet att bolagets marknadsvärde anses ha varit 3 och kreditförlusterna i konkursen 30.

En annan, och ännu mer relevant effekt, blir tydligare om illustrationen också får en enhet bakom siffrorna, såsom 3 kr och 30 miljoner kronor. Marknadsvärdet för en verksamhet skulle nämligen, även i de fall verksamheten anses i princip värdelös kunna vara en struntsumma, såsom 3 kr, eftersom någon kan vara beredd att betala just en struntsumma. Även om en verksamhet eller ett bolag är konkursmässigt skulle en köpare kunna vara intresserad av vissa tillgångar som köparen, innan konkursen, skulle kunna köpa ut från verksamheten för ett pris som gör att transaktionen inte blir återvinningsbar. Att köparen sedan får besväret att stå som ägare av verksamheten i en konkurs är ett besvär som en köpare kan vara beredd att acceptera. Köparen kan föredra detta alternativ framför att köpa ut motsvarande tillgångar i konkursen. Marknadsvärdet skulle därför kunna vara just en struntsumma, såsom 3 kr.

Jag menar att de nämnda effekterna är sådana att det blir svårt att både motivera och använda en skadedefinition för bolagets skada som ger fordringsägarna betalt för sina kreditförluster. Den bieffekt som betalningen av kreditförlusterna skulle vara, utifrån tanken att reparera bolagets skada, skulle inte framstå som en bieffekt. Betalningen av kreditförlusterna skulle i en del fall bli huvudsaken. Givet storleken på kreditförluster i anledning av konkurs och givet värdet på företaget som går i konkurs efter en banks uppsägning av kredit, skulle kreditförlusterna sannolikt bli huvudsaken i de allra flesta fall.

Till saken hör vidare att en skadedefinition som skulle omfatta att en skadevällande avtalspart skulle behöva betala kreditförlusterna för att kunna kompensera den skadelidande, knappast skulle undgå parternas uppmärk-

samhet vid ingående av avtalet. Även med ett antagande att risken för skadeståndsskyldighet är liten, skulle en bank sannolikt inte vilja stå en sådan risk. Bolaget skulle heller inte vilja betala den premie som banken skulle vilja ta ut för att acceptera risken. En skadedefinition som innebär att även kreditförlusterna skulle behöva betalas, skulle därtill antagligen regelmässigt avtalas bort så länge den inte vore tvingande.⁵⁵⁵

17.9.2 Syftet att säkra avtalets fullgörande

Ett annat syfte med skadestånd i kontraktsförhållanden skulle kunna vara att säkra fullgörandet av parternas förpliktelser i ett ingånget avtal.⁵⁵⁶ I sammanhanget kontokredit från bank till bolag skulle ett sådant skadestånd kunna handla om att avhålla banken från att inte prestera i enlighet med avtalet. Vilka uttryck detta syfte skall ta sig rent konkret finns det anledning att fundera över. Utan anspråk på att redovisa annat än en tanke för den aktuella framställningens skull, vill jag dock peka på möjligheten att det skulle kunna handla om att sanktionen skall överträffa fördelen av att låta bli att prestera. För att avhålla en bank från detta behövs i princip en sanktion som innebär större förlust än den banken skulle drabbas av om banken presterade, d v s tillät bolaget att utnyttja kontokrediten. Om bolaget hade möjlighet att ta ut 10 och risken som banken stod för att bolaget inte kan betala tillbaka var 10 %, skulle skadeståndet behöva vara minst 1. I varje fall skulle ett skadestånd om minst 10 vara tillräckligt eftersom det motsvarar förlusten som banken skulle kunna göra om risken faller ut.

Som framgått av den rättsdogmatiska utredningen har jag inte redovisat något stöd för att definiera skadan på ett sätt som motsvarar det här aktuella syftet. Att definiera skadan utifrån detta syfte är heller inte nödvändigt. Det avgörande är att skadeståndet åtminstone är så stort att det säkrar avtalets fullgörande och förmår banken att prestera även om den skulle föredra att bryta avtalet.

Eftersom kontokreditförhållanden mellan en bank och ett bolag kan skifta, är det möjligt att ett skadestånd som bestäms till bolagets marknads-

⁵⁵⁵ Bankernas avtal för kontokredit innehåller idag friskrivningar för bankerna från ansvar för indirekta skador.

⁵⁵⁶ Vilket HD angivit som syfte med skadeståndssanktionen i kontraktsförhållanden, se NJA 2014 s 760 (Cargo Center) stycke 6. Se även Johnny Herre, Ersättningar i köprätten, Särskilt om skadeståndsberäkning, 1996 s 301, med hänvisning till E. Allan Farnsworth. Jfr även Torsten Iversen, Erstatningsberægning i kontraktsforhold, 2000, som just inriktar sin studie av ersättningsberäkning på ”ikke-opfyldelse af aftaler”, se undertiteln och s 26–29.

värde, inte uppfyller syftet att säkra avtalets fullgörande. Om bolaget är värt 5 och kontokrediten ger bolaget möjlighet att ta ut 10, kan banken ha anledning att föredra skadeståndet framför en 51-procentig risk att inte få tillbaka kreditbeloppet. Det hör dock till bankens roll att anpassa villkoren så att företag med litet värde får begränsade krediter. Likaså hör det till bankens roll att se till att villkoren är sådana att banken har möjlighet att säga upp och spärra kontokredit när riskerna för konkurs är beaktansvärda. Jag gör därför antagandet att ett skadestånd som motsvarar bolagets marknadsvärde typiskt sett är tillräckligt för att säkra fullgörandet av parternas förpliktelser i ett ingånget avtal. Eftersom jag antagit att reparations- eller återanskaffningskostnaderna kan vara såväl högre som lägre än marknadsvärdet, skulle syftet att säkra avtalets fullgörande emellertid kunna uppfyllas med endera av de tre skademodellerna.

17.9.3 Syftets relevans i förhållande till andra relevanta faktorer

Frågorna om storleken på bolagets skada och hur stort skadestånd som skall kunna utgå för att ett bolag drabbas av konkurs, avgörs inte enbart av vilket syfte skadeståndssanktionen ges. Som framgått är det främst fordringsägarnas företrädare som leder till att ett reparativt syfte inte kan nås fullt ut. Att detta syfte inte kan nås utesluter inte en användning av en reparations- eller återanskaffningskostnadsmodell. Visserligen är målet med reparation och återanskaffning just att nå ett reparativt syfte, men det skulle gå att använda dessa modeller även för ett syfte som att säkra avtalets fullgörande. För att avgöra vilken av modellerna som skall användas behöver därför ytterligare faktorer beaktas.

En faktor är härvid skadeståndsrättsliga föreställningar om att återanskaffning bara skall vara aktuellt om det finns objekt som är likvärdiga med det som skadats.⁵⁵⁷ Eftersom en verksamhet är unik skulle det därmed inte finnas anledning att beakta återanskaffningskostnader. Det finns motsvarande föreställningar om reparation. Om reparationen innebär att det reparerade blir något annat än vad det var innan det skadades, skall reparationskostnader inte vara avgörande.⁵⁵⁸

Vad jag redovisat om återanskaffning ovan, pekar emellertid på att det vid konkurs finns möjligheter att återskapa verksamheten. Att köpa ut de omsättningsbara delarna av verksamheten från konkursboet är rent av en

⁵⁵⁷ Jfr Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 382–385.

⁵⁵⁸ Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 385.

relativt ordinär åtgärd. Det faktum att det då inte är bolaget som återanskaffar verksamheten, utan bolagets ägare, är en svårighet i sammanhanget. Denna aspekt behöver dock inte nödvändigtvis vara avgörande för en skadedefinition som avser bolaget. Det handlar om att värdera en skada och att bestämma hur stort skadestånd det skadelidande bolaget skall ha. Att beräkna skadeståndet utifrån kostnaderna för att köpa ut verksamheten och skaffa en motsvarande finansiering som i det gamla bolaget, skulle vara möjligt. Det är vad jag redovisat ovan.

På motsvarande sätt skulle reparation kunna vara en möjlig beräkningsmodell vid konkurs. Att beräkna de kostnader som konkursen orsakat i syfte att reversera händelseförloppet skulle kunna vara möjligt. I detta fall skulle det dock handla om en rent teoretisk operation. Någon praktik för reparation av verksamheter finns inte. Vad som förekommer i praktiken är utköp av verksamheten från konkursboet. Att reparera en verksamhet till något som kan betraktas som motsvarande skick blir en teoretisk operation. I hög grad blir det också en subjektiv sådan. Dessa karaktäristika utgör en betydande svårighet i sammanhanget.

De svårigheter med att använda återanskaffnings- och reparationsmodellerna som jag nu pekat på, behöver beaktas i ett normativt ställningstagande om skademodell. I kombination med att reparation och återanskaffning därtill är motiverat främst av reparativa skäl, framstår marknadsvärdesmodellen som den mest användbara. Marknadsvärdesmodellen innebär visserligen också svårigheter med att bedöma ett hypotetiskt historiskt värde av verksamheten, men omsättning av verksamhet är en i praktiken förekommande företeelse, och den är direkt kopplad till det subjekt som lider skadan.

17.10 Reflektioner kring resultatet

Resultatet som jag lägger fram i detta kapitel är som nämnts att bolagets skada skall anses vara förlusten av bolagets verksamhet, och att denna skada skall bedömas utifrån verksamhetens försäljnings- eller marknadsvärde innan konkursen. Jag har nått detta resultat främst genom överväganden kring konsekvenser och i beaktande av de aktuella relationerna. Både detta faktum och det faktum att jag endast i begränsad mån nått resultatet genom att systematisera dogmatiska utsagor, ger mig anledning att reflektera över det kvalitativa momentet i vad jag gjort.

En reflektion kring det kreativa momentet har att göra med vad andra forskare i förmögenhetsrätt gör. Såvitt jag kunnat se har ingen forskare ställt

frågan tidigare. En bidragande orsak till detta kan vara att frågan skär över olika underkategorier av förmögenhetsrätten. Själv har jag uppmärksammat frågan för att jag använt en resultatnriktning. Mitt kunskapsintresse har inte varit avgränsat av föreställningar om ämneskategorier. Det är en anledning till att min insats möjligen kan skilja sig från vad förmögenhetsrättsliga forskare brukar göra.

Att insatsen möjligen avviker från vad förmögenhetsrättsliga forskare brukar göra är dock inte skäl för mig att betrakta den som något som inte uppfyller min målbild av "forskningsresultat". Det är heller inte skäl för andra att betrakta den som något annat än en förmögenhetsrättslig forskningsinsats. Den saken behöver bedömas också på andra grunder. Likaså behöver den bedömas utifrån vad jag faktiskt gjort, inte bara utifrån vad jag själv, eller andra, brukar göra.

Vad jag gjort illustrerar resultatnriktningens inverkan i forskningsprocessen. Jag har formulerat frågan, och delat upp analysen i olika delar, för att jag föreställt mig att olika metoder skulle kunna bli användbara. På detta sätt har jag kunnat klargöra sådant som relationer och samband, som inte nödvändigtvis hade blivit klargjort med en annan ansats. Jag har också redovisat hur jag gjort. Det har jag redovisat på ett sätt som jag menar tillför aspekter jämfört med exempelvis en traditionell rättdogmatisk ansats.

Vad jag åstadkommit är en normativ utsaga om objektet. Det är förstås något som andra forskare i förmögenhetsrätt traditionellt åstadkommer. Vad jag åstadkommit är dock inte heller denna gång någon utsaga om "gällande rätt". Jag har inget anspråk på att en rättstillämpare skall följa min utsaga. Mitt anspråk är att den skall uppfattas som relevant. Vad jag gjort är nämligen att tillföra kunskap kring forskningsfrågan. Att resultatet bygger på enkla förnuftsmässiga överväganden innebär inte att jag inte tillfört något med min insats. En motivering till varför ett bolags skada av konkurs skall anses vara verksamhetens försäljningsvärde, har potential att tillföra något.

Vad jag gjort i detta avseende skiljer sig dock i ett avseende inte från den traditionella rättdogmatiska insatsen. Upphovsmannen till den traditionella dogmatiska utsagan kan nämligen i realiteten inte heller göra anspråk på mer än att rättstillämpare skall uppfatta den som relevant. En rättstillämpare skulle ha lika lite eller mycket "rätt" eller "fel" om han eller hon konstruerar sitt beslut med hjälp av mitt resultat, en dogmatisk utsaga om "gällande rätt" eller vad författaren kanske kallar en "vetenskaplig rekonstruktion av rättssystemet". De klargöranden jag gjort kring relationer och samband kan förekomma i samtliga fall, men i min insats är det en självklar del.

Vad jag just hävdade om ”rätt” och ”fel” går det förstås att ha olika uppfattningar om. Kanske finns det läsare som menar att det föreligger kvalitativa skillnader av ett eller annat slag. Jag ser också själv sådana, i olika kvalitativa riktningar. I förhållande till just frågan om rätt eller fel har jag dock svårt att undvika en tanke. Tanken är att det kan finnas läsare som ser skillnader mellan det jag gjort och det andra gjort, för att jag i relativt hög grad förklarar hur jag gör. Kanske är det jag gjort jämförbart med att en illusionist, en sk magiker, berättar hur varje trick går till?⁵⁵⁹ Onekligen skulle illusionistens show då bli mindre intressant och mindre märkvärdig. Jag föredrar själv att inte få veta sådant. När en illusionists uppträder vill jag uppleva just illusionen. Jag föredrar därför det sedvanliga formatet när det just handlar om en sådan show. Det innebär emellertid att jag medvetet avstår från att fullfölja ett kunskapsintresse som jag i och för sig anser relevant.

Vad som kan skilja min insats från en traditionell rättsdogmatisk insats har hur som helst att göra med min resultatnriktade forskningsprocess. Som nämnts har jag formulerat frågan och jag delat upp analysen i olika delar för att jag föreställt mig att olika metoder skulle kunna bli användbara. Jag har gjort detta på ett sätt som ger en mer reell förklaring än vad en traditionellt dogmatisk insats typiskt sett tenderar att ge. Det beror på att kunskapsintresset bakom de olika insatserna är olika, jämför avsnitt 2.2.

Så långt mina reflektioner kring hur det jag gjort kan jämföras med vad en del andra forskare i förmögenhetsrätt gör. Jag menar härmed inte att det jag gjort håller högre kvalitet än en traditionell insats. Det är heller inte en insats som jag vill framhålla som ett framstående exempel på vad en resultatnriktning kan leda till. I sak är det jag gjort nämligen inte alls märkvärdigt. Som jag nämnt i inledningen av boken använder jag de exempel jag valt i denna bok för att illustrera. Min avsikt är att illustrera i flera olika avseenden. Vad gäller min insats i detta kapitel vill jag inte lyfta fram den särskilt. Jag menar emellertid inte heller att insatsen håller låg kvalitet. Relativt sett är det en begränsad insats vad gäller redovisning av rättsdogmatisk utredning, beroende på skäl som jag nämnt. I andra avseenden är insatsen emellertid mer långtgående, relativt sett. Kapitlet är därför ett bidrag till det budskap jag har med boken och vad jag åstadkommit är relevant för förståelsen av skadan vid bolags konkurs.

I mina reflektioner kring om detta resultat överensstämmer med min målbild beaktar jag att min rättsdogmatiska utredning indikerar att det saknas

⁵⁵⁹ Jag väljer liknelsen mot bakgrund av liknelsen i Mats Glavå och Ulf Petrusson, *Illusionen om rätten*, 2002 s 109–151.

tidigare dogmer i den specifika frågan om skadan av just konkurs. Sätillvida skulle resultatet kunna anses tillföra tidigare okänd kunskap. Samtidigt är det emellertid fråga om ett resultat som ligger nära till hands för åtminstone expertisen i skadeståndsrätt. En reaktion skulle också kunna vara att det helt enkelt inte finns något annat värde att gå på än försäljningsvärdet. Det kan anses självklart att en verksamhet är unik och därmed inte kan återanskaffas, och likaså att en verksamhet är så dynamisk att den inte går att reparera till något som kan betraktas som motsvarande skick. Eftersom detta ligger i linje med allmänna föreställningar om hur sakskada hanteras skulle det resultat jag åstadkommit kunna betraktas som en enkel tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Vad som talar för att det ändå skulle finnas anledning att beskriva vad jag gjort som något nytt, är att jag konstruerat en förklaring. Jag har förklarat varför bolagets skada inte skall omfatta även fordringsägarnas skada. Likaså har jag förklarat varför en ersättning till bolaget inte heller indirekt skall innebära att fordringsägarnas skada skall ersättas. Motsvarande skulle med allmänna skadeståndsrättsliga principer visserligen kunna anses följa av en strikt åtskillnad mellan subjekten, men det är i så fall en motivering av annan karaktär än den jag givit. Min motivering består delvis av motsvarande åtskillnad, men också av en konsekvensanalys. Även om konsekvensanalysen inte är särskilt märkvärdig har jag inte sett att någon tidigare redovisat en liknande. Möjligen utgör min motivering därför något nytt, eller med andra ord tidigare okänd kunskap.

Jag menar att jag har nått resultatet genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Den rättsdogmatiska utredningen har följt gängse sätt att undersöka rättskällorna. Jag har använt databaser för praxis och de övriga källor som går att hitta med relevanta sökord. Därtill har jag på sedvanligt sätt gått igenom all skadeståndsrättslig litteratur som jag antagit kunna vara relevant. När det gäller analysen har jag angripit temat utifrån flera infallsvinklar. Den strukturering jag gjort mellan de olika skadelidandes skador bygger på att jag hållit isär de olika relationerna. Konsekvensanalyserna som jag gjort bygger dels på antaganden som jag gjort om hur de inblandade subjekten kommer att agera utifrån de handlingsalternativ de har i vissa situationer, och dels på antaganden om vilken hantering bedömnarna ställs inför givet olika lösningsalternativ. I denna del skulle jag kunna ha arbetat mer systematiskt än vad jag gjort, men jag har arbetat utifrån vad jag identifierat som mest relevant i dessa avseenden.

En reflektion som jag gör i anledning av problemets principiella karaktär, är om jag borde ha gjort mer för att skaffa information om motsvarande

problem förekommer i andra rättsordningar. I den mån det finns motsvarande resultat och förklaringar avseende andra rättsordningar är min insats dock inte något särskilt beaktansvärt bidrag. Denna reflektion leder dock knappast någon vart om jag också betänker att jag gjort min analys och min utredning för svenska förhållanden. Därmed kan jag försvara min insats med att den förhåller till det mänskliga vetandet om svenska förhållanden. I den mån jag åstadkommit något tänker jag att jag har berikat det mänskliga vetandet om svenska förhållanden. Hur relevant detta är i min målbild beror på vad jag hade kunnat hitta.

Oavsett att det möjligen finns en motsvarande analys avseende utländska förhållanden, menar jag att mitt resultat motsvarar den målbild för ”forskningsresultat” som jag ställt upp. Vad jag åstadkommit är en förklaring till varför skadan vid konkurs i skadeståndsrättsliga sammanhang bör definieras på sätt som jag föreslår. Denna förklaring är dock underbyggd på ett sätt som gör att jag betraktar resultatet som en normativ utsaga. Med detta menar jag som nämnt inte mer än att den är relevant. I varje fall är den minst lika relevant som vad en traditionell rättsdogmatisk utsaga skulle vara i sammanhanget.

18 (N) Bedömning och bevisning avseende skada vid konkurs

I detta kapitel redovisar jag en insats som jag menar i hög grad beror på att jag arbetat med en resultatnriktad forskningsprocess. Denna process har givit mig incitament att intressera mig för vissa samband kring bevisförhållanden och ställa en forskningsfråga som kan leda till annan kunskap än vad som är vanligt att förmögenhetsrättslig forskning åstadkommer. Resultatnriktningen kan bidra till att forskare, utifrån andra än traditionella utgångspunkter, söker kunskap utifrån vad som verkar intressant att veta. Jag vill med detta kapitel särskilt illustrera hur en resultatnriktning kan ge incitament att tänka sig annat än traditionella förmögenhetsrättsliga resultat.

Med detta sagt vill jag påpeka att det jag gjort ändå ligger nära de traditionella resultat som kan nås med systematiseringsanalyser. Det förekommer att sådana analyser handlar om huruvida det finns ett reellt utrymme för att använda en viss norm, i beaktande av de andra normer som också är relevanta i ett visst sammanhang.⁵⁶⁰ Vad jag redovisar här är en logisk slutsats om vissa bevisförhållanden. Den kan användas för att förstå vad som alls är relevant att utreda.

⁵⁶⁰ Ett tydligt uttryck för detta finns redan i underrubriken till min artikel Claes Martinson, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över än efter vatten?, JT 1992–93 s 436. För samma tema se: Folke Grauers, Fastighetsköp, Juristförlaget i Lund, 21 u, 2016 s 222–234, 213–214, och 20 u, 2012 s 232–245, 223–224. Folke Grauers, Upplysningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder, JT 2006–07 s 890–906. Att frågor som dessa lätt kan vara beroende av perspektivet se Torgny Håstad, Säljarens upplysningsplikt, JT 1992–93 s 607–619. Torgny Håstad, Säljarens upplysningsplikt vid överlåtelse av fast egendom, JT 2007–08 s 41–46. Christina Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, Juristförlaget Stockholm, 1993. Jon Kihlman, Fel, Handelshögskolan i Stockholm, 1999, särskilt s 183–185. Notera NJA 2001 s 155 (Den polsktillverkade båten) och NJA 2007 s 86 (Motocrossbanefallet).

18.1 Forskningsfrågan – hur värdera en skada av att bolaget går i konkurs?

Temat för detta kapitel anknyter till det föregående. Den tänkta kontexten är även här en skada i anledning av att en bank avtalsvidrigt spärrat en kontokredit för ett bolag som är kund i banken. I föregående kapitel har jag redovisat resultatet att bolagets skada skall anses vara marknadsvärdet av bolagets verksamhet. Detta innebär att ett hypotetiskt historiskt värde behöver bedömas. I den mån det fanns flera konkreta bud på verksamheten är det lätt att göra bedömningen. Eftersom detta kan antas tillhöra ovanligheterna är det dock vanligtvis mer besvärligt att göra bedömningen. Det råder typiskt sett betydande osäkerhet om värdet.

Forskningsfrågan i detta kapitel är hur en skada skall värderas under vissa förutsättningar? Det handlar om att ett bolag gått i konkurs, om att det råder osäkerhet om vad marknadsvärdet av bolagets verksamhet var vid den skadegörande handlingen, och om att bolagets företrädare sett sig föranledda att försätta bolaget i konkurs. Forskningsfrågan går ut på att undersöka samband kring bevisförhållanden i ett visst avseende.

Jag avgränsar forskningsfrågan genom att utgå från att bolagets företrädare aktivt valt konkurs. Valet kan dock lika gärna vara en följd av passivitet. Bolagets företrädare kan ha valt att inte agera för att undvika just konkurs. Det är därför fråga om generella förhållanden som i olika grad blir aktuella varje gång ett kontokreditavtal sägs upp på ett avtalsvidrigt sätt och bolaget går i konkurs.

Skälet till att jag gjorde antagandet att det i forskningsfrågan skulle gå att nå ett resultat som motsvarar min målbild, var att jag noterat svårigheterna med företagsvärdering. Jag hade också noterat att värdering av företag i kris inte fått särskilt stort intresse i värderingssammanhang. I kombination med att jag därtill noterat att företagsvärdering är beroende av de alternativ som bolagets ägare har, och mina insikter om att dessa alternativ är beroende av insolvensregleringen, föreföll forskningsfrågan kunna leda till ett intressant resultat.

18.2 Resultat (N) – det finns i bevishänseende anledning att värdera en skada utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs

Resultatet som jag nått i denna del är att det i bevishänseende finns anledning att värdera en skada utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs. När bolagets företrädare valt alternativet konkurs och inte något av alternativen, är detta en betydelsefull faktor i bedömningen av skadans storlek, d v s vad som var verksamhetens värde. Denna faktor är så viktig att det finns anledning att betrakta förhållandena med utgångspunkt i att verksamheten inte hade något värde.

Resultatet förefaller förhoppningsvis plausibelt. Den intressanta delen av forskningsinsatsen är därför förklaringen, snarare än resultatet i sig. Det handlar om en samlad kunskap om förhållandena som i sig ger särskild förståelse.

Det finns anledning att notera att jag har ett annat anspråk än ett normativt. Mitt resultat innebär inte att jag gör anspråk på att bevisfrågorna skall hanteras med den utgångspunkt jag pekar ut. Resultatet kan rent av användas för att med stöd av andra argument dra en helt annan slutsats i normativt hänseende. Exempelvis skulle min insats kunna användas för att peka på att det blir nödvändigt med bevislätnader, eller kanske rent av med en schablon som avgör hur skador skall värderas i dessa sammanhang. För detta krävs dock just en normativt inriktad insats där en eller annan sådan norm blir resultatet. Huruvida en sådan insats behöver göras av lagstifaren, eller om den kan göras av någon annan, låter jag vara osagt. Jag har nämligen inte tagit mig an den frågan. Något jag kan peka på är dock att det förefaller enkelt att reglera saken i de i sammanhanget förekommande standardavtalen.

18.3 Metoder – beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys och rättsdogmatisk utredning

Jag kom fram till resultatet genom en analys av hur rationella företrädare för ett bolag skulle agera i en situation där banken spärrat bolagets kontokredit. I denna analys använde jag gängse antaganden i ekonomisk analys. Således beaktade jag sådant som vem som är bäst informerad, kostnaderna för att alla inte är lika informerade, kostnaderna för att hitta motparter på marknaden och över huvud taget vad som brukar kallas transaktionskostnader.

Jag började med att analysera vilka konsekvenser en spärrad kontokredit har för ett bolag och vilka valmöjligheter som företrädarna ställs inför.

Därefter utredde jag allmänna föreställningar om företagsvärdering och konstaterade att det kan vara förenat med betydande svårigheter att bedöma ett hypotetiskt värde av en verksamhet för en viss historisk tidpunkt. Nästa steg i analysen blev att försöka identifiera vilka faktorer som typiskt sett är kända i de aktuella sammanhangen. I samband med denna kartläggning identifierade jag också faktorer som inte är kända, men som ändå kan indikera något om verksamhetens historiska värde. Min redovisning av analysen nedan följer en annan ordning. Jag inleder nedan med min utredning kring bedömningssvårigheterna.

Jag gjorde härutöver en begränsad rättsdogmatisk utredning kring regleringen av bevisning.

Liksom i föregående kapitel har jag utgått från att den relevanta tidpunkten för bedömning av marknadsvärdet skall vara tidpunkten för den skadegörande handlingen. Jag har inte närmare undersökt denna aspekt.⁵⁶¹

18.4 Bedömningssvårigheterna vid värdering i efterhand

Det finns anledning att inledningsvis peka på att de är svårt att bedöma en verksamhets marknadsvärde. För att med säkerhet avgöra värdet är det i princip nödvändigt genomföra en realisation av densamma. Det finns inte någon marknad där alla verksamheters värde noteras. Börsen och liknande marknadsplatser handlar bara med andelar i bolag och omfattar bara en del av bolagen. Villkoren vid verksamhetsöverlåtelse är i mycket hög grad beroende av de specifika förhållandena. Inte minst viktigt är att det relevant att beakta vilka garantier och vilken riskfördelning som parterna kommer överens om. Det är också rent generellt svårt att göra värderingar av vad företag egentligen är värda.⁵⁶² Att dessutom göra en hypotetisk värdering en verksamhets försäljningsvärde vid en historisk tidpunkt är särskilt besvärligt. Det blir med nödvändighet därför en skönsmässig uppskattning.⁵⁶³

Det eventuella överskott som bolaget kan få ut vid en verksamhetsöverlåtelse kan förstås beräknas utifrån en kalkyl över skillnaden mellan tillgångar

⁵⁶¹ Jfr som i föregående kapitel Richard Hager, *Värderingsrätt*, 1998 s 55, som anger ”tidpunkten för skadan”, och jfr s 69, och Richard Hager, *Ännu en ohållbar position?*, Ytterligare teser om värdering av rörelseskada vid obefogad uppsägning av lokalhyresavtal – tio år senare, SvJT 2017 s 631, på s 641–645.

⁵⁶² Se exempelvis SOU 2014:52 Resolution s 811–821 som visserligen handlar om värdering av finansiella företag men också just om värdering av företag i kris och därtill om värdering utifrån reglering på högre nivå (EU-direktiv).

⁵⁶³ Richard Hager, *Värderingsrätt*, 1998 s 170–171.

och skulder. Trots att en sådan beräkning behöver bygga på bedömningar av de olika tillgångarnas marknadsvärde, och inte på redovisade värden i bokföringen, ger resultatet av beräkningen inte ett värde på verksamheten som är användbart utan kompletterande analyser.⁵⁶⁴ Verksamheten utgör en helhet av tillgångar och rutiner som fungerar tillsammans. För en köpare har det ett värde att köparen slipper sätta samman tillgångar och rutiner till något som skall fungera. Hårtill kommer att bolaget bakom verksamheten har relationer med andra subjekt och en rad andra resurser som inte har ett omsättningsvärde. Att verksamheten har dessa egenskaper och resurser kan vara något som en köpare är beredd att betala särskilt för. I en del fall kan det omvända också vara fallet. Det finns förstås också risker för verksamheten som kan påverka försäljningspriset. Riskerna kan vara knutna till avtalsförbindelser (som köparen här antas ta över), belastningar kring möjligheterna att hantera verksamheten (såsom exempelvis de arbetsrättsliga reglerna om verksamhetsövergång), andra icke rättsliga relationer, marknadsutvecklingen inom verksamhetens sfär och verksamhetens förmåga att utvärda svårigheter, såsom svängningar i likviditetsflödet och omförhandlingar med avtalsparter. Alla dessa faktorer påverkar försäljningspriset för en verksamhet eftersom detta är vad en verksamhet består av. Att en del av resurserna endast med svårighet kan omsättas utan att omsätta bolaget med tillhörande verksamhet är en tillkommande svårighet i värderingen. När det handlar om en värdering av skada i form av förlorad verksamhet är det dock relevant.

Vad jag beskrivit är att försäljningspriset i hög grad handlar om vilken förväntan en köpare har kring vad verksamheten kan leda till. Om köpare tror att verksamheten, i beaktande av allt det nämnda, kan användas för att generera vinst, kommer köparen att betala ett positivt försäljningspris. Försäljningspriset kan därför bedömas utifrån vad den köpare som hade högst förväntningar förväntar sig att de framtida vinsterna kommer att vara. Detta kan också uttryckas med termen avkastningsvärdering och beräknas med olika diskonteringsmodeller.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 77. Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, Företagsvärdering med fundamental analys, 2002, hela.

⁵⁶⁵ Se exempelvis Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, Företagsvärdering med fundamental analys, 2002, s 45. Det finns härutöver anledning att räkna med ännu fler modeller, se Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 76–78, 163–186. Hager konkluderar, s 184: ”I en mening kan man mena att det enda som skiljer en substansvärdering, likvidationsvärdering och en avkastningsvärdering åt är det tidsperspektiv som används och att de därför samtliga söker avkastningen ur respektive tidsperspektiv, även om avkastningen kommer s a s innehålla olika delar beroende på metod.”

Att göra en bedömning av det hypotetiska värdet av en verksamhet vid en viss historisk tidpunkt är med andra ord besvärligt. Några av de faktorer som behöver beaktas handlar om framtida förväntningar vars utfall är känt vid en tidpunkt längre fram i tiden. De är därmed svåra att bortse ifrån i bedömningen. Att göra en närmare beräkning av ett hypotetiskt värde utifrån en viss information för en viss verksamhet kräver därför en rad ställningstaganden kring hur olika faktorer skall bedömas. Jag har redan i föregående kapitel nämnt att det kan vara mycket svårt för bedömaren att bortse från vad som blivit känt i efterhand, fram till bedömningstillfället. Att vända tillbaka till ett datum och därifrån göra en analys om verksamhetens värde för framtiden, ger en osäker bedömning. Det går dock att göra mer eller mindre tillförlitliga bedömningar. För att försöka göra en så tillförlitlig bedömning av värdet som möjligt finns det anledning att ta fasta på kända faktorer och dra slutsatser av dem.⁵⁶⁶

18.5 Betydelsen av bolagsföreträdarnas val

En av de kända faktorerna i en skadebedömning efter spärrande av kontokredit är hur parterna agerat. Om bolagets företrädare valt att försätta bolaget i konkurs är detta val en känd faktor. Frågan är vad detta val indikerar. Hur tänkte företrädarna vid den tidpunkt de valde att försätta bolaget i konkurs? Har valet något att göra med det antagande som behöver göras om marknadens förväntningar om framtida vinster?

För att besvara dessa frågor behöver först klargöras vari valmöjligheterna består. En banks spärrande av en kontokredit ställer bolagets företrädare och ägare inför i princip två alternativ till konkurs. Ett alternativ är att åtgärda likviditetsproblemet. Det kan företrädarna göra genom att skaffa kredit på kreditmarknaden, kapital genom gamla eller nya ägares tillskott, eller genom anstånd från tidigare fordringsägare. Ett annat alternativ är företagsrekonstruktion.

⁵⁶⁶ I ekonomiska framställningar om värdering kommer vikten av att ta fasta på kända faktorer till uttryck i förekomsten av flera modeller för värdering där olika modeller anses relevanta för olika syften och dessutom är avsedda att komplettera varandra. Se exempelvis Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, *Företagsvärdering med fundamental analys*, 2002, hela. I juridiken handlar det om ett mer öppet normativt förhållningssätt där juridiska avvägningar kring bevisning, bevisbörda och beviskrav behöver användas. Se exempelvis Richard Hager, *Värderingsrätt*, 1998 s 332–338.

Jag bör anmärka att jag med valmöjligheter menar principiella valmöjligheter. Som kommer att framgå kan valmöjligheterna i praktiken vara begränsade. Konkurs kan vara den enda möjligheten.⁵⁶⁷

18.5.1 Valmöjligheten att skaffa likviditet

Genom kreditmarknaden finns det en reguljär marknad som erbjuder lösningar på likviditetsproblem. I princip är kostnaderna för att lösa ett likviditetsproblem kostnaden för att skaffa likvider till den risknivå som bolaget kan erbjuda. Risknivån påverkas av vilket utrymme bolaget har att ställa säkerhet, men i princip är det bolagets möjligheter att göra förtjänst som avgör. De möjligheterna avgör nivån av risk för att inte klara av att återbetala krediten. Ett bolag med låg risk får en låg kostnad för att lösa likviditetsproblemet. Ett företag med hög risk får en hög kostnad.

I en del fall är det svårt att lösa likviditetsproblemet genom kreditmarknaden. Det beror på att det är förenat med transaktionskostnader att hitta en motpart på marknaden. Att hitta en kreditgivare kräver vissa arbetsinsatser och tid. Beroende på vilken nivå av kreditrisk som bolaget innebär kan det vara mer eller mindre lätt att hitta en motpart. Kreditrisken påverkas inte minst av vilket utrymme att ställa säkerhet som bolaget har. Har bolaget sådant utrymme blir kreditrisken typiskt sett begränsad till nivåer som är marknadsmässiga. Saknar bolaget sådan möjlighet kan risken för att bolaget inte kan betala krediten bli så stor att det i princip blir omöjligt att hitta en kreditgivare. Riskpremien blir för hög. Den ränta som bolaget behöver betala kan bli så hög att det går att konstatera att bolaget inte självt kommer att klara av att göra förtjänster på en nivå som behövs för att betala. Dessutom kan höga räntenivåer möta legala hinder. Krediter till alltför hög risk skall helt enkelt inte förekomma på kreditmarknaden. En del av alla likviditetsproblem kan därför inte lösas för ett marknadsmässigt pris, via kreditmarknaden.

Ett alternativ till att skaffa likviditet via kreditmarknaden är kapitaltillskott från ägarna. Även detta är en fråga om marknadsagerande. När bolaget har likviditetsbehov ställs ägarna inför valet att öka sitt risktagande i bolaget i utbyte mot framtida förtjänster, eller att investera sitt kapital i något annat. När de nuvarande ägarna saknar ytterligare kapital att investera

⁵⁶⁷ Författarna av SOU 2013:6 Att förebygga och hantera finansiella kriser, gör i förbigående antagandet att "låntagare som får sin kredit uppsagd av en bank [kan] få svårt att finna nya kreditgivare", och att detta kan leda till konkurs, s 380–381.

behöver kapitaltillskottet komma från en ny ägare. Genom marknaden för verksamhetsöverlåtelse finns det möjlighet för bolaget att få likviditet. Så länge verksamheten har ett större värde än likviditetstillskottet finns det i princip en köpare som är beredd att skjuta till kapital för att lösa likviditetsproblemet. Förutsatt att de gamla ägarna är rationella är de också alltså beredda att sälja så länge de inte kan lösa likviditetsproblemen på annat sätt. Utan lösning på likviditetsproblemen klarar bolaget sig nämligen inte och då förlorar ägarna vad de annars hade kunnat få ut genom en försäljning. Det är bättre för dem att få ut ett belopp än inget alls. Även denna lösning är dock förenad med transaktionskostnader och tidsutdräkt för att hitta en köpare. Eftersom en köpare inte har lika god information om bolaget som ägarna vill köparen dessutom kompensera sig för detta genom priset. Ägarna kan därför ha svårt att acceptera det pris som köpare på marknaden erbjuder. Därför står inte heller lösningen kapitaltillskott öppen i alla fall av likviditetsproblem.

Den tredje åtgärden för att hantera det likviditetsproblem som en uppsägning från banken orsakar, är att utverka anstånd från fordringsägarna. På detta sätt kan bolagets betalningsskyldighet förskjutas i tiden. Problemet kan sedan lösas genom att bolaget får inkomster innan det måste betala skulderna. I princip är detta en variant av att skaffa kredit på kreditmarknaden. En uppgörelse med fordringsägarna innebär att bolaget får utökad kredit i utbyte mot något. Kostnaderna för att lösa likviditetsproblemet på detta sätt består i detta utbyte. De består också i transaktionskostnaderna för att nå överenskommelserna. Liksom lösningen att skaffa likviditet på kreditmarknaden står anståndslösningen inte öppen i en del fall.

18.5.2 Valmöjligheten företagsrekonstruktion

I den mån ett företag har svårt att lösa sina likviditetsproblem genom kredit, kapitaltillskott eller anstånd, har bolaget möjlighet att använda företagsrekonstruktion. Företagsrekonstruktion kan också användas för att hantera balansproblem. Det kan antas att kostnaderna för företagsrekonstruktion typiskt sett är större än kostnaderna när bolaget löser problemen utan ett sådant förfarande. Detta beror bland annat på att åtgärderna är mer omfattande och inkluderar särskilda kostnader, såsom arvode till rekonstruktören. En företagsrekonstruktion kan dock vara ett billigare alternativ i de fall där kostnaderna för att skaffa kredit på kreditmarknaden, eller kapitaltillskott genom ny ägare, är oöverstigliga. Så är fallet när bolaget innebär stor risk

för att en kredit inte kan återbetalas, eller ett kapitaltillskott inte förväntas ge något i utbyte.

En annan anledning till att företagsrekonstruktionsförfarandet kan vara ett mindre kostsamt alternativ än lösningarna kredit, kapitaltillskott eller anstånd, är att rekonstruktion ger bolaget kraftfullare verktyg för att nå framgång. Lönegarantin ger exempelvis hjälp med viss del av likviditetsbehoven. De balansproblem som kan ha uppstått kan i en del fall lösas genom ackord. Därtill ger en rekonstruktion möjligheter i form av mer tid och rekonstruktörens expertis. Därmed ökar bolagets möjligheter att hantera skadan.

18.5.3 Förutsättningarna för val

Efter att ha beaktat vilka valmöjligheter som rent tekniskt kan stå till buds för bolagets företrädare och ägare blir det nödvändigt att beakta förutsättningarna för deras val.

En rimligt antagande är att bolagets företrädare och ägare är bäst informerade av alla på marknaden beträffande bolagets egenskaper och förutsättningar. Därmed är de också de bäst informerade om verksamhetens värde. Det är också rimligt att anta att bolagets företrädare och ägare inte har anledning att underskatta värdet av verksamheten. För ägarna har bolaget ofta ett affektionsvärde som grundas i exempelvis sociala relationer förbundna med verksamheten. Det kan också handla om förhoppningar, plikt känslor och de psykologiska låsningarna kring s k sunk costs.⁵⁶⁸ Företrädarna och ägarna kan därför snarare antas ha en tendens att överskatta verksamhetens värde än tvärt om. De tenderar antagligen att agera som om verksamheten är något värd. Ett skäl till att företrädarna och ägarna i vissa fall ändå agerar som om verksamheten inte är något värd är dock att de inte nödvändigtvis agerar rationellt i sitt beslutsfattande. Eftersom de är i en pressad situation kan de agera irrationellt. Jag har beaktat detta, men i det följande har jag inledningsvis utgått från att de är rationella. Bolagets företrädare och ägare är tills vidare de som är bäst informerade och även de som utifrån denna information fattar det beslut som är rationellt att fatta.

När bolagets företrädare och ägare väljer alternativ undviker de med nödvändighet alternativ för vilka de bedömer kostnaderna som oöverstigliga. De försöker inte skaffa kredit på kreditmarknaden, kapital genom gamla eller

⁵⁶⁸ Se exempelvis Hal R Arkes och Catherine Blumer, *The psychology of sunk costs*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1985 s 124–140.

nya ägares tillskott, eller anstånd från tidigare fordringsägare om de vet att priset blir för högt eller transaktionskostnaderna gör det omöjligt på den tid som står till förfogande. De försöker heller inte med företagsrekonstruktion om de bedömer att förutsättningarna att lyckas är för små, trots de särskilda verktyg för att hantera problemen som en företagsrekonstruktion ger.⁵⁶⁹

I den mån bolagets företrädare bedömer att något av de två nämnda alternativen står öppet föredrar bolaget kredit på kreditmarknaden, kapital genom gamla eller nya ägares tillskott, eller anstånd från tidigare fordringsägare när de vet att priset blir lägre än priset för rekonstruktion. När bolagets ägare värderar bolaget högre än vad en köpare gör kommer ägarna dock att föredra rekonstruktion framför kapitaltillskott till bolaget i utbyte mot ägarskifte.

I valet mellan de två nämnda alternativen och det tredje alternativet konkurs kommer ett rationellt agerande bolag att välja konkurs i sista hand. Det är ett självklart val framför alternativet konkurs eftersom konkurs innebär att bolaget förlorar allt värde som bolaget kunde tänkas ha. I de två övriga alternativen har bolagets företrädare och ägare möjlighet att få ett bättre utfall än genom konkurs.

Uttryckt på ett annat sätt konstaterar jag att bolaget bara gör ett annat val än konkurs så länge bolagets verksamhet har ett sådant värde att kostnaderna för alternativen antas vara lägre än verksamhetens värde. Detta kan förklaras med i princip samma skäl som att en ägare av en krockad bil inte låter reparera en bil för mer än vad bilen är värd. Eftersom såväl bilar som företag kan ha affektionsvärde kan valet i praktiken givetvis bli ett annat, men det är i så fall inte fråga om ett ekonomiskt rationellt val.

I de fall de rationella bolagsföreträdarna väljer alternativet konkurs beror det följaktligen på att bolagets verksamhet har ett sådant värde att kostnaderna för alternativen, såsom en rekonstruktion, antas överstiga verksamhetens värde. Ett sådant val kan i praktiken visserligen baseras på andra faktorer, såsom att de inblandade mår dåligt, inte orkar mer, eller är oroliga för företrädaransvar, men det är i så fall inte ett ekonomiskt rationellt val. Vad gäller företrädaransvaret beror det på att ansökan om företagsrekonstruktion i stort sett ger samma möjligheter att undvika ansvar som en

⁵⁶⁹ Ett grundantagande som jag härvid utgår från är att företagsrekonstruktion även i praktiken ger förutsättningar att hantera problemen. Det skall förstås vara målsättningen med sådana regler, se exempelvis Nordic-Baltic Insolvency Network, *Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law*, 2016 s 13–14.

konkursansökan.⁵⁷⁰ Härtill behöver bolaget ha uteslutit de andra möjligheter som en rekonstruktion ger i form av exempelvis ackord, hävningsförbud, lönegaranti och ytterligare rådrum för att få till stånd kapitaltillskott.

18.5.4 Inträffad konkurs är en betydelsefull faktor i bedömningen

En slutsats är att beslutsfattarna för ett bolag väljer alternativet konkurs om verksamheten har ett lägre värde än kostnaderna för alternativen, såsom rekonstruktion. Verksamhetens värde är då så lågt att det inte går att hitta en ny ägare d v s en köpare av verksamheten på marknaden för verksamheter. Det går inte ens med de möjligheter som en rekonstruktion ger i form av mer tid och rekonstruktörens hjälp. Eftersom varje pris som är högre än noll, är bättre än alternativet konkurs, är verksamheten värd antingen noll, lägre än noll, eller högst så mycket högre än noll att det på sin höjd motsvarar transaktionskostnaderna för att hitta en köpare på marknaden. Så snart verksamhetens värde är högre än transaktionskostnaderna för att hitta en köpare på marknaden, väljer bolaget detta alternativ, eller rekonstruktion.

Utifrån denna slutsats finns det anledning att i en skadevärdering utgå från att verksamheten saknade värde när det är en känd faktor att bolagets företrädare valt att försätta bolaget i konkurs. Det faktum att bolaget gått i konkurs är helt enkelt en betydelsefull faktor i bedömningen. De som var bäst informerade om verksamhetens värde, och som samtidigt inte hade anledning att underskatta värdet, har faktiskt värderat verksamheten till ett sådant värde att de valde konkurs.

18.5.5 Den övre gränsen för värdet (skadans storlek)

Det faktum att konkurs framstod som det bästa alternativet och att utgångspunkten är att verksamheten saknade värde, innebär dock inte att verksamheten faktiskt saknade värde. Verksamheten kan ha haft ett positivt värde. Så länge företrädarna agerat rationellt kan detta värde emellertid inte ha varit högre än transaktionskostnaderna för att hitta en köpare av verksamheten på marknaden, alternativt kostnaderna för att rekonstruera bolaget, vilket

⁵⁷⁰ Se dock beträffande skillnader, Arvid Weimers, Företrädaransvar för skatt – en potentiell skattebov, En analys av företrädaransvarsrättsliga risker vid företagsrekonstruktion, Examensarbete vid Juridiska institutionen Handelshögskolan GU, Ht 2016.

som än är lägst. Frågan blir då vad dessa kostnader kan antas ha varit och hur det skall gå till att bedöma dem.

Kostnaderna för att ansöka om företagsrekonstruktion går att uppskatta med viss säkerhet. De är jämförbara med kostnaderna för att ansöka om konkurs. De ytterligare effekter som följer med de två olika förfarandena skiljer sig åt, men det går att uppskatta kostnaderna för en rekonstruktion utifrån uppgifter och erfarenheter avseende andra bolag.⁵⁷¹

Kostnaderna för att hitta en köpare är svårare att uppskatta än kostnaderna för rekonstruktion. Att sälja en verksamhet är vanligtvis en tidskrävande process där det är av stor vikt att köparen har möjlighet att få förtroende för den information han får om verksamheten. Något sådant är antagligen sällan möjligt att åstadkomma för företag i ekonomisk kris. Eftersom ett rekonstruktionsbeslut ger bolaget visst rådrum kan möjligheterna att hitta en köpare emellertid påverkas genom en sådan åtgärd.

Efter denna redogörelse behöver jag göra en anmärkning. Det finns nämligen en tredje form av transaktionskostnader som kan vara relevanta och det är kostnaderna för att skaffa annan kredit. Jag har hittills inte nämnt dessa som alternativ eftersom jag gör antagandet att transaktionskostnaderna för en annan kredit är så höga att denna lösning sällan står öppen när bolagets bank har spärrat kontokrediten och tiden att agera är knapp.⁵⁷² I de fall bolaget kan erbjuda säkerhet för en ny kredit skulle det dock gå att någotsånär bedöma kostnaderna. Kostnaden för sådan kredit är känd eftersom det finns noteringar om marknadsmässiga räntor från tid till annan. Handlar det om ett bolag som har utrymme att erbjuda säkerheter för krediterna blir räntenivåerna inte enbart kopplade till risknivån i bolaget. Visserligen föredrar kreditgivare på kreditmarknaden att inte behöva ta säkerheter i anspråk, men det får antas att de, när de får säkerhet, är så pass mycket mer benägna att ge kredit även till ett riskfyllt bolag, att räntenivån bör hamna på en nivå som förekommer på marknaden. Eftersom det går att uppskatta såväl räntan som transaktionskostnaderna för att skaffa en marknadsmässig kredit på kreditmarknaden, går det att någorlunda bedöma kostnaden för ett av de alternativ som bolaget valde bort. Huruvida ett bolag har utrymme att

⁵⁷¹ En enkel undersökning bland rekonstruktörer antyder att det handlar minst 250 000 kr för en rekonstruktion, även om 1 mkr också nämns som en mer vanlig minsta kostnad. Beträffande konkurskostnader se exempelvis Karin Thorburn, *Konkurs med auktion*, 1999 s 100, på s 106–108. Stefan Sundgren, *Konkurser och företagsrekonstruktioner*, 1999 s 61, på s 70–71.

⁵⁷² En enkel undersökning bland bankmän som arbetar med företagskrediter antyder att det är mycket ovanligt att en bank accepterar en ny kund under sådana omständigheter, d v s när företaget fått sin kontokredit spärrad av sin bank.

erbjuda säkerhet är emellertid en faktor som i princip kan vara lika lite känd som det hypotetiska värdet av tillgångarna vid den historiska tidpunkten. Det beror på att det handlar om att värdera säkerheternas historiska värde.

Vad jag pekat på i detta avsnitt är en övre gräns för värdet av verksamheten och något om hur denna kan användas för att bedöma värdet. Härutöver finns det emellertid ytterligare faktorer att beakta. Först redovisar jag emellertid något om relevansen av risken för irrationellt handlande.

18.6 Relevansen av risken för irrationellt handlande

Vad jag presenterat i föregående avsnitt är i princip vad jag inledningsvis i kapitlet framhållit som resultatet av analysen. Resultatet bygger på antaganden om att de beskrivna marknadsmekanismerna fungerar perfekt, som det brukar heta i ekonomiska analyser.⁵⁷³ Eftersom det finns en rad faktorer som kan komplicera bilden har jag också beaktat ytterligare faktorer.⁵⁷⁴

Slutsatsen om skadans storlek när bolaget valt alternativet konkurs bygger som nämnts på antaganden om att bolaget agerar rationellt och välinformerat. Som framgått är storleken på transaktionskostnaderna också av betydelse. Båda dessa aspekter har att göra med att en marknadsprissättning inte fungerar på det perfekta sätt som förutsätts för att nå en teoretisk slutsats som den jag presenterat ovan. När en part tvingats ut på marknaden utan att det annars hade blivit aktuellt, kan man därför fråga sig om rätten skall kompensera för marknads brister.⁵⁷⁵ Det skulle kunna handla om att kompensera för att bolaget gjorde en felaktig värdering av verksamhetens värde i förhållande till kostnaderna för att rädda verksamheten. Ett bolag som valde alternativet konkurs gjorde i så fall det valet på felaktig grund. Det felaktiga beslutet skulle kunna ha fattats på grund av otillräcklig information, ekonomiskt irrationella bevekelsegrunder, psykisk störning, eller liknande.

För att möjliggöra att rätten kompenserar för marknads brister i dessa avseenden blir det nödvändigt att försöka identifiera om det finns faktorer som pekar på att bolagets företrädare agerade rationellt eller irrationellt. Eftersom det i första hand är kända faktorer som är relevanta är det av

⁵⁷³ Se exempelvis Thomas Cooter och Robert Ulen, *Law & Economics*, 6 u, 2016 s 38.

⁵⁷⁴ Jfr generellt exempelvis Neil Komesar, *In Search of a General Approach to Legal Analysis: a Comparative Institutional Alternative*, *Michigan Law Review*, 1981 s 1350–1392.

⁵⁷⁵ Vilket är en idé som används för att beskriva rättens roll, se exempelvis Robert Cooter och Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6 u, 2016 s 91–94.

intresse att identifiera sådana. Även frånvaron av sådana faktorer är av vikt eftersom utgångspunkten bör vara att företrädarna agerat rationellt.

En faktor som kan vara aktuell är exempelvis att bolagets företrädare var oinformerade om vissa fakta som går att peka ut. Det kan handla om att bolagets företrädare var okunniga om handlingsalternativen och exempelvis inte trodde att företagsrekonstruktion var ett alternativ som lagstiftningen ger. Likaså kan det handla om att bolagets företrädare agerade på ekonomiskt irrationella bevekelsegrunder, för att de var stressade, ledsna eller inte mäktade med att arbeta vidare.⁵⁷⁶ Om rätten skall användas för att kompensera för marknadens brister i dessa avseenden behöver dessa faktorer kunna beaktas i skadebedömningen. Det är då emellertid principiellt betydelsefullt att notera att ingen av dessa kända faktorer indikerar något om verksamhetens värde. Faktorerna innebär bara att det är möjligt att bolagets val av alternativet konkurs *kan* ha varit felaktigt. För att verksamheten skall värderas till något annat än den ovan redovisade slutsatsen av bolagets val behövs faktorer som har direkt betydelse för värdet av verksamheten.

I den mån det går att påvisa irrationellt agerande från bolagets företrädare blir det nödvändigt att bedöma om rätten skall användas för att kompensera för det aktuella agerandet.⁵⁷⁷ Att bolagets företrädare var okunniga om handlingsalternativ som rekonstruktion, är exempelvis något som det finns anledning att låta bolaget stå risken för. Likaså kan det vara relevant att låta bolaget stå risken för att företrädarna är oinformerade eller utarbetade. Det uttryckliga rättsliga stöd som finns för att godta irrationellt beteende är som bekant främst regler om agerande under inflytande under psykisk störning. Dessa rättsliga grunder avser förhållandet till en avtalspart.⁵⁷⁸

18.7 Kända faktorer som indikerar något direkt om värdet

En annan kategori av kända faktorer är de som på ett direkt sätt indikerar något om vad verksamhetens värde var. Bland dessa kända faktorer är en vilken avkastning bolaget gav vid den relevanta tidpunkten. Eftersom avkastningsförmågan bara är relevant i en framtidsinriktad bedömning av en verksamhets värde är den historiska lönsamheten inte avgörande, men

⁵⁷⁶ Jfr Ann-Mari Sellerberg, Fyra olika förhållningssätt i konkurs – en typologi, i Gratzer/Sjögren, Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, 1999 s 287–316.

⁵⁷⁷ Det handlar som nämnts om en förklaringsmodell i ekonomisk teori, Robert Cooter och Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6 u, 2016 s 91–94, här även s 342–343.

⁵⁷⁸ Lag 1924:323 om verkan av avtal, som slutits under påverkan av psykisk störning.

den kan indikera vilken förväntan en hypotetisk köpare kan ha haft beträffande framtida avkastning.⁵⁷⁹ Om bolaget historiskt sett givit avkastning är detta därför en indikation på att bolaget hade ett egentligt värde, trots att bolagets företrädare och ägare valde konkurs. Om bolaget istället har haft lönsamhetsproblem och gjort förluster är det en indikation på att valet av alternativet konkurs var korrekt.

En annan känd faktor när en konkurs har genomförts är om konkursförvaltaren sålde verksamheten till en köpare som fortsatte driva den, eller om konkursförvaltaren realiserade tillgångarna var för sig. Det förstnämnda valet indikerar att det fanns en marknad för verksamheten. Om det däremot inte fanns en köpare som gjorde antagandet att verksamheten skulle ge framtida avkastning är även det beaktansvärt. En konkurs innebär nämligen att verksamhetens belastningar försvinner och förvärvaren får omfattande möjligheter att anpassa verksamheten utifrån sina preferenser. Om ingen köpare förväntar sig att kunna göra verksamheten lönsam ens under dessa förutsättningar är det talande.

En tredje känd faktor när en konkurs har genomförts är om konkursförvaltaren realisation slutat med underskott eller överskott. Ett underskott är givetvis det helt dominerande vid konkurs och inget märkligt, men likafullt är utfallet av en realisation som faktiskt genomförts en indikator. Skulle utfallet vara överskott är det en indikation på att bolagets företrädare gjorde ett felaktigt val när de valde konkurs. Även ett överskott förefaller dock vanligtvis kunna förklaras med andra faktorer, såsom en vändning i konjunkturen i kombination med ett påpassligt arbete från konkursförvaltaren.⁵⁸⁰

De tre nu nämnda kända faktorerna har direkt betydelse. Faktorerna indikerar, på ett direkt sätt, något om verksamhetens värde.

18.8 Relevansen av faktorer som inte är kända

Utöver de kända faktorerna vid en konkurs finns det ett stort antal möjliga faktorer som är relevanta att beakta i bedömning av verksamhetens historiska värde. Det handlar då om faktorer som inte är kända. En del av dessa faktorer kan förefalla särskilt relevanta. Det beror på att de bygger på att vi

⁵⁷⁹ Se exempelvis Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen *Företagsvärdering med fundamental analys*, 2002 s 20–24.

⁵⁸⁰ Detta är den bild jag fått genom åren utifrån utsagor av erfarna konkursförvaltare. Jag har dock inte gjort någon närmare undersökning av saken.

vet att något generellt sett förhåller sig på ett visst sätt. Likaså beror det på att det är svårt att bortse från denna kunskap om generella förhållanden. Det kan också bero på att vi har kännedom om något som ligger nära den faktor som vi egentligen vill ha kännedom om.

Ett viktigt exempel på en faktor som inte är känd är tillgångarnas värde i förhållande till skulderna vid den historiska tidpunkten. Tillgångarnas värde är inte en känd faktor eftersom en värdering av tillgångarna bygger på antaganden. Det handlar om antaganden om att det skulle ha funnits en köpare för varje tillgång som hade varit beredd att köpa just då. Även i denna bedömning handlar det också om förväntningar om framtiden som efter en konkurs är kända och därför omöjliga att bortse från. Eftersom det för vissa tillgångar finns historiska noteringar om vilka priser som köpare på aktuell marknad betalade vid den aktuella tidpunkten går det dock att med viss tillförlitlighet bilda sig en uppfattning om tillgångarnas historiska och hypotetiska värde. För en stor andel tillgångar saknas emellertid sådana noteringar. Det skall understrykas att de noterade värden jag nu pekar på givetvis är något annat än bokförda värden.⁵⁸¹

Till saken hör också att en sammanräkning av de historiska noteringarna om de enskilda tillgångarnas värden är något annat än en kalkyl av värdet av alla tillgångarna tillsammans. Det är även något annat än att göra en kalkyl av värdet av alla tillgångarna i kombination med de rutiner, relationer och risker som den verksamhet som har tillgångarna driver. Den sistnämnda kalkylen blir nämligen en värdering av förväntad avkastning som verksamheten kan ge.⁵⁸²

Ett annat exempel på en faktor som inte är känd är hur resultatet av konkursförvaltarens realisation skiljer sig från ett resultat som bolaget hade kunnat uppnå vid försäljning av tillgångar eller verksamhet. En generell skillnad mellan dessa former av realisation är att köpare som köper av ett konkursbo vet att säljaren behöver sälja. Köparna får stå ut med friskriv-

⁵⁸¹ Se exempelvis Richard Hager, *Värderingsrätt*, 1998 s 176–177. Henrik Nilsson, Anders Isaksson och Teppo Martikainen, *Företagsvärdering*, s 305–310.

⁵⁸² Min beskrivning på denna punkt kan problematiseras. Det går exempelvis att tänka sig att en enskild tillgång som säljs värderas av köparen utifrån köparens möjligheter att få avkastning från den enskilda tillgången. Om alla tillgångar säljs var för sig skulle det samlade försäljningspriset därför omfatta även förväntan om avkastning och tillsammans skulle priset motsvara förväntad avkastning. Efter avdrag för skulderna som verksamheten hade skulle ett värde av verksamheten framträda utifrån förväntad sammanlagd avkastning för alla de enskilda tillgångarna. Detta är ett sätt att beskriva hur även värderingsmodeller som synes handla om ett mer statiskt perspektiv egentligen handlar om den förväntade avkastningen. Jfr som nämnts Richard Hager, *Värderingsrätt*, 1998 s 184.

ningar och de kan räkna med att säljaren antagligen inte finns kvar för eventuella reklamationer. Generellt sett påverkar detta priserna. Vilka priser en hypotetisk försäljning från bolaget hade lett till är dock svårt att bedöma redan av det skälet att det behövs ställningstaganden kring vad som skall anses vara en relevant jämförelse. Om ett bolag hade sålt alla tillgångar på samma begränsade tid som konkursförvaltaren hade priserna antagligen inte skiljt sig åt. I varje fall hade förhållandena varit tämligen lika om bolaget inte skulle fortsätta att existera och sakna kapacitet att ansvara för reklamationer.

Ett tredje exempel på en faktor som inte är känd är hur stora transaktionskostnaderna hade varit för att genomföra ett annat alternativ än konkurs. Jag har ovan pekat på hur det skulle vara möjligt att göra antaganden om dessa kostnader, men det handlar just om antaganden. Den osäkerhet som råder kring transaktionskostnaderna är principiellt betydelsefullt eftersom den innebär att bolagets värde kan ha varit positivt trots att bolagets företrädare och ägare valde alternativet konkurs. Även med en utgångspunkt i att bolagets företrädare värderat bolaget på ett rationellt sätt blir det därför nödvändigt att beakta faktorer som inte är kända. Det faktum att de valde konkurs innebär inte med säkerhet att verksamheten saknade värde.

18.9 Rättsdogmatisk utredning

Utredningen i detta avsnitt handlar om att peka på karaktären av de dogmer jag identifierat. I beaktande av det kunskapsintresse jag har är detta tillräckligt i dogmatiskt hänseende.

Resultatet av min analys är som nämnts att det går att bedöma verksamhetens värde utifrån bolagets företrädares agerande. I min rättsdogmatiska utredning har jag inte funnit något normativt stöd för denna tanke och heller inga normativa utsagor som talar emot den. Det är förstås inte alls märkligt med tanke på att det jag gjort handlar om att fullfölja ett annat kunskapsintresse än ett normativt.

Normer som har betydelse i sammanhanget är hur som helst normerna om bevisbörda och fri bevisprövning.⁵⁸³ Därtill är lagregeln RB 35:5 relevant. Den reglerar uppskattning av inträffad skada för vilken bevisning inte alls, eller endast med svårighet, kan föras. När en verksamhets värde inte anses styrkt skall den part som har bevisbördan för skadan stå risken för detta. Typiskt sett skall den skadelidande ges bevisbördan för skadan.⁵⁸⁴

⁵⁸³ RB 35:1, samt exempelvis NJA 1986 s 489 (Laboratorieassistenten som tog blodprov).

⁵⁸⁴ Se exempelvis justitierådets domskäl i NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 48–58.

Bevisbördans placering har betydelse för hur RB 35:5 skall användas. En uppskattning av skadan med stöd av RB 35:5 blir inte aktuell i de avseenden som bevisning faktiskt kan föras.⁵⁸⁵

I rättspraxis har jag identifierat exempel på att justitieråden låtit en parts eget agerande kring bevisning ligga denne i fatet. Justitieråden har enkelt uttryckt beaktat att en part som kunnat föra viss bevisning borde ha lagt fram denna.⁵⁸⁶

Jag har också identifierat hur domare hanterat bevisningen kring verksamhetens värde när det gäller förlust av lokal som lett till att verksamheten inte kunnat drivas vidare. Domarna har betraktat skadan som försäljningsvärdet av den förlorade resursen. Med andra ord har de ansett att marknadsvärdet för verksamheten skall vara avgörande.⁵⁸⁷ Jag har också beaktat rättsfall med utsagor om bevisning när skadestånd skall bestämmas genom differensprincipen eller det positiva kontraktsintresset.⁵⁸⁸ Normativa utsagor av detta slag behöver beaktas, men eftersom de inte avser just skador av likviditetsförlust och konkurs, är de knappast särskilt relevanta i dessa speciella sammanhang.

18.10 Reflektioner kring resultatet

Vad jag gjort i detta kapitel är att peka ut vissa samband. I förhållande till en traditionell bild av förmögenhetsrättslig forskning tillför mitt resultat inget om gällande rätt. Det är inte en rekonstruktion av rättssystemet. Vad jag gjort är att dra vad jag kallat en logisk slutsats om vissa bevisförhållanden. Slutsatsen är relevant i ett förmögenhetsrättsligt sammanhang för att den tillför förståelse för hur vi kan betrakta en viss parts agerande i förhållande till de möjligheter vi har för bevisning av faktorer som är mycket svåra att föra bevisning om. Det finns lagreglering som kan användas för att hantera svåra bevisproblem, men den innebär ändå att nyanserna och förståelsen för situationerna behöver ges betydelse. Vad jag redovisat i detta kapitel bidrar med sådana nyanser och sådan förståelse.

⁵⁸⁵ NJA 2011 s 576. Richard Hager, Värderingsrätt, 1998 s 332–338. Jfr Per Henrik Lindblom, Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process, i Festskrift till Bertil Bengtsson, 1993 s 319, på s 329–335.

⁵⁸⁶ Se exempelvis justitieråden i NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 54–58, 71–74, 83–99.

⁵⁸⁷ NJA 2017 s 261 (Butikslokalen på Jakobsbergs sjukhus) och Svea HovR:s domar T 3561-14 från 2015-03-13 (Café Lumière), och Svea HovRT 3370-13 från 2013-12-06 (Swedepport), som alla handlar om förlust av verksamhet p g a förlorad lokal.

⁵⁸⁸ Se exempelvis NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 48–58.

Kan då något som resultatet av denna insats verkligen uppfylla min målbild för "forskningsresultat"?

Att ett företag som försätts i konkurs på en spärrad kontokredit sannolikt har ett lågt marknadsvärde, är knappast ett särskilt vågat antagande. Resultatet i sig är därför inte tidigare okänd kunskap. Vad jag gjort är emellertid att förklara varför ett sådant antagande kan vara korrekt även när det framstår som om bolaget hade kunnat undvika konkurs om banken inte spärrat kontokredit. Jag har också pekat på orsaker till att antagandet kan vara inkorrekt. I den mån detta kan anses tidigare okänt har jag tillfört något.

För att nå resultatet har jag använt en analys som skulle kunna beskrivas som rättsekonomisk eller beslutsteoretisk. Jag har använt antaganden om rationellt agerande, transaktionskostnader och valmöjligheter för att göra jämförelser. Tillvägagångssättet borde därför kunna betraktas som metodologiskt och systematiskt. En aspekt som jag reflekterar över är i vilken mån analyser utifrån förenklingar som ekonomisk rationalitet verkligen leder till något i kvalitativt hänseende. Innebär metoden kanhända en förenkling som ger vilseledande resultat? Jag menar emellertid att det jag gjort är ett tillskott. Trots förenklingen är det fråga om en relevant förklaringsmodell. Jag har tillfört förståelse om den forskningsfråga jag arbetat med.

En aspekt som jag reflekterat över kring just detta resultat är om forskningsinsatsen tillför förståelse för mänskligt handlande. I detta fall innebär resultatet att vi kan göra förutsägelser om hur ekonomiskt rationella bolagsföreträdare kommer att agera. Dessa förutsägelser är då baserade på antaganden om hur bolagsföreträdare agerat. De är också baserade på vissa genom förenklingen utvalda faktorer som kan förklara ett sådant beteende.

Just detta resultat har även föranlett reflektioner kring i vilken mån resultatet är begränsat till svenska förhållanden. Det föreligger skillnader kring de alternativa möjligheter en bolagsägare har kring insolvensförfaranden i olika jurisdiktioner. I princip är det dock möjligt att någon utomlands redan åstadkommit kunskap i forskningsfrågor som ligger nära den jag här arbetat med.

Jag vill slutligen återkomma till reflektionerna kring om jag åstadkommit en förmögenhetsrättslig insats, eller om jag gjort något annat slag av forskning än vad som betraktas som rättsvetenskap. Resultatet borde kunna användas i rättsvetenskapen och i den juridiska vardagen. Att resultatet kan användas i rättsliga sammanhang behöver inte medföra att insatsen betraktas som rättsvetenskaplig. Jag vill dock hävda att det är fråga om ett ganska klart exempel på ett förmögenhetsrättsligt resultat. I den mån det finns andra

synsätt må det dock vara hänt. För min del spelar det mycket liten roll hur just detta resultat betraktas ämnesmässigt. Jag menar att resultatet motsvarar min målbild för ”forskningsresultat”. Om det jag gjort, mot förmodan, skulle påverka konventionen kring vad rättsvetenskaplig forskning bör vara, är just den diskussionen dock av intresse.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Jfr Nils Jareborg; Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s 10 sista stycket.

19 (O) Utrymmet för skada för ett bolag vid en skadelidande handling som leder till konkurs för bolaget

För att tydliggöra hur forskningsprocessen kan påverkas av resultatriktningen vill jag ge ett exempel som i hög grad illustrerar skillnader jämfört med en mer traditionell insats. Jag menar att exemplet i detta kapitel är särskilt belysande för hur forskningsprocessen påverkats vad gäller forskningsfrågan, metodvalet och resultatet. Samtidigt finns det likheter med de traditionella resultat som kan nås med systematiseringsanalyser. Vad jag redovisar i detta kapitel är nämligen hur olika normer och faktorer påverkar vad normerna kan leda till.⁵⁹⁰

19.1 Forskningsfrågan – hur stor kan ett bolags skada av en konkurs bli?

Forskningsfrågan i detta kapitel knyter an till resultaten i de två föregående kapitlen. Kapitel 17 handlar om av en avtalsvidrig spärr av kontokredit som leder till konkurs och resultatet består i att bolagets skada är förlusten av bolagets verksamhet. I föregående kapitel 18 har jag redovisat bevisaspekter avseende skadebedömningen. Resultatet är att det i bevishänseende finns anledning att värdera skadan utifrån ett sådant faktum som att ett bolag försatts i konkurs. Frågan i detta kapitel är om det, utifrån en motsvarande analys som i kapitel 18, också går att dra några slutsatser om skadans storlek i rättslig mening. Forskningsfrågan är om sambanden mellan olika regler och fakta kan innebära att det går att säga något om omfattningen av skadan? Jag tänker mig då att skadan bestäms även i beaktande av sådant som normer om skyldighet att minimera sin skada.

⁵⁹⁰ Se referenser i inledningen till kapitel 18, på temat om systematisering av mer traditionell snitt.

Jag antog att jag i denna forskningsfråga skulle kunna nå ett resultat som uppfyller min målbild av forskningsresultat. Det berodde på att jag insåg att det kunde föreligga vissa samband mellan regleringarna. Därmed antog jag att det potentiellt fanns möjligheter att också dra slutsatser av dessa samband utifrån antaganden om hur parter agerar. Jag antog också att den kunskap som en sådan slutsats förmedlar skulle kunna utgöra ett relevant resultat. Vad jag gjort är att påvisa hur flera olika regleringar kan antas leda till vissa effekter. Eftersom resultatet är så annorlunda ser jag anledning att påpeka att kunskapsintresset är ett annat än att konstruera en utsaga om ”gällande rätt”. Forskningsfrågan är inriktad på att nå kunskap om effekterna av regler – i beaktande av de förhållanden som reglerna reglerar.

19.2 Resultat (O) – den skadegörande handlingen kan endast anses leda till en viss nivå av skada

Det resultat jag redovisar i detta kapitel 19, är att en avtalsvidrig uppsägning och spärr av en kontokredit endast kan anses leda till en viss nivå av skada i rättslig mening. Utrymmet för skada är helt enkelt begränsat när det gäller ett bolag som vid en spärr av kontokredit går i konkurs. Om verksamheten hade, vad jag här för enkelhets skull kallar ett ”stort” marknadsvärde, blir skadan inte stor. På grund av de alternativ till konkurs som bolaget har när verksamheten har ett stort marknadsvärde skall skadan i rättslig mening nämligen inte anses vara större än kostnaderna för det minst kostsamma alternativet. Om bolaget hade ett ”litet” marknadsvärde så blir skadan liten, eftersom värdet var just litet. Tillsammans innebär de nämnda sambanden att den skadegörande handlingen i princip inte skall leda till ett ”stort” skadestånd oavsett om bolaget hade ett ”stort” eller ”litet” marknadsvärde.

Resultatet att skadan endast kan bli av en viss nivå kan preciseras på sätt som jag redovisat i föregående kapitel. Skadan kan inte bli högre än transaktionskostnaderna för att hitta en köpare av verksamheten på marknaden, alternativt kostnaderna för att rekonstruera bolaget, beroende på vilket av alternativen som är lägst. Om transaktionskostnaderna och kostnaderna för att skaffa likviditet på kreditmarknaden är lägre än något av dessa belopp är det istället dessa kostnader som utgör skadenivån. Skulle värdet av verksamheten vara lägre än något av dessa avgör, förstås, även detta värde nivå på skada.

Slutsatsen är att utrymmet för skada är begränsat på visst sätt. Den är relevant för hur den skadegörande handlingen betraktas. Genom att konstatera att en avtalsvidrig uppsägning och spärr av en kontokredit leder till en viss nivå av skada, blir det tydligt att den skadegörande handlingen bara är en

bidragande orsak till en konkurs. I de fall verksamheten har ett beaktansvärt värde men ändå går i konkurs är det bolagets företrädare som bidrar till konkursen genom att inte vidta åtgärder för att undvika konkursen. I de fall verksamheten har ett obetydligt värde kan konkursen dessutom bero på att risken för konkurs redan var betydande, p g a de övriga risker som bolaget stod. Jag menar att framhållandet av dessa samband har betydelse för hur såväl aktörer och bedömare tar sig an frågorna.

19.3 Metoder – beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys, sambandsanalys och rättsdogmatisk utredning

Eftersom resultatet följer analysen i föregående kapitel är metoden densamma som jag redan redovisat i föregående kapitel, d v s beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys och rättsdogmatisk utredning. Vad jag lagt till genom den rättsdogmatiska utredningen i denna del är normer om skyldighet för den skadelidande att begränsa sin skada respektive normer om krav på samband mellan handling och skada. Jag har också på ett mer direkt sätt använt variabeln att verksamhetens värde kan variera liksom att kostnaderna för alternativen till konkurs kan variera. Därtill har jag gjort enkla antaganden om fakta och om förhållandena mellan dessa variabler.

19.4 Om sambanden

Att ett bolag drabbas av en spärr av sin kontokredit och därmed lider en likviditetsförlust behöver inte innebära att bolaget drabbas av en så betydande likviditetsbrist att den leder till insolvens och konkurs. En konkurs beror typiskt sett på flera faktorer som samverkar.

Ett bolag har anledning att skaffa sig marginaler och alternativ för att undvika likviditetsproblem. Likaså behöver ett bolag ha marginaler för att kunna undanröja likviditetsproblem som ändå uppstår. Det kan förvisso vara en svår konst att lyckas med dessa ambitioner, men de är ändå relevanta i sammanhanget. Om ett bolag inte arbetar med likviditetsfrågorna kan det vara bolagsföreträdarnas oskicklighet som orsakar en konkurs i högre grad än bankens uppsägning av kontokredit. Ett bolag som inte har rutiner för att hantera likviditet och inte vidtar åtgärder när oväntade likviditetsproblem inträffar, kan i högre grad vara orsak till en konkurs än en spärr av en kontokredit. Bolag behöver se till att vidta åtgärder för att upprätthålla sin existens och likviditet är av vital betydelse. Liknelsen med

att en människa måste se till att äta tydliggör att likviditet är något som ett bolag ser till att skaffa sig oavsett oförutsedda händelser. Om bolaget inte vidtar åtgärder för att skaffa sig likviditet kan det, beroende på omständigheterna, finnas anledning att betrakta bristen på åtgärder som orsaken till en konkurs. Bristen på åtgärder kan också vara anledning till att se en brist på relevant samband mellan handlingen och konkurs. Alternativt kan bristen på åtgärder betraktas som relevant på så vis att bolaget inte begränsat sin skada trots att bolaget kunnat göra det.

Beträffande samband är det klart att en spärr av en kontokredit orsakar effekten likviditetsförlust. Den skada som banken orsakat genom en avtalsvidrig spärr är i de fallen kostnaderna för att åtgärda likviditetsförlusten. Det handlar om kostnader för att skaffa annan kredit, kostnader för kapitaltillskott från tidigare eller ny ägare, eller kostnader för rekonstruktion. Handlingen att spärra kontokrediten behöver inte leda till konkurs.

Givetvis finns det dock fall där sambandet mellan handlingen och effekten konkurs bör betraktas som relevant i ersättningshänseende. När bolaget agerat på sätt som det borde för att hantera likviditetsförlusten, men bolaget ändå gått i konkurs, finns det anledning att se ett relevant samband mellan handling och konkurs.

De fall där det finns ett relevant samband mellan handlingen och effekten kan antas vara när bolagets verksamhet haft ett obetydligt värde. När verksamheten hade ett obetydligt värde är risken för konkurs större än om bolaget hade ett betydande värde, jfr kapitel 17–18 ovan. Därmed blir det svårare och mer kostsamt att skaffa likvider. Kostnaderna för rekonstruktion kan också vara större än verksamhetens värde. Därmed blir effekten av handlingen just konkurs. Effekten blir konkurs trots att bolaget agerat på sätt som kan förväntas när det gäller att hantera likviditetsförlusten.

Om verksamheten däremot har ett betydande värde kan bolaget skaffa likvider genom kredit eller tillskott från gammal eller ny ägare. Det finns då också ett värde som gör det är värt att rekonstruera verksamheten.

19.5 Skadebegränsningsskyldigheten

Normen om skyldighet för den skadelidande att begränsa sin skada är en allmän norm som har stöd i en mängd normativa utsagor.⁵⁹¹ För kontraktsrättsliga sammanhang är KöpL 70 § 1 st ett tydligt sådant: ”Den skadelidande

⁵⁹¹ Se utöver nedan nämnda källor se exempelvis Torgny Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 u, 2009 s 211–212, Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000

parten skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det, får han själv bära en motsvarande del av förlusten.” Någon motsvarande lagregel finns inte för utomobligatoriska förhållanden,⁵⁹² men däremot finns exempel på hur principen använts i rättstillämpningen. Det finns också exempel på hur den hävdats i doktrin.⁵⁹³

I rättspraxis har vidare uttalats att den skadelidande skall göra vad som rimligen kan krävas för att minimera en skada. Det hävdas att skadelidanden skall vidta lämpliga åtgärder. Vidare har justitieråden ansett att vägledning kan sökas i hur en normal skadelidande under motsvarande omständigheter skulle ha handlat om han eller hon visste att ersättning inte skulle erhållas. De har dock menat att det bara kan krävas att den skadelidande tar förhållandevis begränsade risker med sina skadebegränsande åtgärder. Exempelvis skall komplicerade rättsliga processer normalt inte inledas och skadelidande skall heller inte riskera sitt anseende på marknaden.⁵⁹⁴

Utifrån de allmänna normativa utsagorna finns det anledning att peka på att ett bolag alltid har anledning att försöka skaffa de likvider som behövs för bolagets fortsatta existens. Ett bolag med kontokredit skulle således försökt att skaffa likvider på andra sätt när banken spärrar kontokrediten. Det är ingen riskabel process. En normal skadelidande skulle också försökt rekonstruera verksamheten om bolaget hamnat i ekonomiska svårigheter av egen kraft.

Några specifika normativa utsagor om att en gäldenär skall anses skyldig att undvika konkurs genom att sälja verksamheten eller vidta åtgärder för företagsrekonstruktion, har jag emellertid inte identifierat. Inte heller har jag hittat några specifika utsagor om att gäldenären måste skaffa likviditet för att undvika konkurs. Det nämns inget specifikt om någon plikt att skaffa likviditet på kreditmarknaden eller genom kapitaltillskott.

De motargument mot en skadebegränsningsskyldighet som jag kan konstruera har att göra med bolagsföreträdarna. Företrädarna kan ha anledning att föredra konkurs för att skydda sig själva i en situation där de är osäkra

s 691–732, Johnny Herre och Jan Ramberg, Internationella köplagen, 3 u, 2009 s 522–538 (om art 77 i CISG), och DCFR III – 3:705 Reduction of loss.

⁵⁹² För personskada se dock SkadestL 5:1 2 st.

⁵⁹³ Justitieråden i NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 28, med hänvisningar till Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 479 med hänvisningar, och Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2012 s 175–180.

⁵⁹⁴ Justitieråden i NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 30–36, med hänvisningar till Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 481, Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2012 s 178–179, Johnny Herre, Ersättningar i köprätten, 1996 s 564 och särskilt s 579–582, samt artiklarna III–3:705, VI–5:102 (1) i DCFR.

på om de kommer att bli personligt ansvariga. Som nämnts kan företagsrekonstruktion i ganska hög grad antas ge effekt beträffande undvikande av personligt ansvar för bolagets skulder. Möjligen kan riskerna vara mindre om företrädarna väljer konkurs.⁵⁹⁵ För att argumentet skall anses relevant behöver företrädarnas intresse av denna eventuella riskbegränsning accepteras i ett sammanhang som handlar om bolagets skadebegränsningsskyldighet. Detta är en särskild fråga som jag inte utreder här eftersom den inte är nödvändig för att redovisa det resultat jag redovisar i detta kapitel.

19.6 Sambandskravet

Utöver normerna om skadebegränsningsskyldigheten har jag identifierat att det allmänna kravet på samband mellan handling och skada kan vara relevant. Normerna om krav på samband mellan handling och skada är relevanta för att avgöra vilka handlingar som en bank skall ansvara för. Några normer som mer precist handlar sambandet mellan en avtalsvidrig spärr av en kontokredit och konkurs har jag inte identifierat. Däremot har jag noterat allmänna normer på temat. I SkadestL uttrycks sambandskravet med rekvisitet ”vållar” och ”vållar ... genom”, se exempelvis SkadestL 2:1–2. I KöpL används rekvisitet ”genom” för skador av just betalningsdröjsmål, 57 §. I rättspraxis förekommer också att sambandskravet uttrycks i allmänna termer. Exempelvis kan justitieråden skriva beskriva läran om adekvat kausalitet som att det inte är tillräckligt att det föreligger ett faktiskt eller logiskt orsakssamband mellan handling och effekt, utan att det också krävs att sambandet är av viss särskild beskaffenhet, eller av viss kvalitet. Vidare har justitieråden anfört att skadan måste ha framstått som en beräknelig och i viss mån typiskt följd av det skadegörande beteendet. Skadan behöver i någon mening vara förutsebar. Det som skall skäras bort är osedvanliga eller osannolika effekter som skadevållaren inte borde ha tagit i beräkning.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ Arvid Weimers, Företrädaransvar för skatt – en potentiell skattebov, En analys av företrädaransvarsrättsliga risker vid företagsrekonstruktion, Examensarbete vid Juridiska institutionen Handelshögskolan GU, Ht 2016.

⁵⁹⁶ Justitieråden i NJA 2017 s 9 (Multitotal) stycke 26, med hänvisningar till Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 87–105, Propositionen 1972:5 s 21–22, och NJA 1991 s 217 (WH Finans). I en allmän framställning används begreppen ”tillräcklig betingelse”, ”nödvändig betingelse” och ”conditio sine qua non”, Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 185–188. Beträffande skador i kontraktsförhållanden hävdas ett något avvikande sambandskrav se exempelvis Bertil Bengtsson, Om skadeståndsrättsliga principer, JT 2017–18 s 265–275, på s 273.

Till de allmänna normerna hör också att den vållande handlingen inte behöver ha varit den viktigaste eller starkast verkande orsaken till skadan. Det skall för ansvar räcka att handlingen varit en bidragande orsak. Samtidigt får handlingen inte ha haft en obetydlig påverkan, så att den exempelvis bara påverkade tidpunkten för när skadan inträffade.⁵⁹⁷

De allmänna normativa utsagorna av detta slag ger inte särskilt användbart stöd för hur bedömare skall hantera ett komplext förlopp där en spärr av en kontokredit orsakat likviditetsförlust. Det är härvid relevant att handlingen kan ha försvårat för ett bolags företrädare att undvika konkurs, samtidigt som det inte behöver ha varit omöjligt att undvika den. För att få närmare stöd har bedömare anledning att beakta de eventuella normativa preciseringar av sambandskravet som kan finnas. Jag får här redovisa att jag inte identifierat några specifika normativa utsagor om sambandet mellan en handling och konkurs i skadeståndsrättsligt hänseende.⁵⁹⁸ Till saken hör också att det kan vara i hög grad besvärligt att bedöma vad som utgör orsak och verkan. Därtill är sambandskravet också omdiskuterat.⁵⁹⁹

Det finns dock inte anledning att här göra mer än att peka på att sambandskravet kan hävdas som norm i sammanhanget. Effekten av denna norm blir i sammanhanget densamma som normen om skadebegränsnings-skyldighet. Skadan blir i rättslig mening begränsad till viss nivå, se nästa avsnitt.

Eftersom jag menar att effekten av de båda normerna kan bli densamma finns det anledning att avgöra om normerna kan fånga upp olika slags fall. Det är dock inte en fråga som jag har anledning att utreda för att nå resultatet om att skadan i rättslig mening blir begränsad till viss nivå.

⁵⁹⁷ Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 u, 2014 s 187–188.

⁵⁹⁸ Jfr NJA 2011 s 411 (Konkursprövningen) där HD i mellandom beslutade att staten, p g a en hovrätts otillräckligt prövade beslut om konkurs och SkadestL 3:2, skulle vara ersättningskyldig mot en fysisk person "för den skada hon kan ha lidit" till följd av hovrättens beslut att inte bifalla hennes överklagande av tingsrättens beslut. (Jfr även NJA 2007 N 19.) Jfr Håkan Andersson i Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, 2013 s 471–481.

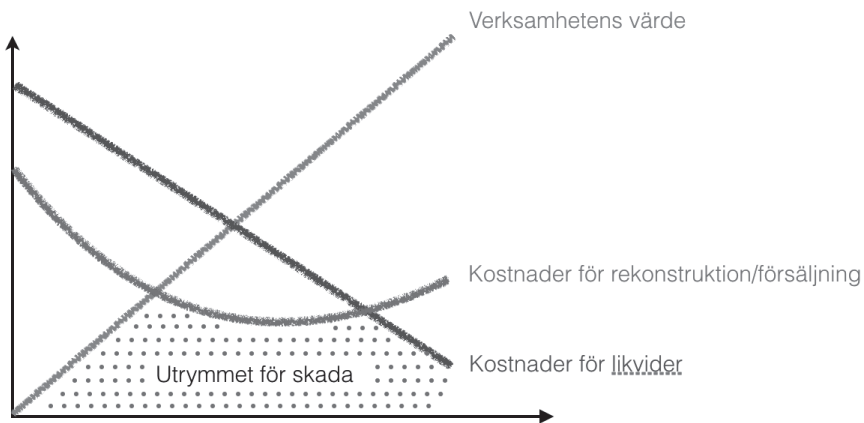
⁵⁹⁹ Se exempelvis Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 106–115, med talrika hänvisningar. Håkan Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten, 2013, s 23–55. Jan Hellner, Causality and Causation in Law, Scandinavian Studies in Law, 2000 s 111–134. Mårten Schultz, Kausalitet, Studier i skadeståndsrättslig argumentation, 2007 s 27–29, 33–41. Ulf Persson, Skadestånd- och försäkringsrättsliga studier, 1962 s 100–139. Hjalmar Karlgren, Skadeståndsrätt, 5 u, 1972 s 44–53. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, s 87–104. Pauli Ståhlberg och Juha Karhu, Finsk skadeståndsrätt, 2014 s 334–338.

19.7 Analys av variabler

Med normen om den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada går det att i all enkelhet konstruera ett möjligt utfall av några olika variabler. En variabel är verksamhetens värde. En annan är kostnaderna för alternativen till konkurs. Alternativen till konkurs är som nämnts tre. Kostnaderna är transaktionskostnaderna för att hitta en köpare av verksamheten på marknaden, kostnaderna för att rekonstruera bolaget, respektive transaktionskostnaderna och kostnaderna för att skaffa likviditet på kreditmarknaden.

Verksamhetens värde kan variera från vilket värde som helst som är mindre än noll till vilket som helst som är högre värde än noll. Värden som är lägre än noll innebär att bolaget inte led någon skada. De relevanta värdena är därför de värden som är högre än noll. I diagrammet nedan har jag därför illustrerat variabeln som stigande från strax över noll.

I förhållande till verksamhetens värde antar jag att kostnaderna för att skaffa likvider varierar i omvänd riktning. Jag antar nämligen att det är kostsamt att skaffa likvider genom kredit om verksamheten har ett litet värde. Ju högre värde verksamheten har desto mindre kostsamt att skaffa likvider. Kostnaderna för likvider blir dock aldrig lägre än noll. I diagrammet har jag illustrerat denna variabel som nedåtgående till en viss nivå där den stannar. Detta är antagligen ett korrekt antagande även beaktat att mängden likvider kan variera. (Om verksamheten har ett litet värde blir kostnaderna högre för samma mängd likvider än om verksamheten har ett stort värde.)



När det gäller kostnaderna för rekonstruktion respektive försäljning av verksamheten antar jag att kostnaderna är stora om verksamheten har ett litet värde. Då bör det vara kostsamt rekonstruera verksamheten. Detsamma

är antagligen fallet beträffande kostnaderna för att hitta en köpare. Om värdet är särskilt lågt kan det dock möjligen finnas undantag, såtillvida att det möjligen kan vara enkelt att hitta en köpare som är beredd att betala ett obetydligt nominellt belopp. Bortsett från denna möjlighet antar jag dock att kostnaderna för rekonstruktion respektive försäljning är stora när verksamheten har ett litet värde. När verksamheten har ett stort värde antar jag att kostnaderna för båda dessa alternativ också är stora. Detta för att omfattningen av rekonstruktion och transaktion påverkar kostnaderna. Däremot antar jag att kostnaderna är mindre i de fall verksamheten har ett mellanstort värde. Den kurva jag använt handlar förstås bara om att illustrera de antaganden jag gjort på de enkla grunder jag nu redovisat.

Om mina antaganden stämmer visar illustrationen mitt resultat. Effekten av normerna och möjligheterna att agera är att skadan endast skall anses leda till en viss nivå av skada i rättslig mening. Detta är helt enkelt vad jag hävdar med detta kapitel.

19.8 Reflektioner kring resultatet

När jag reflekterar över resultatet finns det anledning att börja med tankar om hur resultatet kan uppfattas. Jag kan då tänka mig att några läsare menar att jag gör något de inte anser sig känna igen som förmögenhetsrättslig forskning. Andra läsare menar kanske att vad jag pekat på helt enkelt inte är värt att veta.

I förhållande till min målbild för ”forskningsresultat” menar jag dock att det handlar om en analys som givit ett resultat och att detta resultat inte går att nå utan just en närmare analys. Jag beaktar då också att det finns exempel på hur just resultat kring utfallet av normer anses utgöra forskning. Såväl ekonomisk som sociologisk forskning omfattar exempel på detta, och det finns även exempel i rättsvetenskaplig forskning.⁶⁰⁰ Att det utfall jag påvisat bygger på en renodlat teoretisk analys, ser jag inte som diskvalificerande i förhållande till min målbild.

Något som jag i högre grad reflekterar över är att resultatet bygger på till synes enkla antaganden som jag inte bekräftat genom någon empiri. Det kan förefalla tämligen enkelt att nå det resultat som jag gjort. Vad jag åstadkommit har jag emellertid inte sett i tidigare forskning eller källor i övrigt. Därför är det möjligen så att resultatet kan anses tillföra tidigare

⁶⁰⁰ Se exempelvis Ann Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, 1984. Daniel Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet*, 2015.

okänd kunskap. I varje fall är det ett tillskott om jag gör förbehåll för att någon annan kan ha nått samma slutsats i insatser som gjorts inom andra fält än rättsvetenskapen, eller i rättsvetenskap i utlandet.

Jag reflekterar också över att resultatet tillför förståelse för mänskligt handlande. Att nivån på skadan i rättslig mening inte kan bli högre än en viss nivå speglar hur vi har anledning att betrakta ageranden och konflikter kring temat. Det kan tillföra något av bland annat det skälet att temat konkurrer i anledning av skadevällande handling rör sig över förmögenhetsrättsliga ämnesgränser.

Resultatet är vidare relevant som kunskap om mänskligt handlande. Med en norm som begränsar nivån av skada styrs vårt beteende i flera av de faser som parter interagerar kring de problem som ligger bakom fenomenet. Detta utan att resultatet för den skull är normativt.

Beträffande aspekter som metodologi och systematiskt tillvägagångssätt bygger analysen på delar av vad jag redovisat i föregående kapitel 18. De delarna har jag åstadkommit med ett systematiskt tillvägagångssätt. I detta kapitel 19 tillför jag en begränsad rättsdogmatisk utredning och variabler som jag dragit en logisk slutsats av. Jag menar därför att resultatet nåtts genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt.

Med de förbehåll jag nu redovisat menar jag att resultatet uppfyller min målbild. Handlingen skall endast anses leda till en viss nivå av skada i rättslig mening. Jag kan betrakta det i termer av forskningsresultat.

En annan reflektion är om jag betraktar resultatet som ett förmögenhetsrättsligt och rättsvetenskapligt forskningsresultat, eller som något annat? En aspekt av denna fråga är att resultatet växt fram ur en analys i rättsvetenskapligt syfte. En annan aspekt är att resultatet ger en förklaring som verkar vara användbart i juridiken och i rättsvetenskapen. Resultatet förefaller gå att använda för att förstå samband mellan aktuella förmögenhetsrättsliga regleringar och aktuella fakta. Jag frågar mig varför det skulle vara något annat än just förmögenhetsrätt?

I nästa kapitel 20 återkommer jag till reflektioner kring detta resultat. De båda kapitlen 19–20 ger nämligen underlag för att göra jämförelser.

20 (p) Samband mellan handling och effekten konkurs?

I förhållande till syftet att illustrera resultatnriktningen har detta kapitel 20 ett speciellt syfte. Syftet med kapitlet är nämligen att exemplifiera hur inriktningen kan leda till ett ifrågasättande av behovet av normativa utsagor i en viss forskningsfråga, trots att den bygger på ett normativt kunskapsintresse. Annorlunda uttryckt handlar det om att illustrera hur inriktningen kan leda till ett resultat som i avgörande delar är konstruktivt.

Kapitlet har emellertid också syftet att utgöra ett specifikt jämförelseunderlag i förhållande till föregående kapitel. Forskningsfrågan har nämligen en liknande karaktär som den föregående och båda de metoder jag använder i detta kapitel använde jag även i förra kapitlet. Ändå menar jag att mitt resultat i detta kapitel inte överensstämmer med min målbild. Jag vill med andra ord inte hävda resultatet som ett ”forskningsresultat”.

Kapitlet fyller härutöver en annan funktion i framställningen. Genom kapitlet förklarar jag ett samband som aktualiseras i samma kontext som kontexten i det föregående kapitlet. Det handlar om en rättsfråga som också behöver besvaras i det sammanhanget. I en mycket begränsad mening utgör kapitlet därför ett systematiseringsbidrag, låt vara att det systematiska förhållandet kan framstå som en självklarhet.

20.1 Forskningsfrågan – skall konkursrisken utesluta skadeståndsskyldighet?

Som framgått i föregående kapitel finns det anledning att betrakta den skadegörande handlingen som endast en bidragande orsak till en konkurs. En fråga som kan följa av denna föreställning är om handlingen någon gång har så pass liten del i att konkursen inträffar att den som handlat inte skall ansvara för att konkursen inträffar? Det handlar då inte om ett intresse för faktiska förhållanden utan om ett normativt intresse. Forskningsfrågan kan därför formuleras: Kan risken för konkurs ha varit så betydande att handlingen inte skall anses föranleda skadeståndsskyldighet?

Skälet till att jag antog att denna fråga skulle kunna leda till ett resultat som uppfyller min målbild var att jag föreställde mig att det skulle gå att identifiera något intressant i de normativa uttågarna kring temat. Jag hade förhoppningen att det skulle gå att konstruera en kvalitativ normativ utsaga utifrån vad jag skulle finna. Som jag redan nämnt har jag dock inte lyckats med detta.

20.2 Resultat (p) – skadeståndsansvar även vid skadegörande handling mot bolag med hög risk för att ändå gå i konkurs

Det resultat jag redovisar i detta kapitel är att det finns anledning att inte utesluta ansvar p g a att spärren av kontokrediterna bara hade en liten del i att bolaget gick i konkurs. Att bolaget stod betydande risk för konkurs även om banken inte hade spärrat kontokrediterna innebär visserligen att banken kan anses ha orsakat en begränsad skada, men detta behöver inte beaktas i kravet på samband. Denna aspekt påverkar nämligen ändå ansvaret genom att konkursrisken påverkar verksamhetens värde och därmed skadans storlek.

Resultatet kan också uttryckas som att det förvisso är möjligt att konkursrisken kan ha varit så betydande att handlingen inte skall föranleda skadeståndsskyldighet p g a bristande samband mellan handling och effekt, men att värdet av verksamheten då är så relativt litet att det typiskt sett inte spelar någon roll. Skadan och därmed ersättningsskyldigheten blir ändå begränsad.

Till det relevanta sammanhanget för resultatet hör att det beskrivna skadefallet är osannolikt. I de fall konkursrisken för ett bolag är betydande har en bank nämligen rättslig grund för att säga upp och spärra en kontokredit, se nästa kapitel 21. Någon avtalsvidrig uppsägning blir därför i princip inte aktuell och därmed inte heller frågan om vare sig skadestånd eller samband mellan handling och skada.

20.3 Metoder – sambandsanalys och rättsdogmatisk utredning

För att nå resultatet gjorde jag antaganden om hur en bedömning av konkursrisken i ett bolag kan gå till. Jag gjorde antaganden kring vilken betydelse bolagets likviditetsflöden kan tillmätas och hur övriga faktorer spelar in. Efter att ha dragit slutsatsen att bedömningssvårigheterna kring konkursrisk

kan vara betydande, beaktade jag att konkursrisken också får betydelse för ansvarets omfattning. Konkursrisken får sådan betydelse genom det samband som föreligger mellan konkursrisken och verksamhetens värde.

Jag gjorde också en rättsdogmatisk utredning kring sambandskravet. I denna del identifierade jag allmänna normer och konkluderade att dessa inte ger tydligt stöd för hur sambandskravet skall hanteras i sammanhanget. Den rättsdogmatiska utredningen ger dock utrymme för att låta banken ansvara även om handlingen haft liten del i konkursen och konkursrisken varit betydande även utan handlingen.

20.4 Analys av hur konkursrisken i övrigt kan påverka att konkursen inträffar

Frågan är som nämnts om handlingen någon gång har så pass liten del i att konkursen inträffar att den som handlat inte skall ansvara för att konkursen inträffar. Den kan också formuleras som en fråga om risken för konkurs kan ha varit så betydande att handlingen inte skall anses föranleda skadeståndsskyldighet?

För att bedöma hur stor del en spärr av en kontokredit haft i en konkurs finns det anledning att beakta bolagets förväntade likviditetsflöden. Likviditetsflödena kan ha betydelse för hur handlingen skall anses ha påverkat bolaget. Jag har i min analys identifierat tre olika fall. I det första fallet har bolaget drabbats av illikviditet genom spärren. Om banken inte hade spärrat krediten skulle bolaget inte ha drabbats av illikviditet under överskådlig tid. I det andra fallet har bolaget redan drabbats av illikviditet innan spärren. Spärren förvärrade bara omfattningen av problemet. Det tredje fallet är att bolaget hade drabbats av illikviditet även utan spärren, men att illikviditeten inträffar vid en tidigare tidpunkt p g a spärren.

De tre fallen skiljer sig genom att sambandet framstår som tydligt i det första fallet, men som mindre tydligt i de två andra. I de två senare fallen hade effekten konkurs möjligen ändå inträffat med viss sannolikhet. Som framgått i tidigare kapitel 19 är frågan om samband mellan handlingen att spärra och effekten konkurs beroende av fler faktorer.

För att en konkurs skall följa behöver bolaget ha saknat möjligheter att skaffa likviditet på annat sätt. Om bolaget kan skaffa kredit eller tillskott inträffar inte illikviditeten, eller så tar bolaget sig ur sin illikvida situation. Det är därtill i princip möjligt att illikviditeten skulle upphöra av andra skäl. Förväntade inflytande likvider kan leda till att bolaget vid en viss tidpunkt tar sig ur sitt illikvida läge. I princip är det möjligt att efterfrågan på bolagets

utbud förändras och att detta leder till ett annat resultat än vad de kända likviditetsflödena pekar på. Det är i varierande grad alltid osäkert vad som händer i ett bolags verksamhet.

Det är också möjligt att likviditetsflödena kan förändras i förhållande till vad som är förväntat. Illikviditet kan inträffa av andra skäl än en sådan spärr som är aktuell. Exempelvis kan bolaget göra en kreditförlust p g a svårigheter för en kund till bolaget. Ett annat exempel är att en kreditgivare säger upp sin kredit på ett avtalsenligt sätt.

Det finns med andra ord fler faktorer än bolagets likviditetsflöden som har betydelse för om effekten konkurs inträffar. Även om en del av dessa faktorer påverkar med liten sannolikhet eller bara har liten bidragande effekt, finns det anledning att betrakta sambandsförhållandena från en något bredare utgångspunkt än likviditetsflödena. Det skulle därför kunna vara relevant att beakta hur stor del spärran haft i förhållande till effekten konkurs, jämfört med de övriga aspekter som bidragit. Om det vore möjligt att bedöma konkursrisken för ett bolag förutsatt att en viss handling inte företagits, skulle sambandet mellan handlingen och effekten kunna bestämmas i beaktande av risken. Blir bedömningen att konkursrisken exempelvis var 60 % utan handlingen, skulle sambandet kunna bestämmas till 40 %. Därmed skulle ansvaret för effekten också kunna bestämmas till 40 % av effekten. Med det resultat jag redovisat i kapitel 19 skulle det bli 40 % av verksamhetens värde.

Om ansvaret kunde bestämmas på detta sätt skulle sambandet mellan handlingen och effekten bli beaktat. Det faktum att en spärr av en kontokredit alltid bara är en bidragande orsak till en konkurs, skulle innebära en fördelning av ansvaret för effekten. Skadevällaren, som primärt bara orsakat en illikviditet, skulle bara behöva kompensera för den del av effekten konkurs som han som skadevällare bidragit till.

Ett problem med en sådan lösning är dock svårigheten att göra bedömningar av konkursrisken. För att bedöma risken att ett bolag går i konkurs om en viss handling inte företagits, blir det nödvändigt att bedöma sannolikheter för olika möjliga utfall av den interaktion som ett bolag har med sin omvärld. Vid förhållanden där bolaget har flera möjligheter och många relationer samt det därtill är besvärligt att bedöma sannolikheter för olika utfall, blir bedömningen av konkursrisken besvärlig. Givet att förhållandena i ett bolag kan vara mycket olika kan bedömningen antagligen vara så komplex att den blir en ren gissning. I en del fall behöver det emellertid inte handla om särskilt många bedömningsfaktorer. Ett bolag kan ha få möjligheter och få relationer.

20.5 Effekten av sambandet mellan konkursrisken och verksamhetens värde

En annan aspekt av förhållandet är att det finns ett visst samband mellan konkursrisken och verksamhetens värde. Om konkursrisken är 60 % påverkar detta verksamhetens värde. Skadevällarens intresse av att inte behöva ansvara för mer än hans handling orsakat kan därmed vara beaktat genom värderingen av skadans storlek. Det är också möjligt att skadevällarens intresse av att inte behöva ansvara är tillgodosett genom att sambandet mellan spärr och konkurs anses brutet i de fall bolaget har ett stort värde, se kapitel 19.

Vad jag pekar på är således att ett svagt samband mellan handlingen och effekten konkurs blir beaktat i skadeståndsbedömningen genom bedömningen av värdet av verksamheten. När handlingen endast är en bidragande orsak och konkurs ändå inträffar var konkursrisken stor. Risker för konkurs påverkar värdet. Värdet avgör skadeståndets storlek och påverkar därmed ansvaret. Av dessa skäl förefaller behovet av att i ytterligare mån beakta sambandet mellan handlingen och effekten konkurs vara begränsat. Det skulle kunna vara tillräckligt att (som i kapitel 19) beakta om spärren av kontokrediterna ledde till mer än en likviditetsförlust. I varje fall skulle det vara tillräckligt om effekterna anses kunna ha begränsats till kostnaderna för att skaffa andra likvider eller kostnaderna för rekonstruktion.

Jag vill anmärka att en lösning som skulle följa nämnda tankelinje innebär en förenkling. Kopplingen mellan konkursrisken och verksamhetens värde är inte absolut. Det går att tänka sig fall där konkursrisken gränsar till 100 % samtidigt som verksamheten ändå skulle betinga ett beaktansvärt marknadsvärde. Det finns bolag som med viss säkerhet kan vara på väg mot konkurs om de blir kvar i de gamla ägarnas händer, men som ändå betingar ett värde på marknaden för den som är beredd att satsa kapital på att få bolaget lönsamt. Typiskt sett handlar det om stora bolag som kräver omfattande investeringar och där någon är beredd att investera av fler skäl än att få själva bolaget lönsamt. Den motsättning mellan konkursrisk och verksamhetsvärde som till synes föreligger i dessa fall, kan dock betraktas som just synbar. Genom att betrakta den investeringsvilja som finns hos köparna, som en faktor som påverkar just konkursrisken, är den reella konkursrisken trots allt inte så stor. Den är inte så stor som den synes vara om bara de gamla ägarnas förmåga att undvika konkurs beaktas. Bolaget har i dessa fall en goodwill och den påverkar värdet. Värdet blir det pris som en köpare var beredd att betala vid tidpunkten för den konkurs som trots detta

inträffade. Jag har i denna analys därför inte sett skäl att behandla dessa fall på något annat sätt än övriga. En förenkling där ansvaret begränsas genom värderingen av skadan, kan fungera även i dessa fall.

20.6 Rättsdogmatisk utredning kring sambandskravet

Som jag redovisat i föregående kapitel, avsnitt 19.6, hävdas som en allmän norm att den vållande handlingen inte behöver ha varit den viktigaste eller starkast verkande orsaken till skadan. Det skall för ansvar räcka att handlingen varit en bidragande orsak. Samtidigt får handlingen inte ha haft en obetydlig påverkan. Det räcker inte att den exempelvis bara påverkade tidpunkten för när skadan inträffade. En inträffad färdig skada skall också utsluta ansvar när det finns flera konkurrerande skadeorsaker. Ansvar skall dock inte utslutas i den omvända situationen, d v s då skadan inte är färdig.⁶⁰¹

Det finns vidare normativa utsagor som kan anföras för fall där det blir nödvändigt att göra en hypotetisk prövning av vad som skulle ha hänt om den skadegörande handlingen inte utförts.⁶⁰² Ett hypotetiskt antagande av detta slag förefaller behöva användas på olika sätt i olika typer av fall. Den hypotetiska frågan vid spärr av kontokredit är förstas om en konkurs ändå hade inträffat. Något normativt stöd för om en sådan hypotetisk operation är relevant i sammanhanget har jag inte funnit.⁶⁰³

För de fall där en spärr av en kontokredit endast har en oklar eller liten del i effekten konkurs, för att konkursrisken redan var betydande, ger de allmänna normerna till synes inte tydligt besked. Det förefaller utifrån normerna relevant att hävda att i princip varje spärr av en kontokredit varit en bidragande orsak till en konkurs för ett bolag som redan innan stod betydande risk för konkurs. Samtidigt går det att framhålla att spärren kan ha haft en obetydlig påverkan som bara påverkat tidpunkten för när konkursen inträffade. Om bolaget exempelvis redan hade likviditetsproblem och konkursen därför närmade sig har spärren av en kontokredit påverkat förhållandena helt marginellt.

Sambandskravet innebär inte att det skall vara möjligt för skadevållaren att förutse vilka konsekvenser hans agerande leder till i ersättningshänseende.

⁶⁰¹ Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 9 u, 2014 s 187–188 och 203.

⁶⁰² Exempelvis NJA 2014 s 272 (BDO Nordic), stycke 42–44.

⁶⁰³ Inte heller i exempelvis Pauli Ståhlberg och Juha Karhu, *Finsk skadeståndsrätt*, 2014 s 334–388.

Det handlar istället om en mer objektiv bedömning.⁶⁰⁴ Beträffande denna aspekt finns det dock anledning att påpeka att det knappast är konkursen som är oförutsebar för banken. Vad som är svårt att förutse är om bolaget stod så betydande risk för konkurs att spärren av kontokrediten inte påverkade risken. Risken för konkurs kan inte bedömas utan att beakta samtliga möjligheter som skulle ha kunnat uppträda. Det räcker därför inte med exempelvis en likviditetsanalys som visar att bolaget vid en viss tidpunkt inte skulle ha haft likvider för att betala en betydande skuld. Innan den tidpunkten hade bolaget kanhända kunnat skaffa likvider på annat håll. Bedömningen blir förstas mer säker om det rör sig om en kort tid, såsom att bolaget även utan spärren hade hamnat i likviditetsbrist dagen efter. Ett bolag kan dock dröja med betalningar och kanske ändå klara sig igenom ekonomiska besvär. På motsvarande sätt förhåller det sig med de fall då bolaget redan innan handlingen var i en situation där bolaget inte hade likviditet att betala en eller flera andra betydande skulder. Omständigheterna kan innebära en nästintill hundra procentig risk, men det går inte att helt utesluta att händelseutvecklingen i ett fall skulle kunnat leda till något annat än konkurs. I den mån förutsebarheten skall tillmätas normativ betydelse kan därför konstateras att en bank som avtalsvidrigt spärrar en kontokredit aldrig kan vara helt säker på att konkurs ändå skulle inträffa. Däremot kan banken givetvis vara tämligen övertygade och välinformerade beträffande risken.

I avsaknad av mer precisa normativa utsagor konstaterar jag att den rättsdogmatiska utredningen inte pekar ut någon tydlig lösning. Det beror bland annat på att effekten konkurs är speciell i förhållande till de fall som ligger bakom de allmänna normerna om sambandskrav. Några specifika normativa utsagor kring konkurs har jag inte identifierat.⁶⁰⁵

I den mån det är riktigt att effekten konkurs är speciell i förhållande till de fall som ligger bakom de allmänna normerna om sambandskrav finns det särskild anledning att beakta ytterligare normativa argument om skyddsändamålet med en ersättningskyldighet. Skada som faller utanför skyddsändamålet skall inte ersättas. Vad som skall utgöra skyddsändamålet med en ersättningskyldighet för avtalsvidrig spärr av kontokredit kan

⁶⁰⁴ Se exempelvis Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 u, 2012 s 162–163, och Hjalmar Karlgren, Skadeståndsrätt, 1935 s 44–50. Jfr skadevällarperspektivet i Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 344–451.

⁶⁰⁵ Jag har noterat NJA 2011 s 411 (Konkursprövningen) och att fallet inte ger anledning till funderingar kring sambandskravet, jfr Håkan Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, 2013 s 471–481.

diskuteras. Ett avtal om kontokredit går emellertid ut på att en bank skall tillhandahålla likviditet till sin avtalspart. I den mån en ersättningskyldighet fyller en funktion för att tillgodose likviditetsfunktionen i avtalet skulle det därför kunna hävdas att det saknas anledning att undanta handlingen att spärra en kontokredit från ersättningskyldighet. Tvärt om skulle skyddsändamålet innebära att ett samband anses föreligga när risken för konkurs var betydande även utan handlingen.⁶⁰⁶

20.7 Reflektioner kring resultatet

I mina reflektioner kring resultatet börjar jag med att peka på att det förhållande jag analyserat sannolikt inte blir aktuellt i praktiken. När konkursrisken för ett bolag är betydande har en bank rättslig grund för att säga upp och spärra en kontokredit, se nästa kapitel 21. Det fall som detta kapitel handlar om, där bolaget står en betydande konkursrisk, men där banken säger upp kontokrediten på ett sätt som ändå blir avtalsvidrigt, är därför någorlunda osannolikt. Därtill är mitt resultat i sig att sambandskravet typiskt sett inte spelar någon roll. En betydande konkursrisk innebär att värdet av verksamheten blir litet. Eftersom skadan och därmed ersättningskyldigheten blir begränsad är det oviktigt om sambandskravet brister. Vad jag redovisar i detta kapitel skulle därför kunna betraktas som mer eller mindre överflödigt.

Kapitlet fyller emellertid en funktion. Det är en anvisning för hur sambandskravet kan hanteras i sammanhanget. Likaså är det en anvisning om vilken plats sambandskravet har systematiskt, i förhållande till fallen i föregående kapitel 19. Vad jag redovisar är att sambandskravet principiellt sett är en relevant norm, men att det inte finns anledning att bry sig så särskilt mycket om denna norm i fall där konkursrisken för bolaget var betydande redan av andra skäl än handlingen.

Att kapitlet fyller en funktion i framställningen, trots att jag inte redovisar ett forskningsresultat, är förstås inte märkligt alls. I förhållande till vad andra forskare i förmögenhetsrätt gör menar jag också att det är vanligt med sådana delar i presentationerna. Exempelvis kan det handla om motiveringar av antaganden som utgör en förutsättning för att en studie skall fungera. Det

⁶⁰⁶ I förhållande till sammanhanget, att det handlar om en kontraktsrelation och den enkla poäng som jag vill göra blir det överdrivet att jag redovisar närmare dogmatiskt stöd hur jag här använder skyddsändamålstanken. Jag kan dock peka justitierådet Nordensons utveckling av sin mening i NJA 1976 s 458 (Cykelpump) och vad Håkan Andersson skriver om funktion och ekonomisk prevention, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s 331–335.

är också vanligt att forskare har en begränsad ambitionsnivå med delar av detta slag. Sett till framställningarna som helhet kan avsnitten uppfattas som s k transportsträckor mellan de delar som tillför något. Avsnitten är dock ändå en del i en systematisering. De pekar ibland också ut frågor som det kan finnas anledning att forska ytterligare kring.

I förhållande till min målbild menar jag hur som helst att jag inte nått upp till den målbild jag hade av ett ”forskningsresultat” i forskningsfrågan. Det beror inte minst på att jag knappast lyckats tillföra tidigare okänd kunskap. Att konkursrisken påverkar både skadans storlek och möjligheterna att avtalsenligt säga upp en kontokredit, är känt. Det faktum att jag kombinerat dessa antaganden till en analys, som visar att de normativa argumenten om sambandskrav inte blir det mest relevanta för hur fallen skall lösas, är inget märkvärdigt. Det kan förvisso vara relevant att bekräfta samband som redan är kända, men jag tänker också att min prestation i detta fall inte varit tillräckligt metodologisk. För att påvisa dessa samband skulle jag behövt gå mer systematiskt till väga och jag borde ha använt fler fall som inkluderat fler variabler än de fall jag använt.

Vad jag gjort är att förklara varför det antagligen inte är relevant att arbeta med normerna om sambandskrav när konkursrisken för bolaget var av viss nivå, utan närmare klargörande av vilken nivå detta kan vara. Mitt resultat kan därför betraktas som en arbetshypotes för ytterligare insatser och som en förklaring av vissa samband. Att jag lagt ner en del arbete på att försöka nå ett resultat i frågan saknar härvid betydelse. Resultatet uppfyller inte min målbild. Jag betraktar det inte som ett ”forskningsresultat”.

I jämförelse med det resultat jag redovisade i föregående kapitel vill jag särskilt peka på skillnaden i kunskapsintresse. Forskningsfrågan i detta kapitel handlade om att nå ett normativt resultat. Den konstruktiva metod jag använt kan fungera för att nå ett sådant resultat, men tillförde i detta fall inget som kunde uppväga den relativa bristen på dogmatiskt underlag att arbeta med. Samtidigt gav min insats inte underlag för att byta forskningsfråga och kunskapsintresse. Vad jag till slut fick fram var samband som jag menar inte tillför något nytt.

21 (Q) Skadeståndsgrundande handlande vid uppsägning av kontokredit

Vad jag vill illustrera med detta kapitel 21 är varken någon ytterligare kategori av resultat eller någon ytterligare kategori av metod. Däremot vill jag ge exempel på hur resultatnriktningen kan leda tankarna till en forskningsfråga som jag hade haft svårare att föreställa mig om jag inte arbetat med denna inriktning. Likaså är resultatet något som jag antagligen inte skulle ha hittat formen för att presentera om jag inte använt resultatnriktningen.

21.1 Forskningsfrågan – är ansvarsnormerna användbara för att hantera komplexiteten?

Detta kapitel är det femte och sista i raden av kapitel som handlar om en banks spärr av kontokredit. I de tidigare kapitlen har jag utgått från att banken agerat på ett skadeståndsgrundande sätt. Frågan om hur en bank som sagt upp och spärrat en kontokredit skall ha handlat för att bli skadeståndsansvarig är emellertid också intressant. Vad jag intresserat mig för är dock inte den normativa aspekten av frågan. Att utreda vad banken får och inte får göra rent normativt är bara en sidoordnad del av vad jag undersökt. Vad jag gjort är istället en insats kring vad ansvarsgrunden kan anses innebära, för parterna och för samhället. Forskningsfrågan är därför: Kan den rättsliga ansvarsgrunden användas till att hantera den avvägning som bör krävas av banken?

Att jag gjorde antagandet att denna fråga skulle kunna leda till ett resultat som uppfyller min målbild av ”forskningsresultat” beror på att regleringen varit föremål för kritik. Bankernas standardvillkor har kritiserats, och så även bankernas tillämpning av dessa.⁶⁰⁷ Standardvillkoren framstår vid en första anblick också som osofistikerade. Min hypotes var därför att ansvarsgrunden

⁶⁰⁷ Se referenser i underavsnitten nedan.

var bristfällig i förhållande till vad den behöver användas till. Hypotesen var i linje med kritiken. Det framstod därför som intressant att utreda om det skulle gå att bidra till att visa att kritiken var berättigad. Jag hade således en tes med min undersökning. Det resultat jag nått innebär emellertid bara visst stöd för den tesen.

21.2 Resultat (Q) – norm för komplex avvägning

Det resultat jag nått har karaktären av bedömning. Resultatet är därtill tvådelat. För det första har jag gjort bedömningen att ansvarsgrunden behöver användas för att hantera en ganska komplex avvägning. För det andra har jag gjort bedömningen att den aktuella regleringen kan användas för att göra just denna komplexa avvägning. Härmed inget sagt om huruvida regleringen av ansvarsgrunden skulle gå att förbättra.

För att göra den komplexa avvägningen behöver banken agera i beaktande av dels att likviditet är en resurs av vital betydelse för bolagen, och dels i beaktande av att bolaget därför vanligtvis står i visst beroendeförhållande till banken. Samtidigt behöver bedömaren beakta att bankerna inte bara har rollen av avtalspart i ett avtal, utan också fyller en funktion av övervakare på marknaden. För att fullgöra denna funktion har banken anledning att beakta antagandet att ett tidigt agerande av en bank kan ha positiva effekter för såväl samhället som för det enskilda bolaget, eftersom bolaget därmed ökar sina chanser att reda ut en ekonomisk kris.

21.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, intresseanalys och hanteringsanalys

För att nå resultatet har jag gjort en rättsdogmatisk utredning av regleringen av skadestandsgrunden. De normer jag identifierat är standardavtalsvillkoren, allmän kontraktsrättslig reglering och skadeståndslagens reglering.

Utifrån de rättsdogmatiska utredningarna har jag identifierat vilka aspekter som kan vara relevanta för att bedöma vad som skall föranleda ansvar. Jag har identifierat dessa aspekter genom att analysera det sammanhang i vilket en kontokredit typiskt sett används. För att studera detta sammanhang har jag framför allt gått igenom svenska offentliga utredningar och svensk doktrin som berört uppsägning av kontokredit. Jag har dock inte begränsat mig till texter där frågan berörts konkret utan även beaktat mer allmänna teorier om kreditmarknaden och bankernas roll på denna.

För att nå första delen av resultatet och dra slutsatsen att ansvarsgrunden behöver användas för att hantera en ganska komplex avvägning har jag beaktat de aspekter jag identifierat. De pekar ganska tydligt på att bankerna behöver agera professionellt utifrån ett beslutsunderlag över vad som kan bli många skiftande faktorer.

Den andra delen av resultatet har jag nått genom att pröva om de aspekter jag identifierat går att avväga i en rättslig bedömning. Jag redovisar inte explicit denna del av min analys, men menar att även detta är tydligt. Samtliga aspekter är uppmärksammade i vad som brukar betraktas som rättsligt relevanta redogörelser.

21.4 Den formella ansvarsgrunden

Första steget i min analys är att identifiera den formella standard som en bank behöver hålla sig till. I min utredning av denna standard har jag uppmärksammat ett huvudalternativ och ett annat alternativ. Eftersom min forskningsfråga inte är att avgöra vilken ansvarsgrunden skall vara kommer jag inte att avgöra den saken. Vad jag gör är istället att bedöma om ansvarsgrunden kan användas till att hantera den avvägning som bör krävas av banken. Med en sådan ambition ser jag skäl att även använda relevanta variabler i analysen.

21.4.1 Normerna om avtalet som grunden för skadestånd

Det alternativ som jag betraktar som huvudalternativet innebär att grunden för skadeståndet är avtalet och att utgångspunkten för bedömningen därmed också är avtalet.

En bedömning som tar utgångspunkt i den här aktuella typen av avtal behöver avgöra om en bank som sagt upp och spärrat en kontokredit skall anses ha agerat inom de ramar som avtalet anger. Det blir med andra ord fråga om att bedöma om banken följt något av avtalsvillkoren för uppsägning och exempelvis haft skälig anledning att säga upp kontokrediten. I den mån en bank som sagt upp och spärrat en kontokredit inte anses ha agerat inom dessa ramar, blir frågan om en sådan avvikelse skall vara skadeståndsprinciper grundande. Med allmänna principer (eller mönster) i förmögenhetsrätten kan det handla om olika krav för vad som skall anses tillräckligt kvalificerande.

”Huvudregeln för ren förmögenhetsskada, nämligen att skadan ersätts endast vid brottslig handling ..., gäller inte i kontraktsförhållanden. Principen för

dessa är istället att den som underlåtit att fullgöra en förpliktelse blir skadeståndsskyldig, oftast vid vållande, stundom även utan.”⁶⁰⁸

Frågan om avvikelsen i sig skall vara skadeståndgrundande, eller om det skall krävas något mer kvalificerande än att en avtalspart brutit mot avtalet för att skadestånd skall utgå, är i lag reglerad på olika sätt för olika slags avtal och prestationer. Exempelvis innebär vissa av lagreglerna i KöpL ett krav på vårdslöshet, se KöpL 40 § 3 st och 57 § 4 st. I kontraktsrättslig reglering varierar dock grunden för vad som skall vara tillräckligt kvalificerande. Kontrollansvar, presumtionsansvar och culpaansvar är några av de grunder som stadgas i lagstiftning, såsom KöpL 27 § och KonsumenttjL 31 §. Det förekommer också strängare grunder. I KöpL 57 § stadgas exempelvis ansvar för köpare som dröjer med betalning. Köparen ansvarar så länge köparen inte kan visa att force majeure föreligger. Samtidigt är den skada som en säljare lider vid betalningsdröjsmål vanligtvis begränsad till dröjsmålsränta. Köplagen 71 § hänvisar till RänteL. Lagregleringen omfattar inte de effekter som kan följa när prestationen är nödvändig för betalningsmottagarens likviditet.

Frågan om det skall krävas något mer än en överträdelse av avtalet är i de här aktuella fallen reglerad genom avtalen. Avtalen om kontokredit är nämligen regelmässigt av standardavtalskaraktär. De är så pass lika och utbredda att det finns anledning att betrakta dem som en allmän reglering av bankkrediter.⁶⁰⁹ Standardavtalen innehåller villkor om att en bank inte skall ersätta skada om banken varit ”normalt aktsam”. Av rekvisitet ”normalt aktsam” följer att tillämparen skall bedöma om en bank agerat normalt i någon mening. Ett culpa-rekvisit innebär i princip en motsvarande bedömning. Avvikelsen från normalitet är karaktäristiskt för vad som anses vara ett skadeståndgrundande agerande. I den mån något annat varit avsett borde de som använder villkoren ha uttryckt detta. För att tillmätas betydelse behöver avtalsregleringen klart uttrycka en avsikt att inskränka eller utvidga ansvaret, i förhållande till en så allmän norm som culpanormen.⁶¹⁰

Regleringen kan således anses innebära att det krävs både att banken brutit mot villkoren i avtalet och att banken gjort detta på ett sätt som inte varit normalt aktsamt. Huruvida det i realiteten blir någon skillnad

⁶⁰⁸ Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 4 u, 1985 s 61–62, jfr 9 u, med Marcus Radetzki, 2014 s 89.

⁶⁰⁹ Se exempelvis Gertrud Lennander, Kredit och säkerhet, 10 u, 2011 s 28–29. Villkor av just detta innehåll har förekommit under lång tid, vilket exempelvis framgår av SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten, s 153 och 167–168.

⁶¹⁰ Jfr NJA 2014 s 760 (Cargo Center) stycke 7–9.

mellan dessa bedömningar beror framför allt på avtalsvillkoren. De kan reglera under vilka omständigheter som banken får säga upp och spärra kontokrediten.

Det är vanligt att standardvillkoren stadgar att banken får säga upp krediten p g a vissa bristfälliga förhållanden hos kredittagaren respektive p g a kredittagarens faktiska agerande i relationen med banken. Exempelvis kan villkoren innebära att banken skall ha rätt att säga upp avtalen efter viss uppsägningstid, eller vid tidpunkt som banken bestämmer:

- i* om säkerheten för krediten eller annan förpliktelse som kredittagaren har mot banken inte längre är betryggande.
- ii* om det finns skälig anledning att anta att kredittagaren inte kommer att kunna fullgöra sina förpliktelser mot banken.
- iii* om kredittagaren inte har fullgjort sina förpliktelser enligt kontraktet eller i övrigt mot banken.
- iv* om kredittagaren har missbrukat kontot genom övertrassering.

Regleringen pekar således ut bristfälliga förhållanden hos kredittagaren och kredittagarens faktiska agerande. Den anger också att banken kan använda uppsägningstid eller bestämma annan tidpunkt, d v s låta bli att använda uppsägningstid. Så länge banken agerar på dessa sätt utgör regleringen en aspekt som talar för att banken agerat ”normalt aktsamt”, eller med andra ord att banken inte agerat vårdslöst.

Ett karaktäristika för den aktuella regleringen är emellertid att den lämnar utrymme för ett ganska betydande mått av värdering från bedömarens. Särskilt gäller detta det centrala och generella villkoret *ii* enligt vilket banken får säga upp vid ”skälig anledning”. Eftersom regleringen samtidigt föreskriver att banken inte behöver använda uppsägningstid kan effekten bli betydande för bolaget. En uppsägning med omedelbar spärr av kontokrediten kan ställa till betydande problem för bolaget. Det går enkelt att föreställa sig effekterna av att ett bolag plötsligt ställs inför att i nästa stund inte kunna betala viktiga fordringsägare. Det kan rent av handla om betalning till en leverantör som är vital för en prestation som bolaget behöver göra för att få inkomster. Att uppsägning av kontokredit vållat problem är också omvittnat.⁶¹¹

Hur som helst antar jag att jag härmed pekat ut den formella standard som en bank behöver hålla sig till. Grunden för skadeståndet är avtalet och utgångspunkten för bedömningen är därmed också avtalet. Det är huvudalternativet i min analys.

⁶¹¹ Se nästa avsnitt 21.5.

21.4.2 Normerna om skadeståndslagen som grunden för skadestånd

Utöver huvudalternativet vill jag också redogöra för ett alternativ som följer av en viss tolkning av ett några år gammalt avgörande av HD.⁶¹² Jag vill redovisa detta alternativ främst för att jag i analysen gjort iakttagelsen att ansvarsbedömningen i realiteten flyter ihop. Som jag redovisar i de följande avsnitten är det i hög grad samma omständigheter som behöver beaktas. Bedömningen av om banken inte hade tillräcklig grund för sin uppsägning och bedömningen av om banken agerat vårdslöst blir sådan att skillnaden kan framstå som otydlig. Denna otydlighet förefaller dock inte avgörande för om regleringen kan användas. Den blir inte avgörande för möjligheterna att hantera den komplexa avvägning som behövs.

Det alternativ som jag vill redogöra för handlar om att använda en annan utgångspunkt. Bedömningen av vad som skall vara skadeståndsgrundande skall göras med utgångspunkt i en allmän culpanorm. Först därefter skall avtalsvillkoren tas i beaktande. Tänkesättet skulle i det här aktuella sammanhanget möjligen kunna leda till en mer nyanserad analys än en analys som utgår från avtalsvillkoren. I huvudalternativet ovan skulle bedömningen kunna bli begränsad till om avtalsvillkoren följts eller inte. Med det alternativ jag analyserat blir utgångspunkten en bedömning av vårdslöshet. Den innebär att det i princip kan anses vårdslöst av banken att följa avtalsvillkoren i vissa fall. För avtalsvillkor som de aktuella, där en part till synes ges betydande utrymme att bestämma över centrala förhållanden i avtalsrelationen, förefaller detta relevant att beakta.

Det alternativ till ansvarsgrund som jag redovisar går till synes att förankra med ganska gott normativt stöd. Justitieråden i rättsfallet har framfört vad som kan tolkas som att skadeståndslagen skall användas på nämnt sätt, d v s med en allmän culpanorm som utgångspunkt för ansvar. De utgår i sin tur från lagförarbeten. Eftersom det handlar om en principiellt intressant normativ utsaga, som jag på ett direkt sätt har använt i analysen, redovisar jag här vad justitieråden uttalat trots att det blir ett längre citat.⁶¹³

”7. Den grundläggande utgångspunkten är därmed att det utomobligatoriska skadeståndsansvaret har generell giltighet. Ansvaret gäller också om det finns ett avtalsförhållande mellan parterna liksom när man rör sig inom området för den skadeståndsrättsliga speciallagstiftningen, i den mån inte kontraktsrättsliga

⁶¹² NJA 2014 s 760 (Cargo Center) stycke 7–9.

⁶¹³ NJA 2014 s 760 (Cargo Center) stycke 7–9.

regler eller principer eller särskilda skadeståndsregler motiverar modifikationer. Vid prövningen av vilket som helst skadeståndsanspråk ska man enligt motiven till skadeståndslagen utgå från att tvisten ska avgöras enligt de allmänna utomobligatoriska reglerna. Avvikelse från dessa ska ske bara i den utsträckning som kontraktsrättens regler bedöms vara tillämpliga och leder till ett annat resultat eller anspråket avser ett skadefall som faller under särskilda lagregler om utomobligatoriskt skadeståndsansvar och dessa regler innebär avvikelse från de allmänna reglerna. (Se prop. 1972:5 s. 157 f.)

8. Denna principiella utgångspunkt kommer till uttryck i 1 kap. 1 § skadeståndslagen, där det klagörs att skadeståndslagens bestämmelser ska tillämpas om inte något annat är särskilt föreskrivet eller föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.

9. Existensen av ett avtal mellan parterna i en skadeståndstvist kan föranleda avvikelser från skadeståndslagens bestämmelser, antingen omedelbart på grund av avtalets innehåll eller till följd av särskilda rättsregler eller rättsgrundsatser – lagfästa eller i annan form – som gäller för den aktuella avtalstypen. Det kan röra sig om uttryckliga avtalsklausuler om skadeståndsansvaret. Men även med tillämpning av vanliga tolkningsprinciper kan det tänkas att åtaganden kan härledas från den ena partens sida i ett avtal som innebär en utvidgning av hans skadeståndsansvar eller inskränkning av hans skadeståndsrätt utan att det föreskrivs direkt i avtalet. (Se a. prop. s. 448 f. och 489 f.)”

Med den hävdade utgångspunkten blir det nödvändigt att fråga sig vad som utgör vårdslöst beteende i det relevanta sammanhanget. I detta kapitel handlar det om hur en bank kan agera vårdslöst vid uppsägning av en kontokredit. Därefter blir frågan om parterna kan anses ha avtalat bort ansvar för vårdslösheten. Med andra ord blir det fråga om parterna i sin reglering tillåtit ett agerande som annars skulle anses vårdslöst.

21.4.3 Ansvarsgrunden behöver förstås i beaktande av kontexten

De alternativa ansvarsgrunder som jag redovisat i avsnitten ovan innebär två olika tillvägagångssätt för ansvarsbedömningen. För att bedöma hur dessa skulle kunna användas har jag identifierat vilka aspekter som kan vara relevanta för att bedöma vad som skall föranleda ansvar. De aspekter som behöver beaktas är desamma oavsett om avtalet eller skadeståndslagen skall utgöra grund för skadeståndet. Även avtalsvillkoren om bankens rätt till uppsägning behöver nämligen förstås i beaktande av dessa omständigheter. Jag redogör i det följande för dessa aspekter.

21.5 Beroendeförhållandet och bankernas dubbla roller

En av de aspekter som kan påverka hur en banks agerande skall betraktas har att göra med att bolaget ofta står i beroendeförhållande till banken. Denna aspekt behöver dock betraktas mot bakgrund av att bankerna inte bara agerar i sitt eget intresse. De har nämligen dubbla roller och behöver agera i vad som kan beskrivas som såväl marknadsens som borgenärskollektivets intresse.

Kontokreditrelationen mellan företag och bank är en relativt sett långvarig relation. Det är inte fråga om ett momentant avtal såsom ett köp. Den resurs som banken tillhandahåller är kapital och likviditet, d v s en resurs som är av vital betydelse för bolaget. Bolaget står därför vanligtvis i visst beroendeförhållande till banken. Detta beroende förstärks av att relationen bygger på förtroende som byggs upp över tid. Det kan därför vara besvärligt för ett företag att med kort varsel skaffa motsvarande kredit på annat håll.

Beroendeförhållandet leder till att företagen typiskt sett är känsliga för uppsägningar från banken. Detta gäller särskilt uppsägningar med kort varsel. En uppsägning från banken kan vara en åtgärd som leder fram till att bolaget försätts i konkurs. Genom historien har ett antal företag gått i konkurs när banken sagt upp sina krediter. Företagare har upplevt just uppsägning från banken som att banken ”dragit undan mattan” för dem. De har menat att banken tagit bort förutsättningar som på kort sikt varit nödvändiga för att fortsätta verksamheten. Sådana yttringar var tydliga under den ekonomiska krisen på 1990-talet då företagskonkurserna ökade drastiskt.⁶¹⁴ Under denna kris fick banker statliga garantier för kreditförluster som gjorde att bankerna stod mindre ekonomisk risk om de sade upp krediter. När bankerna samtidigt sade upp en hel del krediter spreds misstankar om att bankerna sade upp fler krediter än nödvändigt. Detta för att bankerna skulle föredra att få ersättning genom de särskilda garantierna som staten, framför att stå fortsatt kreditrisk. Misstankarna gick ut på att de statliga garantierna i någon mån genererade uppsägningar. Uppsägningarna

⁶¹⁴ En kort beskrivning av krisen finns i SOU 2013:6 s 580–582. Några andra i SOU 2000:11 s A:71–A:75, A:150–A:152. Likaså i Stefan Ingves och Göran Lind, Hantering av bankkrisen – sedd i efterhand, Penning- och valutapolitik 1, 1996. I SOU 1999:1 s 124 anges att antalet företagskonkurser ökade från 5 567 per år 1988 till 21 219 år 1992, för att minska till 11 315 år 1997. Jfr Marcus Box, Karl Gratzner och Xiang Lin, Konkurs och konjunktur i Sverige 1830–2010, *Insolvensrättslig tidskrift*, 2016 s 20–36. Krisen är givetvis inte den enda i svensk ekonomisk historia, krisåren räknas som 1763, 1817/18, 1857/58, 1878/79, 1907/08, 1921/22, 1932/33 och 1991/92, se exempelvis Axel Hagberg, *Aktörer, marknad stat*, 2007 s 11 och 209.

ansågs bli fler än vad som hade varit aktuellt under normala affärsmässiga förhållanden.⁶¹⁵

Beroendeförhållandet mellan bolag och bank medför att det behövs reglering. Bolagen behöver skyddas mot uppsägningar. Om en uppsägning leder till konkurs leder det till skador för såväl de inblandade ägarna som bolagets arbetstagare, leverantörer och kunder. En uppsägning kan genom konkurs leda till s k värdeförstöring. Sådan är per definition inte önskvärd, vare sig för parterna eller från ett allmänt samhällsekonomiskt perspektiv.⁶¹⁶

Samtidigt som regleringen behöver innebära att företag skyddas mot uppsägningar behöver den emellertid också ge bankerna handlingsmöjligheter. Banker är speciella som aktörer på marknaden.⁶¹⁷ De förmedlar den för alla marknader centrala betalningsresursen och det är därför viktigt att banker inte tar mer än begränsade risker för egen del. Varje bank har så pass många och betydande relationer med andra aktörer att många skulle drabbas om en bank inte skulle klara av att fullgöra sina förpliktelser. Riskerna med något sådant är så betydande att man talar om en systemrisk, d v s en risk som innebär att hela marknadssystemet skulle drabbas.⁶¹⁸ Rättsordningen reglerar därför bankernas möjligheter att ta risker. En del av regleringen handlar om vilka förpliktelser banker får åta sig beträffande sin kreditgivning. Bland annat behöver en bank kunna säga upp kredit för att kunna

⁶¹⁵ Jfr exempelvis Claes-Robert von Post, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, 1999 s 197. I SOU 2000:11 Finanssektorns framtid, s 80–81 nämns den allmänna misstro som krisen förde med sig. Det finns flera framställningar på temat misstro. Ett särskilt tydligt exempel på denna misstro utgör den serie av böcker som Mats Lönerblad givit ut genom Bankrättsföreningen som han varit med om att bilda. I bokserien ingår titlar som Pengarna eller livet, Hur bankerna tog livet av 60 000 företag, 2007.

⁶¹⁶ Se exempelvis SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler, s 228. Att denna syn om värdeförstöring finns, men att de negativa samhällsekonomiska effekterna kan ifrågasättas, hävdas av Monica Ström och Marcus Zackrisson, Rätten att misslyckas, Institutet för tillväxtpolitiska studier A2006:010, s 21–25.

⁶¹⁷ Se exempelvis: SOU 2014:52 Resolution, s 244–246. SOU 2013:6 Att förebygga och hantera finansiella kriser, s 59–63. Sveriges Riksbank, Mannent (red.), Den svenska finansmarknaden 2013, s 6–10, 78–81. Henric Falkman, Bankrörelse, Risker och riskhantering i banker, s 499–512. Jean-Charles Rochet, Why Are There So Many Banking Crises?, Princeton, 2008.

⁶¹⁸ Se exempelvis definitionen i Direktiv 2013/36/EU art 3.10 ”systemrisk: en risk för störningar i det finansiella systemet som kan medföra allvarliga negativa konsekvenser för det finansiella systemet och den reella ekonomin.” Vidare: SOU 2013:6 Att förebygga och hantera finansiella kriser, s 309–312. SOU 2013:65 Förstärkta kapitaltäckningsregler, s 141, 206–208. SOU 2000:11 s 66. Henric Falkman, Bankrörelse, Risker och riskhantering i banker, s 253–354. Philipp Hartmann, Olivier de Bandt och José Luis Peydró, Systemic Risk in Banking after the Great Financial Crisis, 2015. Andrew G Haldane och Robert M May, Systemic risk in banking ecosystems, Nature, 2011 s 351–355.

fullgöra sina förpliktelser i förhållande till dem som banken i sin tur fått kredit av.⁶¹⁹

En annan anledning till att banker behöver kunna säga upp kredit är att bankerna fyller en övervakningsfunktion i det marknadsekonomiska systemet.⁶²⁰ Eftersom bankerna arbetar specifikt med finansieringen av bolag har de typiskt sett incitament att fortlöpande skaffa sig information om hur väl bolagen lyckas.⁶²¹ Bankerna är den kategori av aktörer på marknaden som typiskt sett har relativt god information om ett bolag.⁶²² Att en bank ger kredit till ett bolag signalerar också att banken har förtroende för bolagets ekonomiska förmåga. Bankerna har därför en speciell roll. I den mån ett bolag riskerar att inte klara av sina åtaganden är det viktigt att en kollaps för bolaget inte skadar fler aktörer på marknaden än nödvändigt. Eftersom bolaget självt i en krissituation kan ha små incitament att bry sig om hur det går för andra, behöver informationen om att bolaget står alltför hög risk komma fram. Bolaget kan också behöva tas bort från marknaden för att kapsla in risken. Genom att bankerna typiskt sett har god information om ett bolag kan bankerna fylla funktionen av övervakare. De blir en övervakare som för alla markerar när ett bolag dragit på sig för stor risk. En bank gör en sådan markering genom att säga upp sina krediter. Bankernas uppsägningar kommer därmed till nytta på aggregerad nivå.⁶²³

Förutsatt att de nämnda teorierna stämmer behöver regleringen av bankers uppsägningsmöjligheter fylla såväl behoven av att ge företag skydd mot uppsägningar som behoven av att ge banker möjligheter att fylla sina funktioner på marknaden.⁶²⁴ Att fylla dessa behov är inte begränsat till att skilja mellan nödvändiga och icke nödvändiga uppsägningar. Vissa uppsägningar behöver nämligen tolereras även om de inte är nödvändiga i den meningen att bolaget till slut hade klarat av att fullgöra sina förpliktelser till banken. En anledning är helt enkelt att det är svårt att i praktiken vid en viss tidpunkt avgöra vad som är nödvändigt respektive inte nödvändigt. En annan anledning är att bankerna behöver fylla sina ovan nämnda funktioner

⁶¹⁹ Se exempelvis Henric Falkman, Bankrörelse, Risker och riskhantering i banker, s 263–264. Rebecca Söderström, Sundhetsbegreppet i svensk bankrätt, JT 2014–15 s 394–402.

⁶²⁰ Se exempelvis SOU 2000:11 Finanssektorns framtid, s A:177.

⁶²¹ Se exempelvis SOU 2000:11 Finanssektorns framtid, s 194–195.

⁶²² Se exempelvis SOU 2000:11 Finanssektorns framtid, s 88–91.

⁶²³ Se exempelvis SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler s 151, 284, och bilaga 7 s 18.

⁶²⁴ Huruvida det jag redovisat handlar om ekonomisk teori eller ekonomiska forskningsresultat behandlar jag inte. I en rättsvetenskaplig studie som denna är det dock intressant att teorierna använts på sätt som de gjort i lagförarbeten och andra offentliga utredningar. Det gör dem nämligen särskilt relevanta enligt åtminstone en del uppfattningar inom rättsvetenskapen.

utan att i alltför hög grad stå risken för bedömningarna som de måste göra. Detta innebär givetvis inte att bankerna inte skall stå någon risk, utan just att risken behöver vara avgränsad.

De redovisade aspekterna har stor betydelse för frågan om vad som skall anses vara ansvarsgrundande. Ett exempel där de blir relevanta är fallen där en bank säger upp avtalet och spärrar kontokrediten, men det i efterhand går att göra sannolikt att bolaget hade klarat av sin situation och kunnat betala banken. Mot beaktande av de här redovisade aspekterna behöver efterhandsbevisningen inte bli facit. Även om bolaget kan visa att det hade klarat sig kan banken ha fattat ett beslut som inte bör vara ansvarsgrundande.

21.6 Kraven på att banken agerar

I detta avsnitt utvecklar jag den aspekt av ansvarsbedömningen som har att göra med att banken måste agera mot bolaget vid en viss tidpunkt i ett pågående skeende. Bankerna skall göra prognoser för att bedöma om ett bolag kommer att kunna fullgöra sina förpliktelser. När en prognos utfaller negativt skall banken agera. Det hör till saken att det kan anses vara av särskild vikt att banken agerar tidigt i förloppet mot en tänkt ekonomisk kris för bolaget. Vikten av tidiga insatser brukar i företagsrekonstruktions-sammanhang framhållas som en av de avgörande faktorerna för framgång med att reda ut en ekonomisk kris.⁶²⁵

Bankens agerande bör innebära att banken kontaktar bolaget och att parterna kommunicerar för att från var sitt håll bidra till den avvägning som behöver göras. Även i de fall banken väljer att ta steget att säga upp krediten återstår möjligheter för båda parter att bidra till avvägningen. Parterna kan även efter uppsägningen kommunicera och bidra till avvägningens kvalitet. I den mån banken vidhåller uppsägningen kan bolaget också självt agera för att motverka effekterna av en potentiellt icke nödvändig uppsägning. Det behöver inte anses ansvarsgrundande att en bank i ett tidigt skede av vad som bedöms bli en ekonomisk kris, driver ett bolag till att ansöka om företagsrekonstruktion. Genom företagsrekonstruktion kan företag skaffa sig rådrum. Inte heller en uppsägning med kort varsel behöver vara ansvars-

⁶²⁵ Se exempelvis: SOU 1999:1 Ny aktiebolagslag, s 90 och 270. Monica Ström och Marcus Zackrisson, Rätten att misslyckas, Institutet för tillväxtpolitiska studier A2006:010, s 41 m fl. Ström och Zackrisson drar rent av slutsatsen att ”en billig och snabb ’felaktig’ konkurs i många fall kan vara mer samhällsekonomiskt effektiv än en utdragen och dyr ’rätt’ konkurs”, s 3, 8 och 60. Jfr Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, 2016 s 13–14.

grundande. Den ger bolaget incitament att genom företagsrekonstruktion undersöka möjligheterna för förändrad finansiering. Genom lönegarantin får bolaget numera också tillfälligt ekonomiskt stöd i den processen, genom likvida medel för lönerna.⁶²⁶

21.7 Beslutsunderlaget är begränsat

En ytterligare aspekt av ansvarsbedömningen gäller vad banken lägger till grund för sin uppsägning. En bank kan inte göra sin bedömning utifrån optimal information, d v s utifrån all information som företagaren hade och all information som alla aktörer på marknaden hade. Banken behöver av praktiska skäl göra bedömningen utifrån den information banken hade. För att denna information skall bli så bra som möjlighet behöver bolaget bidra i processen. Banken behöver också ha incitament att skaffa sig information. Det finns därför skäl att i en bedömning av om banken agerat ansvarsgrundande beakta även den information som en bank typiskt sett borde ha skaffat sig. Samtidigt behöver banken ändå ha utrymme att använda uppsägning för att inskräpa vikten av att bolaget bidrar med information och eventuella andra åtgärder för att hantera situationen.⁶²⁷

Beträffande substansen i vad banken lägger till grund för sin uppsägning konstaterar jag att det finns grunder som i högre grad är objektivt godtagbara än andra. Om en bank agerar godtyckligt är det en indikation på vårdslöshet och därmed även på ett agerande som behöver kunna vara ansvarsgrundande. Faktum är att det också går att anföra ett visst mått av normativt stöd för en sådan linje. I förarbetena till AvtL 36 § framgår att bankerna förväntas ta ”hänsyn till åtskilliga omständigheter”. Likaså framgår att detta varit en uttalad förutsättning för att avtalsvillkoren skall ge bankerna ett så ”avsevärt mått av skönsässig bedömning” som villkorens lydelse anger.⁶²⁸ Med terminologin i 36 § AvtL intar företagen typiskt sett en ”underlägsen ställning”. De är beroende av relationen till sin bank. I

⁶²⁶ Lönegarantilagen 1 § 2 p. Jfr den erfarenhetsbaserade utsagan av Enar Folkesson, Ekonomiska företagskriser, manus 2018, avsnitt 2.7.

⁶²⁷ Jfr den motsvarande informationsproblematiken vid slutandet av kreditavtalet; Lars Gorton, Avtalsmekanismen vid kreditavtal, publicerad i Rettsteori och rettsliv, Festskrift til Carsten Smith, 2002 s 313.

⁶²⁸ I SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten, s 145, 167–168. Jfr SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare, s 106.

beaktande av beroendeförhållandet finns det anledning att i varje fall kräva ett agerande från banken som framstår som oskäligt.⁶²⁹

Eftersom banken enligt ovan skall sträva efter ett gott beslutsunderlag och inte agera vare sig godtyckligt eller oskäligt, är det för ansvarsbedömningen följdriktigt att också beakta om banken agerar utifrån schablonmässiga rutiner där de förenklar beslutsprocessen utan att beakta de specifika förhållandena. Över huvud taget finns det anledning att använda regleringen mot oprofessionellt beteende, när det nu handlar om en hantering som föranleder en så hög grad av komplexitet.

I sammanhanget finns det anledning att beröra tanken på att nämnda hänsyn till beroendeförhållandet skall föranleda en plikt för bankerna att ha omsorg om sina företagskunder. En sådan norm skulle kunna innebära att det skulle vara relevant för bedömningen om en bank hade kunnat undvika negativa effekter genom att exempelvis invänta utfallet av en nära förestående affär för bolaget. Temat kan utvecklas i linje med förekommande normativa konstruktioner om s k lojalitetsplikt.⁶³⁰ Dessa konstruktioner kan inte sällan vara svåra att rent systematiskt förena med kontraktsrättsliga utgångspunkter.⁶³¹ Härmed inte sagt att den kontraktsrättsliga systematiken behöver vara avgörande för om det går att konstruera något som ändå är praktiskt användbart.⁶³² I det här aktuella sammanhanget ser jag emellertid anledning att peka på en tydlig svårighet. En omsorgsplikt förefaller vara svår att förena med bankernas ovan nämnda funktioner på marknaden där bankerna behöver agera också till nytta för övriga aktörer på marknaden. Det synes därför finnas anledning att låta banker som står inför ett val att invänta utfallet av en nära förestående affär för ett företag, göra detta val

⁶²⁹ Eftersom villkoren lämnar utrymme för skönsmässighet finns det en tendens att uppfatta dem som oskäliga. Ett exempel på ett överskådligt arbete som har denna utgångspunkt, men där författaren inte stannar vid en förenkling är Sören Ericsson, Förfallokláusuler i kreditavtal, Handelsrätt C, Uppsats Ht 2008, Uppsala universitet.

⁶³⁰ Se exempelvis Jori Munukka, Lojalitetsplikten som rättsprincip, SvJT 2010 s 837, där den inledande meningen är karaktäristisk för hur den normativa konstruktionen byggs upp. Jfr Christina Ramberg, Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt, TfR 2013 s 521, särskilt på s 522–523. Kurt Grönfors, Avtal och omförhandling, 1995 s 39 som pekar ut ursprunget till lojalitetsplikten i nordisk doktrin. Vidare: Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007. Anders Holm, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten, 2004. Jfr Erika P Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden, 2007. Jens Evald, Retsmisbrug i formueretten, 2001 s 267–301.

⁶³¹ Se exempelvis Claes Martinson, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?, JT 1992–93 s 436.

⁶³² Beträffande motsvarande svårigheter kring lojalitetskonstruktioner utanför kontraktsförhållanden se Jan Kleineman, Utomkontraktuella lojalitetsplikter – ett sakrättsligt problem? i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s 207–225.

utan att riskera rättsliga sanktioner på vad som skulle kallas bristande omsorg om bolaget. Bankerna behöver helt enkelt kunna fylla en annan roll än omsorgsgivarens.

21.8 Betydelsen av föreliggande kreditsäkerheter

Som jag beskrivit ovan behöver en bank kunna fylla sin funktion av övervakare på marknaden. Det faktum att banken själv har betryggande säkerhet hjälper inte de andra marknadsaktörer som inte har lika god information som banken har om bolaget. När en bank gör bedömningen att bolaget inte kommer att klara av att fullgöra sina förpliktelser är det en fördel för alla att denna information kommer fram och att arbetet med att hantera bolagets ekonomiska svårigheter kommer igång i ett tidigt skede. Det kan också vara av betydelse att bolaget går in med åtgärder i ett läge där bolaget inte har en banksskuld som tar i anspråk alla säkerheter. Förutsättningarna för att nå överenskommelser med fordringsägarna och förutsättningarna för att nå ett ackord som möjliggör fortsatt verksamhet, ökar nämligen ju större andel av bolagets skulder som är osäkrad.⁶³³

Vad jag pekar på är att bankerna även i detta avseende får ha en speciell roll. Den skiljer sig från andra förhållanden där betryggande säkerhet kan anses vara skäl för att hindra en rättshandling eller upphäva ett annars välgrundat innehållande av en prestation. Regeln i KöpL 61 § avser stoppningsrätt vid köp av lös egendom och i fjärde stycket stadgas att säljaren är skyldig att leverera om köparen ställer godtagbar säkerhet. Dessa förhållanden skiljer sig från förhållandena vid kontokrediter från bank.⁶³⁴ En säljare har en helt annan roll som aktör på marknaden än banken och köpeavtalet är typiskt sett ett momentanavtal, dvs en kortvarig relation. Även regeln i KonkL 2:10 avser andra förhållanden än spärrande av kontokredit från bank. Enligt den regeln utgör betryggande säkerhet hinder mot att bevilja en konkursansökan från borgenären. Detta beror på att borgenären själv inte har ett tillräckligt intresse av att få gäldenärens förhållanden utredda

⁶³³ Se exempelvis antagandet i SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler, s 86.

⁶³⁴ Att regeln i KöpL 61 § om stoppnings- eller innehållanderätt och regeln i 63 § om återkravs rätt i betydande grad anses vara analogt tillämpliga vid andra avtalstyper innebär inte att de alltid skall användas och särskilt inte beträffande regeln om säkerhet för prestationen, jfr Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s 300. Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 176, jfr s 178–179, 1 u, 2014 s 161 jfr s 163, menar beträffande utbetalning av kredit att kreditgivaren ”torde” ha rätt att innehålla utbetalningen av lånemedlen och motiverar detta kort med allmänna principer om anticeperad mora och med förutsättningsresonemang. Han menar också att ställande av säkerhet inte läker att kredittagarens ekonomi försvagats.

genom konkurs. I avvägningen mot gäldenärens intressen av att klara av situationen på annat sätt än konkurs väger den säkrade borgenärens intressen mindre. Det handlar även här om en avvägning där båda parter skall kunna bidra till att resultatet blir korrekt. För att en konkursansökan skall leda till ett välavvägt resultat skall gäldenären kunna bidra genom sitt agerande. Genom att peka på säkerheten som banken har, eller genom att ordna ny säkerhet (som inte riskerar att återvinnas), blir en konsekvens av regeln att gäldenären får tid att reda ut det likviditetsproblem eller den tvist som ligger bakom anspråket som lett till borgenärens konkursansökan.⁶³⁵ I den mån gäldenären verkligen är konkursmässig blir en ansökan från annan borgenär snart aktuell. Det i sådana fall korrekta resultatet uppnås då efter att gäldenären haft möjligheten att bidra till att avvägningen blir just korrekt. Konkurslagen 2:10 och den avvägning som här är aktuell kommer in på ett sent stadium jämfört med regleringen om bankers uppsägning, som alltså skall kunna vara aktuell i ett tidigt skede, se ovan.

Att en bank har kreditsäkerheter som täcker beloppet för kontokrediten är således inte en faktor som medför att en uppsägning skall anses avtalsvidrig eller vårdslös. Härmed inte sagt att kreditsäkerhet inte alls skall beaktas. När banken har kreditsäkerhet står banken liten risk för någon förlust för egen del. Exempelvis skulle banken därför kunna ha anledning att tillåta vissa uttag under viss tid om det skulle kunna ge bolaget bättre förutsättningar än en omedelbar spärr av kontot. Vad banken bör göra i detta avseende för att undvika ansvar är dock en besvärlig bedömning. Om bolaget behöver ett ackord kan det som nämnts vara bättre med en omedelbar spärr som minimerar den andel av bolagets kredit som är säkrad. Banken behöver alltså agera i rollen av marknadsövervakare. Denna roll bör påverka vad som anses avtalsvidrigt eller vårdslöst av banken.

21.9 Specifikt om skälen för bedömningen att regleringen är användbar

Bedömningen av om en bank skall ansvara för ett bolags skador efter uppsägning och spärrande av kontokredit är komplex. Med underavsnitten ovan har jag presenterat några aspekter som förefaller relevanta för bedömningen.

⁶³⁵ I proposition 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m m, s 120 framhålls att en borgenär med betryggande säkerhet inte har något rimligt intresse av att konkurs kommer till stånd. En borgenär skall förhindras att använda konkurs när det är tillräckligt med specialexekution, se även NJA 2013 s 421 (KLM Fastigheter).

Genom att beakta kontexten och vilka funktioner regleringen fyller, har jag visat att det för banken och bolaget handlar om att hantera en avvägning där bankerna inte bara har rollen av avtalspart utan också fyller funktioner för marknaden och samhället. Denna komplexitet bör tillmätas betydelse i bedömningen.

I min bedömning av vad som bör tillmätas betydelse, har jag utgått från att regleringen ger utrymme för att beakta de aspekter som jag pekat på. Det går att motivera att regleringen ger sådant utrymme. Ett sätt är att peka på att de centrala rekvisiten i regleringen är allmänna i meningen att de kan användas i samtliga fall där det bolagets (kredittagarens) ekonomi är ifrågasatt. Med centrala rekvisit avser jag då a) skälig anledning att anta att kredittagaren inte kommer att kunna fullgöra sina förpliktelser, b) säkerheten inte längre är betryggande, c) vårdslöshet, d) normal aktsamhet.⁶³⁶ Samtliga dessa rekvisit ger utrymme för att beakta kontexten för en banks agerande. De två förstnämnda rekvisiten handlar visserligen om kredittagarens förhållanden, men de förhåller sig till bankens agerande. Villkoren innebär att banken behöver göra en bedömning beaktat kraven på skälig anledning respektive betryggande säkerhet.

Regleringen kan således användas. En annan del av motiveringen till detta är att det i hög grad förefaller handla om att samma aspekter får betydelse för bedömningen av samtliga nämnda centrala rekvisit. Vad jag pekat på i avsnitten ovan innebär att bedömningen av om en bank brutit mot avtalet närmast kommer att bero på tre aspekter. Det handlar om huruvida banken agerat på sätt som kan beskrivas som icke professionellt, som godtyckligt eller som schablonmässigt. Avtalsregleringen indikerar vad som är normalt vid uppsägning av kontokredit. Att inte agera professionellt är en avvikelse från vad som är normalt för en bank. Vad som inte är normalt kan med tanke på skadeståndets syfte att säkra avtalets fullgörande betraktas som skadeståndsgrundande.

Vid vårdslöshetsbedömningen behövs en motsvarande bedömning av vad som skall anses tillräckligt kvalificerande. Med tanke på att det alltjämt handlar om en bedömning där bankens dubbla roller och bolagens beroendeförhållande till banken behöver beaktas, kommer motsvarande aspekter få betydelse vid vårdslöshetsbedömningen som vid bedömningen av om en

⁶³⁶ Härutöver finns, som jag redovisat, två rekvisit som kan användas om kredittagaren agerat på visst sätt. De omfattar ett mindre mått av subjektiv bedömning för att de i högre grad är inriktade på formella aspekter. Det handlar som nämnts om att kredittagaren inte har fullgjort sina förpliktelser enligt kontraktet eller i övrigt mot banken, samt om huruvida kredittagaren har missbrukat kontot genom övertrassering.

bank brutit mot avtalet. Även om det kan förefalla vara en tydlig skillnad mellan att bedöma om banken inte hade grund för sin uppsägning och att bedöma om banken agerat vårdslöst, är det i så hög grad samma omständigheter som behöver beaktas att det kan ifrågasättas om det i realiteten blir någon skillnad. Beaktat komplexiteten i förhållandet mellan en bank och dess kund blir skillnaden i varje fall otydlig. Regleringen innebär dock att det finns utrymme för att i flera led av bedömningen beakta just sådana faktorer som behövs i den komplexa avvägning som det handlar om.

Huruvida regleringen kan användas för att hantera den komplexa avvägningen förefaller inte bero på om ansvarsgrunden anses vara skadeståndslagen eller avtalet. I båda fallen handlar det om en bedömning av såväl vad avtalsvillkoren skall innebära som en bedömning av vårdslöshet/normal aktsamhet. Med båda ansvarsgrunderna finns det utrymme för att i flera led av bedömningen beakta just sådana faktorer som behövs i den komplexa avvägning som det handlar om.

Jag har inte gjort någon analys av om en bedömning enligt den ena ansvarsgrunden skulle kunna leda till skillnader i jämförelse med den andra. Det är möjligt att en bedömning som utgår från en culpabedömning enligt skadeståndslagen möjligen skulle leda till en mer nyanserad analys än vad som hade blivit fallet när avtalet utgör ansvarsgrund. Kanhända skulle en bedömning där bedömaren först slår fast att banken inte varit normalt aktsam leda till en tveksamhet att i nästa led låta bedömningen av standardavtalet innebära att bristen på aktsamhet inte skall räknas. En sådan effekt skulle kanhända vara relevant med tanke på standardvillkorens relativa ensidighet. Givet att de avtalsvillkor det handlar om rör vissa bristfälliga förhållanden i kredittagarens ekonomi eller om kredittagarens faktiska och olämpliga agerande i relationen med banken, är det dock osäkert. Jag har som sagt inte analyserat frågan. Skälet till att jag tog med den alternativa ansvarsgrunden i min redovisning var att understryka att de två stegen i ansvarsbedömningen kan flyta ihop. De flyter ihop på grund av de förhållanden som regleringen skall användas för att hantera.

Förenklat uttryckt kan ansvarsfrågan sägas handla om huruvida banken agerat på ett sätt som avviker från det reguljära. En uppsägning av en kontokredit är en reguljär åtgärd. Den därpå följande spärren av kontot är likaså en reguljär följd av uppsägningen. Att det handlar om reguljära åtgärder beror på att en kontokredit är en långvarig avtalsrelation som avtalsparterna skall kunna välja att ta sig ur. De skall kunna ta sig ur den av såväl affärsmässiga som andra skäl som har att göra med bankernas roll i det marknadsekonomiska systemet. Regleringen förefaller kunna användas för

att bankerna skall kunna göra detta. Ett skäl är att regleringen ger bankerna relativt stort utrymme för sin bedömning. Huruvida det går att minska detta utrymme utan att förlora något relevant i regleringens funktion har jag inte undersökt. Det är dock en intressant tes.

Min slutsats är alltså att regleringen kan användas för att hantera den komplexa avvägning som behövs. Jag har nått denna slutsats trots att jag i min analys har identifierat några exempel på specifika situationer där regleringen förefaller innebära låg användbarhet.

Ett första exempel är att banken orsakar större problem för bolaget med en uppsägning vid en viss tidpunkt jämfört med en uppsägning vid en annan tidpunkt. Även om en uppsägning vid vardera tillfälle skulle anses avtalsenlig, kan en uppsägning vid den tidpunkt som innebär större problem för bolaget, vara att betrakta som vårdslös.

Ett närliggande andra exempel är att banken kan vara vårdslös genom att inte informera bolaget på sätt som gör att bolaget kan minimera effekterna av uppsägningen. Uppsägningen som sådan kan i de fallen komma att bedömas som avtalsenlig, men bankens agerande vårdslöst. I båda dessa exempel skulle det vara konsekvent med regleringen att låta banken undgå ansvar. Vad banken gjort skulle dock kunna tänkas träffa en självständig skadeståndgrund som konstrueras utifrån utsagor om ansvar för att minimera skada.

Som ett tredje exempel kan jag nämna en bank som i relevant tid återtar en uppsägning efter att bolaget bidragit med mer information. Ett sådant agerande av banken kan anses normalt aktsamt, även om uppsägningen byggt på schablon och därför inte varit tillräcklig välgrundad. Regleringen saknar dock den dimension som de faktiska förhållandena kan omfatta. Den reglerar inget om succesiva rättshandlingar som leder till dialog.

Ett fjärde exempel på fall där banken kan ha svårt att använda regleringen är följande. Även om det objektivt sett föreligger skäl för uppsägning kan banken förefalla ha varit vårdslös om den inte informerade sig själv om förhållandena. Den närmare karaktären på vad som än utgör skälig anledning att anta att bolaget inte kan betala, kan avslöja att en uppsägning trots allt inte är nödvändig. Det kan handla om något bolagets förhållande i övrigt som gör att uppsägningsgrunden inte hade den betydelse banken antog. Denna aspekt kan antagligen i viss mån hanteras med rekvisit som ”skälig anledning att anta”, men det kräver att bedömaren tar ett ytterligare steg i tankeprocessen. Det blir därför en svår fråga att bedöma.

Jag vill också nämna ett femte exempel. En realistisk situation är nämligen den där banken säger upp avtalet och spärrar kontokrediten, men där det

i efterhand går att göra sannolikt att bolaget hade klarat av sin situation och kunnat betala banken. Denna kategori är relevant inte minst av det skälet att en del bolagsföreträdare upplever att banker agerar i onödan.⁶³⁷ I en bedömning av om banken agerat vårdslöst i ett sådant fall, kan banken inte ha vetat vad som i efterhand läggs fram som bevisning. Bevisningen kan dock visa sig handla om något som banken kanske borde ha vetat. För efterhandsbedömaren kan det också vara svårt att inte beakta bevisning som talar för att bolaget hade klarat situationen. Svårigheterna skall dock inte överdrivas. Det handlar typiskt sett om bevisning kring faktorer som är svåra att styrka. En reglering av vad det skall anses ha för relevans att det i efterhand går att göra sannolikt att bolaget hade klarat av sin situation, skulle antagligen fylla en funktion. Den skulle möjligen göra regleringen mer användbar för alla parter.

Efter att jag redogjort för dessa exempel om brister i regleringen finns det anledning att upprepa att mitt resultat består i bedömningen att den nuvarande regleringen kan användas för att hantera den komplexa avvägning som banker behöver göra. Regleringen, i form av avtalsvillkor om uppsägning och culpa, ger genom sin relativa vaghet, utrymme för banken att hantera den komplexa roll som banken har. Med detta menar jag dock inte att regleringen också är lyckad. I jämförelse med vilka andra möjligheter som kan tänkas går det att utveckla den.

21.10 Reflektioner kring resultatet

I förhållande till vad forskare i förmögenhetsrätt brukar göra är min insats inte särskilt avvikande. Det finns dock skillnader. En av dem är att forskningsfrågan och kunskapsintresset rör normers användbarhet. En annan skillnad är hur jag gått till väga för att nå ett resultat i den frågan.

En annan reflektion kring resultatet rör i vilken mån jag tillfört något nytt. Vad jag redovisat i detta kapitel är hur en bank som sagt upp och spärrat en kontokredit skall ha handlat för att bli skadeståndsansvarig. Jag har också redovisat att det handlar om en ansvarsgrund och en bedömning som behöver användas för att hantera en ganska komplex avvägning. I frågan om detta tillför någon tidigare okänd kunskap hör det till saken att förhållandena mellan bank och bolag varit desamma under lång tid. Standardavtalsvillkoren var kända redan vid utredningen för 36 § avtalslagen. Lagstiftaren agerade varken då eller under den s k bankkrisen under

⁶³⁷ Se avsnitt 21.5.

nittioalet. Under den tid regleringen och relationerna funnits har en rad personer ställts inför avvägningen. Rimligen har de märkt att de haft en komplex avvägning att hantera. I den mån de inte märkt detta har de kanhända utgått från förenklingar och schabloner som åtminstone fungerat så pass väl att deras agerande varken givit avtryck i lagstiftningsaktivitet, förändrade standardavtal, rättspraxis eller rättsvetenskapliga studier. Jag ser det därför som tveksamt om mitt resultat kan anses tillföra något till det mänskliga vetandet. Vad jag tillför är en sammanställning av argument och en analys av hur argumenten kan systematiseras för att nå en slutsats.

Jag ifrågasätter också om resultatet tillfört någon förståelse för mänskligt handlande. Rimligen har företrädare för bankerna förstått att de fattat beslut som haft stor betydelse för bolagen och rimligen har de insett att de är svårt att vara säkra på om beslutet blivit tillräckligt väl avvägt. De har antagligen också legitimerat uppsägningarna med att bankerna måste arbeta med sitt risktagande av systemriskskäl. I den mån jag bidrar med något är det återigen sammanställningen av argumenten i ett sammanhang. Vad jag hävdar har dock åtminstone potential att tillföra förståelse för mänskligt handlande. Sammanställningen av aspekter som aktualiseras vid en uppsägning av kontokredit förklarar hur subjekt agerar i både individuellt och kollektivt intresse.

Jag anser mig ha nått resultatet genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt. Som framgått har jag rent av gjort analyser med två olika ansvarsgrunder. Att jag begränsat min utredning till vissa källor och exempelvis inte gjort någon empirisk undersökning kring hur banker hanterar uppsägningar, är inte avgörande i förhållande till min målbild om ”forskningsresultat”. Däremot påverkar begränsningen kvalitén. Det hade påverkat kvalitén i analysen om jag undersökt hur banker hanterar uppsägningar, hur frekventa de är och vilka effekter de får för bolagen.

Som framgått har jag använt svenska offentliga utredningar och svensk doktrin. Eftersom kontokredit inte är ett särpräglat svenskt fenomen har jag dock anledning att anta förhållandena inte är begränsade till den svenska kreditmarknaden. De ekonomiska teorierna om bankernas övervakningsfunktion är utbredda och härstammar till synes inte heller från Sverige. Detsamma gäller teorierna om systemrisk.

Utifrån min bedömning av de nämnda kriterierna ser jag det som tveksamt om mitt resultat uppfyller min målbild för ”forskningsresultat”. Att jag tillfört den analys som jag gjort och lyft fram den komplexitet som användarna av regleringen behöver hantera, gör dock att jag ändå tänker mig att målbilden är uppfylld.

22 (R) Separationsrätt vid kontanthantering

Med detta kapitel presenterar jag ytterligare ett exempel på en kategori av resultat. Jag tillför också vad jag betraktar som en ytterligare metod. Avsikten är att visa ytterligare konkreta exempel på möjligheter som en resultatriktning kan bidra till.

Vad jag också exemplifierar är tanken på att en forskningsinsats skulle kunna vara inriktad på identifiering av rättsligt relevanta aspekter. Det handlar i exemplet om aspekter som, utifrån gängse förebilder för förmögenhetsrättslig argumentation, skall beaktas i en viss typ av bedömning. En forskningsfråga kan handla om att identifiera och beskriva sådana aspekter, utan att det behöver bli fråga om att göra en normativ utsaga kring hur aspekterna skall värderas i förhållande till varandra. I vissa frågor kan detta vara ett både relevant och tillräckligt kunskapsintresse med hänsyn till forskningsfrågans komplexitet och tidigare forskning.

Vad jag just beskrivit är i sig inget ovanligt i förmögenhetsrätten. Att identifiera rättsligt relevanta aspekter utan att därutöver göra anspråk på en normativ utsaga om hur alla relevanta aspekter skall vägas mot varandra, är relevant. Formen för presentationer av sådana insatser kan dock vara en annan än vad som är aktuellt här. Det kan handla om rättspolitiska texter, om vad som pekas ut som s k ”de lege lata” eller rent av om debattinlägg. Till skillnad från dessa förekommer också forskningsinsatser som innebär normativa anspråk utan att forskaren avgör någon rättsfråga. Forskarens insats kan bestå i att identifiera och tillföra aspekter. Vad jag redovisar i detta kapitel är en variant på det senare temat. Resultatriktningen gör det tydligt att sådana insatser bör kunna betraktas som vetenskapliga. De bör utgöra bidrag till vårt vetande, trots att de inte innebär utpekande av en färdigkonstruerad lösning i form av en norm.

22.1 Forskningsfrågan – vad är relevant för separationsrätt?

Den grundläggande frågan i detta kapitel är i vilken mån separationsrätt skall ges till penningmedel? Frågan slår an ett brett tema som kan bli aktuellt i en rad olika slags parter och förhållanden. Temat har således generell relevans. Jag har emellertid begränsat själva forskningsfrågan till ett ganska speciellt förhållande. Det handlar om separationsrätt i förhållande till s k kontanthanterare.⁶³⁸ Kontanthanterare hanterar kontanta medel för andra genom att ta emot eller hämta kontanter hos kunderna, kontrollräkna pengarna, transportera en del av dem till olika banker och en del i lämpliga valörer tillbaka till kunderna. Relationen mellan en kontanthanterare och en bank innebär att kontanthanteraren använder banken som en omvandlare och distributör av kontanter. Samtidigt utgör kontanthanteraren kredittagare och gäldenär till banken. Verksamheten kan dock rymma flera ytterligare lager som gör den betydligt mer komplex än vad som följer av denna beskrivning.⁶³⁹

Om kontanthanteraren går i konkurs blir frågan vilken position uppdragsgivarna skall ha gentemot de övriga fordringsägarna. För separationsrätt i förhållande till kontanthanteringsverksamhet går det att identifiera en del argument som inte blir aktuella i generella sammanhang. En analys av förhållanden som dessa kommer därför att omfatta intressen och aspekter som inte gör sig gällande generellt. Samtidigt handlar det i grunden om samma generella problematik. Det handlar om att hantera samma normativa utsagor som för separationsrätt till redovisningsmedel generellt. Min analys förefaller därför kunna ha både generell och grundläggande betydelse för frågan om separationsrätt, trots att min studie avser en speciell verksamhet.

Som jag nämnt ovan är mitt kunskapsintresse inte att nå något resultat i form av en normativ utsaga om en lösning. Det beror på att jag uppmärksammade att det i beaktande av forskningsläget fanns behov av insatser på ett tidigare plan. Jag bedömde det som möjligt att nå resultat som motsvarar min målbild genom att identifiera relevanta faktorer eller omständigheter. Den forskningsfråga jag formulerat är därför: Vilka faktorer eller omständigheter är relevanta för att avgöra om en borgenär med anspråk på separa-

⁶³⁸ Kontanthanterarnas verksamhet beskrivs bland annat i SOU 2014:61 Svensk kontanthantering, SOU 2008:50 Skyddet för samhällsviktig verksamhet, s 108–111. Mikael Möllers Insolvensrättsliga utlåtanden, 2016 s 504–506, Benjamin Stål, Snabbare Cash, Effektiv kontanthantering är en tillväxtmarknad, Vinnova/Blue Institute, 2013.

⁶³⁹ Se exempelvis SOU 2014:61 Svensk kontanthantering.

tionsrätt till penningmedel skall få prioritet gentemot en kontanthanterares fordringsägare?

22.2 Resultat (R) – identifiering av sju relevanta omständigheter för separationsrättsbedömningen

Med en övergripande beskrivning skulle det resultat som jag redogör för i detta kapitel kunna presenteras som identifieringen av sju omständigheter kring kontanthantering som är relevanta att beakta för att hantera frågan om separationsrätt skall ges. Omständigheterna är;

- kontanthanteraens roll och de systemriskerna som verksamheten kan antas innebära,
- det gemensamma kostnadsminimeringsintresset hos de inblandade som leder till att verksamheten blir komplex,
- avvikelser och oklarheter kring avtalsrelationerna i förhållande till bilden av verksamheten som ett koherent system,
- förekomsten av skillnader mellan olika kundrelationer,
- uteblivet utnyttjande av möjligheten att klargöra förhållanden som rymmer avvikelser och oklarheter,
- förekomsten av brist på medel, och
- förekomsten av brist på dokumentation.

Resultatet innebär att det i normativt hänseende finns utrymme för att beakta nämnda aspekter. Det innebär också att de nämnda aspekterna bör ha betydelse för utgångspunkten för bedömningen. Utgångspunkten bör inte vara att separationsrätt skall ges till de medel som påträffas och till synes är avskilda för uppdragsgivarnas räkning. Det finns istället anledning att använda en mer neutral utgångspunkt. Beaktandet av omständigheterna innebär nämligen att bedömningen i ganska liten mån ger anledning att anta en presumtion för separationsrätt.

Vad jag mer konkret pekar på i detta kapitel är bland annat att alltför stora brister av medel i en kontanthanteraens system kan leda till att separationsrätt inte medges till de medel som finns kvar i systemet. Underlåtenhet att göra avstämningar kan leda till samma effekt. Det kan även skillnader i kontanthanteraens avtal med olika kunder göra. Därmed kan det förefalla som att jag nått ett resultat som innebär att formaliabristerna leder till stora konsekvenser. Som kommer att framgå handlar det dock i tämligen liten mån om formalia.

Den principiella relevansen av mitt forskningsresultat kan betraktas i förhållande till vad andra gjort på temat. Jag menar att forskningsfronten i den aktuella forskningsfrågan ligger vid påpekanden om att det är relevant att beakta risk i förhållandena mellan de inblandade.⁶⁴⁰ Den centrala aspekten i en bedömning av separationsrätt handlar om att fördela risken mellan de inblandade subjekten. En aspekt som identifierats i sammanhanget är att det är relevant att beakta i vilken mån borgenären frivilligt exponerat sig för risk. Samtidigt får denna aspekt inte direkt betydelse för hur frågan hanteras i forskningen. Riskförhållandena förs inte in i resonemanget. Resonemangen blir fristående i förhållande till den huvudsakliga argumentationen som istället baserar sig på föreställningar om äganderätt. Visserligen beaktas att riskförhållandena skall påverka hur sträng bedömningen av äganderätt blir, men någon koppling som visar att detta faktiskt får betydelse görs inte. Istället framhålls att äganderätsbedömningen skall bygga på sådant som i vilken mån gäldenären gjort uttag från ett konto, i vilken mån ett förhållande har karaktär av kredit eller i realiteten är ett redovisningsförhållande, i vilken mån gäldenären sammanblandat medel och i vilken mån det går att härleda varifrån de pengar som finns vid konkursen kommer ifrån. För att dra slutsatser används nästintill genomgående omdömen som naturlig, onaturlig, rimlig och orimlig. Den övergripande slutsatsen framstår som att det är svårt att påvisa vad som är gällande rätt på området och att det får bli rättspraxis uppgift att dra upp de närmare linjerna på området. Slutsatsen är förstås riktig, men i beaktande av allt som skrivits inom fältet kan man fråga sig hur rättspraxis, d v s domare, skall lyckas med en sådan uppgift? En reflektion i sammanhanget har att göra med att författare i litteraturen och i förarbeten inte sällan nämner bevisaspekter och bevisbördor som ett verktyg. Domare använder gärna sådana verktyg, men de är inte lätta att använda när det är oklart vad bevisningen egentligen skall handla om.⁶⁴¹ Behovet av att flytta fram forskningsfronten framstår därför som betydande.

Efter att ha gjort den studie som ligger bakom forskningsresultatet i detta kapitel, menar jag att det är av principiell betydelse hur riskargument och argument som härrör från äganderättsföreställningar skall hanteras. Som forskare har jag ingen anledning att peka på någon inriktning med företräde för det ena eller andra. För att hjälpa läsaren att uppfatta vad jag ser som

⁶⁴⁰ Jag använder här framför allt linjerna i en särskilt tydlig, lättöverskådlig och välstrukturerad artikel av Hans Erik Haukaas, *Separatistrett til penger i konkurs, Jussens venner*, 2009 s 25–59.

⁶⁴¹ Beträffande ytterligare svårigheter att hantera RvmL och KomL se Torgny Håstad, *Konsekvensen i rättsystemet*, i *Festskrift till Stig Strömholm*, 1997 s 404, på s 407–409 och 422.

principiellt intressant med kapitlet har jag dock anledning att just förklara hur jag betraktar de argumentationer som jag gått igenom.

22.3 Metoder – rättsdogmatisk utredning, systematiseringsanalys och riskanalys

För att nå forskningsresultatet har jag gjort analyser av flera slag. Som grund för analyserna gjorde jag inledningsvis en rättsdogmatisk utredning. Den gick på sedvanligt sätt ut på att identifiera relevanta normativa argument. Jag har systematiserat dessa argument utifrån en analys av hur dessa normativa argument kan sägas förhålla sig till varandra. Kort sagt handlar det om att redogöra för hur de kan sägas gå ihop. En del i detta har varit att analysera hur lagregler som föreskriver samma åtgärd, men som innebär olika nivåer av krav och helt olika sanktioner, kan ge en någorlunda koherent helhet. En annan del har handlat om de till synes motsägelsefulla utsagor som förekommer i framför allt rättspraxis och doktrin.

Genom den analys som systematiseringen av de rättsdogmatiska argumenten inneburit har jag identifierat att lagstiftningen är begränsad till enstaka typfall. Detta är på sätt och vis anmärkningsvärt eftersom lagstiftningen skall användas för att hantera en komplex riskfördelning. Därför föreligger flera gränsdragningsproblem. Jag har gjort iakttagelsen att gränsdragningsproblemen i grunden handlar om vilken nivå av riskbegränsning som skall krävas.

För att kunna analysera hur gränsdragningarna och riskfördelningen kan göras för kontantverksamhet, har jag skaffat mig information om verksamheten genom personer som är yrkesverksamma inom området. Den studie jag gjort är ganska begränsad men den har varit tillräcklig med hänsyn till syftet. Syftet har varit att på ett principiellt plan kunna identifiera sådana aspekter av risk som är relevanta med hänsyn till de normativa argumenten och med hänsyn till vad som kan föranleda skador.

Jag har analyserat hur riskfördelningen kan göras genom att för varje aspekt göra antaganden om hur riskfördelningen kan påverka riskens omfattning. I analysen använde jag mig av föreställningen om systemrisk och föreställningen om att en marknad behöver konstrueras så att aktörerna ges tillräckliga incitament att övervaka varandra. I min redovisning återkommer dessa aspekter hela tiden i framställningen. Det beror på att varje avsnitt är en presentation av en analys kring en av de ovan nämnda omständigheterna. Var och en av dem har sin specifika utgångspunkt. Nackdelen med denna framställningsteknik är att det för läsaren kan framstå som att jag upprepar samma budskap. Det handlar emellertid om analyser som

kompletterar varandra. För läsare som först, främst eller endast, vill ta del av huvudlinjerna, kan jag hänvisa till avsnitt 22.11 och 22.12.

I det följande redovisar jag först analyserna kring de olika omständigheter som jag identifierat som relevanta avseende risker och riskfördelning. Jag avslutar med den rättsdogmatiska utredningen eftersom det är enklast för läsaren att ta till sig denna mot bakgrund av vad jag redogjort för kring risker och riskfördelning. Vad läsaren så här långt behöver känna till beträffande regleringen är att lagregleringen (främst redovisningsmedelslagen, RvmL) ger möjligheter för kontanthanterare att åstadkomma separationsrätt för sina kunder. Frågan om hur regleringen närmare skall användas i beaktande av de rättsdogmatiska utsagor som finns, återkommer jag till. Jag gör det mot bakgrund av vad jag redovisar om risk, riskfördelning och kontanthanteringens roll i samhällssystemet.

22.4 Kontanthanteringsverksamhetens roll i samhällssystemet

Kontanthanteringsverksamhet är en verksamhet av central betydelse för samhället.⁶⁴² Verksamheter som är centrala för samhällslivet kan orsaka stora skador för många marknadsaktörer om verksamheterna inte fungerar som det är tänkt. Riskerna med dessa verksamheter behöver därför begränsas. De behöver skötas på ett sätt som innebär att riskerna ligger på en nivå som samhället kan hantera.

På ett allmänt plan innebär riskbegränsningen att de inblandade behöver följa rutiner som gjorts upp i riskpåverkande syfte. Kontanthanterare behöver agera i enlighet med uppgjorda rutiner. I den mån de misslyckas behöver de vidta åtgärder för att kunna återgå till rutin.

Riskerna som är förknippade med konkurs för kontanthanterare går att begränsa på olika sätt. Ett sätt är att försöka minimera skadorna för vissa av subjekten. En sådan lösning är att ge kunderna och bankerna separationsrätt till vad som påträffas i en konkurs. Det är ett sätt att begränsa deras förluster och därmed till synes ett sätt att begränsa riskerna för systemet. Genom att i första hand begränsa förlusterna för denna kategori av borgenärer drabbar konkursen främst de fordringsägare som medvetet tagit risken av att ge renodlad kredit till kontanthanteringsverksamheten. Dessa fordringsägare

⁶⁴² SOU 2014:61 Svensk kontanthantering s 15–17, 143–145, 150–151. SOU 2008:50 Skyddet för samhällsviktig verksamhet, s 108–111. Stål, Benjamin; Snabbare Cash, Effektiv kontanthantering är en tillväxtmarknad, Vinnova/Blue Institute, 2013 s 29.

har tagit en kalkylerad risk och förhoppningsvis begränsat sitt risktagande till vad de kan klara av vid en eventuell konkurs.

Lösningen att begränsa förluster för vissa subjekt skall jämföras med förebyggande insatser. Att använda en linje där separationsrätt ges till vissa subjekt för att begränsa deras förluster innebär ett val i styrningshänseende. Valet får potentiellt betydelse för hur verksamheter av detta slag sköts framöver. Om det i normativt hänseende, genom exempelvis domstolars rättspraxis, ges tolerans mot risktagande, kan det få betydelse i form av ökad frekvens av förluster.⁶⁴³

Den styrning som regleringen leder till kan också antas vara beroende av sanktionerna. Det kan antas att straffansvaret för kontanthanterarens ställföreträdare och personal, BrB 10 kap, har stor betydelse för hur verksamheterna sköts. Så länge dessa personer föreställer sig att de vid straffsanktion är avskiljande- och redovisningsskyldiga påverkar dessa föreställningar antagligen deras beteende på sätt som stärker rutinerna. Sanktionen i regleringen av separationsrätt är däremot inte direkt riktad mot kontanthanteraren eller kontanthanterarens företrädare. Att kunderna och bankerna eventuellt inte ges separationsrätt är något som inte i direkt mening drabbar vare sig kontanthanteraren eller dennes personal. I jämförelse mellan sanktionerna kan det därför möjligen antas att straffsanktionen är den som ger störst effekt för om rutiner upprätthålls.

Den rättsliga styrningseffekten är emellertid också beroende av hur stor risken för sanktioner är. Denna risk påverkas av vem som har incitament att övervaka att regleringen följs. Det är i princip myndigheter som sköter övervakningen av att den straffrättsliga regleringen följs. De största möjligheterna att övervaka har dock andra marknadsaktörer. Deras incitament att övervaka påverkas antagligen i hög grad av regleringen kring separationsrätt. Om kunderna och bankerna riskerar att gå miste om separationsrätten för att kontanthanteraren avviker från vad denne borde göra, står kunderna och bankerna en direkt risk. Sett till reell styreffekt är det sannolikt att kundernas och bankernas roller är mycket betydelsefulla när det gäller att förhindra att kontanthanteraren avviker från de rutiner en kontanthanterare borde följa. Det är i första hand kunderna och bankerna som kan förhindra att kontanthanteraren avviker från rutiner. De kan bidra till att förhindra att

⁶⁴³ Jfr Mikael Mellqvist som i sin artikel ”Insolvens som systemrisk – ett stycke juridik och politik”, kritiserar tendensen att skydda systemet genom särbehandling och prioritet, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s 219.

kontanthanteraren exempelvis tar sig själv kredit ur medlen, eller förskingrar en del av dem.

Kundernas och bankernas agerande har därför betydelse för vad kontanthanteraren kan göra. Om alla kunder och banker är noggranna med att kontinuerligt kräva redovisningsplikt, avskiljandeskyldighet och att rutiner följs, minskar riskerna för alla.

Det kan antas att riskerna med att kontanthanterare inte följer rutiner är stora eftersom de hanterar mycket stora belopp. Därmed utsätter de inte bara sina kunder och banker för risker om de avviker från rutinerna. De utsätter rent av hela kreditmarknaden för risker. Ett sammanbrott av kontanthanteringen kan antas leda till mycket höga kostnader. Vad kontanthanteraren, kunderna och bankerna gör kan ha så betydande påverkan att det handlar om systemrisk, dvs risker som påverkar systemet och inte bara några enskilda.⁶⁴⁴

Till saken hör att förtroende för verksamheter av detta slag brukar hävdas som mycket viktigt. Systemet kan skadas redan vid förtroendebrist och utan att något reellt problem föreligger. Detta eftersom få aktörer på kapitalmarknaden kan betala alla sina skulder samtidigt om alla deras kreditgivare kräver det. Sådana krav från samtliga följer emellertid när förtroendet går förlorat.⁶⁴⁵

Av nämnda skäl handlar regleringen av separationsrätt om att bygga och vårda en marknadsekonomisk lösning av en central samhällsfunktion.⁶⁴⁶ Att just kontanthantering är en sådan funktion blir särskilt tydligt om

⁶⁴⁴ Direktiv 2013/36/EU art 3.10 ”systemrisk: en risk för störningar i det finansiella systemet som kan medföra allvarliga negativa konsekvenser för det finansiella systemet och den reella ekonomin.” Jfr t ex SOU 2000:11 s 429 där det framhålls både att förtroendekriser inom bank- och betalningssystem (visserligen med de icke kontantbaserade betalningssystemen i fokus) riskerar att bli mycket kostsamma för samhällsekonomin samt att bankerna ”genom sin konstruktion har egenskaper som gör dem unikt känsliga för destabiliserande störningar”. Se vidare: Philipp Hartmann, Olivier de Bandt och José Luis Peydró, Systemic Risk in Banking after the Great Financial Crisis, 2015. Andrew G Haldane och Robert M May, Systemic risk in banking ecosystems, Nature, Vol 469, 20 January 2011, s 351–355. Andrew G Haldane och Robert M May, Systemic risk in banking ecosystems, Nature, 2011, s 351–355.

⁶⁴⁵ Se exempelvis Philipp Hartmann, Olivier de Bandt och José Luis Peydró, Systemic Risk in Banking after the Great Financial Crisis, 2015 s 5–7.

⁶⁴⁶ Notera att jag här avser just att få samhällsfunktionen att fungera och att jag inte i särskilt hög grad baserar detta på något moraliskt ställningstagande om samhällsansvar eller liknande, något som är vanligt, och som i of s är relevant. Jfr, bland många exempel, Jan Fernkvist, Bankernas samhällsansvar – Ett rättsligt perspektiv, JT 2002–03 s 293. Jfr Thomas Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt, 2001 s 49–58, 66–85. Jfr Håkan Hydén, Normvetenskap, 2002 s 297–302.

man betänker att kontanthanteringens tidigare skötts av staten.⁶⁴⁷ Med den tidigare statliga lösningen kunde hela strömmen av kontanter garanteras. När en marknadsekonomisk lösning nu istället valts vore idealet att kontanthanterarna var så starka att de kunde garantera hela strömmen av kontanter med eget kapital. En sådan lösning vore finansiellt kostsam för en privat aktör och det är inte heller den lösning som valts. Med den lösning som valts behöver systemet byggas och vårdas så att marknaden i viss utsträckning kontrollerar sig själv. Stråvan bör rent av vara att aktörerna kontrollerar varandra så långt som möjligt. Att ge de enskilda aktörerna tillräckliga incitament att bevaka varandra är en självklar logik för den som bygger och vårdar marknadsekonomiska lösningar. Skulle det inte anses möjligt att bygga och vårda sådana lösningar på ett fungerande sätt är det konsekvent att överväga om det behövs helt andra lösningar.^{648, 649}

Vilken nivå av incitament som behövs i förhållande till nivån av risker är dock en komplex fråga. Om man antar att incitamenten för alla inblandade att övervaka varandra är så höga att brister och konkurser blir mycket, mycket ovanliga är det följdriktigt att rättsordningen är generös med separationsrätt.⁶⁵⁰ Antas frekvensen av konkurser istället bli hög behöver incitamenten ökas och att ställa krav för att ge separationsrätt är ett sätt att förmå de inblandade parterna att övervaka. En aspekt som bidrar till komplexiteten är emellertid att kontanthanteraren, kunderna och bankerna

⁶⁴⁷ I SOU 2014:61 Svensk kontanthantering kapitel 4 beskrivs det tidigare systemet och Riksbankens roll samt den förändring och privatisering som gjordes med början under 1980-talet.

⁶⁴⁸ Jfr Mikael Mellqvist, *Insolvens som systemrisk*, 2010 s 219 – ”Man kanske t.o.m. bör ställa sig frågan om systemet för överföring av betalningar och värdepapper – om dessa system nu är så oerhört samhällsviktiga – inte borde skötas av det allmänna, t.ex. som ett monopol för centralbankerna”. Jfr i sammanhanget redovisningen av utländska förhållanden i SOU 2014:61 Svensk kontanthantering kapitel 7 och bilaga 3 med varierande grad av centralisering i närliggande europeiska länder. Notera slutsatsen om effektiviteten på s 152 samt utredningens förslag om att en myndighet skall ha det övergripande ansvaret, se särskilt kapitel 10.

⁶⁴⁹ I sammanhanget är det intressant att vi i Sverige valde att privatisera verksamheten utan att ta något samlat grepp avseende det offentliga övervakning av kontanthanterarna. Först efter att en av de tre stora kontanthanterarna gick i konkurs kom förslag på att underställa uppräkningsdelen av verksamheten offentlig övervakning. SOU 2014:61 Svensk kontanthantering, se särskilt s 102–105.

⁶⁵⁰ Empirin kan förefalla stödja detta eftersom vi i Sverige förefaller ha haft en enda konkurs i branschen. Sett till antalet företag kan man å andra sidan också uttrycka saken som att drygt 33 % av alla betydande företag som sysslat med denna verksamhet, gått i konkurs, trots att verksamheten i privat regi bara funnits under en kort period i modern tid. Det ger förstas en annan bild. I SOU 2014:61 Svensk kontanthantering s 92–96, 117–124, 150–152, beskrivs hur verksamheten hanteras av företagen Nokas och Loomis och att den tredje stora aktören Panaxia gått i konkurs.

har ett gemensamt intresse av att pressa kostnaderna och därmed ha överseende med risker.

22.5 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i en hög grad av komplexitet

Ett förhållande beträffande kontanthantering är att det är en relativt komplex verksamhet. Verksamheten har byggts för att tillgodose praktiska behov där parterna har gemensamma intressen av att låta kontanthanteraren få ett annat utrymme och en annan roll än den som är förebild för lagregleringen. Inte minst handlar det om ett gemensamt intresse av att driva verksamheten effektivt och med så låga kostnader som möjligt. För att minimera kostnaderna kan det uppstå samförstånd kring ageranden som innebär ökade risker. Det går då att se mellan fingrarna med sådant som misstag och obehörigheter.

I detta avsnitt beskriver jag först grunden i en möjlig kontanthanteringsverksamhet och sedan vad jag vill beskriva som olika lager av verksamheten, som lagts på för att effektivisera. Varje lager innebär ökad komplexitet och därmed i teorin ökade risker.

En kontanthanteringsverksamhet kan omfatta flera olika tjänster. Grunden är dock att avtalsparterna, d v s kontanthanteraren, kunderna och bankerna har avtalat att kontanthanteraren med visst intervall skall hämta upp kontanter från kunderna och ”sätta in” dessa medel på bankkonton hos bankerna för kundernas räkning. Kontanthanterarens uppgift är således att för kunder hämta och omvandla kontanterna till kontomedel, eller med andra ord till fordringar på bankerna. I princip går det att tänka sig att systemet är slutet. De kontanter som kontanthanteraren hämtat upp är då samma kontanter som bankerna får. Det innebär att om kontanthanteraren går i konkurs och det visar sig att denne innehar 100 i kontanter som kontanthanteraren inte hunnit omvandla till kontomedel, så skall kontanthanteraren ha hanterat dessa kontanter som att han mottagit dem för kunder. Därmed skall kontanthanteraren ha hållit dem avskilda från sina egna medel. Både kontanthanteraren och kunderna skall också ha agerat som att kundernas anspråk har en särskild status.

Förhållandena är dock mer komplexa än att kontanthanteraren alltid kan hantera alla medel avskilt. Kontanthanteraren, kunderna och bankerna vill nämligen att kontanthanteraren skall fungera som en central för kontanthantering. Även andra funktioner än den beskrivna medelsomvandlingen är aktuell. Exempelvis kan det handla om växling av olika valutor. Parterna

anser det därför inte vara meningsfullt att kontanthanteraren skall behöva lämna just de kontanter som kontanthanteraren hämtat för en viss kund till just den bank som denna kund har konto hos. Därför avtalar parterna om en mer praktisk ordning. Kontanthanteraren får tillåtelse att räkna ihop alla kontanter som hämtats från olika kunder och fördela dem i gemensamma potter till de olika bankerna. Varje pott som bankerna får motsvarar dock precis det totala belopp som varje bank får i skulder till sina kunder. Kontanterna blir i denna ordning sammanblandade, men de hålls avskilda från kontanthanterarens ekonomi och kundernas anspråk hanteras av kontanthanteraren som anspråk på främmande medel.

Mellanhavandena stannar dock inte vid detta. Parterna vill nämligen gärna ha en ordning som passar dem ännu bättre i praktiskt hänseende. Kunderna vill att kontanthanteraren vid en viss tidpunkt (kväll) tar hand om kundernas kontanter (dagskassa), och att kontanthanterare vid en senare tidpunkt (morgon) levererar tillbaka kontanter i valörer och valutor avpassade för verksamheten. Istället för att kontanthanteraren skall hämta kontanter hos banker och leverera dem till kunderna, plockar kontanthanteraren, ur de insamlade medlen, själv ihop de kontanter som kunderna meddelat att de behöver. Kunder får således en direktleverans från kontanthanteraren. För att direktleveransen skall följa rutinerna i övrigt meddelar kontanthanterare bankerna om direktleveranserna. Bankerna kan då hantera direktleveransen som en insättning med omedelbart följande uttag.

Med hänsyn till de stora summor som hanteras är dock även ovan nämnda ordning opraktisk, i viss mån. Parterna kan därför involvera en ytterligare part. Detta är en central kontantaktör (centralen), som har en central depå för kontanter. Genom att involvera centralen behöver bankerna inte ta emot några kontanter som härrör direkt från kunderna. Istället levererar kontanthanteraren kontanterna till centralen, som de olika bankerna i sin tur har avtal med.

Att involvera centralen passar bankerna bra eftersom bankerna inte bara ingår i systemet i sin roll av bank. Bankerna driver själva också verksamhet som har ett kontanthanteringsbehov. Bankerna är med andra ord också själva kunder som behöver motsvarande service från kontanthanteraren som varje annan kund. Genom att involvera centralen kan bankerna bli av med sina "dagskassar" och även få leveranser i önskade doser från centralen. Även dessa transporter utförs då av kontanthanteraren. Givetvis kan bankerna, precis som andra kunder, också få direktleveranser från kontanthanteraren.

En ytterligare praktisk aspekt är att kontanthanterare för egen del kan ha behov av att ha konton eller krediter hos centralen och bankerna. Genom

att ha ett lager av egna kontanter i lämpliga valörer att växla med kan kontanthanteraren slippa vissa transporter. För att kunna ha ett lager av pengar behöver kontanthanteraren dock kredit. Som lagervaror utgör pengarna inte likvida medel för kontanthanteraren, men kontanthanteraren kan behöva likviditet för att få verksamheten att fungera.

När en kontanthanteringsverksamhet hanterats på sätt som nu beskrivits synes kontanthanteraren vid alla tillfällen kunna hantera alla medel såsom medel för annan. Kontanthanteraren kan med andra ord hantera medlen som främmande medel, trots alla lager av hantering. Inget kontantflöde involverar nämligen kontanthanterarens egen ekonomi. Det skall dock noteras att en del kontanter som är kontanthanterarens egna medel kan komma att hanteras på samma platser som de främmande medlen. Det beror på inblandningen av egna konton och krediter hos centralen och bankerna. Denna problematik kan kontanthanterare hantera genom att hålla isär de olika medlen, men sammanblandning och misstag i överföringarna mellan de skilda delarna kan förstås ske.

Av nämnda skäl förekommer det avvikelser från rutiner och olika slags oklarheter i avtalsrelationerna mellan de inblandade.

22.6 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i avvikelser och oklarheter i avtalsrelationen

Nästa kategori av förhållanden som kan påverka riskfördelningen rör avtalsrelationen mellan kontanthanteraren och kunderna. Avtalsrelationen mellan parterna kan i realiteten avvika från den i föregående avsnitt beskrivna bilden av kontanthanteringsverksamhet.

Kontanthanteringsverksamhet bygger på avtal mellan parterna. Även om det handlar om professionella parter kan det förekomma att parternas skriftliga avtal inte omfattar uttryckliga villkor om redovisningsskyldighet och avskiljandeskyldighet. I en kontanthanteringsverksamhet får det dock typiskt sett anses underförstått mellan parterna att kontanthanteraren åtar sig redovisningsskyldighet och en skyldighet att hålla medlen avskilda. Därmed borde det inte behövas några uttryckliga avtalsvillkor om detta.⁶⁵¹

⁶⁵¹ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 98 menar dock till försiktighet på att avskiljandeskyldigheten är straffsanktionerad. Rättsfrågan kan diskuteras m h t förhållandena i olika relationer. För ett exempel på ett annat sådant förhållande se Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002 s 526–527.

I den mån kontanthanteraren på ett eller annat sätt inte agerar som han vore avskiljandeskyldig och redovisningsskyldig, samtidigt som avtalsparterna, dvs kunderna och bankerna, inte intresserar sig för hur kontanthanteraren agerar, kan en förekommande brist på uttryckligt avtalsvillkor få betydelse. Parterna får då anses ha avtalat något annat än avskiljandeskyldighet och redovisningsskyldighet. Avtalsförhållandet kan i realiteten övergå till att bli ett kreditförhållande. Tidpunkten för förändringen av avtalet kan anses inträffa ganska kort tid efter att kontanthanteraren börjat agera på detta vis.

På motsvarande sätt kan även ett avtal som från början omfattat uttryckliga avtalsvillkor om redovisningsskyldighet förändras. Utan att här närmare gå in på vad som i normativt hänseende skall krävas för en sådan förändring följer detta av allmänna föreställningar om avtalsrelationer. Börjar kunder eller banker att tolerera att kontanthanteraren gör på annat sätt än vad som först avtalats, får avtalet till slut en förändrad innebörd eftersom parterna i realiteten menar något annat.

En ytterligare variant av avtalsrelation är att kontanthanteraren visserligen har åtagit sig redovisningsskyldighet, men på sådana övriga villkor att kontanthanteraren kan hantera medlen i eget intresse med liten risk för att kunderna eller bankerna upptäcker det. Exempel på sådana villkor är att kunderna och bankerna inte ges möjlighet att få information om kontanthanterarens rutiner, eller liten möjlighet att följa upp dem. Ett annat exempel är att kontanthanteraren får lång tid på sig att redovisa. Villkor av sistnämnda slag innebär inte i sig att parterna får anses ha avtalat något annat än redovisningsskyldighet. Däremot innebär de att riskerna ökar för att kontanthanteraren inte i realiteten respekterar redovisningsskyldigheten. Kombinationen av sådana villkor och att kontanthanteraren faktisk avviker från att hantera medlen som främmande, är något som bör uppmärksammas när man bedömer om ett avtalsförhållande skall leda till separationsrätt.

Det kan finnas flera skäl till att kunderna och bankerna inte har så mycket emot att kontanthanteraren agerar som om han inte vore redovisningsskyldig. Kunderna och bankerna kan kortsiktigt tjäna på att kontanthanteraren hanterar de främmande medlen på sätt som avviker från vad som beskrivits ovan om kontanthanteringsverksamhet. Vad som är praktiskt för kontanthanteraren kan vara kostnads- och tidsbesparande för alla inblandade. Exempelvis skulle kontanthanteraren vid behov av lämpliga valörer i sin egen kassa, kunna låta bli att växla mot egna medel. Istället kan han helt enkelt låna av de främmande medlen. Det skulle också kunna handla om att kontanthanteraren kan minimera kostnader eller tidsåtgång genom att blanda ihop främmande och egna kontanter och räkna dem

gemensamt. Så länge kontanthanteraren ansvarar för eventuella brister och kan kompensera för dem, kan både kunderna och bankerna ha anledning att se mellan fingrarna med sådana avvikelser. Kunderna och bankerna kan rent av ha anledning att se mellan fingrarna med att kontanthanteraren faktiskt lånar av de främmande medlen. Sådana tilltag kan underlätta för kontanthanteraren att utföra sitt uppdrag.

Har avvikelser väl gjorts tillkommer också aspekten att kontanthanteraren får en viss makt gentemot kunderna och bankerna. Om en kund eller en bank inte tillåter kontanthanteraren att fortsätta med avvikelserna kommer verksamheten att stanna. Förlusten för alla kommer att bli ett omedelbart faktum. Kunder och banker, och särskilt företrädarna för dessa organisationer, har därför kortsiktigt incitament att inte vara de som slår larm. Det kan för den enskilde medarbetaren förefalla bättre att hoppas på att kontanthanteraren på sikt lyckas reda upp situationen. Det psykologiska fenomenet är välkänt. Ageranden av dessa slag är i viss mån rationella, givet att situationen väl uppstått.⁶⁵²

De förhållanden kring kontanthanterarens agerande som jag beskrivit kan vara svåra för tredje man att utreda och föra i bevis. En aspekt som sannolikt har stor betydelse för hur dessa frågor hanteras i praktiken är därför vad som presumeras.⁶⁵³

Beträffande bevisning finns det ett förhållande som i princip alltid kommer att gå att föra i bevis. Det går att reda ut hur mycket medel som finns kvar och hur stora anspråken på dessa medel är. Detta förhållande kan vara en utgångspunkt i bevishänseende. Om det i en konkurs för en kontanthanterare finns medel avskilda som uppgår till belopp som motsvarar anspråken, är detta rimligen en indikation på att kontanthanterare gjort vad han borde. Det talar för att parternas avtal anses innefatta redovisningsskyldighet. Omvänt är en brist i de avskilda medlen en indikation på att parternas avtal inte i realiteten inneburit någon redovisningsskyldighet. I beaktande av omfattningen av oklarhet om vad som hänt och i beaktande av storleken

⁶⁵² Se exempelvis Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Judgement under Uncertainty*, Science Vol 185, 1974; Kahneman & Tversky, *Prospect Theory*, *Econometrica* 47(2), 1979. Chris Guthrie, *Prospect Theory, Risk Preference and the Law*, *Vanderbilt Law School Law & Economics*, 2002 s 7 och 75. För en rättslig analys som explicit beaktar riskbenägenhet se exempelvis Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002 s 64.

⁶⁵³ Gösta Walin, *Separationsrätt*, 1975 s 113. Stefan Lindskog, *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randmärkningar*, i *Festskrift till Suzanne Wennberg*, 2009 s 226 om presumptionen att "A:s äganderätt består" när det gäller anspråk på egendomsobjekt.

på en brist kan det finnas motsvarande grad av anledning att presumera att parterna inte egentligen brytt sig om någon redovisningsskyldighet.

22.7 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i förekomsten av skillnader i relationerna med olika kunder

I föregående avsnitt har jag presenterat hur avvikelser och oklarheter i kontanthanteringens kan vara relevanta för riskfördelningen. En särskild kategori av avvikelser och oklarheter hänger samman med intresset att minimera kostnader. Kontanthanteraren har anledning att erbjuda ett pris som kunderna finner konkurrensdugligt. I denna ambition kan kontanthanterarens avtal med olika motparter komma att se olika ut. Likaså kan rutinerna för hanteringen av de olika kunderna skilja sig åt. Några av relationerna bedöms kanske innefatta såväl redovisningsplikt som avskiljandeskyldighet. Samtidigt kan andra innebära endast redovisningsplikt. Ytterligare andra kan i praktiken komma att innebära varken eller. Trots att en kontanthanterare har denna blandning av avtalsförhållanden med sina kunder kan denne hållit alla de medel som hämtats från olika kunder i huvudsak avskilda. I varje fall kan medlen vid konkursen identifieras som en särskild del av de tillgångar kontanthanteraren innehar. Skillnaderna i villkor och relationer är dock en omständighet som är relevant för riskfördelningen i kontanthantering.

Vad jag behandlar i detta avsnitt är situationen där en kontanthanterare haft vissa rutiner för att hantera medel som avskilda. För en del av medlen som hanterats på detta sätt har kontanthanteraren också varit reellt redovisningsskyldig. För den andra delen av medlen har det dock i realiteten handlat om kreditförhållanden. Även om medlen således är sammanblandade har det handlat om medel som hanterats på särskilt sätt. De har till synes hanterats så för att det funnits ett redovisningsansvar.

I beaktandet av vilken betydelse det skall ha att kontanthanteraren har skilda villkor och relationer finns det anledning göra antaganden om konsekvenser. Ett antagande är att riskerna ökar för att kontanthanteraren hanterat medlen som en andra egen kassa. Ett sådant agerande orsakar bevissvårigheter kring om det i realiteten gjorts ett avskiljande. Det leder antagligen också till en ökad risk för att kontanthanteraren tillgodogör sig medel. Likaså leder det till en ökad risk för att han inte kan redovisa fullt ut till dem som har reella redovisningsanspråk.

Till detta antagande kan kopplas antagandet som jag nämnt i avsnitt 22.4. En ordning som ger separationsrätt trots att kontanthanteraren inte håller isär medlen, minskar incitamentet för kunderna och bankerna att övervaka kontanthanteraren. Kunderna och bankerna kan rent av anse att det är en fördel att kontanthanteraren hanterar vad som i realiteten är egna medel inom den till synes avskilda massan. Det ökar chanserna att det finns tillräckligt med medel i den till synes avskilda potten. Även om de skulle upptäcka att kontanthanteraren gör på detta vis skulle de alltså tendera att avstå från att protestera. Så länge de vet med sig att deras avtalsrelation med kontanthanteraren kommer att bedömas som att de har ett redovisningsanspråk, och så länge det finns en del av kontanthanterarens ekonomi som går att utpeka som avskild, är deras risk begränsad i åtminstone någon mån. För kunderna och bankerna skulle det med en sådan ordning rent av vara rationellt att kräva att kontanthanteraren ständigt skulle involvera en viss del av sitt eget kontantflöde genom det kontantflöde och de ramar som de främmande medlen skall hanteras. Detta för att ge kunderna och bankerna marginal.

Det är av olika skäl oklart i vilken mån kundernas och bankernas benägenhet att övervaka kontanthanteraren i praktiken verkligen skulle påverkas av en striktare gränsdragning. Eftersom kunderna och bankerna står risken för att medlen i slutändan inte räcker för alla anspråk, har de även med en liberal gränsdragning incitament att bevaka att kontanthanteraren följer rutinerna för avskiljande- och redovisningsskyldiga. Vilken grad av incitament som behöver läggas på kunderna och bankerna för att de skall ingripa mot att kontanthanteraren hanterar även egna medel inom ramen för det till synes avskilda, blir givetvis föremål antaganden. Grunden för sådana antaganden är dock att rutinerna påverkas av graden av incitament att övervaka. Likaså går det att hävda att det finns ett samband mellan hur strikta rutinerna är och nivån av risk i systemet.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ Det anses rent av vara ett definitionsmässigt samband mellan rutiner och risk. Inom finansiell verksamhet talas det om exempelvis begreppet "Administrativ risk" som – Risk som uppstår på grund av dåliga rutiner, kontrollsystem, brottslighet etc. Kan motarbetas genom goda rutiner och kontroll, till exempel att två personer ska attestera, eller att en utför affären och en annan bokför den. – När det gäller just kontanthantering är ett konkret exempel bristerna i kontanthanteraren Panaxias rutiner, med dröjsmål på redovisning i upp till tio dagar. Dessa har pekats ut som avgörande för att Panaxiaföretagen gick i konkurs, se SOU 2014:61 Svensk kontanthantering s 190.

22.8 Det gemensamma intresset av kostnadsminimering som tar sig uttryck i uteblivet utnyttjande av möjligheten att klargöra förhållandena senast innan obeståndet

Efter att ha pekat ut ett antal möjliga avvikelser och oklarheter tar jag i detta avsnitt upp aspekten att det vid en konkurs för en kontanthanterare funnits möjlighet att innan konkursen agera för att klargöra förhållandena. I redovisningsmedelslagen, RvmL, stadgas nämligen att medlen skall vara avskilda senast vid den kritiska tidpunkten obestånd. Det skall för separationsrätten i princip inte spela någon avgörande roll att beloppet ”avskilts senare”, d v s med dröjsmål. I det enkla typfall som lagtexten skisserar förefaller det helt enkelt tillräckligt att den redovisningsskyldige vid ett tillfälle gör en markering som innebär avskiljande. Om det vid en konkurs för en kontanthanterare, trots de möjligheter som lagen ger, ändå föreligger oklarheter, är det en faktor som är relevant att beakta i ett beslut om separationsrätt.

I en kontanthanteringsverksamhet skulle en sådan markering kunna vara att ordna med en ny plats för medlen istället för den plats där medlen tidigare hanterats. Ett platsbyte markerar tydligt en nyordning i förhållande till den tidigare hanteringen. En annan åtgärd skulle kunna vara att kontanthanteraren gör en avstämning och utifrån resultatet av denna vidtar åtgärder för att markera att det från denna tidpunkt verkligen är fråga om ett avskiljande. I en verksamhet där det regelbundet görs avstämnings av de till synes avskilda medlen kan även en sådan åtgärd fungera. Om en regelbunden avstämning gjorts alldeles innan obeståndet inträffar skulle ett alternativ kunna vara att godta denna som en markering av avskiljande.

Det är förstås konsekvent att bara godta en markering av avskiljande om kontanthanteraren herefter också ändrar sitt beteende. Om kontanthanteraren fortsatt att blanda medel eller att hantera de till synes avskilda medlen som sin andra egna kassa, fyller ingen åtgärd funktionen att markera ett avskiljande. Det som markerades som avskilt är då inte avskilt i realiteten. En förutsättning är således ändrat beteende, d v s att medlen hanteras som avskilda, och att detta fortgår ända tills medlen redovisas. Om kontanthanteraren efter att obeståndet inträffat börjar hantera medlen som sin andra egna kassa (vilket han har möjlighet att göra så länge han inte försätts i konkurs) finns det skäl att inte tillmäta avskiljandet betydelse i separationsrättshänseende.

Kontanthanterarens möjlighet att klargöra förhållandena genom avskiljande är en omständighet som kan användas i gränsdragningen kring separationsrätt. I en gränsdragning kan det generellt sett framstå som rimligt att lämna utrymme för vissa avvikelser och oklarheter av sådana slag som jag beskrivit i tidigare avsnitt. Med tanke på att en kontanthanterare fram till obeståndstidpunkten har möjlighet att reparera misstag genom att reda ut förhållandena och göra ett nytt avskiljande, finns det emellertid skäl att inte lämna sådant utrymme. Om kontanthanteraren måste agera självständigt och markera att tidigare misstag skiljts ut från hanteringen, blir bristen på sådan markering något som kan beaktas i gränsdragningen. Det går att legitimera en strikt gränsdragning när kontanthanterare och dennes avtalsparter har denna möjlighet att reda ut det som gått snett.

22.9 Förekomsten av brist på medel

En ytterligare omständighet att beakta i gränsdragningen har att göra med omfattningen av en brist i medlen som visar sig föreligga. Flera av de omständigheter som jag i avsnitten ovan tagit upp som relevanta för riskfördelningen, har med brister att göra.

Ett sätt att beskriva vilken betydelse en brist kan ha i en kontanthanteringsverksamhet bygger på att en brist som kontanthanteraren ansvarar för betraktas som en kredit till kontanthanteraren. Denne är skyldig att ersätta bristen. Beroende på omfattningen av flödet och storleken på den hanterade mängden kan han dock ha visst utrymme att vänta med att göra detta. Så länge inflytande medel är tillräckligt omfattande för att det skall gå att i någorlunda tid skicka iväg tillräckligt med medel för att täcka utflödet, märks inte bristen. När kontanthanteraren istället fortsätter att ge sig själv anstånd med regleringen, eller med andra ord kredit, blir inflödet av medel i effekt en kredit till kontanthanteraren.

Förhållandet kan illustreras med ett exempel. Om kontanthanteraren varje dag har ett inflöde om 1 mkr behöver kontanthanteraren också prestera 1 mkr i utflöde varje dag. Så länge kontanthanteraren varje dag också redovisar vad som flyter in finns det i princip inga medel hos kontanthanteraren. I den mån kontanthanteraren får möjlighet att dröja med att redovisa för inflytande medel, med exempelvis 5 dagar, kommer det dock hela tiden att finnas 4 mkr hos kontanthanteraren. Dessa kan kontanthanteraren, eller någon annan som har tillgång till medlen, använda för egen räkning. Så länge kontanthanteraren lyckas redovisa ett utflöde som motsvarar inflödet får kontanthanteraren möjlighet att använda 4 mkr som kredit. Det dagliga

inflödet om 1 mkr används för att betala 5 dagar gamla skulder och inflödet blir därför i effekt en kredit.

Om kontanthanteraren använder en kontokredit för att förskotta kunderna, såsom beskrivs i kapitel 24, blir betraktelsesättet på sätt och vis ännu tydligare. Kontokrediten är i rättslig mening kontanthanterarens skuld till banken. Egentligen skulle kontanthanteraren betalat denna skuld med det överskott som genom förskottet uppstått mellan mängden medel i hanteringen och de samlade anspråken på dessa medel. När det istället föreligger brist och kontanthanteraren använder utflödet av kontanthanteringsmedlen för insättning på kontokrediten, betalar kontanthanteraren sin skuld med de medel som flutit in och inte med överskottet. Med denna beskrivning framstår inflytande medel som något som används för kontanthanterarens behov.

Med nämnda beskrivning av förhållandena går det att ifrågasätta om inflytande medel verkligen skall anses ha mottagits för annan. När bristen blir så stor att den motsvarar storleken på flödet av medel kan beskrivningen synas särskilt träffande. Under sådana förhållanden används alla medel som flyter in till kontanthanteraren för att fullgöra anspråk som redan förelåg när medlen flöt in.

Beskrivningen är belastad av perspektivet och de begrepp som används. Den bygger på en utgångspunkt där bristen betraktas som en enhet som tillskrivs kontanthanteraren. I någon mån handlar det om en begreppslogik som relaterar till äganderättsbegreppet. *Det reella problem* som beskrivningen egentligen handlar om är att en brist som kontanthanteraren ansvarar för med sin egen betalningsförmåga utgör en risk. Riskens storlek varierar inte bara med kontanthanterarens betalningsförmåga, utan också med storlek på bristen och med tiden under vilken krediten inte regleras. En större brist under längre tid leder till större risk för exponering för ytterligare brist.

22.9.1 Brist och riskfördelning

I frågan om hur riskfördelningen skall göras är det centralt att beakta hur riskfördelningen kan antas påverka riskerna. Om separationsrätt till återstående medel inte medges när bristen är av viss omfattning, eller har förelegat under viss tid, kan det antas att kunderna och bankerna får incitament att övervaka kontanthanteraren för att undvika sådana brister. Visserligen föreligger redan ett incitament att övervaka eftersom kunderna och bankerna inte heller vill förlora vad som motsvarar bristen, men med strikta krav för separationsrätt ökar incitamentet i princip. I den mån också företrädarna

för kontanthanteraren ges ansvar för att inte bristerna blir för stora och långvariga, ökar även deras incitament att undvika sådana brister.

Incitamenten att undvika alltför stora och alltför långvariga brister leder antagligen till att rutiner med avstämning inrättas och följs. Med hjälp av avstämning och ett sådant klagörande som beskrivits i föregående avsnitt, 22.8, skulle separationsrätt kunna etableras även om den utestående bristen inte regleras. Genom att skuldföra en upptäckt brist på kontanthanteraren kan kontanthanterarens ansvar, eller med andra ord kredit, lyftas ut ur systemet. Systemet kan därefter startas om. Utestående anspråk regleras med de medel som finns. När medel därefter flyter in är det i ett system som inte lider av den tidigare bristen. Bristen tillåts inte ligga kvar i systemet. Den ersätts genom ett formellt erkänt och preciserat ansvar för kontanthanteraren. Detta placeras utanför redovisningsförhållandet. Det kan till exempel gå till så att kontanthanteraren får en kredit hos en bank som går in och reglerar bristen i förhållande till kontanthanteringssystemet. I den mån ingen vill gå in för att hjälpa kontanthanteraren att reglera bristen och denne inte själv förmår, måste verksamheten stoppas och avvecklas utifrån de förhållanden som föreligger.

En riskfördelning som leder till rutiner som de nämnda förefaller innebära en begränsning av riskerna. Den förefaller också leda till en viss nivå av ordning och reda. Givetvis innebär en sådan ordning också kostnader. Det är möjligt att dessa kostnader är så betydande att det inte är motiverat att ta kostnaderna. Nivån på den ökade riskbegränsning som de här aktuella ökade incitamenten kan medföra är kanhända inte värd priset. I denna analys är de reella faktorerna förstås okända.

Till saken hör vidare de risker som sammanhänger med psykologiska aspekter, vilket redan berörts i avsnitt 22.6. En kund som lämnar medel till kontanthanteraren trots en misstanke om att det förekommer brist agerar till synes inkonsekvent. Kunden kan ha förhoppningen att kontanthanteraren kommer att reda ut situationen. Likaså kan kunden hoppas att det egentligen handlar om att kontanthanteraren bara agerar kostnadseffektivt och att denne hur som helst har finansiell förmåga att hantera eventuella brister. Dessutom kan det, för den i kundens personal som nås av informationen, vara obehagligt att vara den som sätter en käpp i hjulet. Att ingripa i en verksamhet som i allt övrigt verkar legitim och som löper på, kan vara just obehagligt för den person som slår larm.

Det finns anledning att överväga hur de nämnda psykologiska faktorerna skall beaktas. Om de innebär att stora och långvariga brister inte avslöjas trots att den av alla övervakare som har bäst information inte slår larm, finns

det anledning att inte bara lita till att den tänkta övervakaren agerar. Då behövs upparbetade rutiner där flera intressenter är inblandade.

22.9.2 Brist och värdebaserade argument

Den riskfördelning jag behandlat i föregående underavsnitt innebär att en stor och varaktig brist leder till att separationsrätt inte medges för någon. Det underförstådda huvudalternativet till denna riskfördelning är att separationsrätt medges till de återstående medlen. Ett ytterligare alternativ är emellertid att bara låta de som varit i ond tro förlora sin separationsrätt.

I förmögenhetsrättsliga sammanhang är det som bekant vanligt att man laborerar med ond tro när ett subjekt borde ha reagerat på indikationer. Att en kund eller bank förlorar sin separationsrätt vid ond tro är en möjlig lösning. Ett sätt att konstruera normativt stöd för lösningen är att använda RvmL. När en kund eller bank som lämnar medel till kontanthanteraren misstänker att det föreligger sådan brist att kontanthanteraren använder medlen för att hålla systemet igång, eller med andra ord för att inte bli avslöjad, kan det hävdas att kontanthanteraren inte mottar medel för annan. Båda parter borde misstänka att åtminstone det kortsiktiga syftet är ett annat. Båda parter borde misstänka att det i realiteten handlar om kredit, snarare än ett uppdrag att hantera medel.

Det finns också andra normativa argument för en riskfördelning som tar hänsyn till ond respektive god tro. Exempelvis har det hävdats att separationsrätt skall ges vid stöld även om tjuven sammanblandat medlen med sina.⁶⁵⁵ I varje fall sägs att separationsrätt skall ges om det inte gått alltför lång tid efter stölden och det går att konstatera att motsvarande medel finns i behåll. I den mån tjuven använt medel ur den massa av medel i vilken han placerat det stulna, hävdas det att den bestulne ändå skall ges separationsrätt till ett belopp som motsvarar det lägsta saldo som den aktuella massan haft under tiden efter stölden. Argumentationen baserar sig i hög grad på argument av värdekaraktär. Det handlar om rimligheten i att den bestulne skall kompenseras, och om orimligheten att tjuvens fordringsägare skall tjäna på stölden.

Motsvarande rimlighetsargument går att anföra när en kontanthanterare agerat på sätt som lett till att kontanthanteringen drabbats av stora och lång-

⁶⁵⁵ Se för en variant på temat domskälen i NJA 2009 s 500 (Bankkontomanipulationerna). Jfr Torkel Gregows rättsfallskommentar, Separationsrätt efter tillgrepp av pengar på bankkonto – sakrätt på hög nivå, JT 2009–10 s 643, på s 651–652.

variga brister. Det kan i princip handla om bedrägerier som kan beskrivas som ”pyramidspel”. Att en kund som drabbas av kontanthanterarens agerande utan att vara i ond tro, skall sakna prioritet, kan förefalla just orimligt.

Emellertid går det att peka på att förhållandena för stöldsituationen i väsentliga avseenden skiljer sig från kontanthantering. Kontanthanteringens roll i samhällsbygget är på en annan nivå än stöldfallen. Det är även de systemriskerna som skall hanteras. Beträffande partsförhållandena handlar det inte heller om att kompensera den som blivit av med pengar framför andra fordringsägare som skulle gynnas i jämförelse. Istället handlar det främst om fördelning av risk.

När resonemanget handlar om fördelning av risk, snarare än om rimlighet, finns det skäl att fråga sig varför just de olika kunderna och bankerna skall få prioritet framför kontanthanterarens övriga fordringsägare. Dessa värdeargument beror nämligen i hög grad på vilket perspektiv betraktaren väljer. Jag vill därför peka på några aspekter i sammanhanget.

Det finns till att börja med argument av rimlighets- och värdekaraktär som bör beaktas. En aspekt av dessa har att göra med att kontanthantering handlar om att hantera pengar. Det handlar om exakta värden där toleransen mot svinn och felräkning i allmänna föreställningar antagligen är mycket låg. Det är svårt att tänka sig att det i denna hantering skulle figurera motsvarande föreställningar om svinn som figurerar i en del andra transportverksamheter med svårhanterligt gods. I kontanthantering skall det inte förekomma läckage, felmätning, eller att personal, såsom i vissa andra sammanhang, någon gång tar med sig ett ”överblivet” eller ”skadat” exemplar hem. Den allmänna föreställningen om verksamheten är antagligen att varenda krona skall hamna rätt, varje gång.

I fall av stor och långvarig brist har kontanthanteraren tydligen kunnat agera utan att kunderna och bankerna i tillräcklig mån bidragit till att rutinerna för särbehandlingen av dem upprätthållits. Eftersom stora och långvariga brister innebär att kontanthanteraren avviker från rutinerna i ganska hög grad, handlar det om att kunderna och bankerna inte vårdat rutinerna i sin relation med kontanthanteraren. Kunderna och bankerna har därmed inte bidragit till att hålla riskerna på den nivå som skulle kunna krävas för att de skall särbehandlas. I jämförelse med stöldfallen har de inte följt rutinen att låsa efter sig, alternativt slarvat med sin bankkod eller sitt kontokort.⁶⁵⁶ Det skulle kunna krävas av kunderna och bankerna att de kontinuerligt bidrar till att rutinerna följs. I den mån kontanthanteraren

⁶⁵⁶ Jfr avsnitt 10.5.

kunnat avvika från rutinerna i så hög grad att förhållandena blivit pyramidspelsliknande, skulle kunderna och bankerna i så fall få dela på den generella kreditrisken tillsammans med alla övriga fordringsägare.

Vid just kontanthantering synes det vidare särskilt viktigt att kontanthanterare och deras personal inte lockas av möjligheter att utnyttja medlen för egen räkning. Lockelsen att tillgodogöra sig just kontanta medel är antagligen typiskt sett stor. För att övervakningen av kontanthanteraren skall bli effektiv behöver kunderna och bankerna ges tillräckliga incitament att övervaka att rutinerna följs. Om separationsrätten går förlorad i varje fall när kontanthanteraren brustit så mycket i sina förpliktelser att det i realiteten handlat om ett pyramidspel är detta ett sätt att beakta den värdeladdning som ligger i tolerans mot sådana företeelser.

Ett uppenbart problem med att dra gränsen för när separationsrätt inte skall godtas p g a stora och långvariga brister, eller rent av vid ”pyramidspel”, är att en sådan gräns blir ganska otydlig. Att en gräns är otydlig är dock inte nödvändigtvis ett skäl att betrakta den som oanvändbar. En gränsdragning behöver göras med beaktande av de risker som är involverade och med beaktande av vilka styreffekter som eftersträvas med regleringen. Föreställningar om vad som är rimligt är inte ovidkommande. Den som använder sådana föreställningar behöver emellertid beakta mer än vad som först dyker upp i tanken. Äganderättsföreställningarna bör inte få den makt över tanken som liknelser med stöldsituationer genererar.

22.10 Förekomsten av brist på dokumentation

En ytterligare omständighet som är relevant att beakta i riskfördelningen är förekomsten av dokumentation. Här inkluderar jag då även bristen på sådan. I den mån det p g a brist eller annan omständighet kan konstateras att rutinerna inte följts finns det anledning att i riskfördelningen beakta i vilken mån avvikelserna dokumenterats. När avvikelserna dokumenterats går det att avgöra i vilken mån penninghanteraren hanterat medlen som kredit för egen del. Dokumentationen kan också användas för en bedömning av kundernas och bankernas förhållningssätt. Därmed kan den användas för en bedömning av vad som i realiteten får anses avtalat, vad som i realiteten mottagits för annan och vad som i realiteten får anses avskilt.

Om det saknas dokumentation som kan förklara hur, när och var avvikelserna har uppstått, är detta något som kan användas för att utgå från att rekvisiten för separationsrätt inte är uppfyllda. Handlar kontanthanteringen om mycket stora belopp och komplexa förhållanden, finns det ännu större

anledning att hamna i denna bedömning. Är det dessutom så att det exempelvis finns en stor och kanske långvarig brist, kan kombinationen av dessa omständigheter användas.

22.11 Huvudlinjer i de presenterade analyserna

Vad jag presenterat i underavsnitten ovan är omständigheter som jag identifierat som relevanta för riskfördelningen. De är relevanta för den för kapitlet grundläggande frågan om i vilken mån separationsrätt skall ges. Eftersom min redovisning varit relativt omfattande finns det anledning att här peka på några huvudlinjer.

De relevanta omständigheter jag identifierat är alltså; kontanthantera-rens roll och de systemriskerna som verksamheten kan antas innebära, ett gemensamt kostnadsminimeringsintresse hos de inblandade som leder till att verksamheten blir komplex, avvikelser och oklarheter kring avtalsrelationerna i förhållande till bilden av verksamheten som ett koherent system, förekomsten av skillnader mellan olika kundrelationer, uteblivet utnyttjande av möjligheten att klargöra förhållanden som rymmer avvikelser och oklarheter, förekomsten av brist på medel, och förekomsten av brist på dokumentation.

Vad jag presenterat är hur dessa omständigheter kan användas i avvägningar kring hur risken skall fördelas. Detta inte minst med hänsyn till antaganden om hur den ena eller andra riskfördelningen kan antas påverka storleken på riskerna. Ett genomgående tema är att en riskfördelning som innebär att separationsrätt inte ges, leder till begränsning av riskerna för att skada alls inträffar. Samtidigt har jag framhållit att en sådan riskfördelning kan antas leda till övervakningsinsatser som medför kostnader. Dessa kostnader kan vägas mot kostnaderna för riskerna.

Ett annat tema som jag identifierar som relativt genomgående är möjligheterna för de inblandade att agera på sätt som gör att förhållande framstår som klara och tydliga. Det handlar om att verkligen följa rutiner, om att följa upp att rutinerna för att upptäcka avvikelser och om att klargöra förhållandena efter att något inte följt rutin. Till temat hör också att använda någorlunda likadana regleringar av relationerna med olika parter. Med andra ord handlar temat om att fästa vikt vid ordning och reda. Denna aspekt kan vägas mot behoven av kostnadsminimering och komplexitet.

Mot denna bakgrund är det så dags att redovisa den rättsdogmatiska utredning som jag gjort.

22.12 Rättsdogmatisk utredning med systematisering, antaganden och bedömningar

I detta avsnitt redogör jag för normativa utsagor om vad som skall föranleda separationsrätt och därmed prioritet för kontanthanterares uppdragsgivare. Det handlar med andra ord om normativa utsagor av relevans för hur gränsen för separationsrätt skall dras. Den grundläggande frågan är just hur gränsen skall dras, eller med andra ord i vilken mån separationsrätt skall ges.

Som kommer att framgå handlar flera av de dogmatiska utsagorna om beskrivningar av fall eller omständigheter som antingen skall leda till att separationsrätt skall ges eller att sådan inte skall ges. Exempelvis anförs att förhållanden som ”i realiteten är kreditförhållanden” inte skall leda till prioritet. I den rättsdogmatiska utredning som jag redovisar kommer det att bli tydligt att förhållandena vid kontanthantering inte passar in på sådana beskrivningar. Min redovisning går därför inte ut på att visa att kontanthantering passar in i en eller annan sådan beskrivning. Den visar snarare att kontanthantering inte passar in. De mellanled som dessa beskrivningar i logiskt hänseende utgör ger nämligen inte mer normativt stöd än vad liknelser brukar ge i dogmatiskt hänseende.

I min redovisning av de dogmatiska utsagorna har jag behövt stödja framställningen med tolkningar och systematisering. Jag bidrar därmed möjligen till budskapet i något högre grad än vad jag gjort i övriga rättsdogmatiska delar i denna bok. Vad jag presenterar är inte bara min rättsdogmatiska utredning, utan också mina analyser av det rättsdogmatiska underlaget utifrån det perspektiv som företeelsen kontanthanteringsverksamhet bidrar med. Som jag beskrivit i föregående stycke har jag identifierat att de dogmatiska utsagorna är otillräckliga i olika avseenden. Istället för att först visa att underlaget har denna karaktär och sedan förklara hur otillräckligheten kan hanteras har jag valt att väva samman dessa delar i presentationen.

22.12.1 Utsagor om grunden för separationsrätt

Det finns i princip två normativa grunder för separationsrätt till pengar. Den mest grundläggande består av allmänna sakrättsliga principer om anspråk som avser specifika objekt. De allmänna principerna går ut på att pengar, i meningen sedlar och mynt, skall hanteras som lösa saker när ”anspråket till sin natur är sakrättsligt” p g a fortsatt identifierbarhet och identitet. Därmed skulle det handla om att borgenären har en ”bestående äganderätt...” som inte skall behandlas mindre fördelaktigt beträffande pengar än för annan

lös egendom. Det går att tolka en del avgöranden i rättspraxis som att de bygger på sådan äganderättslogik. Den använda terminologin och äganderättslogiken skymmer som vanligt de reella skälen, men det är tydligt att det finns normativa grunder för prioritet. Väsentligt är dock att det för separationsrätt skulle krävas att den som fått pengarna i sin besittning inte får använda dem i eget intresse.⁶⁵⁷

Huruvida denna normativa linje av allmänna principer skulle kunna passa in på förhållandena vid kontanthantering förefaller tveksamt. Eftersom kontanthantering handlar om ett uttryckligt uppdrag att hantera och omvandla kontanter för flera uppdragsgivare, är det inte fråga om medel som är identifierbara och har identitet. Denna svårighet skulle kunna hanteras med hjälp av en surrogationstanke, men det handlar då om att lägga till ytterligare föreställningar. Den ena är att de allmänna principerna även skall omfatta surrogat och den andra att kontomedel skall behandlas som pengar i detta avseende, och inte som fordringar.⁶⁵⁸

Oavsett om nämnda linje skulle hävdas som norm för medel som lämnats till kontanthanterare, är kravet på att medlen inte får användas i eget intresse relevant i den fortsatta framställningen. Den andra normativa grunden för separationsrätt är nämligen Lagen om redovisningsmedel, RvmL. Där stadgas ett sådant krav. Enligt RvmL krävs att uppdragstagaren skall ha mottagit medlen ”för annan” och att uppdragstagaren på en eller annan grund har redovisningsskyldighet.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 710–733, citaten från s 711 och 717, även 1 u, 2014 s 653–681, citaten på s 662 och 668. Stefan Lindskog, *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar*, i *Festskrift till Suzanne Wennberg*, 2009 s 239. Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s 508–514. Gösta Walin, *Separationsrätt*, 1975 s 88–90, 138–145. Gösta Walin, *Om separationsrätt efter surrogation, En förmögenhetsrättslig studie*, i *Festskrift till Birger Ekeberg 1950*, s 532, på s 532–533, 536–538. Jfr Laila Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, 2012 hela, men notera s 46–71. Proposition 1944:81 s 31–32. Jfr Susanne Wennberg, *Förskingring*, 1977 s 88.

⁶⁵⁸ Denna föreställning är vanlig, men inte alls självklar. Trots detta påverkar den i grunden hur frågorna hanteras. Jfr exempelvis Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 68–75, 439–444, 1 u, 2014 s 64–70, 396–401, som enligt egen utsago gjorde ett under lång tid övervägt val att, i det nämnda arbetet *Betalning*, upprätthålla fiktionen av kontomedel som påsar med pengar på banken, *Föreläsning Göteborgs Domarakademi 29 maj 2015*. Alternativet är främst att betrakta ett kontoförhållande som en fordran på banken. Jfr Ingrid Arnesdotter, *Moderna betalningsmetoder*, 1996 s 109–110, och s 99–101 där hon speglar två olika sätt att föreställa sig förhållandena utifrån beskrivningarna i SOU 1995:69 *Betaljänster*, mot beskrivningarna av Karl Olivecrona i *Penningenshetens problem*, 1953.

⁶⁵⁹ SOU 1943:24 s 22–23.

Principiellt sett är RvmL en utökning av möjligheterna till separationsrätt i förhållande till de möjligheter som de allmänna principerna ger. Genom denna lag kan anspråkshavarna få prioritet framför andra fordringsägare även i vissa fall där det inte föreligger specialitet beträffande de objekt som anspråket avser.⁶⁶⁰ Enligt RvmL krävs att uppdragstagaren har avskilt medel, ”belopp”, som motsvarar de som uppdragstagaren mottagit.⁶⁶¹ Eftersom det bara krävs att medlen motsvarar de som uppdragstagaren mottagit passar RvmL förhållandena vid kontanthantering bättre än de ovan nämnda allmänna principerna.

Den utökning av möjligheterna till separationsrätt som RvmL ger omfattar också att medlen inte genast behöver pekats ut som främmande medel. Det räcker att personer som får andras medel i sin besittning avskiljer medlen innan de hamnar i dröjsmål med att avskilja och innan frågan om prioritet till medlen blir akut. För att nå rättsföljden separationsrätt är det enligt RvmL tillräckligt att personer som får andras medel i sin besittning avskiljer medlen senast innan den tidpunkt då de hamnat på obestånd.⁶⁶² Denna möjlighet till försenat avskiljande innebär inte att uppdragstagaren får behandla medlen som sina egna. Medlen behöver även vid sent avskiljande ha mottagits för någon annan. Möjligheten till ett sent avskiljande skall minska risken för att personer som får andras medel i sin besittning gör sig skyldiga till brott. De skall inte bli brottslingar bara för att de inte fullt ut agerar som om de vore uppdragstagare med ett uttryckligt redovisningsuppdrag.⁶⁶³

Detsamma gäller en annan utvidgning av separationsrättsmöjligheterna som RvmL stadgar. I den mån medel avskilts utan att de täcker anspråken

⁶⁶⁰ SOU 1943:24 s 20–21. Jfr Stefan Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009 s 243–244.

⁶⁶¹ SOU 1943:24 s 25–26.

⁶⁶² I lagtexten stadgas ”utan dröjsmål”, men också att obeståndstidpunkten är avgörande. Formuleringarna kan ge intrycket att dröjsmålet inte skall ges någon relevans. Av förarbetena framgår dock tanken att avskiljande utan dröjsmål var den tänkta rutinen, likaså att straffansvar för bristande avskiljande kan följa av andra regler. SOU 1943:24 s 29–31, se även s 47–51 och Proposition 1944:81 s 34–38, 43–50. Jfr hur regleringen kommit att framställas i Berggren m fl Brottbalkskommentaren 2017, kapitel 10, ”Pengarna ska antingen avskiljas utan dröjsmål från mottagandet eller efter ett längre dröjsmål, förutsatt i det senare fallet att den redovisningsskyldige inte är på obestånd, när beloppet avskiljs.” I straffrättsligt hänseende är kommentarförfattarna dock tydliga med att ett försenat avskiljande innebär olovligt förfogande, se 10:1. Likaså Suzanne Wennberg i Förskingring, 1977 s 168. Jfr Stefan Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009 s 248–249.

⁶⁶³ Jfr SOU 1943:24 s 18–20.

skall prioritet ändå kunna ges till de medel som finns, RvmL 3 st. Inte heller detta undantag innebär att uppdragstagaren får behandla medlen som sina egna, även om en brist förstås är en indikation på att uppdragstagaren kan ha gjort just det.⁶⁶⁴

I de följande underavsnitten går jag närmare in på de dogmatiska utsagorna kring uppdragstagarens hantering av medlen. Så här inledningsvis finns det dock anledning att understryka att RvmL är en enkel lagstiftning som förefaller ha konstruerats med några i hög grad typiserade fall i åtanke.⁶⁶⁵ RvmL är mycket kortfattad och generell. Dessa karaktärsdrag går mindre väl ihop med det faktum att RvmL är relevant som norm för en mängd olika sammanhang.⁶⁶⁶ Det medför att lagstiftningen inte erbjuder lösningar på en del av de avvägningar som blir nödvändiga att göra när förhållandena inte motsvarar de typiserade fallen.⁶⁶⁷

22.12.2 Utsagor om gränsdragning utifrån att avskiljandet är reellt

De allmänna normer om separationsrätt som är närmast relevant för kontanthanterare handlar om avskiljande. Vid kontanthantering är de medel som kontanthanteraren hanterat för flera olika uppdragstagare typiskt sett fysiskt avskilda från andra av kontanthanterarens medel. Kontanthanteraren har med andra ord sina egna medel på andra platser eller i andra former. Vanligtvis handlar det förstås om bankkonton. Beträffande de främmande medlen som kontanthanteraren hanterat finns det dogmatiska utsagor om att avskiljandet måste vara av viss kvalitet. Det behöver med andra ord i

⁶⁶⁴ SOU 1943:24 s 32–33. Proposition 1944:81 s 38–40.

⁶⁶⁵ Att lagförslaget sägs ha skrivits över en natt innebär inte (nödvändigtvis) ett omdöme om regleringen i kvalitetshänseende, men det är anekdotisk information som understryker vad som mer eller mindre framgår av lagtexten – att det just handlar om att lagstiftningen är inriktad på några i hög grad typiserade fall. Se Olle Höglunds förord i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s 14. Av förarbetena framgår att utredningen tillsattes 14 september 1942, att utredarna lämnade SOU 1943:24 den 13 april 1943, att propositionen 1944:81 ställdes den 11 februari 1944, att SFS 1944:181 utfärdades den 5 maj 1944 och att lagen trädde i kraft 1 januari 1945. Jfr Göran Millqvist beträffande att den sakrättsliga litteraturen i anslutning till lagens förarbeten diskuterat just typfall, Separationsrätt till sammanblandad fungibel egendom, JT 1994–95 s 500, på s 501.

⁶⁶⁶ Att formuleringarna i lagstiftningen inte räcker till illustreras inte minst av att lagutredarna tänker man sig långt fler normativa lösningar än vad som framgår av lagregleringen. Exempelvis skall medel som överförs i illojalt syfte hanteras på avvikande sätt och att lagstiftningen skall användas med ”förnuftig tillämpning”, SOU 1943:24 s 34–35 resp 29–30.

⁶⁶⁷ Jfr Jan Hellners kritik mot RvmL, Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten, 1985 s 233, på s 257.

någon mening vara reellt. Även om uppdragstagaren placerat medlen avskilt anses medlen således kunna i realiteten vara annat än avskilda för att uppdragstagaren helt enkelt använder medlen som denne behagar. I förarbetena anges att gäldenären skall agera utifrån en ganska strikt linje. Utrymmet för avvikelser begränsas där mer eller mindre till förbiseende och sådant som har anknytning till uppdraget:

”Ej heller kunna medel, som insatts på en bankräkning, anses behörigen avskilda, om sysslomannen genom insättningar och uttag för egen del använder räkningen som ett vanligt privat bankkonto. Härvid måste ganska stränga krav upprätthållas. Dock behöver en bankräkning med redovisningsmedel icke förlora sin speciella karaktär, så snart ett belopp, som tillhör sysslomannen, finnes på kontot. Att ett dylikt belopp genom tillfälligt förbiseende placerats där eller att upplupen ränta, som tillkommer sysslomannen, kvarstår på kontot eller att tillgodohavande eljest uppkommit för sysslomannen genom att han underlåtit att göra uttag, bör sålunda ej medföra denna verkan.”⁶⁶⁸

Förarbetsuttalandet har använts som stöd i rättspraxis. I NJA 1998 s 275 (Makarnas konto) fastställde HD en dom från HovR:n:

”Av förarbetena till lagen om redovisningsmedel och av praxis framgår att det ställs stränga krav för att medel skall anses vara behörigen avskilda. Så anses inte vara fallet när medel har insatts på en bankräkning, om den redovisnings-skyldige genom insättningar och uttag för egen del använder räkningen som ett vanligt privat bankkonto.”⁶⁶⁹

Frågan har också återkommit i NJA 1995 s 367 II (Obligentia) där den gränsdragningsproblematik som blir följden uppmärksammas, samtidigt som följden att redovisningsmedelsstatusen faller bekräftas:

”Därmed uppstår ett gränsdragningsproblem: när blir kontoinnehavarens dispositioner av egna medel på kontot så omfattande att medlen på kontot inte längre utgör redovisningsmedel? För den bedömningen fordras att utredningen i målet ger tillfredsställande grund för att avgöra hur många och vad slags dispositioner av kontohavarens egna medel som förekommit på kontot. Saknas sådan utredning får man falla tillbaka på bevisbörderegler.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Proposition 1944:81 s 32. NJA II 1944 s 411.

⁶⁶⁹ NJA 1998 s 275 (Makarnas konto), citatet från åttonde stycket av Svea HovR:s domskäl. Jfr Laila Zackariasson, Borgenärsskydd och specialitet, 2012 s 619.

⁶⁷⁰ NJA 1995 s 367 II (Obligentia), citatet i början av slutet av HD:s domskäl. Beträffande bevisning se vidare nedan.

Vad som framträder genom de redovisade utsagorna är ett krav på att avskiljandet skall vara reellt. De dogmatiska utsagorna förefaller gå ut på att skilja mellan avskiljande av medel som bara är formellt eller till sken, och avskiljande av medel som är reellt. Som framgår av utsagorna kan det vara besvärligt att göra en sådan åtskillnad. Liknelsen med att använda de avskilda medlen som ett vanligt privat konto ger visserligen en uppfattning om vad som i varje fall inte skall anses godtagbart, men som också följer av en av utsagorna krävs en bedömning av hur många och vilka slags dispositioner som gjorts.

En ytterligare aspekt som framhållits som relevant i bedömningen är avsikten med avskiljandet. Uppdragstagarens avsikt har ansetts avgörande när det handlar om förhållanden av olika slag.⁶⁷¹ I doktrinen anføres:

”En första förutsättning för separationsrätt enligt 1 st [RvmL] är att en *avskiljandeavsikt* föreligger. Det betyder att den sakrättsliga frågan är att bedöma, inte endast med utgångspunkt i objektiva förhållanden utan också med utgångspunkt i subjektiva, nämligen redovisningsgäldenärens avsikt med ett visst avskiljande.”⁶⁷²

”Anta att [redovisningsgäldenären] avskiljer ett belopp svarande mot sin redovisningsskuld på särskilt konto. Därefter sker en serie in- och utbetalningar. Det föranleder inget problem med specialiseringskravet. Vid varje tillfälle är kontomedlen tydligt avgränsade. Problemet ligger i att [redovisningsgäldenären] inte behandlar medlen som redovisningsmedel och att därför avskiljandeavsikt inte kan anses vara uppfyllt.”⁶⁷³

”Båda de anförda rättsfallen, NJA 1989 s. 768 och NJA 2009 s. 500, bekräftar enligt min mening min uppfattning att den subjektiva inställning som krävs i andra stycket lagen om redovisningsmedel är en avsikt hos gäldenären att *göra vad som krävs för att inte sätta borgenärens rätt i fara.*”⁶⁷⁴

⁶⁷¹ Torgny Håstad, Sakrätt, 6 u, 1996 s 170–171. Laila Zackariasson, Borgenärsskydd och specialitet, 2012 s 617–625, 660–663, jfr s 708–709. Stefan Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, 2009, s 246 not 68. Susanne Wennberg, Förskingring, 1977 s 167.

⁶⁷² Stefan Lindskog, Betalning, 2 u, 2018 s 750–751, 1 u, 2014 s 698.

⁶⁷³ Stefan Lindskog, Betalning, 2 u, 2018 s 756, 1 u, 2014 s 703.

⁶⁷⁴ Laila Zackariasson, Borgenärsskydd och specialitet, 2012 s 624. I det av Zackariasson nämnda rättsfallet NJA 1989 s 768 (Pokerspelspotten) beslutar justitieråden att ge separationsrätt p g a ett konsekvensargument och gäldenärens avsikt att redovisa medlen i enlighet med borgenärernas intentioner. I det andra nämnda fallet NJA 2009 s 500 (Bankkontomanipulationerna) hade gäldenären tillgång till medlen i kontomedelsform p g a brottslig åtkomst. Inget av fallen utgör dogmatiskt stöd för att sådan bristande avsikt som jag här behandlar skall ses som relevant, men ej heller motsatsen. Jag redovisar därför inte fallen här. Beträffande NJA 1989 s 768 (Poker-

Vad som hävdats är således att såväl objektiva som subjektiva omständigheter skall anses vara av betydelse för bedömningen av om avskiljandet är reellt. Samtidigt framträder det ganska tydligt att det inte antas vara någon lätt uppgift att bedöma. En av utsagorna på temat pekar exempelvis på att ett avskiljande kan ha varit reellt från början men att det senare tillstöter komplikationer:

”I anslutning till [departementschefens ovan citerade utsaga i propositionen] kan framhållas, att man får räkna med att en redovisningsräkning till en början sköts omsorgsfullt men sedan, om sysslomannen kommer i svårigheter, börjar misskötas. I en sådan situation bör man nog inte vara för snar att anse en gång insatta medel inte vara avskilda. Att sysslomannen »lånat» av redovisningsmedlen medför inte att huvudmannens skydd till återstoden går förlorat. Om sysslomannen därefter försöker rädda situationen genom att åter sätta in lånat belopp, kan visserligen hända att denna åtgärd inte står sig, men det är en sak för sig. Vidare måste nog även en slarvigt skött redovisningsräkning godtas, om det dock framgår att sysslomannen avsett att därmed hålla redovisningsmedel avskilda.”⁶⁷⁵

Även om en författare således förespråkar ett visst utrymme för slarv, kan konstateras att det finns dogmatiskt stöd för att dra en gräns mellan avskiljanden som är reella och avskiljanden som är något annat. Avskiljanden som endast är formella, till sken eller på annat sätt otillräckliga skall inte betraktas som ett avskiljande för huvudmannens räkning. Det finns också dogmatiskt stöd för att en aspekt i bedömningen skall vara gäldenärens avsikt. En fråga blir här då hur dessa normativa utsagor förhåller sig till förhållandena vid kontanthantering?

22.12.3 Antaganden kring användbarheten hos normen om reellt avskiljande

Ovan har jag redovisat att det finns en subjektiv sida av kravet på reellt avskiljande. I kontanthanteringssammanhang är det antagligen möjligt att se att det funnits bristfälliga avsikter. Det kan i kontanthanteringssammanhang mycket väl vara aktuellt att en kontanthanterare saknar tillräcklig avsikt att med avskiljandet gynna uppdragsgivarna. Som nämnts ligger det i farans riktning när kontanthanterare och uppdragsgivare har gemensamma

spelspotten) se även Laila Zackariasson, Svensk rättspraxis, Sakrätt 1982–2001, SvJT 2003 s 753 på s 779–780.

⁶⁷⁵ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 112.

intressen av att minimera kostnaderna för hanteringen. Kontanthanteraren kan sakna avsikt att göra vad som krävs i riskbegränsningshänseende, genom att avvika från rutiner, genom att använda medel för egen räkning och genom att använda tidsutdräkt för att kunna fullgöra gamla skyldigheter med senare inflytande medel. Sådant beteende kan betraktas som brist på avsikt att i reell mening avskilja medlen.

Samtidigt går det att peka på att brist på avsikt inte nödvändigtvis passar så särskilt bra som norm i sammanhanget kontanthantering. Avsikt att fullgöra kan mycket väl vara en seriös förhoppning hos kontanthanteraren. Kontanthanteraren kan tänka att allt till slut går ihop. Om bara den ena eller andra idén som lett till att kontanthanteraren tagit de risker han tagit fungerar, kan problemen lösa sig. Till saken hör också att hela idén bakom en kontanthanteringsverksamhet är att hantera och redovisa medlen för uppdragsgivarna. Det framstår som själva grunden för verksamheten. Den går helt enkelt ut på att hantera medel för andra.

För att avsikten skall framstå som en annan kan det bli nödvändigt att gå så långt som till att tänka sig att organisationen egentligen gått ut på något helt annat, såsom bedrägeri. Trots att den reguljära avsikten är motsatsen är en sådan tankelinje inte nödvändigtvis apart eller oanvändbar. En kontanthanterare kan nämligen hamna i ett läge där det måste stå klart för ställföreträdarna att risken för att verksamheten inte går att rädda blivit för stor. Risken har blivit så stor och att all fortsatt verksamhet främst handlar om andra avsikter än att tillgodose uppdragsgivarna. Trots sådana tankekonstruktioner förefaller kontanthanterares avsikter emellertid inte vara ett särskilt väl anpassat verktyg i en normativ bedömning. Avsikterna hos ställföreträdare för gäldenärer i kris är besvärliga att utreda redan av det faktum att de agerar med krisbeteende.

Om man därtill lägger att en kontanthanterares organisation omfattar flera medarbetare och flera ställföreträdare kan avsikterna variera. Variationerna kan omfatta hela skalan från att nitiskt fullgöra till avsikten att enbart sko sig själv efter bästa förmåga. Däremellan kan det finnas sådant som avsikter som går ut på att ta risker med medlen för att i allas intresse försöka rädda kontanthanteringsföretaget. Att under sådana förhållanden bedöma avsikten hos kontanthanteraren är besvärligt. Det akuta problemet i kontanthanteringssammanhang beskrivs bättre i förhållande till risker och risktagande.

Som framgått är de normativa utsagorna om avsikt en del i en bedömning av rekvisitet avskiljande i RvmL. Lagtexten föreskriver avskiljande och det är primärt detta rekvisit som skall användas. Att använda detta rekvisit

för kontanthantering förefaller möjligt. Ett beteende som innebär att en kontanthanterare avviker från avskiljanderutiner som syftar till att begränsa riskerna, kan utan större svårighet uppfattas som att något reellt avskiljande egentligen inte föreligger. Avvikelser från rutiner som skall minska risken för att kontanthanteraren använder medel för egen räkning, kan beaktas i en avsiktsbedömning. Det kan även dröjsmål med redovisning som leder till att kontanthanteraren fullgör gamla skyldigheter med senare inflytande medel.

Samtidigt finns det alltså anledning att beakta att det reella problemet vid kontanthantering är risk och risktagande. Det reella problemet är inte om avskiljandet är reellt eller inte. Normen om reellt avskiljande är endast ett mellanled i normativt hänseende. Att använda en norm om reellt avskiljande och bedöma detta utifrån vilken nivå av risktagande som kontanthanterarens hantering inneburit, leder till frågor om hur stora riskerna skall vara för att ge utslag, i rättsföljderna separationsrätt eller inte separationsrätt.

Att göra en sådan bedömning kan möjligen förefalla som en lätt uppgift i det att parterna i kontanthanteringsverksamheten i skrift ställt upp sina egna normer för hur hanteringen skall gå till. Det saknas dock normer om tillsyn av en del av de inblandade aktörerna, eller med andra ord normer för vad dessa aktörer skall få gå med på beträffande risktagande.⁶⁷⁶ Stöd för bedömningen av vad som utgör alltför stort risktagande skulle dock kunna hämtas i BrB 10 kapitlet och RvmL. I linje med den ovan redovisade utsagan om att tillåta visst slarv så länge avsikten var god, skulle just slarv i goda avsikter kunna tillåtas.⁶⁷⁷ Vissa marginaler för tillfälligheter skulle antagligen också behövas. Så länge rutiner för att hantera avvikelser följts skulle de risker avvikelserna fört med sig kunna accepteras.

Vad jag nu pekar på har emellertid inte mer normativt stöd än vad jag redovisat ovan. Tanken på att använda rekvisitet om avskiljande i RvmL som en norm om reellt avskiljande, har i huvudsak det dogmatiska stöd jag utvecklat här. För att få en tillräcklig bild av det rättsdogmatiska underlaget behöver jag redovisa betydligt mer av min utredning. Jag fortsätter i det följande med två aspekter som inte bara innebär en redovisning av det dogmatiska underlaget, utan också förklarar hur olika delar av regleringen förhåller sig till varandra.

⁶⁷⁶ ISOU 2014:61 Svensk kontanthantering s 102–105 konkluderar utredaren att verksamheten i uppräkningscentralerna till stor del inte är lagreglerad. Samtidigt föreslår utredaren just en lagreglering, s 173–216.

⁶⁷⁷ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 112.

22.12.4 Förhållandet mellan RvmL och riskbegränsnings- möjligheten i BrB

En del av den rättsdogmatiska utredningen handlar om utsagor om hur rekvisitet avskiljande skall hanteras. I här aktuellt avseende handlar utsagorna om vad som skall anses avgöra om ett avskiljande är reellt. Som nämnts är frågan om vad som utgör ett reellt avskiljande dock inte den reella frågan som behöver hanteras. Utifrån den analys jag redovisat beträffande kontanthantering är den reella frågan vilka risknivåer som skall tillåtas i beaktande av i vilken mån de incitament som en sanktion i form av utebliven separationsrätt kan leda till. Jag väljer här att först redovisa en dogmatisk aspekt utifrån tanken att den går att hävda som argument i den reella frågan om risk och risknivåer.

Ett lagstadgat faktum är att lagstiftaren har givit parterna utrymme att påverka riskerna. Genom att blanda in en straffsanktion kan parterna påverka riskerna kring hantering av medel. Relationen mellan uppdragsgivare och uppdragstagare som hanterar medel regleras nämligen inte bara i RvmL utan även i BrB.⁶⁷⁸ Genom BrB 10 kapitlet skyddas anspråkshavarna mot att uppdragstagaren tar risker med medlen. Lagregleringen innebär att uppdragstagaren skall hålla medlen kontinuerligt avskilda i de fall detta är avtalat eller stadgat. Om uppdragstagaren i avtal åtagit sig att hålla medlen kontinuerligt avskilda begär uppdragstagarens företrädare ett brott om de inte ser till att medlen är avskilda. I första hand är det brottet olovligt förfogande som kommer ifråga. Den som är skyldig att hålla medlen avskilda överträder regeln om denne sammanblandar medlen med sin egen förmögenhet. En sammanblandning kan göras genom dröjsmål med avskiljande.⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ Stefan Lindskog beskriver förhållandena med redovisningsförhållande i snäv respektive bred mening, se *Betalning*, 2014 s 684. Det kan här finnas anledning att beskriva förhållandena med termerna allmän redovisningsskyldighet respektive redovisningsskyldighet med särskilt avskiljandeansvar. Redovisningsskyldig med särskilt avskiljandeansvar är den som mottagit medel för annan, som inte av denne andre fått lov att använda medlen som egna, och som åtagit sig att hålla medlen avskilda. Allmänt redovisningsskyldig är den som mottagit medel för annan och som inte av denne andre fått lov att använda medlen som egna. Någon skyldighet att avskilja medlen har den allmänt redovisningsskyldige dock inte förrän han riskerar obestånd, såvida inte rekvisitet "utan dröjsmål" skall användas även i dessa fall, se ovan avsnitt 9.11.1. Se även Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002 s 526. Jfr skillnaden mellan avskiljandeskyldighet och redovisningsskyldighet hos Göran Millqvist, *Sakrättens grunder*, 2018 s 134, och i *Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis*, En skyldighet med komplikationer, i *Festskrift till Suzanne Wennberg*, 2009 s 255, på s 258.

⁶⁷⁹ Susanne Wennberg, *Förskingring*, 1977 s 149, 168. Stefan Lindskog, *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar*, i *Festskrift till Suzanne Wenn-*

Funktionen bakom den straffsanktionerade kontinuerliga avskiljandeskyldighet är således att erbjuda en verkningfull möjlighet att begränsa riskerna. Den som i avtal eller genom lagstadgande har skyldighet att hålla medel avskilda utsätter nämligen sina huvudmän för en icke avsedd risk om han bryter mot avskiljandeskyldigheten. Det är helt enkelt möjligt för den som vill skydda sig mot dessa risker att avtala om avskiljandeskyldighet.⁶⁸⁰ För vissa förhållanden är det inte bara en möjlighet att avtala om riskbegränsning av detta slag, riskbegränsningen följer rent av redan av lagreglering.⁶⁸¹

Den särskilda möjligheten att ställa straffsanktionerade krav för avskiljandeskyldighet innebär att det finns anledning att skilja en mellan olika slag av redovisningsförhållanden. Den som får medel för annan har inte nödvändigtvis ett uppdrag för denne. Det är möjligt att hamna i en redovisningsskyldighet utan att egen förskyllan.⁶⁸² Exempelvis kan innehavaren av ett bankkonto av misstag ha fått pengar insatta på sitt konto.⁶⁸³ Således finns det andra förhållanden där redovisningsskyldighet är aktuell än det typiska redovisningsuppdrag som exempelvis en renodlad värdetransportör har. Det vore överdrivet att med straffsanktion kräva att även de som inte har uppdrag att kontinuerligt avskilja medel skall göra det. I civilrättsligt hänseende är det tillräckligt att för separationsrätt ställa de krav som ställs i RvmL.

Däremot har det alltså ansetts som motsatsen till överdrivet att kräva kontinuerligt avskiljande i de fall där den redovisningsskyldige verkligen har ett uppdrag och detta uppdrag på grund av avtal omfattar en kontinuerlig avskiljandeskyldighet.⁶⁸⁴ Att bryta mot denna del av avtalet är helt enkelt straffsanktionerat. Uppdragstagaren skall styras bort från att på egen hand

berg, 2009 s 247 med not 77. Nils Jareborg, Brotten II Förmögenhetsbrotten, 1986 s 101–102. Jfr Berggren Brottsbalkskommentaren 2017, 10:1, 10:4 och 10:5.

⁶⁸⁰ Särskilt tydligt uttryckt av Per Mattson, Förhållandet mellan 10 kap 1 § brottsbalken och lagen om redovisningsmedel, SvJT 1988 s 530.

⁶⁸¹ Se exempelvis uppräknigen av Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 86–88, eller i Nils Jareborg, Sandra Friberg, Petter Asp och Magnus Ulväng, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2 u, 2015 s 326, eller i Göran Millqvist, Sakrättens grunder, 2018 s 131.

⁶⁸² Något som också beaktats i rättspraxis, Göran Millqvist, Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis, En skyldighet med komplikationer, i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009 s 255, på s 261–262.

⁶⁸³ D v s en felaktig kreditering har gjorts som kontohavaren skulle kunna utnyttja.

⁶⁸⁴ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975, s 86–88, 98–101. Jfr SOU 1943:24 s 30. Berggren m fl Brottsbalkskommentaren 2017, 10:1. Per Mattson, Förhållandet mellan 10 kap 1 § brottsbalken och lagen om redovisningsmedel, SvJT 1988 s 519. Se även Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002 s 526–530.

ta sig kredit och därmed utsätta huvudmannen för kreditrisk. Som nämnts anses detta vara av sådan betydelse att denna möjlighet att begränsa risken stöttas med en straffsanktion.

Jag upprepar budskapet om två olika avskiljandeskyldigheter för att vara tydlig. Det finns två lagregleringar och i båda föreskrivs en avskiljandeskyldighet. Den innebär dock inte samma gränsdragning och sanktionerna är olika.⁶⁸⁵ Den avskiljandeskyldighet som följer av avtal om avskiljandeskyldighet och sanktioneras med BrB, är inte i sig sanktionerad med att huvudmännen förlorar sin separationsrätt. RvmL innebär att separationsrätt kan ges även om uppdragstagaren sammanblandar de främmande medlen med sina egna och även om uppdragstagaren använder främmande medel för helt egna syften. Så länge uppdragstagaren lyckas avskilja medel innan han hamnar på obestånd kan RvmL hävdas för att ge huvudmännen separationsrätt.⁶⁸⁶ Att uppdragstagarens företrädare gör sig skyldiga till brott om de har avtalat om avskiljandeskyldighet och ändå inte uppfyller den, innebär alltså inte nödvändigtvis att separationsrätten också skall bortfalla.

Det redovisade förhållandet mellan lagreglerna skulle kunna användas som stöd för att den riskbegränsningsmöjlighet som BrB ger, skall betraktas som separat. Lagstiftaren har givit denna möjlighet för uppdragsgivarna att påverka uppdragstagarnas beteende, men något incitament i form av utebliven separationsrätt som påverkar uppdragstagarna skall inte beaktas i ekvationen. Uppdragsgivare som råkar illa ut på uppdragstagarens brottslighet skall tvärt om räddas genom att ändå få separationsrätt.

I rättspraxis har justitieråden i ett visst fall också dragit konsekvenserna av en sådan linje. När parterna hade avtalat om vad som i effekt förefaller ha varit att uppdragstagaren inte skulle vara kontinuerligt avskiljandeskyldig, har de ändå tillerkänt uppdragsgivaren prioritet genom separationsrätt:

”Av vittnesmålet framgår att IATA-bolagen vid avtalsförhandlingen accepterade att resebyråerna inte var skyldiga att under alla förhållanden hålla mottagna medel avskilda från resebyråns tillgångar. Detta utesluter emellertid inte att resebyråerna skulle vara redovisningskyldiga (utan gör bara bestämmelsen om olovligt förfogande i 10 kap. 4 § BrB inaktuell).”⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ Se exempelvis Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 736–737, 1 u, 2014 s 684–685, som även pekar på skillnader för olika redovisningsförhållanden beträffande rättsföljder i HB 18:9 och RänTeL 3 § 2 st.

⁶⁸⁶ Vilket förstås är tydligt redan av lagtexten. För just kontanthanteringssammanhanget se även Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s 510.

⁶⁸⁷ NJA 2007 s 599 (Gullivers), citerat från tredje stycket från slutet av HD:s domskäl.

Riskerna och risktagandet var således inte en faktor som beaktades i fallet. De fall där riskerna handlar om de nivåer som motsvarar resebyråers hantering av medel från flygbiljettsförsäljning, ger kanske heller inte någon större anledning till detta. I dogmatiskt hänseende konstaterar jag bara att avgörandet inte ger något stöd för att lägga avgörande vikt vid risker och risktagande.

22.12.5 Betydelsen av att inte utnyttja riskbegränsningsmöjligheten

Vad jag pekat på i föregående avsnitt är att den riskbegränsningsmöjlighet som lagstiftaren givit parterna och det förhållande som lagtexterna har till varandra, inte ger stöd för att underkänna separationsrätt när uppdragstagaren begår brott. Tvärt om ger lagtexterna utrymme för att ge separationsrätt trots brottsligt handlande. Detta innebär dock inget stöd för att utesluta att parternas olika val och ageranden tillmäts betydelse i en bedömning av om separationsrätt skall ges.⁶⁸⁸

Ett val i sammanhanget är om parterna varit överens om att utnyttja riskbegränsningsmöjligheten eller inte. Om parterna inte brytt sig om att avtala om kontinuerlig avskiljandeskyldighet är det en faktor som påverkar riskerna. Denna faktor innebär givetvis inte i sig att separationsrätt skall underkännas, tvärt om innebär RvmL att det inte alls är avgörande. Tillsammans med andra omständigheter skulle det dock kunna vara en aspekt som tillmäts betydelse i en bedömning av om ett avskiljande varit reellt eller inte. Med vad jag pekat på beträffande kontanthanteringsförhållanden skulle saken också kunna uttryckas som en fråga om riskerna hållits på en acceptabel nivå. För åtminstone riskabla verksamheter, som kontanthantering, skulle det faktum att parterna avtalat om att kontinuerlig avskiljandeskyldighet inte skall föreligga, kunna vara en faktor i en bedömning av om ett avskiljande skall anses vara reellt eller inte.

Till saken hör att en kontinuerlig avskiljandeskyldighet kan följa redan utan att parterna avtalat om en sådan, se ovan. Det finns dogmatiskt stöd

⁶⁸⁸ Jfr Laila Zackariasson som generellt pekar på att lagen om redovisningsmedel innebär stöd för att ett hot om försörjningsansvar alltid, oavsett övriga avtalsvillkor, skall anses vara tillräckligt för att ge skydd mot gäldenärens allmänna fordringsägare, Borgenärsskydd och specialitet, 2012 s 459. Jag håller med om detta och ser inte saken som en principiell fråga om vad som skall tillmätas störst betydelse, hotet om straffsanktion eller att gäldenären inte fäster tillräcklig vikt vid detta hot. Det handlar om en bedömning av vad som skall ge separationsrätt och vilken betydelse gäldenärens/uppdragstagarens agerande skall ha.

för kontinuerlig avskiljandeskyldighet i fall där det saknas uttryckligt avtal eller lagstadgande. Utsagorna manar dock till försiktighet. Det påpekas att risken för att det blir fråga om en brottslig gärning påverkas av att det är fråga om ett uppsåtsbrott.⁶⁸⁹

För just kontanthantering har jag inte identifierat några specifika normativa utsagor. Däremot har jag identifierat en bedömning in casu av förhållandena för ett visst kontanthanteringsföretag.⁶⁹⁰ Sett till allmänna utsagor går det dock att finna stöd för att kontanthanteringsföretag skall anses ha en kontinuerlig avskiljandeskyldighet:

”Huruvida skyldighet att hålla redovisningsmedel avskilda föreligger när något särskilt stadgande inte finns, har tidigare i många fall varit föremål för prövning i samband med fråga om ansvar för förskingring. I viss utsträckning har sådan skyldighet ansetts föreligga på grund av uppdragets natur. I andra fall har det krävts uttrycklig bestämmelse därom i avtalet.”⁶⁹¹

”Hur långt man utan stöd av stadgande i lag eller annan författning eller av uttrycklig bestämmelse i avtal eller annan urkund kan anse skyldighet föreligga att hålla medel avskilda, är ovisst. I och för sig möter det inte hinder att anta sådan skyldighet *på grund av en allmän bedömning av ett avtalsförhållandes beskaffenhet och innehåll*. Straffbestämmelsen i 10 kapitlet 4 § BrB, som kriminaliserar underlåtenhet att avskilja medel när det bort ske, manar emellertid till försiktighet. Då endast uppsåtlig handling bestraffas torde dock risken inte vara så stor.”⁶⁹²

⁶⁸⁹ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975, s 87 och s 98. Jfr SOU 1943:24 s 30. Jfr den kortfattade utsagan i Berggren m fl Brottsbalkskommentaren 2017, 10:1. Även Per Mattson, Förhållandet mellan 10 kap 1 § brottsbalken och lagen om redovisningsmedel, SvJT 1988 s 522–524. Se även Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002 s 526–530.

⁶⁹⁰ I Panaxiakonkurserna (konkursbeslut av Solna Tingsrätt 5 september 2012) kom åklagarna vid Ekobrottsmyndigheten fram till att det inte fanns något lagstadgat förbud mot att sammanblanda kundmedel med egna medel, se länk Ekobrottsmyndigheten i källförteckningen. (Avtalsparterna borde i det fallet ha avtalat om kontinuerlig avskiljandeskyldighet och de borde ha haft strikta rutiner, men så var inte fallet. På grund av prispress och konkurrens var situationen snarare tämligen rörig, med oliklydande avtal och bristfällig uppföljning av rutiner. Bristfällig uppföljning är inte märkligt i sammanhanget utan en reell riskfaktor i sammanhanget. Riskerna har bl a att göra med att det kan vara svårt för att någon att vara den som säger ifrån och därmed riskera att välta en pågående verksamhet där man själv har stora intressen, se vidare i de följande avsnitten.) I Mikael Möllers utlåtande om separationsrätt i samma konkurs bedömer han inte avskiljandeskyldigheten, Insolvensrättsliga utlåtanden, 2016 s 503–519.

⁶⁹¹ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 87.

⁶⁹² Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 98. Min kursivering.

Utsagan leder till en bedömning av avtalsförhållandets beskaffenhet och innehåll. Vid en sådan bedömning av kontanthantering pekar flera faktorer på en avskiljandeskyldighet, även utan uttryckligt avtal. Tanken på att en kontanthanterare skall göra uttag och på kredit använda kontanthanteringsmedel för egen räkning är främmande. Kontanthanteraren skall i princip bara transportera kontanter och omvandla dem till kontomedel. Hanteringen skyddas av säkerhetsåtgärder med särskilda rutiner. Den skyddas också med speciell utrustning, såsom specialfordon. Det handlar om en kvalificerad verksamhet som inte omfattar annan hantering än av just kontanter. Med andra ord handlar det om egendom som det saknas anledning att ha annat än kontinuerligt avskilda från uppdragstagarens egen ekonomi. De faktorer som talar mot en straffsanktionerad avskiljandeskyldighet utan uttryckligt avtal, är att parterna är professionella och bör se till att avtala om en uttrycklig sådan om de vill ha en. En annan faktor som talar mot en sådan avskiljandeskyldighet är att det möjligen går att minimera kostnaderna för hanteringen om rutinerna inte är strikta. Med ett visst utrymme för svinn, felräkning och andra misstag, blir arbetsinsatsen mindre och kostnaderna därmed lägre, i varje fall på kort sikt.

22.12.6 Betydelsen av uttag, brist och bristande avsikt

Vad jag pekat på i de två föregående avsnitten är möjligheten att i bedömningen av om ett avskiljande varit reellt tillmäta ett visst val kring avtal om avskiljandet betydelse. Ett annat agerande som kan vara relevant att beakta i en sådan bedömning är att uppdragstagaren agerat på sätt som ökat riskerna genom att exempelvis använda medel för egen räkning. Oavsett om detta varit brottsligt eller inte är det en indikation på uppdragstagarens avsikter. I linje med tidigare redovisade dogmatiska utsagor blir det en indikation på om avskiljandet varit reellt eller inte. Förekomsten av uttag och förekomsten av brist på medel är indikationer på att avskiljandet inte varit reellt. Härmed inte sagt att uttag och brist i sig innebär att avskiljandet varit bristfälligt. Det följer av RvmL 3 st att en brist inte i sig skall leda till att separationsrätt inte ges.⁶⁹³

En utsaga understryker att uttag i sig inte skall anses avgörande:

”*Uttag* är ingen sammanblandning. Det innebär att separationsrätt kan göras gällande i det som finns kvar även vid upprepade eller omfattande uttag, så

⁶⁹³ Se även Stefan Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, 2009 s 240 och den av honom på s 239 anförda grunden.

länge det kan visas att återstående medel täcks av huvudmannens anspråk och kan identifieras.”⁶⁹⁴

Som framgår avser utsagan inte i direkt mening förhållandet mellan uttag och reellt avskiljande. Författaren pekar bara på att uttag inte innebär sammanblandning. Det framgår inte i vilken mån författaren beaktat vad uttag har för betydelse i bedömningen av gäldenärens avsikt. Indirekt pekar författaren dock på att uttag inte i sig innebär att uppdragstagaren behandlar alla medel som sina egna. Därmed är det en utsaga som understryker att uttag inte i sig innebär att separationsrätt inte skall ges.

De utsagor som stödjer tanken på att underkänna separationsrätt uttrycker dock uttryckligen att stränga krav skall ställas. Jag citerar här igen:

”Ej heller kunna medel, som insatts på en bankräkning, anses behörigen avskilda, om sysslomannen genom insättningar och uttag för egen del använder räkningen som ett vanligt privat bankkonto. Härvid måste ganska stränga krav upprätthållas.”⁶⁹⁵

Var gränsen skall dras blir inte klarare av den rättsdogmatiska utredning jag gjort. Däremot finns det utsagor som går ut på att de subjektiva aspekterna skall bedömas utifrån yttre faktorer. En bedömning av uppdragstagarens avsikter kräver bedömningsunderlag:

”För att en erforderlig avskiljandeavsikt skall anses föreligga synes det fordras ett yttre uttryck som objektivt sett är ägnat att uppfattas som en sådan avsikt. Avsikten behöver inte ha karaktären av en med någon annan kommunicerad förklaring utan kan vara helt intern och framgå endast konkludent.”⁶⁹⁶

Det kan annars ligga nära till hands att tillmäta subjektiva aspekter som gäldenärens hypotetiska inställning avgörande betydelse.⁶⁹⁷ En sådan linje är problematisk. Gränsdragningen bör enligt doktrin göras med beaktande av flera faktorer.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s 514, med hänvisning till NJA 2009 s 500 (Bankkontomanipulationerna) och Torgny Hästad, *Sakrätt*, 6 u, 1996 s 173.

⁶⁹⁵ NJA II 1944 s 411.

⁶⁹⁶ Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 751, 1 u, 2014 s 699.

⁶⁹⁷ Stefan Lindskog, *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar*, 2009 s 250.

⁶⁹⁸ Jfr Stefan Lindskog, *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar*, 2009 s 245–246, 250–251, och hans analys på s 239–243. Jfr även Laila Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, 2012 s 624–625.

De nämnda utsagorna ger som framgår inte någon särskilt konkret vägledning. Det följer inte av utsagorna hur många uttag, hur stor brist och vilka avsiktsyttringar som kan vara tillräckliga indikationer på att avskiljandet inte varit reellt. Förhållandena framstår inte heller som särskilt mycket klarare om man beaktar ytterligare utsagor kring angränsande aspekter. Det finns emellertid dogmer som kan vara klaggörande i något högre utsträckning, se nästa avsnitt.

22.12.7 Betydelsen av vissa slag av uttag i en viss kontext

I ett ovan citerat rättsfall om resebyråförhållanden förefaller parterna inte ha varit överens om hur uppdragstagaren skulle hantera medlen. Beträffande bevisningen skriver justitieråden:

”[Vittnet] har härvidlag uppgett å ena sidan att resebyråerna enligt praxis hanterade kundbetalningarna som egna kassamedel för sina likviditetsbehov men å andra sidan att IATA-bolagen ville att det skulle stå klart att medlen tillhörde dem och att medlen skulle hanteras på ett särskilt sätt. Såvitt framgår av vittnesmålet blev saken inte närmare utredd vid förhandlingen.”⁶⁹⁹

Det förefaller av domskälen som att uppdragstagaren ansågs ha hanterat medlen som sina egna, i åtminstone viss mån, till dess redovisning skedde. Likaså förefaller det som att uppdragsgivaren varit medveten om att uppdragstagaren, agerat på detta vis. Ändå beslutade justitieråden om att ge uppdragstagaren separationsrätt. De menade:

”Den avgörande frågan är i stället huruvida IATA-bolagen godtog att resebyråerna, efter sammanblandning av kundmedlen med egna tillgångar eller efter förfoganden över medlen för egen räkning, fick låta sin förmögenhetsställning försämrats så att värdet av redovisningsfordringen påverkades, utan att det skulle innebära ett avtalsbrott mot IATA-bolagen.”⁷⁰⁰

Vad HD beslutade var således att separationsrätt skulle ges trots att uppdragstagaren, i åtminstone viss mån, hanterade medlen som sina egna. Skälet var att uppdragsgivaren inte hade godtagit att uppdragstagaren agerade på detta sätt *för den händelse* att denne drabbades av försämrad förmögenhetsställning. För att uppdragsgivaren skulle anses ha godtagit

⁶⁹⁹ NJA 2007 s 599 (Gullivers), citerat från tredje stycket från slutet av HD:s domskäl.

⁷⁰⁰ NJA 2007 s 599 (Gullivers), citerat från tredje stycket från slutet av HD:s domskäl och strax före föregående citat.

något sådant menade justitieråden, med stöd av lagförarbeten, att det skulle behövas ”uttryckligt medgivande eller andra särskilda omständigheter”.⁷⁰¹ Vad uppdragsgivaren gjort var också att hävda att det skulle stå klart att medlen tillhörde dem och att medlen skulle hanteras på ett särskilt sätt. Detta framgår av det första citatet ovan.

Rättsfallet kan användas för att hävda att det skall vara tillräckligt att en uppdragsgivare avtalat om och markerat sin vilja att uppdragstagaren skall hålla medlen avskilda. Under sådana omständigheter skall det sedan inte spela någon roll om uppdragstagaren faktiskt inte avskiljer utan använder medlen i visst avseende, som egna kassamedel för sina likviditetsbehov, till dess att det är dags att fullgöra uppdraget att redovisa medlen, d v s betala uppdragsgivarens fordran. Det är emellertid relevant att peka på att det handlar om en begränsad användning av medlen för egen räkning. I domskälen nämns att det handlar om egna kassamedel för egna likviditetsbehov. Detta kan betraktas som något annat än att uppdragstagaren använder medlen som sina egna och för annat än likviditetsbehov.⁷⁰²

I dogmatiskt hänseende kan rättsfallet således ge visst utrymme för att uppdragstagaren inte ens skall behöva avskilja medlen. Möjligen kan rättsfallet även ge stöd för att uppdragsgivaren inte skall behöva agera i anledning av detta om uppdragsgivaren markerat att avtalet innebär ett krav på avskiljande så länge uppdragstagaren är solvent. Det förefaller dock till synes ändå inte få handla om att uppdragstagaren använder medlen som sina egna som om det handlade om en kredit.⁷⁰³ Den användning som uppdragstagaren tillåts förefaller begränsad till egna kassamedel för egna likviditetsbehov. I bedömningen av vilken omfattning detta innebär kan det vara relevant att fallet som framgått handlade om resebyråverksamhet.

I förhållande till frågan om bedömningen av om ett avskiljande varit reellt p g a hur uppdragstagaren hanterat medlen ger det redovisade rättsfallet dogmatiskt stöd för att tillåta viss användning av medel i viss begränsat omfattning. Något klagörande om vilken omfattning av uttag eller brist som skall godtas generellt sett ger fallet dock inte.⁷⁰⁴ Vad som skall godtas

⁷⁰¹ NJA 2007 s 599 (Gullivers), citatet från fjärde stycket från slutet av HD:s domskäl och med hänvisning till NJA II 1942 s 434 och NJA II 1944 s 410.

⁷⁰² Jfr förhållandena för den resebyrå som beskrivs i NJA 1999 s 812 (Zambagars). Notera kritiken hos Laila Zackariasson, Svensk rättspraxis, Sakrätt 1982–2001, SvJT 2003 s 753 på s 786.

⁷⁰³ Jfr tionde stycket av domskälen i NJA 2007 s 599 (Gullivers) där justitieråden skriver om att hantera medlen ”som sina egna” och att det i så fall handlar om kredit.

⁷⁰⁴ Med hänsyn till att justitieråden i domskälen inte markerat vad de avsett går det kanske att hävda fallet som stöd för att en uppdragstagare inte behöver avskilja förrän vid insolvens och att denna fram till dess kan använda medlen för egen räkning. En sådan ordning vore onekligen

beträffande om avskiljandet är reellt och vilka nivåer av risker som skall tillåtas blir inte konkret i de rättsdogmatiska utsagorna.

22.12.8 Bevisaspekter

Jag har ovan redovisat olika faktorer som kan beaktas i en bedömning av om avskiljandet är reellt, och i den reella frågan om vilka nivåer av risker som skall tillåtas. Även om de rättsdogmatiska utsagorna inte ger något mer konkret besked hör det till saken att bedömningen också är beroende av bevisaspekter. Svårigheterna att bedöma kan i viss mån hanteras genom normer om bevisning.

Det finns flera normativa utsagor om bevisningen. I förarbetena hävdas att utgångspunkten för bevisbördans placering skall vara att den som gör gällande prioritet är skyldig att visa att förutsättningarna för detta är uppfyllda:

”Jag vill i detta sammanhang framhålla, att den, som gör gällande, att medel äro behörigen avskilda för honom, enligt allmänna regler är skyldig att visa att förutsättningarna härför äro uppfyllda.”⁷⁰⁵

Utsagan skulle innebära att uppdragsgivaren skulle behöva visa att medlen avskilt i reell mening och att de eventuella uttag och de eventuella brister som föreligger inte beror på bristande avsikter hos uppdragstagaren. En sådan placering av bevisbördan skulle kunna tänkas fylla en funktion i förhållande till den intressegemenskap som med viss sannolikhet föreligger mellan uppdragstagare och uppdragsgivare. Parterna har båda anledning att framhålla att det handlat om ett redovisningsförhållande som skall medföra separationsrätt. Exempelvis kommer uppdragstagaren typiskt sett inte att medge någon brist på avsikt med avskiljandet.

klargörande i det att det inte blir nödvändigt att bry sig om avskiljande och inte heller huruvida avskiljandet varit reellt, men en sådan ordning går inte ihop med de övriga dogmatiska utsagor som jag redovisat. Det förefaller heller inte vara en tolkning som andra gjort, se exempelvis Göran Millqvists analys av fallet, Separationsrätt eller kredit, En fråga om redovisningsskyldighet, JT 2007–08 s 459–465: ”Vad det handlar om är väl snarare i vad mån huvudmannen kan anses ha godtagit att sysslomannen kontinuerligt använder inkommande betalningar för huvudmannens varor eller tjänster som egna medel utan hänsyn till huvudmannens intresse av att inte riskera sin rätt till sin del av dessa betalningar, med andra ord, om huvudmannen gått med på att ge sysslomannen en osäkrad, rullande kredit.”

⁷⁰⁵ NJA II 1944 s 412. Det sammanhang som avses beskrivs med meningarna innan. ”I de sakkunnigas motivering ... nämnes ... förvaring i särskild kassa, i ett kuvert eller hos tredje man såsom exempel på avskilda medel. En beskrivning av de åtgärder, som i olika fall skola anses tillfyllest, kan ej lämpligen införas i lagtexten.”

På grund av denna intressegemenskap kan det bli särskilt besvärligt att underkänna separationsrätt på den grunden att parterna justerat det ursprungliga avtalet konkludent eller underförstått. Som redovisats i föregående avsnitt har HD i linje med en förarbetsutsaga ställt krav på ”uttryckligt medgivande eller andra särskilda omständigheter” för att avtalsvillkoren skall anses justerade.⁷⁰⁶ När det handlar om gränsdragning för tredjemansskydd och inte bara om avtalstolkning utifrån parternas samstämmighet, är detta högt ställda krav.

En bevisbörderegeln som lägger ansvar på den som gör anspråk på separationsrätt förefaller därför ha visst fog för sig.

I doktrin har en person som arbetade lagstiftningen (Walin) emellertid hävdats att vad som i förarbetena angivits om bevisbörda kan bli en alltför onyanserad ordning. Han förefaller därför vilja nyansera förarbetsutagan:

”Man synes ha anledning att i första hand utgå från att en person som är underkastad redovisningsansvar inte brutit mot förpliktelsen – och därmed ådragit sig straffansvar – utan har avsett att efter förmåga fullgöra den. I straffrättsligt hänseende måste detta vara utgångspunkten. Det förefaller även i civilrättsligt hänseende finnas anledning utgå från sysslomannens uppgifter om vad som förekommit. Att redovisningsmedel hålls avskilda bör ju vara det normala. Vid konkurs och utmätning representeras de motsstående intressena av huvudmannen, på ena, och borgenärskollektivet resp utmätningssökanden, på andra sidan. Vad gäldenären (sysslomannen) uppger kan väl inte räknas som det yppersta bevis om vad som förekommit, men måste ändå tillmätas betydelse.”⁷⁰⁷

Av praxis framgår att HD i två avgöranden lagt vikt vid vem som har bäst förutsättningar att utreda vad som hänt. Det ena fallet gällde ett konto som från början varit redovisningsmedelskonto men där konkursförvaltaren ifrågasatte separationsrätt på grund av hur konkursgäldenären hanterat kontot. HD placerade då bevisbördan på ”kontohavarens rättsinnehavare – i detta fall konkursboet” med motiveringen att denna part hade de bästa möjligheterna ”att prestera utredning härom genom att föra bevisning om vilka transaktioner som förekommit på kontot.”⁷⁰⁸ Det andra fallet gällde ett konto från vilket uttag gjorts och där den som hävdade separationsrätt

⁷⁰⁶ NJA 2007 s 599 (Gullivers), citatet från fjärde stycket från slutet av HD:s domskäl och med hänvisning till NJA II 1942 s 434 och NJA II 1944 s 410.

⁷⁰⁷ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 113. Jfr Gösta Walin, Om separationsrätt efter surrogation, En förmögenhetsrättslig studie, i Festskrift till Birger Ekeberg 1950, s 532, på s 553–554.

⁷⁰⁸ NJA 1995 s 367 II (Obligentia).

hävdade att uttagen gjorts i dennes intresse.⁷⁰⁹ Högsta domstolen (som fastställde HovR:s beslut) placerade då bevisbördan i enlighet med utgångspunkten, d v s på den som hävdade separationsrätt. Det gjorde HD dock först efter att ha beaktat att denne part föreföll ha bäst möjligheter att föra bevisning om vilka transaktioner som förekommit på kontot.⁷¹⁰

Av de normativa utsagorna går det således att utläsa tydligt stöd för att bevisbörda kan användas som verktyg. Huruvida detta verktyg gör det enklare att hantera de normativa utsagorna om krav på reellt avskiljande kan dock ifrågasättas.

22.12.9 Utrymmet för lösningar och indirekt behovet av sådana

Vad jag presenterat ovan är en rättsdogmatisk utredning som inte ger något närmare stöd för hur frågan om separationsrätt skall hanteras. Utredningen kan därför ifrågasättas. Härtill kommer att de rättsdogmatiska utsagorna blir fler om jag breddar redovisningen till ytterligare dogmer för separationsrätt. Exempelvis förekommer det utsagor som inte har direkt med rutiner, uttag, brist eller gäldenärens avsikter, att göra, men som handlar om sammanblandning av medel. Således sägs att en mindre inblandning av sysslomannens egendom skulle kunna accepteras. Likaså skulle olovlig sammanblandning av anförtrodda medel kunna godtas.⁷¹¹

Jag menar dock att det inte finns anledning att här redovisa sådana ytterligare utsagor. Vad de kan bidra till är en mer allmän kartläggning av vilka slags argument som anförts i olika sammanhang.⁷¹² En sådan kartläggning tillför inget ytterligare till just frågan om separationsrätt från kontanthanterare. Jag väljer istället att redovisa en utsaga som är karaktäristisk för vad det handlar om:

⁷⁰⁹ NJA 1998 s 275 (Makarnas konto).

⁷¹⁰ Jfr Laila Zackariasson, Svensk rättspraxis, Sakrätt 1982–2001, SvJT 2003 s 753 på s 788–791 där hon jämför med NJA 1989 s 781 (Postväxelseparation) och NJA 1998 s 275 (Makarnas konto).

⁷¹¹ Se bland flera exempel på en framställning kring allmänna dogmer Stefan Lindskog, Betalning, 2 u, 2018 s 701–733, 1 u, 2014 s 653–681, och beträffande dogmer kring sammanblandning Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden, 2016 s 512–513, med referens till Stefan Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s 500 (Bankkontomanipulationerna).

⁷¹² Vilket i o f s är ett annat intressant tema att undersöka. Jag menar att det i relativt hög grad handlar om värdebaserade argument som utgår från äganderättsföreställningar, men detta är inte platsen för att utveckla temat.

”Vid civilrättslig bedömning av frågan om separationsrätt – i konkurs eller vid utmätning – torde på vanligt sätt få bedömas vad som följer av uttrycklig bestämmelse eller, i brist på bestämmelse, är *rimligt* i rättsförhållandet.”⁷¹³

Utsagan pekar således på det mått av rimlighetsavväganden som blir aktuell för att dra gränsen mellan fall som skall ges separationsrätt och fall som inte skall leda till sådana. Denna karaktäristiska utsaga, och bristen på mer konkreta normer kring hur separationsrätt skall bestämmas, lämnar utrymme för att beakta det slag av analyser som jag gjort i detta kapitel. Vad jag kallat den reella frågan om risk och risknivåer kan adresseras i bedömningen. Bedömningen av vad som skall utgöra ett reellt avskiljande, inklusive de subjektiva faktorerna om vad uppdragstagaren avsett med sitt agerande, är en del av vad som kan beaktas. I den mån avsikten är svår att bedöma finns det dock anledning att beakta att detta bara är en aspekt i vad det går att hitta stöd för i det dogmatiska underlaget.

Till sammanhanget hör därmed också ett påpekande kring den dogm som kommit till uttryck i förarbetena. Dogmen är att uppdragstagaren inte får använda de avskilda medlen som ett ”vanligt privat bankkonto”.⁷¹⁴ Denna utsaga skulle, som några andra normativa utsagor i sammanhanget, kunna behandlas som central och avgörande. Frågan är dock i vilken en sådan linje verkligen går ihop med övriga dogmer. Detta inte minst med den utsaga om stränga krav, med undantag endast för förbiseenden, som följer i meningen direkt efter.⁷¹⁵ Den avgränsning som utmålas med de utsagor jag redovisat förefaller också handla om en betydligt mer öppen avvägningsprocess.⁷¹⁶ Därtill haltar liknelsen med bankkontomedel i de fall som det inte handlar om bankkontomedel.

⁷¹³ Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 100, min kursivering.

⁷¹⁴ NJA II 1944 s 411, och se ovan.

⁷¹⁵ ”Härvid måste ganska stränga krav upprätthållas. ... genom tillfälligt förbiseende ...” NJA II 1944 s 411, och se ovan.

⁷¹⁶ Frågan om separationsrätt till penningmedel behöver angripas såväl fordringsrättsligt som sakrättsligt. Om man vill använda jämförelser finns det anledning att jämföra med såväl fordringar som sakrätter. Ett redovisningsmedelsanspråk är i funktionellt hänseende ett fordringsanspråk som av olika skäl särbehandlas, bl a med rättsföljden prioritet. Enkelt uttryckt (och med en ordlek) är det fråga om ett *mellanting*. Från rättsvetenskaplig synvinkel är det intressant att notera att det i hög grad förekommer att frågan behandlas endast med utgångspunkt i jämförelser med lösningar för egendomsobjekt (saker, ting). Likaså är det intressant att notera vilken roll äganderättsbegreppet då kan få. Analyser på sådan grund får i rättsvetenskapen värderas utifrån att de just har en sådan utgångspunkt.

22.12.10 Några slutsatser beträffande det rättsdogmatiska underlaget

Vad jag redovisat i detta kapitel innebär att det rättsdogmatiska underlaget för att hantera frågan om separationsrätt lämnar utrymme för avvägningar som inkluderar de aspekter jag identifierat i mina analyser och redovisat ovan. Dogmerna bidrar endast i liten mån till någon gränsdragning som adresserar den reella frågan om riskhanteringen. Däremot lämnar de som sagt utrymme för avvägningar. Det går att använda dogmerna som stöd för att ge alla inblandade incitament att begränsa riskerna. I den mån rättsstillämparen ser som sin uppgift att bidra med inbyggda kontrollmekanismer i syfte att vårda det marknadsekonomiska systemet, finns det anledning att ställa krav på att rutiner följs. Incitament att följa sådana rutiner bidrar till riskbegränsning. När det gäller samhällsviktiga funktioner finns det all anledning att rättstillämpare beaktar sådana aspekter.

Eftersom det rättsdogmatiska underlaget just lämnar utrymme för avvägningar är det dock givetvis även möjligt att välja motsatt inriktning. Utrymmet kan användas för att gå ganska långt i en lösning som minimerar faktiskt uppkomna skador. En lösning som i princip innebär att vad som ”finns kvar” skall separeras för uppdragsgivarna, går att motivera. Den som antar att incitamenten att följa rutiner för riskbegränsning är tillräckliga även utan hotet om att inte få separationsrätt, har anledning att välja en sådan lösning. Med tanke på den empiri som för svensk del finns beträffande privat kontanthanteringsverksamhet är det kanhända ett felaktigt val, men å andra sidan är empirin begränsad.⁷¹⁷

Oavsett vilken inriktning som en avvägning får vill jag peka på att det inte förefaller finnas anledning att låta avvägningen börja i en utgångspunkt som innebär en fördel för uppdragstagaren. Mot bakgrund av vad jag redovisat om de rättsdogmatiska utsagorna menar jag att det inte finns något särskilt starkt stöd för att ta utgångspunkt i att det som påträffas hos uppdragstagaren, och som förefaller avskilt för uppdragsgivarens räkning, också skall betraktas som främmande medel. Det finns visserligen utsagor som kan användas som stöd,⁷¹⁸ men den rättsdogmatiska utredningen och

⁷¹⁷ Jag syftar på vad som hände kontanthanteraren Panaxia och hur de banker och övriga kunder som samarbetade med detta företag agerade. Fallet framstår för mig som ett typexempel på svårigheterna att få de inblandade fysiska personerna att agera för att begränsa riskerna. Incitamenten att slå larm hade i det fallet tydligen behövt vara högre än de var.

⁷¹⁸ Jfr Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s 503–504. Jfr även ovan redovisade utsaga av Gösta Walin, *Separationsrätt*, 1975 s 113 beträffande att det generellt sett finns anledning att utgå från ”sysslomannens” uppgifter om vad som förekommit och varit dennes avsikt,

mina analyser visar snarare att det finns anledning att ta en annan utgångspunkt. Den relevanta utgångspunkten är att det handlar om att reglera risk i förhållande till olika intressen. Det handlar om en gränsdragning där det blir nödvändigt att beakta hur parternas förhållande egentligen sett ut. Någon rättslig utgångspunkt i form av förutsatt prioritet för uppdragsgivaren finns det därför inte anledning att ha.

22.13 Reflektioner kring resultatet

Det resultat jag hävdar i detta kapitel är identifieringen av sju omständigheter eller aspekter kring kontanthantering som är relevanta att beakta för att hantera frågan om separationsrätt skall ges. Jag har nått detta resultat genom analyser kring normer, risk, riskfördelning och riskbegränsning.

Är detta något som forskare i förmögenhetsrätt ägnar sig åt? – Ja, jag menar att så är fallet. Jag har i mina referenser också pekat på att både forskare och domare förefaller ha gjort sådana analyser. Vad jag gjort avviker dock från detta. Skillnaderna visar sig framför allt i redovisningarna av analyserna kring risk, riskfördelning och riskbegränsning. Min redovisning är relativt sett mer omfattande. Möjligen avspeglar detta också att analyserna varit mer ingående än vad som är vanligt. En fråga som kan ställas är då om detta är diskvalificerande? Är insatsen något annat än förmögenhetsrättslig forskning av det skälet att jag redovisat en mer ingående analys än vad som är vanligt? Frågorna kan förefalla retoriska, men är förstås inte det. Andra forskare i förmögenhetsrätt kan nämligen anse att det jag gjort hör till ett annat ämne än förmögenhetsrätt. Kanske menar de att det jag åstadkommit inte är rättsvetenskap. I så fall är det sannolikt inte fråga om något annat slag av forskning heller, för som jag ser det duger insatsen inte som de ämnesinriktningar som ligger närmast till hands. Det jag gjort duger knappast som ekonomisk, sociologisk eller filosofisk forskning.

Det är dock klart att jag själv har haft avsikten att åstadkomma förmögenhetsrättslig forskning. Faktiskt menar jag också att det tveklöst är fråga om sådan. Jag har identifierat aspekter som är relevanta för förståelsen av den rättsliga regleringen och den rättsliga hanteringen av de aktuella sam-

samtidigt som Walin anger att vad gäldenären uppger inte kan räknas som yppersta bevis men ändå måste tillmätas betydelse. Vad Walin anger förefaller därför snarare vara tillvägagångssättet för att inhämta och bedöma information, än en utsaga om utgångspunkt för en rättslig bedömning.

manhagen. I det följande återkommer jag också till temat om insatsens rättsliga relevans, men från en annan infallsvinkel.

I mina reflektioner kring vad jag åstadkommit i förhållande till min målbild av "forskningsresultat" tänker jag att resultatet möjligen kan anses tillföra tidigare okänd kunskap. Jag har i varje fall inte kunnat se att någon hävdar motsvarande resultat tidigare. Visserligen finns det generella normativa utsagor som ligger i linje med vad jag hävdar, men de avser inte kontanthantering och de bygger heller inte på analys kring risk, riskfördelning och riskbegränsning. Det är möjligt att det redan gjorts liknande analyser kring motsvarande fenomen i utlandet. Företeelsen är så pass universell att det rent av borde finnas något liknande forskningsresultat. Vad jag tillför är i så fall bara ny kunskap kring hur svensk reglering förhåller sig till riskaspekterna.

Jag menar att resultatet tillför förståelse genom att det tydliggör funktioner som normerna kring separationsrätt kan ha. Framför allt handlar det om funktionen att begränsa risker kring denna typ av verksamhet. Resultatet tillför också konkret förståelse för hur ett kontanthanteringssystem kan konstrueras och hanteras för att tillgodose intresset av separationsrätt. Det är dock högst antagligt att det finns personer som redan tidigare hade motsvarande förståelse. Vad jag möjligen tillför i detta avseende är därför snarast en övergripande bakgrundsmotivering.

I mina reflektioner menar jag också att resultatet och analysen är ett bidrag till förståelse för hur vi jurister agerar som bedömare. Insatsen tillför förståelse för hur vi kan resonera kring avvägningar av det slag som är i fråga. Det handlar helt enkelt om en ökad förståelse för hur vi argumenterar och handlar som bedömare.

För att nå resultatet är min bild att jag gått systematiskt till väga. I metodavsnittet 22.3 har jag beskrivit de olika stegen. Beträffande metodologi finns det däremot anledning till viss tvekan. Det finns antagligen mer tillförlitliga metoder för att identifiera risker i kontanthantering. Genom att först identifiera riskerna och sedan avgöra i vilken mån de kan anses relevanta i förhållande till regleringen av separationsrätt, hade jag kanhända kunnat nå ett mer tillförlitligt resultat. Vad jag gjort är i hög grad att utgå från normativa utsagor när jag identifierat riskerna. Med hänsyn till övriga nämnda faktorer menar jag dock att resultatet når målbilden.

En ytterligare aspekt som jag reflekterat över är att det jag redovisat i detta kapitel har vissa likheter med rättstillämpning. Det går att framställa saken som att jag argumenterat kring hur en generell norm kan användas för att fatta beslut för fall i en speciell typ av verksamhet. I princip har jag i detta kapitel motiverat varför den generella normen skall vara tillämplig

på den speciella typen av fall. Rättstillämpning kan mycket väl handla om just dessa moment.

Samtidigt är det ganska tydligt att jag gjort en analys kring risk, riskfördelning och riskbegränsning som behöver betraktas som något annat än rättstillämpning. Såväl ambitionen, som inriktningen och målet för forskningsinsatsen skiljer sig från tillämpning. Jag har haft ambitionen att analysera hur risk, riskfördelning och riskbegränsning förhåller sig till varandra för att se vad som går att få ut av analysen. I en rättstillämpning hade jag inte haft en sådan ambition. Om jag kommit till slutsatsen att en norm är alltför enkel och behöver byggas på med ytterligare konstruktioner, hade jag för det första ställts inför valet att ändå använda den alltför enkla normen och det resultat som detta för med sig. I den mån jag beslutat mig för att försöka förbättra normen hade jag bara gjort detta med ambitionen att hantera det (eller de) fall jag haft att hantera. Jag hade kanhända sett skäl att undra hur risk, riskfördelning och riskbegränsning kan förhålla sig till varandra, men jag hade inte kostat på mig att fullfölja detta kunskapsintresse. Risken att ett sådant arbete inte leder till något användbart resultat för en tillämpning är stor. I tillämpningen kan jag utgå från de ramar fallet (eller fallen) ger och på det viset arbeta målinriktat.

Med detta vill jag inte hävda att en analys av det slag som jag gjort i detta kapitel är helt främmande för en rättstillämpande insats. I den mån rättstillämparen ser skäl att ställa upp ett primärt mål i form av en forskningsinsats, för att nå det ultimära målet att tillämpa, är det förstås fullt möjligt. Presentationen av analysen skulle dock se annorlunda ut. Den skulle variera med vilken roll rättstillämparen har. Vissa rättstillämpare, som exempelvis ombud, behöver i särskilt hög grad tänka på att avgränsa sig till vad som för berörda framstår som omedelbart relevant. I jämförelse med vad jag gjort i detta kapitel hade jag också haft en bredare inriktning än det tema jag nu valt att undersöka.

Till saken hör att såväl ombud som domare har anledning att bygga på eller förbättra en norm som är alltför enkel i förhållande till en specifik typ av fall. Alternativet är som nämnts att använda den alltför enkla normen och det resultat som detta för med sig. I en forskningsinsats är det dock inte nödvändigt att utveckla normen. Det finns helt enkelt flera alternativ där utveckling av normen inte är nödvändigt. Som framgått har jag i detta kapitel valt att inte konstruera en norm för hur tvister skall avgöras. Jag har valt att bara peka på vad som kan vara relevant att beakta vid en avvägning. Detta kan förstås sägas vara en utveckling av normen i det att den kan bli

lättare att använda, men jag har i varje fall inte gjort något normativt anspråk beträffande hur avvägningarna skall utfalla.

Trots de skillnader jag nu pekat på mellan min insats och annan förmögenhetsrättslig forskning menar jag att det jag gjort i detta kapitel motsvarar min målbild för ”forskningsresultat”.

23 (S) Prioritet för ”medelsomvandlare”

I förhållande till den tidigare framställningen tillför jag i detta kapitel något som jag ser som särskilt relevant avseende resultatnriktningens möjliga betydelse för såväl forskningsfrågan, metodvalet och resultatet. Jag vill med kapitlet illustrera hur ett brett kunskapsintresse och en brett formulerad forskningsfråga kan leda till resultat som kan anses mer relevanta än ett resultat som innebär en normativ utsaga. Med mer relevant avser jag graden av relevans för såväl relevanta aktörer som rättstillämpare och rättsvetare.

När det gäller metodfrågorna ger jag i detta kapitel exempel på ännu en metod. Det blir den sextonde och sista metoden som jag illustrerar i detta arbete. Härtill illustrerar jag ytterligare aspekter av metoder som jag även använt i analyserna bakom några av de tidigare kapitlen.

23.1 Forskningsfrågan – kan en medelsomvandlare få prioritet till överlämnade pengar?

Det sammanhang som jag undersökt rör vad jag i föregående kapitel kallat kontanthanterare och förhållandet mellan kontanthanterarens bank, fordringsägare och kunder. Förhållandena för kontanthanteringen är specifika för några få aktörer. Således handlar det om ett ganska ovanligt förhållande som kan anses vara så perifert att eventuella forskningsresultat kan förefalla ha liten betydelse. Trots detta menar jag att mina analyser visar på en del samband som i sig är allmänt intressanta i förmögenhetsrätten. En aspekt är härvid hur parternas agerande vid osäkerhet, om såväl de normativa förhållandena som de faktiska, får betydelse.

Banken i kontanthanteringsförhållandet kan ha uppgiften att omvandla kontanta medel till kontomedel. En del av bankens roll i detta förhållande kan beskrivas som att banken agerar ”medelsomvandlare”. Närmare bestämt handlar det om att banken, själv eller genom ombud, tar emot medel från kontanthanteraren och redovisar för dessa genom att kreditera de olika kundkonton som kontanthanteraren angivit. Bankens roll är alltså att för-

medla medlen till adressaterna, och i den meningen är bankens roll en sorts distributör. Samtidigt är det genom krediteringarna fråga om omvandling av medel till kontomedel. Banken utför med detta perspektiv en tjänst för kontanthanteraren. Detta perspektiv är dock inte givet. Med tanke på bankens roll i upplägget och med tanke på bankers roll i samhället kan man också tänka sig perspektiv där banken anses utföra en tjänst även åt kunderna. De kan också fylla en samhällsfunktion som inte bara har handlar om service, utan även om allmän säkerhet.⁷¹⁹

De olika perspektiven på bankens roll kan ha en betydelse som visar sig i olika konkreta frågor. Ett exempel på en sådan fråga rör de fall där banken vid tidpunkten för mottagande av medel har en tidigare fordran på kontanthanteraren. Banken kan i detta läge ha anledning att vilja använda mottagna medel för att reglera den utestående fordringen. Detta blir särskilt aktuellt om banken misstänker att kontanthanteraren inte kommer att betala den utestående fordringen i tid. En särskild anledning till att kontanthanteraren inte kan betala kan vara att kontanthanteraren går i konkurs.

Förhållandena ger upphov till en rad frågor i de olika relationerna som det handlar om. Den fråga som jag valt att betrakta som den centrala frågan är dock om banken skall få tillgodogöra sig medlen. Detta skulle ge dem prioritet framför kunder och fordringsägare.

Det kunskapsintresse jag har bestämt mig för är dock inte att göra en normativ utsaga. På grund av komplexiteten i en fråga som involverar flera parter, flera avtalsrelationer och flera oklara rättsfrågor, har mitt kunskapsintresse varit att få veta vad som kan vara relevant just beträffande prioritet för banken. Jag har därför använt termen ”prioritet” i min formulering av forskningsfrågan. Det har jag gjort trots att termen prioritet är så allmän att den skulle kunna användas för de flesta teman och frågor i förmögenhetsrätten.⁷²⁰

⁷¹⁹ Det bör här noteras att bankers roll beträffande kontanthantering är under förändring, jfr beskrivningarna av kontanthantering i SOU 2014:61 Svensk kontanthantering.

⁷²⁰ Det handlar om att lyfta utgångspunkten för analysen av problematiken till den reella frågan om vem som skall få företräde, allt i en ambition att inte låta begreppen eller någon enskildhet i helheten få oreflekterat inflytande. Med mitt synsätt är detta helt i linje med den skandinaviska funktionalistiska traditionen. Härmed inte sagt att ett sådant grepp är självklart eller inte leder till följdfrågor kring metodologin. Jfr Jenny Söderlunds fotnotskritik av Jens Andreassons artikel En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation – utifrån exemplet upphovsrätts-havarens ställning i konkurs i SvJT 2006 s 437–452. Jenny Söderlund, Konkursrätten – om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar, 2009 s 513, 552, 558, 562. Notera dock samtidigt s 360, och framför allt Söderlunds eget huvudtema som är ett liknande, och intressant, grepp, se särskilt s 588–596.

Forskningsfrågan som jag formulerat är därför: Vilka argument är relevanta för att avgöra rättsfrågorna kring en möjlig prioritet för en bank som fått i uppdrag att omvandla penningmedel som banken mottagit från en kontanthanterare?

23.2 Resultat (S) – identifieringen av relevanta argument för att teckna en helhetsbild beträffande frågan om prioritet

Det forskningsresultat som jag presenterar i detta kapitel handlar alltså om bankens möjligheter till prioritet. Bankens intresse av att tillgodogöra sig medlen som kontanthanteraren överlämnat står emot kundernas intresse av samma medel. Beroende på omständigheterna står bankens intresse även mot fordringsägarnas intresse i kontanthanterarens konkurs. Mitt forskningsresultat är att jag identifierat argument som är relevanta för att teckna en helhetsbild som är relevant för att hantera frågan.

Resultatet kan närmare bestämt uttryckas som att jag identifierat relevanta argument för att teckna en helhetsbild beträffande frågan om prioritet för en bank som tar emot medel från kontanthanteraren för att i ett nästa steg, utifrån kontanthanterarens instruktion, kreditera olika kundkonton som kontanthanteraren anger. Jag har identifierat en rad argument som är relevanta för att avgöra rättsfrågorna kring en möjlig prioritet. Att det finns flera argument beror på att frågan involverar minst två avtalsrelationer och därtill frågor om verkan mot tredje man. Argumenten handlar också om vilken betydelse det aktuella fenomenet har för en så grundläggande samhällsfunktion som betalningsinstitutet. Några av argumenten har sådan normativ tyngd att de skulle kunna användas för att konstruera en lösning. Andra argument är mer perifera. Flera av argumenten leder till oklarheter i normativt hänseende och andra till osäkerhet kring faktiska förhållanden. Helheten är därför någorlunda komplex.

I betraktande av just helheten blir det emellertid tydligt hur såväl parterna som rättstillämpare har anledning att förhålla sig till frågan om prioritet. Ingen av oklarheterna och osäkerheterna behöver hanteras för att ge besked om detta. Helhetsbilden är på detta sätt mer användbar för att avgöra frågan om prioritet än vad en normativ konstruktion avseende de enskilda rättsfrågorna skulle vara. Med hänsyn till de argument jag identifierat framstår möjligheterna för banken som små. Stora delar av helhetsbilden illustrerar detta.

Som jag nämnt redan inledningsvis i kapitlet hör det till resultatet att helhetsbilden är relevant såväl för parter i en tvist som för parter som överväger att reglera sina mellanhavanden i avtal. Likaså är den relevant för rättstillsämpare som behöver hantera tvister eller fatta beslut i enskilda rättsfrågor. Av samtliga dessa skäl är helhetsbilden också relevant för rättsvetare.

23.3 Metoder – helhetsanalys, beslutsteoretisk analys, riskanalys och rättsdogmatisk utredning

För att nå forskningsresultatet har jag gjort analyser av parternas avtalsrelationer var för sig. Jag har således hållit isär de olika relationerna och identifierat såväl olika sätt att beskriva dessa relationer som vilka dogmer som kan vara relevanta. I min kartläggning av dogmerna har jag identifierat flera rättsfrågor som är mer eller mindre oklara. Därtill har jag beaktat att de inblandade parterna inte har perfekt information om faktiska omständigheter och att parterna inte heller kan förhandla under perfekta förhållanden. Vidare har jag gjort antaganden om samhällsrisker som kan vara aktuella i sammanhanget.

Utifrån vad jag identifierat i de nämnda analyserna har jag konstruerat ett antal argumentationslinjer. Ingen av dessa linjer ger svar på frågan om en eventuell prioritet för banken. Det beror bland annat på nämnda oklara rättsfrågor. Tillsammans bildar argumentationslinjerna emellertid en helhet som ger underlag för att bedöma de olika inblandades möjligheter. Utifrån dessa möjligheter är det också möjligt att bedöma bankens möjligheter att skaffa sig prioritet. Bilden av dessa möjligheter ger i sin tur relevant underlag för ett eller annat normativt beslut i en eller annan av de oklara rättsfrågor som jag identifierat. Min ambition har emellertid inte varit att göra någon normativ utsaga beträffande någon enskild rättsfråga. Vad jag haft ambitionen att åstadkomma är den helhetsbild som argumentationslinjerna ger. Jag har i rubriken till detta underavsnitt använt termen helhetsanalys för att benämna vad jag gjort. Med denna metod har jag kunnat lämna oklara rättsfrågor obesvarade och ändå nå fram till ett resultat som i hög grad ger besked i frågan om prioritet för banken.

I presentationen har jag som nämnts funnit det enklast att redogöra för analyserna i form av argumentationslinjer. Eftersom det handlar om flera led i logiken är tanken att argumenten behöver betraktas i förhållande till varandra, där de olika argumentationsleden förenas till en helhetsbild. Ambitionen är att komma fram till en helhetsbild snarare än att för varje led försöka komma fram till ett visst synsätt. I analyserna har jag noterat

hur ett beslut i ett tidigt led styr tanken i senare led. Detta på sätt som inte är motiverat med hänsyn till att varje led omfattar osäkerheter samtidigt som det är en övergripande fråga som skall hanteras. Genom att presentera analysen i argumentationslinjer ställs osäkerheterna i relation till varandra på sätt som ger en helhetsbild i vilken osäkerheterna inte framstår som det mest relevanta.

Jag redovisar i detta kapitel inte min rättsdogmatiska utredning separat. Det beror på att jag presenterar dogmerna inom de olika argumentationslinjerna. Det beror också på att jag i relativt liten mån haft ambitionen att utreda olika möjligheter att tolka och använda dogmerna.

I det följande utgår jag från ett läge där banken mottagit medlen från kontanthanteraren. Någon kreditering av kundernas konto har banken inte hunnit göra innan banken bestämt sig för att själv tillgodogöra sig medlen. Istället för att kreditera kunderna meddelar banken kontanthanteraren att banken tillgodogör sig medlen. Där jag inte anger annat tänker jag att banken som rättslig grund för sitt agerande åberopar kvittning.

23.4 Beskrivningen uppdragsavtal och dogmer som kan följa

Förhållandet mellan banken och kontanthanteraren kan beskrivas på olika sätt.⁷²¹ En variant av sådana beskrivningar innebär att förhållandet betraktas som ett uppdragsavtal. Med en sådan föreställning har parterna en långvarig avtalsrelation där kontanthanteraren återkommande ger banken uppgifter att genomföra. Varje gång kontanthanteraren överlämnar medel till banken får banken en ny uppgift inom ramen för det avtalade uppdraget. I den mån banken vid en viss tidpunkt bedömer att kontanthanteraren inte längre kan fullgöra sina förpliktelser kan banken häva avtalet. Enligt allmänna avtalsrättsliga principer skall en avtalspart kunna häva vid bristande fullgörelse eller förväntan om sådan, jfr KöpL 61–62 §.⁷²² Om banken häver efter att kontanthanteraren lämnat medel till banken innebär en hävning att banken inte genomför uppgiften att kreditera kundernas konton. Istället skall banken lämna tillbaka vad banken fått. I den mån banken tagit hand om medlen blir det fråga om återbetalningsskyldighet. Den innebär att

⁷²¹ Jfr beskrivningarna av Gabriel Donner, *Handbok i bankrätt*, 1996 s 112–116. Bert Lehrberg, *Moderna betalningsformer*, u 3, 2005 s 15–17, 29–30, 91–108. Ingrid Arnesdotter, *Moderna betalningsmetoder*, 1996 s 19–26, 99–104. Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 435–478, 1 u, 2014 s 392–435.

⁷²² Jfr beträffande rätten att vägra Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 466, 1 u 2014 s 423.

kontanthanteraren får en fordran på banken. Banken kan i ett sådant läge välja att hävda att de kvittar den fordringen mot de fordringar som banken sedan tidigare har på kontanthanteraren, för krediter som denne fått av banken.

I den mån banken inte anses ha hävningsgrund kan banken ändå nå en motsvarande position av motstående fordringar. Genom att vägra utföra uppdraget att kreditera kunderna får kontanthanteraren rätt att häva och rätt att återkräva medlen från banken. Kontanthanteraren kan då visserligen också få rätt till skadestånd, men storleken av detta är en speciell fråga. Den skada kontanthanteraren lider är i princip att kontanthanteraren blir ersättningskyldig till kunderna för dröjsmålet.⁷²³ Eftersom kontanthanteraren går i konkurs blir skyldigheten i princip aldrig fullgjord utan ett evigt dröjsmål följer. I konkurs är dröjsmålssanktionen dock mycket begränsad, KonkL 5:11 st 3, och någon egentlig sanktion som kontanthanteraren får utstå gentemot kunderna blir det inte. Av dessa skäl skulle banken helt enkelt kunna låta bli att genomföra uppdraget att kreditera kunderna, för att istället nå en möjlighet att hävda kvittning gentemot kontanthanteraren. Beträffande bankens eventuella ansvar gentemot kunderna återkommer jag nedan, avsnitt 23.8.

Med detta betraktelsesätt på relationen blir några olika normer relevanta när det gäller bankens rätt att kvitta.

23.4.1 Betaltjänstlagens relevans

Några normer som det finns anledning att beakta finns i betaltjänstlagen, SFS 2010:751. Den lagen är avsedd att uppfylla regleringskraven i betaltjänstdirektivet 2007/64/EG och sedermera i det andra betaltjänstdirektivet 2015/2366/EG.⁷²⁴ I betaltjänstlagen 5:11 stadgas att en betaltjänstleverantör inte får vägra att utföra en godkänd betalningsorder. En förutsättning är dock att villkoren i det sk ramavtalet mellan parterna är uppfyllda och likaså att utförandet av betalningsordern inte strider mot någon lagregel.⁷²⁵

⁷²³ Den skada kontanthanteraren lider kan knappast anses motsvara vad kunderna har att fordra. Kontanthanteraren har själv tagit på sig dessa skulder/förpliktelser och de orsakas inte av bankens agerande. Bankens kvittning innebär heller inte att kontanthanterarens förmögenhet minskar.

⁷²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden, om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG. I anledning av det andra betaltjänstdirektivet ändrades betaltjänstlagen genom SFS 2018:175.

⁷²⁵ Proposition 2009/10:220 Betaltjänstlag, s 230–231.

För de fall då en transaktion inte genomförs finns det reglering. Betaltjänstleverantören skall då återbetala beloppet utan onödigt dröjsmål, 5:48.⁷²⁶

En annan relevant regel i betaltjänstlagen är 5:38 som reglerar betaltjänstleverantörers möjlighet att göra avdrag från det belopp som skall överföras vid en betaltjänst. Enligt första stycket får betaltjänstleverantören ”göra avdrag” från det belopp som skall överföras endast i vissa fall, som stadgas i andra och tredje stycket. Inget av de fall som stadgas i de senare styckena är aktuella i den relation mellan bank och kontanthanterare som detta kapitel handlar om. I här relevant avseende stadgar lagregeln därför att en betaltjänstleverantör inte skall få ”göra avdrag”. Vad som avses med avdrag framgår inte av lagtexten, men i andra och tredje stycket i 5:38 ges föreskrifter om ”avgifter”. Andra regler i kapitel 5, såsom 5:1, 5:32, tar också upp ”avgifter”. Det är därför följdriktigt att den svenske lagstiftaren i lagens förarbeten förefaller ha tänkt sig att regeln i 5:38 skall användas för att förhindra att betaltjänstleverantören gör avdrag för ”avgifter”.⁷²⁷

Regleringen kan, vid en första anblick, förefalla användbar på förhållandena där en kontanthanterare lämnat medel till en bank för kreditering av kundernas konton. Betaltjänstlagen innebär emellertid inte någon given lösning. Det finns nämligen flera punkter som framstår som oklara.⁷²⁸

Beträffande 5:33 kan banken stödja sig på villkor i ramavtalet som ger betaltjänsthavaren möjligheter att vägra fullgöra en transaktion vid förväntan om kontraktsbrott. Avtalsvillkor som ger avtalsparterna sådana möjligheter får generellt sett antas vara vanliga i näringsidkarrelationer. Även om betaltjänstlagen genom 5:59 stadgar att 5:33 är en tvingande lagregel mellan näringsidkare, handlar det med andra ord om en i realiteten dispositiv regel. Vad som krävs är tydligen viss form för avtalet.

Därtill går det att, som jag gjort ovan, peka på att en bank kan vägra att utföra en tjänst även om de inte har en godtagbar rättslig grund för det. Det vore förstås möjligt att banken därmed blir skadeståndsskyldig gentemot betalningsmottagarna, men av betaltjänstlagens reglering, 5:47–57, framgår inte klart en sådan skadeståndsskyldighet i den relationen.⁷²⁹ Vilka möjlig-

⁷²⁶ Jfr Uncitral Model Law on International Credit Transfer, 1992, artikel 25.

⁷²⁷ Proposition 2009/10:220 Betaltjänstlag, s 235–236.

⁷²⁸ Lagregleringen har bidragit med regler, men inte nödvändigtvis med klarhet, jfr Göran Millqvist som menar att HD i NJA 2009 s 182 utgått från att kontobetalningar är en egen rättsfigur och att det är vanskligt att precisera reglerna, *Betalning – En rättsfigur med många drag*, i *Festskrift till Torkel Gregow*, 2010 s 297, på s 309.

⁷²⁹ Jfr en beskrivning av den danska betalningstjenstlovens motsvarande regler Camilla Hørby Jensen, red, *Bankjura*, 2013 s 382–384. Jfr också Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 465, 1 u, 2014 s 422, som pekar på allmänna syssломannarättsliga regler om oaktsamhetsansvar.

heter till skadestånd som kunderna kan ha på grund av sitt eget avtal med banken återkommer jag till, se avsnitt 23.8.⁷³⁰ Med en skadeståndsskyldighet mot kunderna vore det hur som helst dumt av banken att vägra att utföra uppdraget från kontanthanteraren. I så fall minskar banken först sitt krav på kontanthanteraren genom att tillgodogöra sig medlen och sedan måste banken ändå betala kunderna.

När det gäller betaltjänstlagen 5:38 och rekvisitet "göra avdrag" går det att peka på att regeln förefaller reglera uttag av avgifter, och detta därtill i de fall transaktionerna genomförs. Rättshandlingen att kvitta skulle därför kunna betraktas som något annat än att "göra avdrag".

En ytterligare oklarhet är om betaltjänstlagen alls skall anses tillämplig på de aktuella förhållandena.⁷³¹ Det är förstås egentligen en mer grundläggande fråga än de jag redan pekat på, men eftersom det handlar om just en oklarhet som jag inte har ambitionen att ge en normativ lösning på, passar det bäst att redovisa denna aspekt sist.

Rubriken "betaltjänstlagen" antyder att lagen skall tillämpas på tjänster som avser betalningar. Att en kontanthanterare för kunders räkning lämnar upphämtade medel till en bank som skall omvandla dem till kontomedel, skulle kunna betraktas som något annat än en tjänst avseende betalning. Förhållandet skulle kunna betraktas som omvandling av medel eller som att kontanthanteraren fullgör sin redovisningsskyldighet. Lagtexten ger dock inget besked om syftet med åtgärden skall tillmätas betydelse, annat än att det skall handla om ett syfte att "överföra":

"Med betaltjänster avses i denna lag ... genomförande av betalningstransaktioner, ... genom ... penningöverföring ... [d v s] en betaltjänst där medel tas emot från en betalare, utan att något betalkonto öppnas i betalarens eller betalningsmottagarens namn, uteslutande i syfte att överföra motsvarande belopp till en mottagare eller en annan betaltjänstleverantör som agerar på mottagarens vägnar, eller där dessa medel tas emot på mottagarens vägnar och ställs till mottagarens förfogande, ..." betaltjänstlagen 1:2 st 1 p 1 och p 6, och 1:4 st 35.

⁷³⁰ En annan sak är att en betaltjänstleverantör som vägrar följa betaltjänstlagen riskerar sanktionsavgift till staten och nödvändiga tillstånd för att agera på marknaden, se betaltjänstlagen 8:11, 8:14.

⁷³¹ För en kort kommentar om svårigheter med att använda EU-rättsliga regleringar i civilrätten, se exempelvis Lena Sisula-Tulokas, *Civilrättens splittring*, i Bertil Bengtsson 90 år, 2016 s 481, på s 485–490.

Lagtexten anger således bara att syftet med "överföringen" skall vara att "överföra". Med en sådan formulering ger lagstiftaren ingen vägledning för rättstillämparen beträffande om den intention som funnits bakom lagstiftarens regleringsåtgärd skall anses relevant i ett ställningstagande om lagens tillämplighet. Intentionen bakom betaltjänstlagen är över huvud taget otydlig, relativt sett.⁷³² Lagstiftaren förefaller dock ha haft intentionen att standardisera betalningssystemet genom reglering av avgiftsuttag, genom att påverka förutsättningarna för betalsystemanvändarnas beslutsfattande med minimalistiska standarder för information, och genom att reglera ansvarsleden mellan de inblandade. Denna intention och regleringen ger motsägelsefulla argument beträffande i vilken mån det finns anledning att använda regleringens tvingande bestämmelser på professionella aktörer i detta system. Regleringen om lagens tillämpningsområde är därtill formalistisk och inbjuder till ett instrumentellt förhållningssätt. Även övriga relevanta rekvisit saknar nämligen sådan antydning om koppling till lagens intention som kan ge en rättstillämpare ledning.

Ett sådant rekvisit är "betaltjänstleverantör". Eftersom det är ett centralt rekvisit i flera lagregler får det antas att regler med detta rekvisit bara skall tillämpas på sådana. Av lagen följer att bland annat kreditinstitut är betaltjänstleverantörer, betaltjänstlagen 1:3. Någon lagregel som föreskriver att

⁷³² Jfr Proposition 2009/10:220 Betaltjänstlag s 1 och 69–71, och Proposition 2017/18:77 Nya regler om betaltjänster s 98–99. Jag skall inte här utveckla temat men vill nämna något om hur jag motiverar mitt påstående om oklarhet. På de nämnda sidorna i propositionen förklarar lagstiftaren med några få meningar att lagen skall leda till harmonisering, att betalningar inom EES skall bli lika enkla, effektiva och säkra som nationella betalningar, att "konsumenternas" valfrihet skall upprätthållas, och att de skall få tillgång till säkrare, effektivare och mindre kostsamma betalningssystem. Det förefaller som om lagstiftaren menar att de målen skall uppnås genom "lika spelregler" för samtliga betalningssystem, något som i sig ger anledningar till tvekan kring mål och medel. Därtill är kopplingen mellan reglerna och dessa mål närmast osynlig i såväl lagtext som förarbeten. Frågan om hur rättstillämpare skall agera för att åstadkomma lika spelregler, är besvärlig att hantera utan förslagor kring varken vad som är lika eller vad som är målet. När en målsättning är att "konsumenter" skall få tillgång till säkrare, effektivare och mindre kostsamma betalningssystem samtidigt som delar av regleringen gjorts tvingande även för andra än konsumenter, blir det ännu besvärligare. En förklaring till att propositionstexten är så kortfattad i dessa avseenden är möjligen att rättstillämparna skall vara hänvisade till EU-direktivet. Varken preamble till betaltjänstdirektivet 2007/64/EG eller dess regler ger emellertid någon tydlig koppling mellan mål och regler. Det går istället att beskriva preamble som fragmentarisk. – Notera att min avsikt här inte är att ifrågasätta. Givetvis finns det förklaringar till att direktiv och direktivbaserad lagstiftning får karaktäristika som de jag härmed pekat på. Jag vill bara motivera varför jag inte betraktar frågan om lagens tillämplighet på kontanthandlare som klar och samtidigt antyda att detta inte är detsamma som att det är svårt att fatta ett godtagbart normativt beslut utifrån normerna.

kontantherare skulle vara att betrakta som betaltjänstleverantör, eller en aktör som skall omfattas lagen, finns inte. Däremot anges uttryckligen att en av deras tjänster inte omfattas av lagen:

”Denna lag gäller inte tjänster som

1. består av yrkesmässig, fysisk transport och därmed sammanhängande hantering av kontanter, med undantag för uppräkningsverksamhet, ...”, betaltjänstlagen 1:6.

Eftersom kontantheraren inte förefaller syssla med vad som i lagen definieras som en betaltjänst, och inte heller är ett kreditinstitut eller något annat slag av sådan betaltjänstleverantör som definieras i lagen, blir det inte aktuellt att undanta dem från lagens tillämpning med stöd av följande undantag:

”Denna lag gäller inte betalningstransaktioner som

4. genomförs mellan betaltjänstleverantörer, deras ombud eller filialer för egen räkning, ...”, betaltjänstlagen 1:7.

Ett undantag som däremot förefaller kunna bli aktuellt är:

”Denna lag gäller inte heller transaktioner som genomförs mellan ett moderföretag och dess dotterföretag eller mellan dotterföretag till ett och samma moderföretag, ...”, betaltjänstlagen 1:7 st 3.

I beaktande av de stadganden jag redovisat finns det möjligen utrymme för tvekan kring om lagen skall tillämpas på de uppdrag att omvandla medel till kontomedel för kunderna som en kontantherare ger till en bank. Att de olika medlemsstaterna tydligen gjort olika tolkning kring hur kontantherare skall hanteras i betaltjänstdirektivet är en indikation på det.⁷³³

Jag menar emellertid inte att det vore överraskande om lagen ansågs tillämplig i ett sådant fall.⁷³⁴ För den analys som jag gjort är ett normativt ställningstagande dock inte huvudsaken.

⁷³³ Proposition 2017/18:77 Nya regler om betaltjänster s 130–131, där utsagorna möjligen är avsedda att innebära just att kontantherarens överlämnande (betalfil) till banken skall omfattas av betaltjänstlagen. Propositionstexten förefaller dock ta sikte på övervakande myndighet, snarare än just dessa rättshandlingar.

⁷³⁴ Proposition 2017/18:77 Nya regler om betaltjänster s 130, jfr 322 ”i samarbete”. Notera även det uttryck för otydlighet som kan iakttas i Finansutskottets betänkande 2017/18:FiU36 Nya regler om betaltjänster s 10.

Ett skäl till att en normativ konstruktion inte är huvudsaken är att betaltjänstlagen skulle kunna tillmätas betydelse även i de fall som den inte skulle vara tillämplig.⁷³⁵ Den skulle kunna anses markera vikten av att betalningar når fram till betalningsmottagaren. På så sätt utgör den ett argument avseende inriktningen för de konstruktioner som det kan bli aktuellt att jurister åstadkommer i dessa sammanhang.

Vad jag särskilt vill framhålla med detta avsnitt är dock att betaltjänstlagen inte utgör någon entydig reglering av den möjlighet till prioritet som bankerna kan skaffa sig i sammanhanget. Det finns ett antal oklarheter som gör att det behövs ett konstruktivt moment för att använda regleringen.

En sådan insats behöver inte alls vara märkvärdig. Den kan utgöra en tolkning som jurister gör i vardagen. I detta kapitel redovisar jag emellertid underlag som kan användas för vad som skulle kunna bli en relativt omfattande konstruktiv insats. Som jag nämnt i avsnitt 23.3 innebär den redovisningen emellertid samtidigt att det blir tydligt hur olika aktörer och rättstillämpare har anledning att agera. Någon specifikt normativ konstruktion blir därmed inte nödvändig.

23.4.2 Dogmer om kvittning vid betalningsuppdrag

En andra norm handlar om kvittning vid betalningsuppdrag i allmänhet. Enligt en utsaga i dansk doktrin är det antagligen en allmän nordisk obligationsrättslig princip att den som fått ett betalningsuppdrag inte får kvitta.⁷³⁶ Utsagan stödjer sig bland annat på Norges ”Lov om finansavtaler og finansoppdrag”, (Finansavtaleloven) där det finns ett lagstadgat sådant kvittningshinder.⁷³⁷ Enligt lagen får en bank inte innehålla medel eller kvitta när banken fått medlen på grund av ett betalningsuppdrag.

”Institusjonen kan ikke utøve tilbakeholdsrett eller foreta motregning i betalingsmidler som institusjonen har til disposisjon for å utføre en betalingsordre. Institusjoner og andre involvert i betalingstransaksjoner skal overføre hele

⁷³⁵ Jfr dock tveksamhet kring att använda betaltjänstlagen och annan unionsrätt utanför dess direkta tillämpningsområde, Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 u, 2018 s 27–28.

⁷³⁶ Peter Møgelvang-Hansen, *Retlig regulering af pengeoverførsler, i Pengeforsyning og betalningsformidling*, 2002 s 106–107. Den hänvisning Møgelvang-Hansen där gör till Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen, *Bankretlige emner*, 1994 s 44 avser danska rättsfall där banks kvittning underkänts och argument om effektiv betalning. Notera att Møgelvang-Hansen i sammanhanget tar upp regler om vilka omkostnader som banken får dra av. Sådana finns i EU-direktiv, och se 5:16 i den svenska lagen om betaltjänster, SFS 2010:751.

⁷³⁷ LOV-1999-06-25-46.

beløpet for transaksjonen uten å trekke fra gebyrer. Betalingsmottakeren kan likevel avtale med sin institusjon at institusjonen skal trekke fra sine gebyrer fra det overførte beløpet før det godskrives betalingsmottakeren. I så fall skal beløpet for transaksjonen og gebyrene skilles fra hverandre i opplysningene som gis betalingsmottakeren. Dersom gebyrer trekkes fra det overførte beløpet i andre tilfeller enn nevnt i tredje punktum, skal betalerens institusjon dersom betalingstransaksjonen er iverksatt av betaleren, eller betalingsmottakerens institusjon dersom betalingstransaksjonen er iverksatt av eller via betalingsmottakeren, sørge for at betalingsmottakeren mottar det fulle beløpet for transaksjonen.” Lov om finansavtaler och finansoppdrag 29 § stycke 2.

Den i dansk doktrin hävdade allmänna nordiska obligationsrättslig principen stödjer sig också på en tidigare utsaga i norsk doktrin om att det ”i teorin” antagits att det gäller ett generellt kvittningsförbud vid betalningsförmedling. I denna kortfattade norska utsaga är motiveringen behovet av att ha öppna betalningskanaler också när betalningsmottagaren är insolvent.⁷³⁸

Även i svensk i doktrin har anförts att hinder för kvittning föreligger vid betalningsuppdrag.⁷³⁹ För att motivera denna norm har anförts principen att en gäldenär skall ha rätt att välja vilken skuld en betalning avser.⁷⁴⁰ Dessutom har några ändamålsskäl anförts. Vid betalningsuppdrag kan banken inte vid något tillfälle ha hyst en ”berättigad” kvittningsförväntning. En kvittning leder till att betalningsuppdragsgivaren drabbas av påtagliga konsekvenser. Därtill kan betalningsmottagaren, som faktiskt kan ha berättigade förväntningar på att få medlen, ”komma i kläm”. Betalaren, d v s bankens uppdragsgivare, skulle också kunnat välja en annan betalningsväg om det varit nödvändigt.⁷⁴¹

⁷³⁸ Olav Torvund, *Betalningsformidling i et rettsligt perspektiv*, 1993 s 411–412, med hänvisningar till norsk praxis, doktrin, och förarbeten från tiden innan den norska lagen, samt till vad som nu är femtio år gammal dansk doktrin, och till Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, 1984, s 68–69.

⁷³⁹ Som nämnts i föregående fotnot har Knut Rodhe behandlat frågan i *Obligationsrätt*, 1984, s 68–69. Rodhe tar där upp fallen att banken vill kvitta mot betalningsmottagaren eller att banken vill kvitta för annan huvudmans räkning, och förespråkar kvittningsförbud i de fallen. Sedan anger han att – ”Utanför dylika fall får man nog räkna med att sysslomannen har rätt att kvitta i vanlig ordning”.

⁷⁴⁰ Att betrakta överlämnandet till banken som en odestinerad betalning som med stöd av HB 9:5 skulle ge banken valrätt avseende vilken skuld de anser att mottagna medel skall reglera kan från ett synsätt avfärdas med att det inte handlar om rättshandlingen betalning och det är tydligt vad gäldenären/kontanthanteraren tänkt sig med betalningen, jfr NJA 2013 s 1190 (Brf Fjällsidan).

⁷⁴¹ Stefan Lindskog, *Kvittning*, 3 u, 2014 s 380–382. Jfr Ingrid Arnesdotter, *Moderna betalningsformer*, 1996 s 124–125 med hänvisningar till depositionsförhållanden.

Som framgår innebär motiveringen att såväl betalningsuppdragsgivaren som betalningsmottagarens intressen ligger bakom avvägningen. Någon redovisning av skäl för en annan avvägning och överväganden där exempelvis även betaltjänstleverantörens intressen beaktats, handlar det inte om. Normativt sett är utsagorna om kvittningshinder dock relativt tydliga.

23.4.3 Avtalsvillkor mellan banken och kontanthanteraren

Även om doktrinutsagorna om den hävdade allmänna principen och vad som anförts i den svenska doktrinen om kvittningshinder är tydliga, finns det anledning att beakta också normer om avtalsvillkor. Banker använder standardavtal och dessa omfattar vanligtvis villkor om rätt för banken att ta betalt för sina anspråk även utan motpartens medverkan.⁷⁴² Det kan handla om villkor som formulerats som kvittningsrätt, rätt att hålla sig skadeslös, generalpantvillkor och innehållanderätt. Avtalsvillkoren mellan kontanthanterare och bank kan förstås innehålla motsvarande generellt formulerade villkor.

På ett obligationsrättsligt plan går avtalsreglering före allmänna principer och doktrinutsagor.⁷⁴³ Vid betalningsuppdrag påverkas emellertid även tredje man av en kvittning. Betalningsmottagaren får inte den av betalaren avsedda krediteringen på sitt konto. Här behöver därför normen om att avtalsvillkor inte skall kunna binda tredje man beaktas. Likaså blir det relevant att beakta om avtalsvillkoret ger prioritet framför tredje man på ett otillåtet sätt.

Beträffande bundenheten går det att konstatera att ett avtalsvillkor som ger banken rätt att kvitta visserligen påverkar tredje man, men att det inte handlar om någon bundenhet. Tredje man, betalningsmottagaren, får inte den betalning som det var tänkt, men det innebär inte att betalningsmottagaren blir förpliktigad att göra något. För betalningsmottagaren handlar det om att betalaren är ett subjekt med den dåliga egenskapen att vissa betalningar som betalaren försöker göra inte når fram.

Det förefaller heller inte vara fråga om att ge prioritet på något otillåtet sätt. Vad banken gör är att kvitta i enlighet med avtal. Kvittning är

⁷⁴² Vilket exempelvis Ingrid Arnesdotter utgår från i *Moderna betalningsformer*, 1996 s 124–125. Hon anger dock som sin uppfattning att instituten inte kan åberopa kontobestämmelser som stöd för kvittningsrätt när det handlar om anspråk som inte har samband med kontot.

⁷⁴³ Uncitral's modell-lag på området, *Uncitral Model Law on International Credit Transfer*, 1992, är förstås dispositiv av de särskilda skäl som har med modell-lagar att göra, men det kan likafullt finnas anledning att peka på artikel 4 i detta sammanhang.

inom vissa ramar en godtagen rättshandling även när kvittningen innebär företräde framför andra fordringsägare. Jag återkommer till de ramar som aktualiseras i en konkurs och som inte utgör något hinder för kvittning, se avsnitt 23.7.

Att ge avtalsvillkor verkan mellan parterna är inte särskilt märkvärdigt. Ett gångbart argument för detta skulle kunna vara principen om avtalsfrihet. Avtalsfrihet för just de aktuella situationerna skulle i sin tur kunna motiveras med att parterna har behov av att kunna reglera sitt risktagande. Något avgörande argument behöver avtalsfriheten emellertid inte utgöra. Avtalsvillkor kan underkännas på olika grunder. Att AvtL 36 § skulle kunna komma till användning är inte omöjligt.⁷⁴⁴ I vilken mån avtalsvillkor som ger banken kvittningsrätt ges verkan mellan parterna är därför inte givet, trots den normativa relevans som avtalsvillkor brukar tillmätas mellan parterna.

Av vad jag redovisat i detta underavsnitt är det möjligt att dra slutsatsen att en bank som har avtal om kvittningsrätt med kontanthanteraren också kommer att ha vissa möjligheter att använda kvittning. Trots doktrinutsagor och allmänna principer finns det en möjlighet (eller risk) att avtalsvillkor att ges företräde.

23.4.4 Transportsrättsliga dogmer

Så länge relationen mellan banken och kontanthanteraren betraktas som ett uppdragsavtal finns det också ytterligare normer som möjligen skulle kunna beaktas. Det uppdrag banken har kan jämföras med uppdraget som en transportör har. Åtminstone har tanken på banken som en transportör övervägts när det gäller betalningsförmedling.⁷⁴⁵ En transportör har vissa lagreglerade möjligheter att säkra betalning genom godset. Dessa stadgas i 20 § tredje stycket lag (1974:610) om inrikes vägtransport och sjölagen 13:19–20.⁷⁴⁶ Enkelt uttryckt innebär de transportsrättsliga principerna att det är transportkunden som skall betala frakten men eftersom transportören inte är skyldig att lämna ut godset innan han får betalt, kan det i praktiken

⁷⁴⁴ Just bankernas standardavtal pekades ut redan i förarbetena till AvtL 36 §, se SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten, s 145, 167–168. Jfr SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare, s 106.

⁷⁴⁵ Se exempelvis Ingrid Arnesdotter, Moderna betalningsmetoder, 1996 s 102.

⁷⁴⁶ Proposition 1974:33 förslag till lag om inrikes vägtransport, s 94–95. Proposition 1993/94:195 om ny Sjölag, s 232–233. Jfr med Lars Gortons och Jonas Rosengrens kommentar i Karnov. Jfr Svante O Johansson, An outline of transport law, 2008 s 145.

bli så att mottagaren får betala frakten.⁷⁴⁷ Det kan bli fallet även om det är avlämnaren av godset som slutit avtalet med transportören. Att banken ges prioritet är inte nödvändigtvis märkligare än att en transportör får möjligheter att säkra betalning genom godset. Skillnaden är bland annat att bankens fordran inte har samma koppling till godset som transportörens fordran i transporträttsregelsammanhanget. Därtill brukar fordran för frakten vara mindre än värdet av godset, inte lika stor eller större.

23.4.5 Betoning av argumentationslinjen

Vad jag redovisat i detta avsnitt, 23.4, är en argumentationslinje som bygger på att förhållandet mellan banken och kontanthanteraren betraktas som ett uppdragsförhållande. Det handlar just om argumentation och som framgått omfattar argumentationen ett par osäkerheter kring hur förhållandet skulle bli bedömt. Det skulle vara möjligt att utesluta kvittning med exempelvis hjälp av betaltjänstlagen 5:16. Likaså skulle det vara möjligt att underkänna kvittning genom ett normativt ställningstagande om att avtalsvillkor inte skall godtas. Det är emellertid även möjligt att en kvittning skulle godtas.

För att komma vidare i frågan om hur relationen skall hanteras gör jag ingen ytterligare analys av vad betaltjänstlagen, eller 36 § AvtL, skall anses innebära. Resultatet av sådana analyser är argumentation där de normativa ställningstagandena blir avgörande delar av konstruktionen. Jag har i detta fall emellertid sett anledning att istället göra analyser av andra relevanta argumentationslinjer kring den aktuella relationen. Därför går jag inte vidare med argumentationslinjen avseende de normer som har direkt bäring på bankens kvittningsrätt. Istället redovisar jag de analyser som lett till andra argumentationslinjer som är relevanta.

23.5 Kvittning mot redovisningsskuld

Vid sidan av den argumentationslinje som jag redovisat i föregående underavsnitt skall jag här behandla tanken att medlen som banken fått skall anses ha en särskild status. I det ögonblick banken bestämmer sig för att inte fullgöra uppdraget från kontanthanteraren blir banken skyldig att återlämna medlen till kontanthanteraren. Det är möjligt att banken skall anses vara

⁷⁴⁷ Christina Ramberg, *Kontraktstyper*, 2005 s 116.

såväl redovisnings- som avskiljandeskyldig i denna situation, i relationen till kontanthanteraren.⁷⁴⁸

Med denna argumentationslinje blir det relevant att återvända till frågan i föregående avsnitt om huruvida banken skall kunna kvitta gentemot kontanthanteraren. Det handlar om att beakta ytterligare normer vid sidan av de som tar direkt sikte på frågan om kvittningsrätt för den som häver eller vägrar genomföra ett uppdrag att förmedla en betalning. Eftersom jag i tidigare avsnitt redan redovisat de normer som är direkt inriktade på frågan, är min redovisning här just en redovisning av argument vid sidan av. Det handlar om normer vid sidan av så länge förhållandet betraktas som ett betalningsuppdrag och de normativa argument som tar sikte på betalningsuppdrag därför innebär anspråk på att de är direkt relevanta. Vad jag redovisar i detta avsnitt kan hur som helst ses som en utveckling av den allmänna frågan om hur omfattande kvittningsmöjligheter som skall accepteras av rättsordningen.

23.5.1 En central dogm

Det finns normativa utsagor om möjligheterna för en redovisningsskyldig att använda kvittning. En sådan norm är rättsfallet NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning). Avgörandet ger stöd för kvittningsrätt även till medel som är redovisningsmedel.

"Den omständigheten att medlen avskilts på sätt [som] föreskrives i lagen om redovisningsmedel innebär ej att Nordin förlorat honom eljest tillkommande rätt att, vid fullgörande av sin redovisningsskyldighet, påkalla kvittning för motfordringen å provision."⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ I enlighet med allmänna principer. Banken har under sådana omständigheter inte avsikten att införliva medlen i sina tillgångar eller någon avsikt att bli gäldenär i något kreditförhållande. Jfr Proposition 2009/10:220 Betaltjänster, s 139.

⁷⁴⁹ NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning) fjärde stycket.

Med stöd av 1971 års fall skulle karaktären av redovisningsmedel i förhållande till kontanthanteraren således inte hindra banken från att kvitta.^{750, 751} Ytterligare stöd skulle kunna hämtas i kommissionslagen 30 § och den lagens historik.⁷⁵²

Det finns också stöd i doktrin för en kvittningsmöjlighet även vid redovisningsplikt. En författare konkluderar:

”Det kan således konstateras att de särskilda moment som mer eller mindre regelmässigt ingår i ett avtal på vilket en redovisningsfordring grundas inte föranleder till uppställandet av något kvittningshinder. På grund av det och då heller inte komputabilitetssynpunkter föranleder något annat ..., så måste rättsläget anses vara att *redovisningsfordring kan infrias kvittningsvis*.”⁷⁵³

Författaren stöder sig på andra författares huvudsakligen normativa utsagor och på förarbetena.⁷⁵⁴

Samtidigt finns det dock även doktrinutsagor för motsatsen.⁷⁵⁵ Doktrinen är således inte entydig.⁷⁵⁶

⁷⁵⁰ Även om man begränsar fallets normativa värde till konnexa fordringar skulle det kunna användas som stöd, jfr Stefan Lindskog, Kvittning, 1 u, 1984, s 145–146. Det finns dock utsagor om att det är tveksamt i vilken omfattning kvittning mot redovisningsmedel skall godtas, se exempelvis Eugéne Palmer och Peter Savin, Konkurslagskommentaren 2017, under rubriken Kvittning i konkurs (15–17 §§). Se även Gösta Walin, Panträtt, 1 u, 1991 s 221 not 1, 2 u, 1998 s 228 not 1, och jfr 3 u s 234–235 (av Göran Millqvist och Annina H Persson).

⁷⁵¹ Rättsfallet NJA 2014 s 935 (Independent Finans) skulle möjligen kunna tolkas som att 1971 års prejudikat blivit överspelat, enligt Torgny Håstad som är kritisk till avgörandet 2014, se Rättsdogmatik in absurdum? i SvJT 2017 s 357, särskilt s 365 och 368. Jag har här inte anledning att behandla temat, utan konstaterar att förhållandena i NJA 2014 s 935 (Independent Finans) är andra än de som jag behandlar. Banken och kontanthanteraren har här motstående fordringar, det är just en bank som vill kvitta, osv.

⁷⁵² Torgny Håstad, Rättsdogmatik in absurdum?, SvJT 2017 s 357, särskilt s 361–367.

⁷⁵³ Stefan Lindskog, Kvittning, 3 u, 2014 s 380.

⁷⁵⁴ Torgny Håstad, Studier i sakrätt, 1980 s 60. Knut Rodhe, Obligationsrätt, s 68–69, jfr densamme i Sakrätt, 1985 s 227. Susanne Wennberg, Förskingring, s 155, 281–289. Gunnar Bomgren, Några ord om möjligheten att sakrättsligt avskilja klientmedel, TSA 1938 s 136–137. Holger Wiklund, God advokatsed, 1973 s 404–406. NJA II 1914 (Kommissionslagen) s 288 och 226. SOU 1988:63 Kommission o dyligt, s 188, och se även Lindskog Om kvittning och kommission, SvJT 1989 s 683 på s 695. Även SOU 1943:24 Betänkande med förslag till lag om redovisningsmedel m m, s 35–36.

⁷⁵⁵ Hjalmar Karlgen, Kollegium i allmän obligationsrätt II, 1959 s 160 (”åtminstone i många fall”), se även densamme Kvittning och *condictio in debiti*, SvJT 1940 s 331, på s 332, och jfr Obehörig vinst, 1982 s 54. Gösta Walin, Separationsrätt, 1975 s 128–129 och 144–145, och se densamme i Materiell konkursrätt, 2 u, 1987 s 75–77.

⁷⁵⁶ Vilket Stefan Lindskog påpekar i anslutning till den ovan citerade konklusionen.

Rättsfallet NJA 2014 s 935 (Independent Finans) skulle enligt kritiker möjligen kunna tolkas som att 1971 års prejudikat blivit överspelat.⁷⁵⁷ Jag har här inte anledning att behandla temat, utan konstaterar att förhållandena i NJA 2014 s 935 (Independent Finans) är andra än de som jag behandlar. Banken och kontanthanteraren har här motstående fordringar, det är just en bank som vill kvitta, o s v.

23.5.2 Nyansering av den centrala dogmen

Kvittningsinstitutet bygger i första hand på allmänna principer och det är inte självklart vad som skall godtas. Ett exempel på normativt stöd för att en kvittning behöver kvalificera som godtagbar, finns i det rättsfall som jag nämnt ovan, NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning). Domarna påpekar specifikt att det finns anledning att vara försiktig med att generalisera. De skriver: "Ej heller har framkommit någon annan omständighet som hindrat Nordin att begagna provisionsfordringen till kvittning mot konkursboets redovisningsfordran."⁷⁵⁸ Således förefaller domarna tänka sig att det kan finnas sådana omständigheter.⁷⁵⁹

I överväganden kring vilka fall av kvittning som skall godtas eller inte godtas, kan flera argument vara relevanta. Det nämnda rättsfallet erbjuder en ingång till några av dem. I fallet hävdade den part som utsatts för kvittningen att äganderätt till medlen förhindrade kvittning och likaså att den obeståndsrättsliga likhetsprincipen utgjorde sådant hinder.⁷⁶⁰ Inget av argumenten övertygade domarna. Som jag nämnt ovan skriver de kort: "Den omständigheten att medlen avskilts på sätt [som] föreskrives i lagen om redovisningsmedel innebär ej att Nordin förlorat honom eljest till-

⁷⁵⁷ Enligt Torgny Håstad som är kritisk till avgörandet 2014, se Rättsdogmatik in absurdum? i SvJT 2017 s 357, särskilt s 365 och 368.

⁷⁵⁸ NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning).

⁷⁵⁹ Jfr Stefan Lindskog, 1 u, 1984 s 144–146, 3 u, 2014 s 157–159. Som jag antytt ovan skulle omständigheterna i NJA 2014 s 935 (Independent Finans) kunna beskrivas som ett exempel på när undantag skall göras.

⁷⁶⁰ I sin ansökan om revision anförde parten (konkursboet): "Eftersom äganderätten kvarstår till medel, som förvaras hos sysslomannen under i lag angivna förutsättningar är i målet ej fråga om en fordran utan om ett anspråk på redovisning. Penningsumman i fråga torde vara att betrakta som vilket lösöre som helst. Kvittning kan ske endast när fordran står mot fordran men ej -- såsom fallet är i förevarande mål -- när fordran står mot äganderätt. Även om en redovisningsskyldig skulle ha möjlighet att vid redovisningen påkalla kvittning för motfordran -- något som bestrides av konkursboet -- måste situationen vara en annan, om den redovisningsberättigade gått i konkurs. Någon särskild förmånsrätt för den som av en slump har någon gäldenärens egendom i sin besittning finns inte stadgad." NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning).

kommande rätt att, vid fullgörande av sin redovisningsskyldighet, påkalla kvittning för motfordringen å provision.”⁷⁶¹

Fallet handlar om mäklare som kvittat sin fordran på provision mot skyldigheten att redovisa den handpenning som köparen betalat och som utgjorde klientmedel. Vid fastighetsköp betalas handpenningen till mäklaren för att denne agerar mellanman som tillvaratar båda parter intresse att underlätta affären. Den utgör säkerhet för säljaren i förhållande till köparen, men kan också fylla en funktion av säkerhet för mäklaren. Det kan rent av utgöra en praktisk rutin att mäklaren tar betalt ur handpenningen. I fallet förefaller domarna också utgå från en föreställning om handpenningen som säkerhet även för mäklaren. De använder i varje fall uttrycket ”eljest tillkommande rätt” och menar att mäklaren inte förlorat denna rätt för att medlen avskilts.⁷⁶²

23.5.3 Äganderättsargumentens relevans

Med hänsyn till utgången i fallet NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning) är det konsekvent att inte lägga avgörande vikt vid argument om äganderätt och likhet mellan borgenärer. Emellertid finns det anledning att ändå utveckla dessa argument i olika aspekter. Det blir en sorts undersökning av om de kan vara beaktansvärda i ett fall som bankens kvittning vid kontanthantering.

En aspekt av äganderättsargumentet kan tydliggöras genom en jämförelse med mäklarfallet. I mäklarfallet görs kvittningen i förhållande till den part till vilken medlen är på väg. Mäklaren är redovisningsskyldig till säljaren och kvittar mot sitt anspråk på provision i förhållande till säljaren. I kontanthanteringsfallet är medlen på väg att krediteras kunderna, men banken kvittar gentemot kontanthanteraren. Därmed kan det framstå som att banken tar ”kundernas” medel. Bakom argumentet ligger emellertid också en föreställning om vad som förefaller förutsebart. Systemet som parterna byggt skall leda till att banken får medlen från kontanthanteraren för att kreditera kunderna. Med denna utgångspunkt förefaller det mer förutsebart att inte göra undantag vid kontanthanterarens obestånd. Särskilt inte om systemet innebär att kontanthanteraren skall behandla medlen som främmande. Risker för att banken skulle göra anspråk på pengarna kan ur detta perspektiv framstå som överraskande. Med en jämförelse mellan

⁷⁶¹ NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning).

⁷⁶² NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning), se näst sista stycket.

mäklare och bank kan det ses som relevant att mäklarens kvittning följer rutin, medan bankens kvittning närmast utgör motsatsen.

En äganderättsföreställning ligger i viss mån också bakom tankar om att bankens agerande skulle vara omoraliskt. I ett annat sammanhang där kvittning mot redovisningsskuld blir aktuellt har det anförts att ett sådant agerande skulle vara ”förtjänt av beteckningen självtäkt”.⁷⁶³ Det har då handlat om att en panthavare som realiserat panten men fått ett överskott efter att han tagit betalt för huvudfordran. Om panthavaren använt överskottet för att ta betalt även för andra fordringar har omdömet blivit som nämnts. Jag har också tidigare kommit till slutsatsen att en panthavare inte skall kunna förfara på detta sätt gentemot pantsättaren.⁷⁶⁴ Det är en ganska enkel slutsats att dra eftersom en panthavare som vill kunna göra på detta sätt borde ha förbehållit sig motsvarande möjlighet genom generalpantklausul. Eftersom pantsättare som låter panthavare realisera panter typiskt sett också är illikvida, föreligger särskilda risker för både pantsättaren och övriga fordringsägare om kvittning tillåts. Med motsvarande argument skulle man kunna hävda att en bank som vill kunna kvitta borde behöva förbehålla sig den möjligheten i avtalsvillkor. Om en bank inte klargjort att de vill ha den möjligheten, eller med andra ord minska sin risk på detta sätt, skall banken i så fall inte ges kvittningsmöjlighet.

I beaktandet av de olika aspekterna av äganderättsföreställningar och likhet mellan borgenärer, finns det anledning att också jämföra med andra liknande förhållanden och de avvägningar som gjorts där. Att banken ges prioritet är inte nödvändigtvis märkligare än att en transportör får möjligheter att säkra betalning genom godset.⁷⁶⁵ För den köpare som betalat priset till säljaren och bara väntar på leverans, framstår det kanhända som ”självtäkt” att transportören inte levererar till köparen bara för att han inte fått betalt av sin uppdragsgivare. Detsamma kan för övrigt bli aktuellt även när en hyresgäst lämnar tillbaka den hyrda egendomen med hjälp av en transportör. I båda fallen får föreställningar om ”äganderätt” stå tillbaka. Såväl nybliven som gammal ägare kan således drabbas. Förhållandena vid transport av gods skiljer sig givetvis från förhållandena vid medelsomvandling i flera avseenden. Som just värdeargument har jämförelsen ändå relevans.

⁷⁶³ Gösta Walin, *Panträtt* 1991 s 221 not 1, 1998 s 228 not 1. I upplaga 3 av samma bok, av Gösta Walin, Göran Millqvist och Annina H Persson, 2012, i fästilt på s 234.

⁷⁶⁴ Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002 s 545–550.

⁷⁶⁵ Se ovan avsnitt 23.4.4.

23.5.4 Betoning av argumentationslinjen

Vad jag redovisat i detta underavsnitt är en argumentationslinje kring möjligheterna för en redovisningsskyldig gäldenär. Det handlar om dennes möjligheter att använda sin redovisningsskuld för att kvitta. Denna linje pekar på vissa möjligheter att kvitta. De normativa argumenten innebär att möjligheterna är större än de som följer av den argumentationslinje jag redovisat i föregående avsnitt. Med den här redovisade linjen kan kvittning komma i fråga även utan avtal om kvittningsrätt.

23.6 Relevansen av medlens status

Nästa argumentationslinje handlar kundernas intresse av att banken inte får kvitta. En linje av argument som går att föreställa sig beträffande deras intresse har att göra med medlens status. I varje fall finns det anledning att reda ut i vilket avseende denna status skall anses relevant.

I RvmL stadgas att medel som någon mottagit för annan och har innestående på räkning i bank, skall vara förbehållet huvudmannen. Av ordalydelsen framgår inte i förhållande till vem som medlen skall vara förbehållna huvudmannen. Lagtexten skulle därför kunna anföras för att prioriteten skall gälla även gentemot den bank där medlen är "innestående".

En sådan tolkning innebär emellertid en selektiv läsning av texten. RvmL är avsedd att avgöra konflikter i förhållande till den redovisningsskyldiges fordringsägare. Även om det inte framgår i förhållande till vem medlen skall vara förbehållna huvudmannen, är den möjliga konflikten mellan de redovisningsberättigade och banken inte vad lagen adresserar. Det är en helt annan typ av konflikt. Rekvisitet "avskilt" reglerar relationen till den redovisningsskyldiges övriga tillgångar. I förhållande till banken innebär uppdraget från kontanthanteraren inte att medlen skall vara avskilda från bankens övriga tillgångar. Tvärt om skall banken få medlen i kredit. I förhållande till kunderna skall banken bli gäldenär. Att banken anses redovisningsskyldig i förhållande till kontanthanteraren, leder med detta resonemang inte till att banken blir redovisningsskyldig i förhållande till kunderna.

Vad det med denna beskrivning handlar om är att hålla isär olika relationer. Att medlen anses vara redovisningsmedel i kundernas relation med kontanthanterarens borgenärer, har inte relevans för kundernas relation med banken. Tanken på att medlens status i en relation skulle vara aktuell också för en annan relation har att göra med äganderättsföreställningar. För den som utgår från föresatsen att medlen "är kundernas", blir analysen

därefter. Äganderättsbegreppet kan ha en stark makt över tanken.⁷⁶⁶ Bakom denna tankegång ligger dock värderingar som att det är orimligt att kunderna råkar illa ut. Sådana värderingar kan förstås vara relevanta att beakta i konstruktionen av en lösning.⁷⁶⁷ När det gäller analysen i detta avsnitt hör den värderingen emellertid inte till saken. Kundernas relation med banken behöver betraktas som en kreditrelation. Att banken som mottar medlen från kontanthanteraren skulle avskilja kontanta medel för respektive kund, eller öppna konton i annan bank, är inte vad banken och kunderna vill. De vill ha en kreditrelation. Det är själva poängen med bankens roll som medelsomvandlerare.

Vad jag redovisar i detta avsnitt är att medlens status i en relation givetvis inte bör ges någon relevans i andra relationer. Det faktum att medel kan ha status av redovisningsmedel i förhållandet mellan kontanthanteraren och kunderna saknar i princip relevans för medlens status hos banken. Värderingen att det är ”kundernas medel” är mer relevant, men då som en värdering som kan beaktas i konstruktionen av en lösning på frågan om banken skall få kvitta.

23.7 Relevansen av återvinningsmöjligheterna

Efter att jag i de tre föregående avsnitten redovisat argumentationslinjer som samtliga handlar om bankens möjligheter att kvitta skall jag i detta avsnitt redovisa en argumentationslinje kring vad möjligheterna att återvinna en kvittning får för betydelse.

Om banken väljer att kvitta eller på annan grund tillgodogöra sig medlen som kontanthanteraren överlämnat kan återvinning bli aktuellt. Detta förutsätter att kontanthanteraren går i konkurs.

Bankens kvittning innebär nackdel för fordringsägarna och en fördel för banken. Eftersom banken satt sig i skuld till kontanthanteraren på ett extraordinärt sätt, genom att inte acceptera uppdraget eller genom att häva avtalet, kan redan den objektiva regeln i KonKL 4:10 användas med hänvisning till 5:16 st 2.⁷⁶⁸ Med hänsyn till att banken varit i ond tro och det

⁷⁶⁶ Jfr Sjur Brækhus, *Omsetning og kredit 3 og 4, omsetningskollisjoner I og II*, 1998, s 6.

⁷⁶⁷ Jfr ovan avsnitt 23.5.3.

⁷⁶⁸ Jfr de förhållanden som annars anförs som exempel, Gertrud Lennander, *Återvinning*, 4 u, 2013 s 274–277, och 3 u, 2004 s 266–268. Jfr Eugéne Palmer och Peter Savin, *Konkurslagskommentaren 2017*, 5:16, där de förefaller anse att Lennander är alltför försiktig med att hävda lagregeln.

handlat om att tillgodogöra sig medel som andra fordringsägare skulle ha fått, kan även KonkL 4:5 hävdas.⁷⁶⁹

I den mån återvinningsreglerna tillämpas på det sätt jag nu beskrivit synes återvinningsreglerna kunna användas för att hantera frågan om banken skall få tillgodogöra sig medlen. Genom återvinning ointetgörs en kvittning som banken genomfört och återvinningsreglerna utgör också en prevention mot att banken alls gör ett försök. Återvinningsreglerna utgör dock inget hinder mot att banken trots allt försöker.⁷⁷⁰

En anledning för banken att försöka tillgodogöra sig medlen är att en sådan rättshandling innebär att motparterna måste agera. De måste göra något för att undvika att banken behåller den prioritet de tagit sig. Bankens möjligheter påverkas av att förhållandena kan vara sådana att det inte nödvändigtvis behöver vara klart vem av motparterna som skall agera.

Om förhållandena är sådana att det råder konsensus om att medlen utgjorde redovisningsmedel så länge de var i händerna på kontanthanteraren, har konkursboet ingen anledning att agera. Ett återvinningsanspråk som konkursboet gör gällande skulle leda till att konkursboet får en återbetalning som omfattar en summa som konkursboet sedan behöver fördela till kunderna. De allmänna borgenärerna i konkursen skulle inte få ut något av en sådan omgång. Under dessa förhållanden har istället kunderna anledning att agera. De kan, som borgenärer i konkursen, använda återvinning för boets räkning gentemot banken. Konkursförvaltaren kan hänvisa de kunder som berörs att själva hantera återvinningen och agera på egen risk, jfr KonkL 4:19 st 2 och 4:20 st 2.

Här utgår jag från att återvinning skall vara möjlig trots att återvinningen skulle avse medel som utgör främmande medel, och inte konkursboets. Eftersom borgenärerna påverkas, genom förändrad dividend, synes det inte finnas skäl att utesluta återvinning.⁷⁷¹

Om förhållandena istället är sådana att det råder konsensus om att medlen inte utgjorde redovisningsmedel så länge de var i händerna på kontanthan-

⁷⁶⁹ Rekvisen i KonkL 4:5 förefaller helt enkelt vara uppfyllda i ett sådant fall.

⁷⁷⁰ Om banken inte hunnit kvitta innan konkursen kan KonkL 5:16 st 2 däremot utgöra ett hinder mot kvittning. Konkursförvaltaren kan använda den regeln som stöd för att inte acceptera en sådan kvittning. I praktiken kan banken dock vägra att betala tillbaka eller vägra kreditera till kunderna i lika hög grad som om banken hunnit avge en kvittningsförklaring innan konkursbeslutet. En tvist mellan parterna kommer då bara att handla om en annan grund.

⁷⁷¹ Nackdelsrekvisitet anses kunna uppkomma om rättshandlingen lett till en omfördelning mellan fordringsägarna, se Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 u, 2013, s 102–104, 3 u, 2004 s 98–99.

teraren, har konkursboet anledning att agera för de allmänna borgenärernas räkning. Ett anspråk på återvinning blir då aktuellt.

Förhållandena kan emellertid vara oklara och omtvistade. En kontanthanterare kan ha misslyckats med att upprätthålla de rutiner som krävs och det kan vara oklart om kundernas anspråk på separationsrätt till återbetalade medel, skall godtas.⁷⁷² Det faktum att kontanthanteraren överlämnat medel till banken innebär visserligen ett avskiljande, men detta kan kontanthanteraren ha gjort när han är insolvent. Enligt RvmL blir det i så fall inte fråga om separationsrätt.

Konkursboet kan vid oklara eller omtvistade förhållanden bedöma att det inte är värt risken att försöka återvinna. Är prognosen att medlen kommer att anses utgöra redovisningsmedel riskerar återvinningen inte att leda till en förbättring för boet. Kunderna kan göra samma bedömning om prognosen är att medlen med viss sannolikhet kommer att anses utgöra allmänna medel. Resultatet skulle kunna bli att vare sig konkursboet eller kunderna tar risken.

Vid perfekt information och perfekta förhållanden för förhandling mellan boet och kunderna kommer de att lösa frågan om vem som skall återvinna även vid situationer av oklarhet kring om kunderna skall ges prioritet. De båda sidorna kan då helt enkelt komma överens om att fördela den möjliga förtjänsten av återvinningen, och likaså kan de reglera risken för en förlust vid ett anspråk gentemot banken.

Emellertid föreligger aldrig sådana omständigheter att informationen är perfekt. Förhållandena för förhandling är heller aldrig av sådan karaktär. Det finns därför ett utrymme för banken att lyckas skaffa sig prioritet genom att tillgodogöra sig medlen, även om möjligheten till återvinning står öppen enligt lag. Den enkla och egentligen självklara slutsats som jag vill peka på är således att återvinningsreglerna inte utesluter att banken lyckas skaffa sig prioritet. De påverkar bara bankens chanser att lyckas.

En särskild fråga beträffande återvinning är vilken rättshandling som återvinningen skall avse. Ovan har jag utgått från att det handlar om bankens rättshandling att kvitta eller på annat sätt tillgodogöra sig medlen. En återvinning skulle dock kunna inriktas på överlämnandet av medel till banken. Överlämnandet är en rättshandling och KonkL 4:5 kan användas för rättshandlingar. För konkursboet skulle det möjligen vara en poäng med en sådan inriktning. Då skulle banken vid förlust vara skyldig att återbetala medlen till boet. Banken skulle inte komma undan med att istället kreditera

⁷⁷² Se kapitel 22.

kunderna. Det senare kan annars vara något som banken skulle föredra, eftersom banken står kunderna närmare än konkursboet.

23.8 Beskrivningen kontoavtal och de dogmer som kan följa

I föregående avsnitt har jag redogjort för kundernas möjligheter att med hjälp av återvinning angripa ett försök från banken att skaffa sig prioritet. Kunderna kan emellertid också tänkas ha andra möjligheter att angripa bankens agerande. En tanke är att kunderna skulle ha rätt till skadestånd för att banken inte fullgör uppdraget att förmedla betalningen och kreditera kunderna. Kunderna skulle på grund av sitt avtal med banken ha rätt att kräva att banken inte vägrar utföra ett betalningsuppdrag som är avsett att resultera i att kunderna blir krediterade. En central del av bankens prestation i ett kontoavtal är att ta emot de medel och kreditera för de medel som är avsedda att krediteras på kontot.

Med denna argumentationslinje skulle kunderna kunna ha rätt till avtalad prestation, eller med andra ord avtalsenlig fullgörelse. Grunden för kundernas anspråk skulle vara avtalet och banken skulle enligt allmänna principer vara skyldig att prestera, jfr KöpL 23 §. Denna grund skulle kunna vara möjlig även om banken skulle anses ha rätt att kvitta gentemot kontanthanteraren. Det handlar om två olika avtalsrelationer och separata förpliktelser som banken har gentemot vardera avtalspart.

En central aspekt är dock om banken skall anses kunna undvika ansvar för att banken haft grund att agera som de gjort. För att en sådan förpliktelse för banken inte skall bli för långtgående behöver den begränsas för de fall banken gör sig skyldig till medverkan i brottslig verksamhet eller liknande. Att en bank har hävningsgrund gentemot en betalare skulle emellertid också kunna vara en godtagbar grund för att undvika ansvar för fullgörelse gentemot en betalningsmottagare. En uppdragstagare skall inte behöva utföra uppdrag mot någon som inte presterar sin del av avtalet.

Argumentationslinjen leder därför vidare till möjligheten att göra skillnad mellan olika grunder som banken haft för sitt agerande. Om banken haft godtagbara skäl att vägra utföra uppdraget gentemot kontanthanteraren, skulle fullgörelseskyldigheten mot kunderna bortfalla. Vad jag i tidigare avsnitt nämnt om att banken inte anser sig ha hävningsgrund, utan bara låter bli att betala, se avsnitt 23.4.1, skulle då kunna vara ett agerande som inte godtas i förhållande till kunderna. De skulle under sådana omständigheter ha rätt till fullgörelse. Här går det att jämföra med skadestånd

och de särskilda grunder som brukar krävas för skadestånd i kontraktuella förhållanden, jfr KöpL 27 §.

Det går också att göra skillnad mellan olika nivåer av medel som banken tillgodogör sig. Att en bank vid befogad misstanke om att en betalare inte kommer att fullgöra sina förpliktelser avseende just det aktuella betalningsuppdraget, skulle kunna leda till att banken får rätt i viss mån. Det skulle exempelvis kunna handla om rätt att ta betalt ur betalningsmedlen för sitt krav i anledning av just uppdraget.

För kunderna är en fördel att använda den här redovisade grunden om fullgörelse, jämfört med återvinningsgrunden. Med fullgörelsegrunden blir det inte någon efterföljande konflikt med de allmänna konkursgäldenärerna beträffande kundernas eventuella separationsrätt.

Den beskrivning jag använder för att kunna använda nämnda argumentationslinje bygger på att förhållandena inte betraktas som att banken levererar en sak, ett objekt, till kunderna. Vid transport av saker går det i princip inte att både tillgodogöra sig saken och ändå prestera genom att leverera den. Med ett sådant betraktelsesätt skulle istället skadestånd för bristande fullgörande bli aktuellt. Det skulle möjligen medföra ett behov av prövning av om banken handlat vårdslöst eller på annat sätt agerat på sätt som ger grund för skadestånd, jfr KöpL 27 §.

Vad jag tillför med denna argumentationslinje är en självklar del av en analys i vilken de olika relationerna hålls isär och hanteras var för sig. Några tydliga normativa besked åstadkommer jag däremot inte med denna redovisning. Avsikten är emellertid bara att redogöra för just en ytterligare argumentationslinje som förefaller vara relevant i en hantering av frågan om bankens möjligheter till prioritet.

23.9 Relevansen av att parterna kan reglera själva

Efter att ha redovisat en separat argumentationslinje avseende de två olika avtalsrelationerna bank–kontanthanterare och bank–kunder, redovisar jag i detta avsnitt vad det kan ha för betydelse att parterna faktiskt styr över avtalsinnehållet. I den mån parterna uppmärksammar risken för att en situation som den aktuella skall uppstå, kan de reglera den uttryckligen. För den som söker kunskap om vad som är relevant för att avgöra hur en fråga om bankens prioritet skall avgöras är det relevant att beakta hur parterna skulle reglera sina mellanhavanden.

I avsnitten ovan har jag utgått från att bankernas standardavtal ger banken någon form av stöd för att tillgodogöra sig medlen. Hade parterna justerat

villkoren i den ena eller andra riktningen om parterna förutsett risken för en situation som den aktuella? Från ett regleringsteoretiskt perspektiv är den frågan relevant. En tanke kring ett normativt ställningstagande i en dispositiv fråga är nämligen att man skall beakta vad parterna skulle ha avtalat om de tänkt på att reglera saken. Om normgivaren beslutar om den lösning som är parternas huvudalternativ behöver parterna inte kompensera genom att avtala om en annan lösning.⁷⁷³

Frågan kan konkretiseras. Om ett normativt beslut i prioritetkonflikten skulle bli att banken får tillgodogöra sig medlen med prioritet framför kunderna, skulle parterna, dvs banken och kunderna, då avtala bort denna lösning? Om lösningen skulle bli det omvända, dvs att banken inte får kvitta med kontanthanteraren utan att kompensera kunderna, skulle parterna då avtala bort denna lösning?

Ett möjligt antagande i frågan är att banken, som tenderar att ha störst inflytande över avtalsvillkoren, föredrar att kunna tillgodogöra sig medlen och därför förbehåller sig den möjligheten. Banken kan antas agera på detta vis även i framtiden eftersom ingen bank på marknaden får någon beaktansvärd konkurrensfördel genom att använda villkor som ger kunden företräde. Man kan också säga att parterna bank och kund helt enkelt inte är intresserade av att prissätta risken, eftersom den förefaller för liten för att få betydelse. Detta antagande är dock ganska osäkert. Det kan också antas att en bank som väljer att avtala på detta vis faktiskt väcker uppmärksamhet. En bank som därtill agerar utifrån ett sådant villkor, och tillgodogör sig medel som kunderna uppfattar som "sina" medel, kan kanhända lyckas sämre i konkurrensen med andra banker. Att göra något tillförlitligt antagande på denna grund är dock inte lätt. Banker använder generellt sett villkor som är relativt ensidiga och med stark tyngdpunkt på att ge bankerna stort utrymme att avgöra hur de vill agera i ett visst läge.⁷⁷⁴ Kanhända är det mest sannolika att parterna finner sig i den av lösningarna som väljs i en avtalsreglering. Detta för att risken för att banken behöver tillgodogöra sig medlen helt enkelt är för liten.

Vad jag tillför med denna argumentationslinje är framför allt ett påpekande av den vikt som brukar tillmätas marknadslösningar där parterna disponerar över resursfördelningen. Med andra ord handlar det om att peka

⁷⁷³ I enlighet med transaktionskostnadsteori, se exempelvis Peter Strömngrens redogörelse för dessa i *Tillbehör och accession*, 2012 s 69–71.

⁷⁷⁴ Se exempelvis Finansinspektionen och Konsumentverket, *Standardvillkor för finanstjänster*, Rapport 2007:15.

på att avtalsfrihet är en relevant aspekt för den som söker kunskap om vad som är relevant beträffande en reglering av bankens eventuella prioritet.

23.10 Relevansen av samhällsfunktion och samhällsrisk

I detta sista avsnitt redovisar jag antaganden om vilka konsekvenser en eller annan lösning kan få för samhället. De utgör inte till någon distinkt argumentationslinje, men åtminstone en samling av argument som jag identifierat som relevanta.

Jag börjar med att påpeka att bankerna har en särskild position som innebär att de inte är vilken aktör som helst på en marknad. Bankerna fyller i här aktuellt avseende funktionen att förenkla betalningar och andra ekonomiska mellanhavanden mellan aktörerna på marknaden. Betalningsförmedling är av helt central betydelse för samhället.⁷⁷⁵ I någon mening är bankerna därför objekt mer än subjekt i ett samhällsperspektiv. De är medlet för att transaktioner på marknaden skall kunna genomföras. Deras roll i kontanthantering är att omvandla kontanta medel till kontomedel, för att kontomedel är enklare att hantera och för att detta minskar riskerna jämfört med alternativen. Bankernas åtagande kan därför betraktas som ett brett åtagande. Det kan synas rikta sig mot flera aktörer och rent av mot marknaden som helhet.⁷⁷⁶ Därmed skulle det kunna finnas anledning att reglera bort möjligheterna för banker att med hjälp av avtalsvillkor göra ingrepp i det flöde av betalningar som bankerna skall möjliggöra.

Till sammanhanget hör antaganden om vilka effekter ett ingrepp i betalningsflödena kan ha. Beträffande banken och kunderna kan det antas att ingen av dem typiskt sett har större likviditetsproblem än den andre. Det kan antas att vare sig banken eller kunderna står och faller med de belopp det handlar om. En ”omgång” av medel som motsvarar en eller ett par dagskassor är för liten. I särskilda fall kan det förstås handla om såpass stora belopp att det försätter några kunder eller banken i en ekonomisk krissituation, men det är antagligen inte en typisk konsekvens.

Eftersom det handlar om parter som typiskt sett inte står och faller på att risken utlöses har det i princip liten betydelse hur man värderar betydelsen av att de aktuella kategorierna av aktörer är stabila. Typiskt sett är

⁷⁷⁵ Något som exempelvis utgör grundantagande i Proposition 2009/10:220 Betaltjänster, s 69.

⁷⁷⁶ I varje fall har detta tidigare varit en roll som en bank kunnat ha. I SOU 2014:61 Svensk kontanthantering s 106–108, 146–147, beskrivs bankernas nutida roll och hur de fjärrar sig från kontanthantering.

det viktigare för det ekonomiska systemet att en bank inte faller, än att en kund klarar sig. Jämförelsen beror dock givetvis på vilken kund och hur många kunder som faller, men eftersom risken det handlar om är så liten, bör detta argument inte ges någon större vikt.

Till saken hör också att risken för att en prioritetskonflikt av det slag som är aktuell kan antas vara liten. Sannolikheten för att en kontanthanterare skall gå i konkurs är antagligen mindre än för verksamheter generellt, bland annat eftersom verksamheten borde övervakas av myndighet och av alla inblandade aktörer.⁷⁷⁷ För att en konflikt skall uppstå måste banken också ha vägrat ta emot uppdraget att omvandla medlen till kontomedel för kunderna och banken måste dessutom ha fordringar på kontanthanteraren. Detta är kanhända inte osannolikt när en konkurs väl är aktuell och som nämnts förekommer det att kontanthanterare har en kontokredit hos banken. Det är ett reguljärt led i kontanthanteringssuppdraget.

Om antagandet att risken för att prioritetskonflikter är liten stämmer, går det att göra antaganden om hur parterna agerar för att fördela risken. I avsnitt 23.9 har jag antagit att parterna inte kommer att reglera frågan i avtal för att risken helt enkelt är för liten. I den mån antagandet är riktigt påverkas inte risken av att parterna blir varse risken. Däremot kan det hända att kontanthanterarens beteende påverkas när denne känner till att banken kan komma att tillgodogöra sig medlen. Med lösningen att banken kan kvitta vet kontanthanteraren att det går att påverka om det blir kunderna eller banken som får fördel. När kontanthanteraren vet att banken kan komma att misstänka obestånd hos kontanthanteraren, ställs kontanthanteraren inför ett val. Kontanthanteraren kan då låta bli att överlämna medel till banken för att istället hålla dem avskilda hos sig. Därmed väljer kontanthanteraren att gynna kunderna. Omvänt kan kontanthanteraren välja att gynna banken genom att överlämna medel. Risken för att kontanthanteraren hamnar i ett läge där kontanthanteraren behöver göra sådana överväganden är liten, men den är reell. Eftersom risken är reell kan den i princip påverka kontanthanterarens agerande också i lägen där något obestånd egentligen inte är aktuellt. Har kontanthanteraren då en preferens för att gynna kunderna framför banken skulle det kunna leda till onödiga dröjsmål i kontanthanterarens hantering. Huruvida risken för sådana dröjsmål ens är beaktansvärd är dock givetvis ännu svårare att göra antaganden om än de lösa antaganden jag i övrigt gjort. Till saken hör att

⁷⁷⁷ Jfr ovan avsnitt 22.4.

det också finns sanktioner att ta till mot sådant beteende. Återvinning och straffsanktioner kan användas. Det påverkar också risken.

Ett annat antagande kring risk rör det möjliga dilemma som kan uppstå för banken om det är oklart vad kontanthanteraren överlämnat till banken. Att det är pengar är klart, men förhållandet mellan kontanthanteraren och kunderna kan vara ett redovisningsmedelsförhållande eller ett kreditförhållande. Banken vet i princip inte om medlen är sådana att kunderna skulle fått separationsrätt till dem i kontanthanterarens konkurs om kontanthanteraren inte överlämnat dem. Det står så att säga inte på medlen att de verkligen var redovisningsmedel. Med andra ord framgår det inte om de i en framtida process kommer att bedömas ha varit redovisningsmedel. Dimensionen på det dilemma som banken ställs inför beror på vilka konsekvenserna blir av att banken kvittar på felaktiga grunder.

Det går förstås att göra ytterligare påpekanden om risker som är relevanta att beakta. För den som skall avgöra om banken skall få tillgodogöra sig medlen kan det finnas anledning att beakta fler risker än de jag redovisat. Som framgått handlar det då dock om antaganden i mer än ett led. Det kan därför vara svårt att bedöma vilken tyngd som skall ges åt argument som bygger på antagandena. Vad jag vill uppmärksamma med detta avsnitt är bara att riskfördelningsaspekterna förefaller vara relevanta. Att de också är komplexa är en ofrånkomlig följd.

23.11 Relevansen av helhetsbilden

Vad jag redovisat i detta kapitel är ett antal argumentationslinjer som jag identifierat som relevanta för den som vill hantera frågan om en möjlig prioritet för en bank som fått i uppdrag att omvandla penningmedel som banken mottagit från en kontanthanterare. Jag har som jag nämnt inte haft ambitionen att konstruera en lösning. Vad jag intresserat mig för är vilka argument som skulle kunna vara relevanta och hur de kan hänga ihop för att bilda argumentationslinjer. Genom att identifiera och konstruera dessa argumentationslinjer har jag givit en bild av vad de inblandade aktörerna har anledning att förhålla sig till. När jag betraktar bilden ser jag en hel del skäl för att en bank bör låta bli att försöka skaffa sig prioritet på detta sätt. Även om en bank skulle vara förutseende och avtalsvägen reglera möjligheterna i förhållande till både kontanthanterare och kunder, finns det anledning att vara försiktig med slutsatsen att avtalsvillkoren skulle godtas av en domare. Därtill innebär möjligheterna till återvinning att möjligheterna till framgång för banken bör vara små. Även i de fall kontanthanterarens konkursbo och

kunderna är oeniga om huruvida medlen utgjorde redovisningsmedel har dessa båda parter anledning att komma överens.

Den bild jag tecknar innebär inte att jag normativt pekar ut ett svar på frågan om banken får prioritet eller inte. Någon utsaga om gällande rätt i den frågan har jag inte alls haft ambitionen att åstadkomma. Vad jag gjort är att göra en bredare analys. I den har jag identifierat flera rättsfrågor som rymmer oklarheter. Ändå menar jag att jag åstadkommit en särskilt relevant bild av hur en bank och övriga inblandade bör agera. Jag menar rent av att den är betydligt mer relevant än ett normativt svar på frågan om en bank skall få kvitta. Givet att ett normativt svar bara kan vara en utsaga och vanligtvis bara brukar avse en begränsad aspekt av den helhet som är relevant. För mig har det varit en särskild ambition att med detta avsnitt visa just varför det kan vara särskilt relevant att ha ett bredare kunskapsintresse.

23.12 Reflektioner kring resultatet

En första reflektion över det resultat jag presenterat är om det inte hade varit bättre att ge ett normativt svar på frågan om banken skall få kvitta? Det vore väl en enkel sak att svara att banken inte får tillgodogöra sig medlen! – Ja, så kan man kanske tänka. Det hade onekligen inneburit betydligt mindre arbete att åstadkomma en normativ konstruktion på ungefär det temat. Givet de dogmer som jag identifierade förefaller det heller inte som om en sådan insats hade blivit särskilt problematisk. Antagligen hade de som fått ta del av en sådan insats inte höjt på ögonbrynen om jag motiverat med en hänvisning till svensk doktrin och allmänna principer. Den omständliga analys som jag redovisat kan i jämförelse betraktas som att jag letat problem där det inte fanns några. Vad jag uttryckt och lagt vikt vid avseende exempelvis återvinningsmöjligheterna, kan kanske framstå som irrelevanta självklarheter.

Min invändning mot reflektioner som dessa är att jag hade ett annat kunskapsintresse än att åstadkomma en normativ konstruktion. Vad jag ville veta var vilka argument som kan anses relevanta i frågan om prioritet. Genom att identifiera och sammanställa dessa i argumentationslinjer konstruerade jag en helhetsbild som jag finner betydligt mer intressant än en normativ utsaga av det slag jag skulle kunnat åstadkomma. Att denna helhetsbild sedan framstår som ett tydligt svar på frågan om prioritet i stort, ser jag som en bonus. Det är också en anledning till att jag valt att skriva ett kapitel om just denna del av forskningsprojektet. Helhetsanalyser där

aspekter från flera relationer beaktas, förekommer i förmögenhetsrätten, men de blir sällan utpekade som specifika metoder.⁷⁷⁸

Till sammanhanget hör också frågan om jag åstadkommit något som inte tidigare var känt? En reflektion rör då relevansen av att det finns normativa utsagor om att subjekt som tar emot medel från en betalare till för att en betalningsmottagare skall få betalt, inte skall få kvitta. Det kan för somliga antagligen förefalla närmast självklart att detta inte bara bör vara lösningen, utan även att det "är" lösningen. Vad jag tillfört är emellertid en analys som kan användas för att förklara varför ett sådant normativt val ligger nära till hands. Att åstadkomma ett nytt material som kan användas för att motivera ett sådant val kan ha nyhetsvärde. Jag har inte tagit något stort steg jämfört med vad vi redan visste, men jag betraktar det ändå som ett steg längre.

En annan närliggande reflektion över resultatet är att det kan förefalla perifert och ha liten betydelse. Frågan om bankens möjligheter att tillgodogöra sig de medel som en kontanthanterare överlämnat, kan antas uppkomma tämligen sällan. Däremot går det kanhända att arbeta vidare med resultatet och göra fortsatta analyser kring vad en bank kan göra i förhållande till andra slags subjekt än kontanthanterare.

I förhållande till min målbild av "forskningsresultat" ser jag det inte som något avgörande problem om ett resultat är perifert. I jämförelse med vad andra forskare i förmögenhetsrätt brukar göra är det heller inte ovanligt att en forskningsinsats handlar om relativt specifika förhållanden. De fungerar som en anvisning för andra forskare att fortsätta arbeta med frågan. För praktiskt verksamma jurister är det också en markering av att de behöver hantera resultatet utifrån att det är begränsat till en viss kontext.

I mina reflektioner kring om jag tillfört någon förståelse ser jag att min insats bidrar med relevanta argument för hantering av den potentiella konflikten. Eftersom det handlar om civilrätt bidrar den också med förståelse för hur avtal kan konstrueras och hur aktörer av aktuellt slag kan agera givet de möjliga rättsföljderna. I ett specifikt avseende har jag som framgått också gjort en direkt förutsägelse om olika alternativa ageranden från aktörerna. Det kan vara relevant när det gäller framtida avtalskonstruktioner och kontanthanterarens agerande inför förestående konkurs.

⁷⁷⁸ Jfr exempelvis Knut Rodhes analys av vad han ser som en kombination av klara och oklara frågor i Något om säkerhet i ett flöde av ekonomiska värden enligt svensk rätt, FJFT 1973 s 239–259. Jag har själv inte pekat ut motsvarande aspekter av min metod i flera av de frågor som jag behandlar i Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar, 2002, se kapitel 5–9.

Som jag ser det har mitt tillvägagångssätt varit systematiskt. Jag har analyserat samtliga relationer och identifierat relevanta juridiska konstruktioner som används för att hantera relationerna. Likaså har jag identifierat särskilda argument av värdekaraktär och risker. Det är möjligt att jag hade kunnat använda ytterligare perspektiv för att identifiera fler argument som kan anses relevanta. Vad jag gjort är trots detta systematiskt, menar jag.

En metod som jag använt har varit att analysera en avtalsrelation utifrån sedvanliga avtalsrättsliga principer. Jag har helt enkelt, på sätt som är sedvanligt i juridiken, analyserat hur avtalsrelationen kan betraktas med avtalsrättsliga begrepp som anbud, accept, hävning, uppsägning och sanktioner för avtalsbrott. På motsvarande sätt har jag hanterat återvinningsregleringen. Vad jag gjort i dessa delar är inte någon ingående analys, utan tvärt om en relativt ytlig sådan. Jag hade kunnat problematisera varje del och varje rekvisit. Att jag förenklat metoden i dessa delar behöver dock inte innebära att metodologin anses bristfällig. Dessa delar kan betraktas som grundläggande antaganden från vilken analysen i övrigt utgår. De argumentationslinjer som jag använt består på detta vis av vissa antagna förutsättningar, eller variabler, och en närmare analys av de övriga frågor som de antagna förutsättningarna kan leda till.

Den mer ingående analysen avser hur en avtalsrelation förhåller sig till en annan avtalsrelation, till argument kring intressebetraktningen mellan banken och kunderna, samt till risk och riskfördelning. I dessa delar menar jag att analysen är metodisk. Det är en kartläggning av argument från minst tre olika perspektiv.

Jag har genomgående gjort en del antaganden, inte minst kring argumenten om risk. De antaganden jag gjort har inget empiriskt stöd. Vad jag gjort är helt enkelt relativt lösa antaganden. Detta är sedvanligt i rättsvetenskapen, men likafullt är det problematiskt i vetenskapligt hänseende. Även på denna punkt kan tilltaget försvaras med att antagandena inte skall betraktas som fakta utan som variabler.

Vad jag presenterat i detta kapitel är alltså argument som är relevanta i frågan om banken skall kunna tillgodogöra sig medlen. Jag har också presenterat en helhetsbild som visar hur begränsade möjligheterna för banken är. Kapitlet kan antas fylla en funktion för de kunskapsintressen som läsare av rättsvetenskapliga rön kan ha. De olika kategorier av läsare som vill veta hur denna fråga kan hanteras bör ha fått veta just detta.

Jag vill avsluta med reflektionen att resultatet motsvarar den målbild av "forskningsresultat" som jag arbetat med i detta projekt. Det är ett speciellt

resultat, men också just ett resultat. Av ovan nämnda skäl motsvarar det min målbild.

24 (T) Otillbörlighetsbedömningen beträffande kontanthantera- res insättningar på kontokredit

Med detta, bokens sista konkreta exempel, vill jag inte illustrera något nytt beträffande resultatriktningen. I förhållande till tidigare kapitel är det istället ett ytterligare exempel som bygger vidare på vad jag redovisat i två olika delar av boken. Vad jag vill visa är hur ett resultat som jag nått om att en norm är användbar kan förstärkas med ytterligare underlag för slutsatsen. Jag menar att detta tillför en aspekt till det resultat tänkande jag använt i projektet. Vad jag gjort behöver dock inte beskrivas på detta sätt. En alternativ beskrivning är att jag visar hur en viss företeelse kan hanteras utifrån vissa regler.

I förhållande till förmögenhetsrättslig forskning som inte är resultatriktad är det jag redovisar i kapitlet inget ovanligt i förmögenhetsrättslig forskning. Vad jag gör kan nämligen jämföras med att använda en normativ utsaga från ett fall, för att pröva om den fungerar att använda på ett liknande fall. Med andra ord skulle jag kunna beskriva insatsen i detta kapitel som att jag prövar att tillämpa en norm för att se vad utfallet blir. Min avsikt är emellertid inte att åstadkomma en normativ utsaga. Vad jag vill åstadkomma är en bedömning. Jag vill bedöma om en norm, som jag redan bedömt som användbar i en kontext, också är användbar i en viss annan kontext. På det viset prövar jag i någon mån om det resultat som den tidigare bedömningen utgör, är stabilt.

Huruvida denna tankegång har något att tillföra i en förmögenhetsrättslig forskningsprocess kan diskuteras. Jag vill bara peka på en möjlighet som resultatriktningen ger.

24.1 Forskningsfrågan – är förarbetsnormen användbar? (II)

Forskningsfrågan handlar om återvinning i kontokreditrelationer. Jag använder den norm för otiltblörighetsbedömning avseende rättshandlingen betalning, som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin. I kapitel 9 har jag redovisat forskningsresultatet att denna norm logiskt sett är användbar i kontokreditrelationer, se kapitel 9. Vad jag gör i detta kapitel, 24, är att pröva om denna norm också kan användas när det handlar om en viss sorts gäldenär och en viss sorts kontokreditrelation. Gäldenären är nämligen en sådan kontanthanterare som hanterar kontanta medel för andra som jag beskrivit i de två föregående kapitlen, 22–23. I den verksamheten ingår att ta emot eller hämta kontanter hos kunderna, att kontrollräkna pengarna, att transportera en del av dem till olika banker och en del av dem tillbaka till kunder i för kundernas verksamhet lämpliga valörer, samt att gottskriva kundernas olika bankkonton. Med hänsyn till den tid det tar att utföra de olika momenten kan det uppstå tidsutdräkt mellan att kunderna lämnar ifrån sig pengarna till dess att gottskrivning görs på kundernas konton. För att undvika denna tidsutdräkt kan kontanthanteraren avtala med sin bank om en kontokredit. Kontanthanteraren kan med hjälp av kontokrediten se till att kundernas bankkonton gottskrivs i ett tidigare skede än när kontanterna anländer till de depåer dit kontanthanteraren efter bearbetningen transporterar dem.⁷⁷⁹

Under dessa omständigheter är det i begränsad mån kontanthanterarens ekonomi som kontokrediten avser. Den skall istället stödja en från kontanthanteraren skild ekonomisk hantering. Vad kontanthanteraren gör med kontokrediten är att låna pengar för att skapa sig mer tid för den praktiska hanteringen. Det är tänkt att det hela tiden skall finnas kontanter på väg som motsvarar uttagen från kontot. När kontanterna når sin destination innebär det, på ett mer eller mindre direkt sätt, att banken mottar en insättning som motsvarar det tidigare uttaget. Härmed inte sagt att kontanthanterarens ekonomi inte är inblandad. Om kontanthanteraren haft egna finansiella

⁷⁷⁹ Beskrivningen är en typiserad förenkling jämfört med hur kontanthanterares verksamhet kan gå till när det handlar om stor skala. SOU 2014:61 Svensk kontanthantering ger en mer omfattande beskrivning. I utredningen används benämningen värdebolag istället för kontanthanteringsföretag, s 48. Se även SOU 2008:50 s 108–111. En annan publicerad beskrivning av verksamheten i ett kontanthanteringsföretag finns i Mikael Möllers Insolvensrättsliga utlåtanden, Ett urval från åren 1989–2015, 2016, s 504–506. Se även Benjamin Stål, Snabbare Cash, Effektiv kontanthantering är en tillväxtmarknad, Vinnova/Blue Institute, 2013.

resurser att gottskriva kunderna med, hade kontokrediten inte behövts. Med kontokredit lånar kontanthanteraren istället de finansiella resurser som behövs.

Forskningsfrågan i detta kapitel är om den norm för otillbörlighetsbedömning som jag bedömt vara användbar för kontokreditrelationer, är användbar även för kontanthanterares kontokrediter?

Normen för otillbörlighetsbedömning avser rättshandlingen betalning. Det är en normativ utsaga som hävdats i förarbeten, rättsfall och doktrin. Den innebär att betalning med ett *betydande belopp* till en oprioriterad borgenär *kort tid före konkursen*, då borgenären *kände till* att gäldenären var eller genom betalningen blev insolvent, för det mesta bör anses otillbörlig även om den i och för sig är *ordinär*.

Det skall redan inledningsvis påpekas att detta kapitel handlar om gäldenärer med ganska specifik verksamhet. Detta innebär dock inte att resultatet har en relevans som är begränsad till dessa förhållanden. Det är inte otänkbart att jämförbara rättsfrågor kan uppträda i andra sammanhang av sysslomän.

24.2 Resultat (T) – normen för otillbörlighetsbedömning är även användbar när gäldenären i kontokreditförhållandet är en kontanthanterare

Forskningsresultatet i detta kapitel är att den norm för otillbörlighetsbedömning som jag redovisat i kapitel 9, är användbar även för kontanthanterares kontokrediter. Avvägningen kan emellertid behöva göras annorlunda med hänsyn till de specifika förhållandena vid kontanthantering. I den mån kontanthanterare gör insättningar som en följd av att medel flyter in genom kontanthantering, kan normen användas på sätt som innebär att det påverkar om insättningarna skall bedömas som återvinningsbara. Normen innebär möjligheter att beakta om kontanthanteraren följt de rutiner som ställts upp för att medlen skall anses utgöra redovisningsmedel i kontanthanterarens konkurs. När kontanthanteraren inte följt sådana rutiner ger normen också möjlighet att beakta hur kvalificerad bankens onda tro varit för att därigenom göra åtskillnad mellan olika slags ageranden i återvinningshänseende. I huvudsak innebär forskningsresultatet dock en bekräftelse av att normen är användbar även för de speciella förhållanden som råder för kontanthanterare.

24.3 Metoder – utfallsanalys och konsekvensanalys

För att bedöma om normen för otillbörlighetsbedömning är användbar även för kontanthanterares kontokrediter har jag byggt vidare på det resultat jag redovisat i kapitel 9. Där har jag gjort en rättsdogmatisk utredning och använt metoder för identifiering av karakteristika, sambandsanalys och kvantifieringsanalys. De metoderna är därför en del också av processen för att nå det här aktuella resultatet.

Vad jag tillför i detta kapitel är fyra analyser av hur normen för otillbörlighetsbedömning kan användas för de specifika förhållandena vid en kontanthanterares kontokredit. Det handlar därför om utfallsanalyser såtillvida att jag prövat vad normen kan leda till för utfall. I samband med dessa utfallsanalyser har jag också identifierat några olika konsekvenser.

För att kunna göra utfalls- och konsekvensanalyserna har jag gjort antaganden om hur penningflödena kan hanteras i en kontanthanterares verksamhet. Jag har analyserat hur insättningar på en till kontanthanteringen kopplad kontokredit skiljer sig från insättningar generellt. Det handlar alltså om jämförelser mellan olika förhållanden utifrån perspektivet att ett visst rekvisit skall tillämpas eller inte tillämpas. Vidare har jag analyserat tre olika fall, som beror på hur kontanthanteraren agerat. I den första av dessa tre delar av analysen analyserade jag hur otillbörlighetsbedömningen skulle kunna göras för de fall där det inte föreligger någon brist i redovisningsmedlen. I den andra delen analyserade jag förhållandena då kontanthanteraren identifierat en brist och gör tillskott för att reglera en brist. Den tredje delen av analysen avsåg förhållanden med oreglerad brist i redovisningsmedlen.

Analyserna i detta kapitel har gått ut på att nå kunskap om möjliga utfall och konsekvenser av en tillämpning av normen. Avsikten har varit att kunna bedöma om normen är användbar också för dessa speciella fall. Jag menar att normen för otillbörlighetsbedömning kan användas för att uppmärksamma de olika nyanser i omständigheterna som jag antagit kan föreligga vid kontanthantering. Det är i den meningen som jag använt utfalls- och konsekvensanalysen.

24.4 Kontokreditens funktioner och hur otillbörlighetsbedömningen kan förhålla sig till dessa

Den kontanthanteringsverksamhet som är aktuell i detta kapitel är alltså kopplad till en kontokredit hos en bank. Kontanthanteraren har fått en kontokredit av banken för att skapa marginaler i kontanthanteringen. Med

hjälp av kontokredit kan kontanthanteraren se till att kundernas bankkonton gottskrivs i ett tidigare skede än när hanteringen av pengarna är klar.

En första aspekt kring frågan om otillbörlighet är att det går att ifrågasätta huruvida en kontokredit är en vettig ordning i sammanhanget. Om banken ger kontanthanteraren kredit i syfte att kontanthanteraren skall kunna skynda på krediteringen till kunderna innebär det att banken är medveten om att de rutiner som bestämts är alltför optimistiska för att kontanthanteraren skall klara av dem. Förekomsten av en sådan kontokredit, i kombination med att den också utnyttjas regelbundet, innebär i praktiken att banken låter kontanthanteraren dra ut på tiden med kontanthanteringen. Det är något som banken inte borde understödja med hänsyn till de ökade risker som detta medför. För varje dag som hanteringen drar ut på tiden kan kontanthanteraren i princip ge sig själv kredit, eller ta medel, motsvarande en dags inflytande medel, se kapitel 22.

En kontokredit kan emellertid vara kostnadsminimerande för alla inblandade. Jämfört med att kontanthanteraren skjuter till egna medel kan kontokrediten vara ett billigare alternativ, eftersom användandet av kontokrediten involverar kontoåtgärder hos samma bank som skall kreditera kunderna.

Därtill kan kontokrediten bli en informationskälla för banken. Banken ser då enkelt om kontanthanteraren använder kontokrediten undantagsvis eller regelmässigt. Kontokrediten ger banken information som banken kan använda i sin övervakning, för alla inblandades bästa, se kapitel 22. Jag utgår i det följande därför från att kontokrediten inte i sig ger anledning till beaktande i återvinningshänseende. Däremot påverkar kontanthanterarens utnyttjande av kontokrediten bankens goda eller onda tro kring förhållandena vid en insättning. Eftersom normen för otillbörlighetsbedömningen ger utrymme för att beakta sådant, se resultat i kap 22, är normen användbar för att hantera denna aspekt av återvinning vid kontanterares konkurs.

24.5 Återvinning vid separationsrätt – återvinning av överskott

I detta andra avsnitt redovisar jag min analys avseende de fall där kontanthanteraren följt uppgjorda rutiner på sätt som innebär att kontanthanteringsmedlen utgör redovisningsmedel. Kontanthanteraren har gjort vad som var avsett men har ändå behövt använda kontokrediten för att det uppstått en tillfällig brist. Eftersom kontanthanteraren uppfyllt kraven hade kontanthanteringskunderna separationsrätt till medlen i kontanthanterarens konkurs, så länge de fanns hos kontanthanteraren. I avsnittet redovisar jag

hur normerna om återvinning kan användas i förhållande till en insättning som kontanthanteraren gjort innan konkursen.

När kontanthanteraren har räknat de inkomna medlen, sorterat dem och transporterat dem till destinationen, blir överlämnandet en insättning på kontokrediten. I den mån kunder redan blivit krediterade genom kontokrediten kommer överlämnade medel bli en motsvarande insättning på kontokrediten. Så länge verksamheten fungerar som det är tänkt, består den insättning som kontanthanteraren gör av medel som utgör ett överskott. Det handlar om ett överskott i den pott av kontanta medel som kontanthanteraren vid varje ögonblick innehar och som kunderna har separationsrätt till. Kontokrediten har då i princip bara utgjort en kredit i förhållande till potten av redovisningsmedel.

Ett annat sätt att uttrycka samma sak är följande: Genom förskottet som kontanthanteraren betalat ut med kontokrediten har de kunder som i den relevanta hanteringsomgången levererat in medel för hantering fått sina anspråk täckta. Om alla förhållanden hade frusits i ögonblicket efter insättningen hade de medel som kontanthanteraren innehar inte fullt ut behövts för att täcka övriga anspråk. När allt fungerat som det skall kommer det därför inte att föreligga någon brist avseende hanterade medel. Kunderna med anspråk på främmande medel kommer att få sina anspråk täckta eftersom medlen anses vara redovisningsmedel.

När förhållandena är som de nämnda, d v s kontanthanteraren har följt rutinerna så att kunderna har separationsrätt som ger dem full täckning för sina anspråk, finns det ingen anledning att använda återvinning av en insättning för dessa kunders räkning. Funktionen hos en återvinning skulle däremot kunna vara att tillgodose de allmänna borgenärerna i konkursen. En återvinning av en insättning skulle öka potten av redovisningsmedel och innebära att potten omfattar ett överskott i förhållande till kundernas anspråk. Detta överskott skulle i konkursen fördelas till de allmänna borgenärerna. Banken skulle i detta läge vara en av flera allmänna borgenärer och gå miste om det företräde som insättningen inneburit.

Vad jag just beskrivit innebär en förklaring av varför en insättning, genom överlämnande av medel som hör till potten av redovisningsmedel, skulle utgöra en nackdel för de allmänna borgenärerna i konkursen. Någon grund för att inte betrakta en insättning under nämnda förhållanden som en nackdel, har jag inte identifierat. Det faktum att en kontanthantering som skötts enligt rutiner för att medlen skall betraktas som redovisningsmedel utgör inte någon sådan grund. Härmed inte sagt att det skulle vara omöjligt att konstruera en sådan grund. Exempelvis skulle kontanthanteringen

kunna betraktas en sorts särskild enhet eller som ett eget rättssubjekt. Då kan kontokrediten från banken anses rikta sig till denna enhet istället för till kontanthanteraren. En insättning med medel som hör till kontanthanteringen skulle med en sådan konstruktion inte betraktas som något som är till nackdel för de allmänna borgenärerna. De allmänna borgenärerna har aldrig haft något anspråk på dessa medel, skulle man kunna tänka. Jag menar emellertid att det inte finns anledning att räkna med en sådan konstruktion i den analys jag redovisar här. Istället utgår jag från att nackdel föreligger.

Ett rekvisit som är mer relevant att arbeta med i sammanhanget är otillbörlighetsrekvisitet. Beträffande otillbörlighet finns det nämligen anledning att beakta att kontanthanterarens insättningar görs enligt rutin. Det faktum att en insättning är rutinmässig är en omständighet som kan användas för att diskvalificera återvinning. Uttryckt på ett mer direkt sätt handlar det om att det inte är otillbörligt att följa en legitim rutin.

Till bedömningen av otillbörlighetsrekvisitet hör också vad jag ovan pekat på om att transaktionerna ligger utanför kontanthanterarens egen ekonomi. Transaktionerna skall vara föranledda av det flöde av medel som kontanthanteraren hanterar, och inte av affärshändelser i kontanthanterarens egen ekonomi. Därmed är storleken på insättningarna inget som kontanthanteraren påverkar. När hanteringen av de kontanta medlen är klar skall medlen sättas in för att täcka de uttag kontanthanteraren gjort för att kunna redovisa i avtalad tid trots att han inte är klar med hanteringen. Den omständigheten att en kontanthanterare gjort insättningar med stora belopp behöver därför i princip inte betraktas som något som bidrar till otillbörlighet.

På motsvarande sätt förhåller det sig i hög grad med tidsaspekten. Kontanthanteraren styr visserligen över när insättningarna görs, men det kan även här handla om att följa rutiner. Att kontanthanteraren inte hunnit med i sin hantering, utan nödgats använda kontokredit för att inte hamna i dröjsmål, innebär inte med nödvändighet en avvikelse från rutinen. Rutinen kan vara utformad på detta sätt. I princip kan det handla om att alla kunder förskottas vid varje tillfälle. Således behöver det faktum att en kontanthanterare gjort en insättning kort tid innan konkursen inte bedömas som kvalificerande i otillbörlighetshänseende.

Vad som utifrån ovanstående resonemang återstår att beakta är nivån av ond tro. Om banken är i kvalificerat ond tro om att insättningen gynnar banken, till skada för de allmänna borgenärerna, skulle denna onda tro vara relevant utifrån de generella kriterierna. Är den onda tron särskilt graverande och kombineras med en avvikelse från rutin, går det i princip att dra gränsen

på så vis att även en insättning som leder till överskott i redovisningspotten skulle kunna återvinnas.

Det är heller inte otänkbart att involvera belopps- och tidsaspekterna i en bedömning av om en insättning skall återvinnas. Handlar det om belopp som avviker från vad som varit normalt kan detta användas för att åstadkomma den likhet som är bakgrunden till återvinningsinstrumentet.

Ett alternativ till att använda de generella kriterierna för otillbörlighetsbedömningen vore att schablonmässigt utesluta återvinning av överskott. Skälet för detta skulle främst vara de argument jag ovan nämnt om att kontanthantering ligger vid sidan av kontanthanterarens egen ekonomi. Något relevant skäl för en sådan schablonmässighet har jag dock inte identifierat. Istället framstår möjligheten att kunna göra en bedömning av det enskilda fallet som en lösning att föredra. Det ligger i linje med att inte avgöra frågor med hjälp av begreppslogik, i detta fall närmast med äganderättsbegreppet. Som kommer att framgå nedan är det också konsekvent med att inte använda schablonlösningar för de fall där utfallet blir det omvända, d v s att alla rättshandlingar med vissa karaktäristika anses otillbörliga.

Vad jag redovisat i detta underavsnitt illustrerar hur den norm för otillbörlighetsbedömning som hävdats i förarbeten, praxis och doktrin kan användas vid återvinning i kontokreditförhållanden där kontanthanteraren fått en kontokredit för att undvika tidsutdräkt i medelsomvandlingen, och agerat i enlighet med rutiner.

24.6 Återvinning av tillskott för bristtäckning

I detta avsnitt redovisar jag min analys avseende några av de fall där rutinerna för kontanthantering inte fungerat. En brist har blivit konstaterad. Den har i ett första skede hanterats med hjälp av kontokrediten från banken. Därefter har det visat sig att bristen inte är tillfällig. När kontanthanteraren upptäckt en brist kan denne välja att reglera bristen. I den mån kontanthanteraren vill reglera bristen får denne se till att skjuta till vad som behövs till potten av redovisningsmedel. Tillskjutandet skall kontanthanteraren göra med egna medel. Huruvida kontanthanteraren slutligt skall ansvara för bristen är en senare fråga. Hur den besvaras beror förstås på vad orsaken till bristen slutligen fastställs till, men jag räknar här med att det är kontanthanteraren som ansvarar.

När rutinerna för kontanthantering fungerar som det är tänkt, skall det förstås inte uppstå några underskott i hanteringen. Rutinerna är dock begränsade av att teori och praktik kan skilja sig åt. Av olika skäl kan det

uppstå brister. Det kan exempelvis bero på att de medel som kommer in inte är så stora som ingivarna uppgivit, att delar av inflödet för en tid "fastnar på vägen", att kontanthanteraren begår misstag såsom felräkning, och att det förekommer svinn. Det kan förstås också bero på att kontanthanteraren trots allt använder de hanterade medlen för sin verksamhet eller annat icke avsett ändamål.

När kontanthanteraren upptäckt en brist kan denne välja att reglera bristen.⁷⁸⁰ I den mån kontanthanteraren vill reglera bristen får denne se till att skjuta till vad som behövs till potten av redovisningsmedel.

Eftersom kontanthanteraren gör tillskjutandet med egna medel för att reglera ett ansvar som kontanthanteraren har innebär tillskjutandet att de allmänna borgenärerna i en följande konkurs får mindre utdelning. Tillskjutandet av medel till potten av redovisningsmedel blir en rättshandling som är till nackdel för de allmänna borgenärerna. När medlen till insättningen tas från de tillgångar som de allmänna borgenärerna annars hade fått utdelning i, blir det svårt att inte jämföra tillskjutandet med vilken betalning som helst. Återvinning kan då vara aktuellt avseende rättshandlingen att tillskjuta medel till potten av redovisningsmedel. När medlen därefter används till en insättning på kontokrediten kan återvinning gentemot banken bli aktuell.

Om det handlar om ett stort belopp som sätts in kort tid innan konkursen, kan det handla om ett otillbörligt gynnande av banken. Ett val att reglera en stor brist kort tid innan konkursen bör kunna beaktas som kvalificerande i otillbörlighetshänseende. Har kontanthanteraren dragit ut på tiden med att reglera bristen i förhållande till när den upptäcks är detta något som kan betraktas som kvalificerande genom tidsaspekten. Valet att avvakta med att reglera bristen för att istället reglera den kort tid innan konkursen är något som bidrar till otillbörlighet.

Kontanthanterarens reglering av en brist kan emellertid också följa rutin. Exempelvis kan det handla om att kontanthanteraren alltid reglerat brister inom viss tid efter att en brist konstaterats. I den mån insättningen görs i enlighet med rutin är det en faktor som i sig kan påverka otillbörlighetsbedömningen genom ordinäritetsaspekten.

Något som kan förefalla vara ett problem i sammanhanget är hur reglerna skall användas när det inte går att urskilja i vilken mån en insättning utgör en sådan reglering av ansvaret som jag här räknar med. Så länge hanteringen verkligen bara handlat om främmande medel går det dock, åtminstone i teorin, att se att kontanthanteraren tillfört egna medel till systemet (potten)

⁷⁸⁰ Jag redogör för ett alternativ i nästa avsnitt.

för de främmande medlen. Den delen av insättningen bör bedömas för sig i otillbörlighetshänseende.

Ett annat problem med återvinning är att avgöra vilken borgenärskategori som skall dra fördel av återvinningen. Kontanthanteraren har använt egna medel för att reglera bristen och detta är medel som annars i princip skulle ha kommit de allmänna borgenärerna till godo. Samtidigt handlar det om att kontanthanteraren reglerat ett ansvar gentemot redovisningsmedelsborgenärerna.

Problemet skulle kunna hanteras genom att göra två bedömningar. Med andra ord skulle bedömningen kunna göras genom att betrakta kontanthanterarens insättning som två rättshandlingar. Den första bedömningen skulle avse om insättningen skall bedömas som otillbörlig, och i övrigt återvinningsbar, i förhållande till banken. Om så är fallet skulle insättningen också bedömas i förhållande till redovisningsborgenärerna. I den mån även regleringen av kontanthanterarens ansvar gentemot redovisningsborgenärerna anses otillbörlig skulle de återvunna medlen räknas de allmänna borgenärerna tillgodo i konkursen. Utfallet borde mycket väl kunna bli olika i de olika bedömningarna. Exempelvis kan den första bedömningen bli att det är fråga om otillbörlighet, medan den andra bedömningen inte leder till sådan bedömning.

Precis som föregående underavsnitt illustrerar detta underavsnitt hur den norm för otillbörlighetsbedömning som hävdats i förarbeten, praxis och doktrin kan användas även i speciella förhållanden. Normen kan användas för att hantera de förhållanden som råder vid återvinning i kontokreditförhållanden där kontanthanteraren fått en kontokredit för att undvika tidsutdräkt i medelsomvandlingen.

24.7 Återvinning av insättning med ”fel del” av redovisningsmedlen

I detta avsnitt redovisar jag min analys avseende några ytterligare fall där rutinerna för kontanthanteringen inte fungerat. Kontanthanteraren kan nämligen agera på olika sätt kring brist. I den mån det handlar om en brist som kontanthanteraren upptäckt är ett alternativ att inte reglera bristen. Istället kan kontanthanteraren fortsätta göra insättningar på kontokrediten med hjälp av medel som inflyter i senare omgångar av kontanthanteringen. Kanhända är ett sådant val det mest praktiskt relevanta eftersom en kontanthanterare som är på väg att gå i konkurs inte kan, eller inte har incitament, att reglera bristen.

Möjligheterna för kontanthanteraren att agera på nämnda vis beror på att flödet av medel under en viss tid passerar kontanthanteraren. Det flöde som vid varje tidpunkt finns hos denne utgör förstås en viss mängd. Bristen kan döljas i den mängd pengar som kontanthanteraren hanterat, vilket jag nämnt tidigare i detta kapitel och i kapitel 22. Så länge inflödet räcker till för att tillgodose kraven på utflöde kan verksamheten pågå. De faktiska möjligheterna att inte reglera en brist beror med andra ord på hur stora medel som skall finnas för hantering hos kontanthanteraren. Detta beror inte bara på storleken på in- och utflödet utan på hur lång tid denne har på sig att redovisa. Med lång tid för hanteringen kontrollerar kontanthanteraren en större mängd pengar, än vid kort tid.

När kontanthanteraren inte reglerar en brist och ändå fortsätter att göra en eller flera insättningar kan det förefalla leda till negativa konsekvenser för vissa av kunderna. För att tydliggöra tankegången skall jag beskriva problemet utifrån en teoretisk rutin för kontanthantering som bygger på att varje "leverans" av medel hanteras för sig. Med leverans avser jag då de medel som anländer vid samma tillfälle i tiden. Rutinen innebär i princip att inflytande medel bara blandas samman med medel som tillhör samma "leverans". En sådan sammanblandning är en nödvändig del av kontanthantering. Inkommande leverans skall packas om för att passa det format som används för vidareleverans.

Rutinen kan handla om att leveransen, efter en första kontroll, förvaras i väntan på behandling. För att kontanthanteraren inte skall hamna i dröjsmål med redovisningen läggs leveransen till grund för en förskottering från kontokrediten. Så snart det är möjligt granskas de levererade medlen mer precist och de packas om för vidaretransport. När vidaretransporten når sin destination och medlen lämnas av, leder detta till en insättning på kontokrediten som motsvarar den förskottering som gjorts. Detta innebär att alla "leverantörer" som bidragit till samma leverans, och därför har rätt till prestation, d v s förskott, på samma förfallodag, hanteras för sig. Kontokrediten skall med denna rutin i princip matchas mellan en viss förskottering och en viss senare insättning.

När det uppstår en brist skall den redas ut och regleras. Bristen kommer, under de teoretiska förhållanden jag ovan antagit för analysen, att synas i kontokrediten. För att lösa bristen får kontanthanteraren se till att skjuta till de medel som behövs. Ett annat sätt att hantera bristen är dock att kontanthanteraren helt avviker från rutin. Istället tar kontanthanteraren medel från en senare leverans för att göra en insättning som fyller bristen

som uppstått avseende en tidigare leverans. Problemet flyttas då vidare till den senare leveransen.

Det hela kan förenklat beskrivas som att den kontokredit som kontanthanteraren tagit för att förskotta till en kund X inte blir betald med kunden X:s medel. Detta trots att det var den tänkta rutinen. Förskottet till kunden X betalades i avvaktan på att X:s medel skulle hanteras klart. Så blir emellertid inte fallet. En anledning kan vara att just X:s medel har försvunnit på ett eller annat sätt. Istället blir förskottet från kontokrediten till X betald med en insättning med pengar som kontanthanteraren tagit upp från kund Y. Någon förskottering till kunden Y med hjälp av kontokrediten görs däremot inte. Konkursen kommer emellan.

Läget skall jämföras med att kontanthanteraren låtit bli att göra insättningen. Då hade pengarna funnits kvar hos kontanthanteraren i dennes konkurs. Y hade fått en större dividend i medlen som utdelning i konkursen. Banken hade fått en större fordran. En insättning gynnar därför banken och missgynnar Y. Likaså missgynnar insättningen övriga kunder som inte fått redovisning eller förskott för sina kontantleveranser och som därför skulle ha fått en större dividend.

En insättning på kontokrediten som på detta sätt görs med "fel del" av de hanterade medlen, kan betraktas som att kontanthanteraren betalar sin egen skuld med andras medel. I princip handlar det om ett avsiktligt agerande. I bedömningen av otillbörlighet borde detta bidra i kvalificerande riktning. Till saken hör också att en insättning som denna typiskt sett görs kort tid innan konkurs. Därmed skulle även tidsaspekten verka i kvalificerande riktning.

Man kan dock tänka sig att en insättning av detta slag görs en längre tid innan konkurs. Avsikten kan vara att reglera bristen vid en tidpunkt där kontanthanteraren har bättre likviditet, eller efter att ansvaret för bristen utretts och tredje man därför skjuter till vad som saknas. Det kan också handla om att kontanthanteraren vill påskina att allt fungerar som det skall. Istället för att låta kontokrediten vara belastad av bristen rullar kontanthanteraren bristen framför sig. Vid varje leveransomgång täcker kontanthanteraren bristen med medel som influtit vid senare leverans.

Förhållandena kan konkretiseras med en tidsfaktor. Låt säga att en brist uppstod ett år innan konkursen och att kontanthanteraren rullat den framför sig under hela denna tid. När den sista insättningen innan konkursen görs förefaller den lida av samma karaktäristika som den första insättningen som gjordes med hjälp av fel leverans, ett år tidigare. Den kund som stått för den sista leveransen av medel förefaller bli drabbad av insättningen.

Eftersom kontanthanteraren även vid sista insättningen agerar avsiktligt för att betala ”sin skuld med andras medel” och detta kort tid innan konkursen pekar omständigheterna på otillbörlighet.

Det nu beskrivna sättet att resonera kring otillbörlighetsbedömningen behöver problematiseras. Beskrivningen att det handlar om att betala ”sin skuld med andras medel” anknyter till äganderättsbegreppet och kan därmed ha en överdrivet stark makt över tanken.⁷⁸¹ Med den beskrivningen är det emellertid lätt att betrakta agerandet som otillbörligt. Det faktum att det uppstått en brist får därmed betydelse.

Utifrån beskrivningen att kontanthanteraren att betalar ”sin skuld med andras medel”, och att betalningen görs avsiktligt kort tid innan konkursen, går det att hamna i slutsatsen att alla insättningar efter att en brist uppstått skall betraktas som otillbörliga. Effekten av en sådan linje skulle vara att banken i princip skulle stå risken för alla brister som uppkommer. I den mån det vid konkurs föreligger brist i kontanthanteringsmedlen kan insättningarna som gjorts därefter återvinnas så att bristen hamnar på kontokrediten.

En lösning i enlighet med slutsatsen skulle innebära att kontanthanteringsverksamhet som läggs upp med kontokredit, i viss mån skulle vara försäkrade mot förluster. Begränsningen skulle, utöver eventuell beloppsbegränsning av kontokrediten, ligga i att det finns fall där banken inte är i ond tro. I den mån kravet för ond tro läggs på en låg nivå, såsom misstanke om att det kan finnas en brist, blir försäkringen betydande.

En lösning som i praktiken innebär en försäkring av verksamheten är kanhända ett intressant alternativ. Den som använder regleringen på detta sätt behöver dock beakta om det är en lösning som ligger i linje med syftet med återvinning. Syftet med återvinning är att åstadkomma en högre grad av likhet mellan borgenärerna än den likhet som uppnås om förhållandena på konkursdagen blir avgörande. Återvinning handlar om att justera förhållandena i anledning av rättshandlingar som typiskt sett orsakar olikhet. En grundläggande tanke är att det handlar om sådana rättshandlingar som är föranledda av den förestående konkursen. Mot denna bakgrund finns det anledning att använda regleringen för att angripa rättshandlingar som har en sådan koppling till konkursen.

I bedömningen behöver användaren av regleringen beakta att de insättningar som i ovanstående exempel företagits med början ett år innan konkursen, inte alls behöver vara föranledda av ett konkurshot. En risk för konkurs föreligger förstås alltid, men den behöver inte vara särskilt stor.

⁷⁸¹ Jfr Sjur Brækhus, *Omsetning og kredit 3 og 4, omsetningskollisjoner I og II*, 1998, s 6.

Det faktum att kontanthanteraren avvikit från rutin och agerat olämpligt, eller värre än så, behöver inte vara kopplat till en konkursrisk som är värd att beakta. Har verksamheten pågått så lång tid som i ett år med en rullande brist, kan det i sig vara en indikation på att konkursrisken inte varit beaktansvärd när förfarandet började.

Så länge banken inte är i ond tro om att förfarandet innebär en tillräckligt relevant konkursrisk, skulle det gå att diskvalificera insättningarna från återvinning.⁷⁸² Eftersom sammanhanget är att kontanthanteraren till slut går i konkurs blir konkursrisken dock tillräckligt beaktansvärd vid någon tidpunkt. En tanke kan här vara att en bank som redan känner till bristen blir i rätt sorts ond tro från det ögonblick konkursrisken anses bli tillräckligt stor. Eftersom insättningar görs efter denna tidpunkt skulle de bedömas som otillbörliga. Effekten skulle, som nämnts, kunna bli att banken kan angripas med återvinning i alla fall där det föreligger brist.

De tänkta förhållandena kan illustreras enligt följande: En brist uppstod ett år innan konkursen. Kontanthanteraren har lyckats rulla den framför sig. Sex månader innan konkursen blir banken medveten om detta. Banken påtalar då att bristen måste regleras. Kontanthanteraren fortsätter emellertid utan att reglera. Fyra månader innan konkursen blir konkursrisken påtaglig. Tre månader innan konkursen hamnar banken i ond tro om att konkursrisken är påtaglig. Banken påtalar då att kontanthanteraren nu verkligen måste reglera bristen. Kanske säger banken också upp avtalet med viss uppsägningstid, låt säga tre månader. Kontanthanteraren reglerar dock inte bristen utan fortsätter som tidigare att rulla bristen framför sig ända tills konkursen inträffar.

Utifrån tanken att banken är medveten om att kontanthanteraren använder ”andras medel för att betala sin egen skuld” pekar omständigheterna i exemplet på otillbörlighet. Redan det faktum att kontanthanteraren avviker från rutin och inte reglerar bristen pekar i denna riktning. Samtidigt kan det förstås vara så att insättningarna i övrigt är ordinära under hela perioden. Det faktum att bristen verkar vara densamma hela tiden ger då bilden av något annat än ett gynnande av banken. Det framstår snarare som att verksamheten bedrivits som den skall med undantag för att en brist uppstod vid ett tillfälle. Till saken hör att banken inte nödvändigtvis kunde ha agerat

⁷⁸² Som ett observandum kan här påpekas att bedömningen av ond trosrequisitet avser både insolvensen och de omständigheter som gjorde betalningen otillbörlig. Se KonKL 4:5. Gösta Walin påpekar att detta inte innebär att borgenären själv behöver ha bedömt handlandet som otillbörligt, *Materiell konkursrätt*, 2 u, 1987 s 160.

så särskilt mycket annorlunda. Bristen har inte uppstått i anledning av något gynnande av banken. Ett gynnande av banken behöver över huvud tagit inte kopplas till bristen.

Vad som gynnar banken är att banken får den sista insättningen istället för att kontanthanteraren behåller de medel som sätts in. I den mån det handlar om flera insättningar som minskar kontokrediten är det den samlade effekten av dessa insättningar som gynnar banken. Så länge de medel som sätts in på kontokrediten istället hade tillfallit andra borgenärer om insättningen inte gjorts, är det denna skillnad som är relevant. För att dra gränsen behövs en åtskillnad mellan de insättningar som orsakar olikhet mellan borgenärerna. Den generella normen för sådan gränsdragning har jag redovisat i kapitel 9 och den handlar alltså om att nivån av ond tro, beloppets storlek, och tidpunkten för insättningen kan användas, liksom ordinäritet.

Som nämnts kan kontanthanterarens agerande föranleda tankar om otillbörlighet enbart av det skälet att agerandet är olämpligt och kanske rent av värre än så. Det finns dock anledning att nyansera bedömningen och rikta in den på gynnandet. Ett sätt att beakta bristen är genom att låta den påverka nivån av ond tro. Om banken vet om att kontanthanteraren håller på att använda inflytande medel för att betala ner kontokrediten inför konkurs, är detta kvalificerande. Då är det alltså emellertid gynnandet som bedöms. Saken avgörs inte med ett konstaterande av brist. Det är inte bristen som styr hur bedömningen görs.

En fördel med att inte knyta lösningen till brist är att man undviker funderingar kring vad som är ”fel del” av redovisningsmedlen att göra insättningar med. För den som håller isär medlen och härleder olika delar kan resonemanget leda in i bryderier som inte är särskilt fruktsamma. En tanke är exempelvis att kunden med den sista leveransen skulle kunna vara samma kund som fick den ursprungliga förmånen av det första förskottet, trots att det var denna kunds medel som saknades. Eftersom kontanthanterarens kunder hela tiden återkommer har kunden under ett år omväxlande varit den som dragit fördel av kontanthanterarens agerande och omväxlande stått risken för nackdelen av agerandet. Det kan leda till tanken att det negativa utfallet på något sätt borde delas mellan alla inblandade. Tanken skulle rent av kunna leda till andra sidan av en äganderättslogik där kontokrediten inte ses som en kredit till kontanthanteraren, utan som en kredit till systemet eller ”kontantflödet”. I så fall skulle slutsatsen kanske rent av kunna bli att ingen återvinning skall vara aktuell eftersom kontokrediten bara är en del av flödet.

Genom att undvika tankar om olika delar av redovisningsmedlen och inrikta sig på gynnandet synes det gå att konstruera en användbar modell för otillbörlighetsbedömningen. Analysen i detta avsnitt förstärker därför slutsatsen i kapitel 9 om att de generella kriterierna är användbara för bedömningen av otillbörlighet. De mönster som jag pekat på där kan användas även när det handlar om kontanthanterares insättning på kontokredit. Låt vara att nivån av ond tro kan påverkas av vad banken vet om medelsbristen.

En lösning med hjälp av de generella kriterierna underlättar också bedömningen av kontanthantering som inte använt den rutin som jag beskrivit ovan. Där har jag förenklat och beskrivit förhållandena som att varje leverans hålls isär. Med tanke på logistiska aspekter och kostnadseffektivitet är det besvärligt att hantera medel enligt sådana rutiner. Vad som flyter in vid en ”leverans” är kanske inte tillräckligt eller i rätt valörer och valutor, för att utgöra en effektiv och lämplig vidaretransport. Den behöver kanske delas upp, eller slås samman med andra leveranser. Det är också möjligt att det är ineffektivt att räkna och förvara medlen som skilda leveranser. Av dessa, och antagligen ytterligare skäl, kan det vara kostnadseffektivt att kontanthanteraren samlar inflytande medel tills det finns effektiva leveranspaket att leverera vidare. I ett sådant ständigt flöde av pengar, där pengarna inte hålls isär för varje kund utan bara räknas av i förhållande till var och en av kunderna, kan det vara svårt att identifiera hur en brist förhåller sig till de olika poster som flyter in och de poster som redovisas. Även om det går att konstatera att det vid en viss tidpunkt försvann ett visst belopp, eller en bunt sedlar av viss valör, går det inte att peka på hur denna brist hänför sig till utfallet. Någon anledning att utreda dessa förhållanden eller ens när bristen uppstod är inte alldeles nödvändigt med en otillbörlighetsbedömning som följer den generella modellen.

Med detta sagt menar jag inte att det saknas skäl att ställa krav på att kontanthanterare följer rutiner eller att banker inte skall ges incitament att övervaka de kontanthanterare de samarbetar med. Kraven i dessa avseenden kan behöva vara påtagliga och reella, se kapitel 22. Vad jag menar är bara att det finns anledning att reflektera över vad det får för konsekvenser om dessa krav drivs igenom med återvinning. Otillbörlighetsbedömningen går att använda för att åstadkomma återvinning i de aktuella fallen, men det går också att undvika att använda just återvinning. Ett skäl till det senare är att det finns andra sätt att angripa ageranden där kontanthanteringen inte sköts som den borde.

24.8 Reflektioner över resultatet

Resultatet i detta kapitel är således att den norm för otillbörlighetsbedömning som redovisas i kapitel 9 är användbar även för kontanthanterares kontokrediter, men att avvägningen med hänsyn till de särskilda förhållandena kan behöva göras annorlunda.

Vad jag gjort har likheter med vad andra forskare i förmögenhetsrätt gör. Det finns emellertid också tydliga skillnader. En likhet är att jag ger förslag på hur normen kan användas. Den som läser texten som normativa utsagor om hur otillbörlighetsbedömningen skall göras vid kontanthanterares insättning på kontokredit, upplever kanhända framställningen som en mer eller mindre sedvanlig rättsutredning. De skillnader som föreligger har dock bland annat att göra med kunskapsintresset, hur jag formulerat forskningsfrågan och hur jag redovisat vad jag gjort. Huruvida dessa skillnader skall exkludera insatsen från att betraktas som förmögenhetsrättslig forskning är förstås en fråga. För mig framstår de skillnaderna emellertid som vetenskapliga karaktäristika snarare än tvärt om.

I mina reflektioner över resultatet tänker jag också på vad det innebär att jämföra förhållandena för olika slags subjekt. Det faktum att det är känt hur de normativa kriterierna kan användas generellt innebär inte att det är känt hur alla subjekt skall hanteras. Jag frågar mig om det kan tillföra någon relevant kunskap att dra slutsatser om skillnader som normativa kriterier leder till för olika subjekt? Mitt svar är att det i varje fall kan ha ett nyhetsvärde att identifiera skillnader i förhållandena för olika slags subjekt. En annan sak är förstås hur många som är intresserade av kunskapen. I vilken mån behövs ett bidrag till förståelsen för hur otillbörlighetsbedömningen kan göras för de speciella förhållandena vid kontanthantering? Oavsett svaret på den frågan menar jag dock att min analys bidrar till förståelse för hur otillbörlighetsbedömningen kan göras generellt. Den utgör en kontrast. Bidrag till förståelse för hur normativa rekvisit kan användas är relevant. Sådana bidrag tillför också förståelse för hur jurister handlar som bedömare.

När jag reflekterar över metodologin noterar jag att jag har använt begränsat med referenser utöver dem jag redan använt för att nå de tidigare resultat som utgör bakgrund till detta kapitel. Det är något jag reflekterar över kring resultatet, men inget som jag ser som någon väsentlig aspekt kring just detta resultat.

Vad jag däremot ser som en metodologisk svaghet i min prestation är att jag gjort en ganska begränsad undersökning av den bakomliggande praktiken. Jag har inte följt upp denna med någon simulering. En annan

svaghet är att jag inte närmare definierat vare sig förhållandena för kontanthanterares kontokredit eller de generella förhållanden jag jämför med. Någon redovisning av alla skillnader har jag heller inte gjort. Jag har därtill inte förklarat hur jag bedömt vilka skillnader som är relevanta. Mitt anspråk på att ha gått systematiskt tillväga bygger på att jag i tanken jämfört varje fas av kontanthanterarens hantering med generella förhållanden. I denna tankeprocess har jag identifierat brist i redovisningsmedlen som en relevant aspekt att variera. Den undersökning jag gjort avser de tre olika bristförhållanden som jag identifierat. Det är en undersökning som betraktar jag som systematisk.

Som framgått har jag prövat hur en idé om tillämpning av en norm förhåller sig till hanteringen utifrån antaganden om hur den kan gå till. Att göra en analys av vilka konsekvenser ett visst synsätt antagligen kan få innebär vanligtvis inte mer än att ställa upp en hypotes. För att leda hypotesen i bevis behöver den underbyggas med undersökningar som bekräftar antagandena. Jag har inte gjort någon sådan undersökning. Vad jag gjort är antaganden om hur hanteringen kan gå till och utifrån dessa antaganden har jag pekat på vad som i teorin blir en konsekvens. En fråga är om detta kan anses vara något mer än en hypotes?

Vad jag gjort är, som jag antytt i metodavsnittet 24.3, att förhålla mig till de begrepp och normer som är relevanta. Jag har identifierat de begrepp som kan användas för att beskriva en tänkt verklighet där normerna aktualiseras, exempelvis insättning, tillskott och brist. Dessa begrepp har jag ställt mot de normer och begrepp som används för att uttrycka och beskriva regleringen. Vad jag åstadkommit är resultatet av logiska operationer kring dessa begrepp. Det handlar med andra ord om att på en abstrakt nivå reda ut förhållandet mellan begrepp. I denna mening är det fråga om ett resultat snarare än en hypotes.

Vad jag åstadkommit är jämförbart med en logisk operation av exempelvis matematiskt eller filosofiskt slag. Det handlar om en insats på abstrakt nivå som kanske inte behöver anknyta till verkligheten på annat sätt än i begreppsligt hänseende. Avgörande för om prestationen skall betraktas som ett forskningsresultat är inte anknytningen till reella förhållanden och studier av verkligheten, utan om resultatet på abstrakt nivå kan anses uppfylla vetenskaplighetskriterierna.

När det gäller den forskningsfråga jag undersökt i detta kapitel menar jag att den var relevant att utreda. Jag menar att analyserna jag gjort i detta kapitel, kring begreppet brist m m, är relevanta av det skälet att jurister med viss sannolikhet skulle blanda in dem i en otillbörlighetsbedömning. På

denna punkt har jag återigen gjort ett antagande. I den mån någon menar att antagandet är felaktigt kullkastas inte det resultat jag anser mig ha kommit till. Resultatet blir dock inte lika intressant i så fall. Som jag nu föreställer mig resultatet motsvarar det dock min målbild för "forskningsresultat".

25 Reflektioner kring mina anspråk och ambitioner med boken

Mot den bakgrund som presentationen av forskningsinsatserna utgör vill jag avsluta boken med några påpekanden om vad min forskningsinsats innebär.

25.1 Jag gör anspråk på att ha åstadkommit en förmögenhetsrättslig framställning

Vad jag gjort i tjugo kapitel av boken är att presentera olika förmögenhetsrättsliga teman. Som jag redovisat i kapitel 2 är de sex temana i) betalningsansvar efter tredje mans inblandning i en avtalsrelation, ii) återvinning, främst avseende kontokreditförhållanden, iii) värdeöverföringsansvar i koncernförhållanden, iv) bankers ansvar för spärrande av kontokredit som leder till konkurs, v) separationsrätt, främst i kontanthanteringsverksamhet, vi) prioritet för bank i kontanthanteringsverksamhet. Jag menar att alla dessa teman är förmögenhetsrättsliga. Samtliga teman går att sortera in under förmögenhetsrättens olika delområden, såsom fordringsrätt, krediträtt, insolvensrätt, associationsrätt, kontraktsrätt–skadeståndsrätt och sakrätt. Visserligen kan några av temana hänföras till fler än ett delområde av förmögenhetsrätten, men allt är ändå att betrakta som förmögenhetsrätt.

En anledning att tveka kring mitt förmögenhetsrättsliga anspråk är att boken har ett övergripande tema i form av resultatriktningen. Jag har använt resultatriktningen för att binda ihop framställningen och låtit den få huvudrollen i dramat. Kanske finns det läsare som menar att jag därmed inte skrivit en bok om förmögenhetsrätt, utan en bok om vad rättsvetenskaplig forskning skall vara. Jag menar emellertid att det varit nödvändigt att använda resultatriktningen för att få fram de förmögenhetsrättsliga budskapen. Det har helt enkelt varit viktigt att i denna framställning använda en bredare syn än vanligt för vad som är relevant för förmögenhetsrätten. Detta är i sig inget nytt. Det finns förstås flera förmögenhetsrättsliga framställningar som i förmögenhetsrättsligt intresse också redovisar teori- och metodfrågor.

Det anspråk jag har är således att jag skrivit en bok i förmögenhetsrätt. Skulle någon läsare anse att jag istället skrivit en bok om forskning i rättsvetenskap, eller som forskning om forskning, vill jag understryka mitt eget begränsade anspråk i det avseendet med några av de följande avsnitten.

25.2 Jag gör anspråk på att ha åstadkommit forskning

Med hänsyn till att boken handlar om förmögenhetsrättsliga forskningsfrågor menar jag att denna bok är en presentation av forskning i förmögenhetsrätt. Mitt andra anspråk är därmed också att jag åstadkommit forskning. Trots att jag i varje kapitel reflekterat kring vad jag åstadkommit och trots att jag där pekat på olika egenskaper och aspekter hos de olika insatserna, har jag härmed bara lagt fram argument i saken. Som jag nämnt redan i avsnitt 1.2 är det emellertid möjligt att läsare av denna bok inte håller med om att jag åstadkommit forskning. Jag har i detta skede inte anledning att skriva något ytterligare om hur vi avgör vad som är forskning och vad som inte är det. Utifrån de premisser jag redogjort för tänker jag att mina forskarkollegor med sitt agerande över tid avgör om det jag gjort kommer att uppfattas som forskning.⁷⁸³ För mig är det väsentligt att det jag gjort anses vara forskning och mitt anspråk i detta avseende bör uppfattas som otvetydigt.

25.3 Mitt anspråk på att ha åstadkommit forskningsresultat bör förstås i beaktande av att det handlar om en målbild

Som jag nämnt i föregående underavsnitt är det väsentligt för mig att det jag gjort uppfattas som forskning. Däremot är det inte väsentligt för mig huruvida jag åstadkommit forskningsresultat. Med tanke på bokens huvudtitel – Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat – kan detta kanske framstå som motsägelsefullt. Läsare som uppfattar denna motsägelse kan peka på att jag arbetat med en resultatinriktning, att jag beskrivit det jag åstadkommit som resultat och att jag reflekterat över om dessa resultat motsvarar vad jag kallat forskningsresultat. Allt detta bidrar förstås till intrycket att jag gör anspråk på att ha åstadkommit just forskningsresultat.

Jag använder som nämnts emellertid resultatbegreppet för att inrikta forskningsinsatsen på visst sätt. Vad jag gjort i detta projekt är att pröva vad det skulle medföra om jag gav mig in i forskningsprocessen med denna

⁷⁸³ Jfr avsnitt 4.4 och 4.6.

forskningsinriktning. Jag använder härvid termerna ”resultat” och ”forskningsresultat” som verktyg i forskningsprocessen. Genom att, i samtliga led av forskningsprocessen, inrikta mina insatser på att nå den målbild som jag ställt upp, har jag haft ambitionen att nå olika effekter. Målbilden jag ställt upp har jag låtit vara relativt diffus. Anledningen till detta är att jag önskat undvika skarpa gränser. Istället har jag önskat en sökande process där jag kunnat bearbeta min målbild i takt med att jag beaktat fler och fler konkreta exempel. Som förhoppningsvis framgått har mina reflektioner kring resultaten börjat i min betraktelse av vad jag åstadkommit. Jag har reflekterat över resultatets egenskaper och karaktäristika och ifrågasatt om dessa passar med vad jag hoppats nå i resultathänseende. Dessa reflektioner har jag gjort i en reflexiv process där egenskaperna fått påverka min uppfattning om vad min målbild skall vara. Jag har härvid gått metodologiskt till väga.

Att jag arbetat på det sätt som jag nu beskrivit beror på att jag delar uppfattningen att det är betydelsefullt att låta rättsvetenskapen och för-mögenhetsrätten utvecklas genom att pröva sig fram. Just detta menar jag också att jag ger uttryck för genom att med konkreta exempel pröva en resultat-inriktning på sätt som jag gjort i detta projekt.

”The wording of research questions is free. There are no rules which would limit them. Of course, they should make sense and fit with the paradigmatic theories that act as a framework for the legal doctrinal research in the legal system concerned (the theory of legal sources, for instance, or the theory about the acceptable interpretation methods), unless the researcher aims at questioning this paradigmatic framework as such.”⁷⁸⁴

Vad jag pekar på om forskningens behov av utveckling kan förefalla som en ytterligare motsägelse. Mitt tilltag att tala om forskningsresultat och att reflektera kring vad jag gjort i beaktande av kriterier för forskning, kan framstå som att jag är ute efter motsatsen. Sådan terminologi och sådana kriterier har normativa effekter. De kan användas för att likrikta och konservera. Jag vill då peka på att även en avsaknad av uttalade termer och uttalade kriterier, kan användas för sådana ändamål. Så länge det över huvud taget finns föreställningar om vad som är rättsvetenskap som används för att peka ut vad som inte skall anses vara rättsvetenskap, är det en ofrånkomlig effekt. Till saken hör då att det faktiskt finns föreställningar om vad som är rättsvetenskap. De används också för att peka ut vad som inte skall anses

⁷⁸⁴ Mark Van Hoecke, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?*, citerat från s 14.

vara rättsvetenskap. En så vid definition av rättsvetenskap som att allt som en person gör i syfte att det skall vara rättsvetenskap, används nämligen inte i realiteten.⁷⁸⁵ Istället används en eller annan form av föreställningar på temat. De är mer eller mindre genomtänkta. Den minst genomtänkta nivån är antagligen en "I know it when I see it"-attityd.⁷⁸⁶ Att även en sådan kan vara relevant är en sak, men den blir problematisk i vetenskapliga sammanhang eftersom de handlar om att kommunicera kunskap.

Att föra fram en idé om att begreppet forskningsresultat skulle kunna fylla funktioner även i rättsvetenskaplig forskning borde av nämnda skäl fungera. En öppet redovisad reflektion kring hur begreppet fått betydelse i en konkret forskningsprocess borde vara ett sätt att hantera problemen. Termerna och kriterierna används då inte för att likrikta och konserva, utan för att forskaren själv skall nå längre och därtill faktiskt kommunicera kring styrkor och svagheter, fördelar och nackdelar, med forskningsinsatsen.

Denna bok handlar som nämnts inte om hur rättsvetenskap bör definieras. Jag utvecklar därför inte temat ytterligare. Vad jag vill upprepa är dock att jag med min målbild inte utdefinierar andra forskningsinsatser. Min avsikt är bara att använda ett verktyg för att få ut effekterna som verktyget möjliggör.

25.4 Jag antar att jag åstadkommit ett underlag för rättsteoretiska studier

När en forskare med specialisering i ett rättsområde presenterar något som också omfattar något mer distinkt om hur forskaren gjort, händer det att insatsen omnämns i termer av rättsteori. Detsamma gäller om forskare beskriver sitt perspektiv eller sin förståelse av rättsliga fenomen. Kanhända blir det ett omdöme även om denna bok. Jag vill därför nämna att mitt rättsteoretiska anspråk närmast är att boken kan vara ett underlag för ytterligare tankar.

⁷⁸⁵ Tanken förefaller inte ovanlig, även om det finns dem som menar att den innebär ett cirkelresonemang, se exempelvis, för en variant, Claes Sandgren, Vad är rättsvetenskap? i Festskrift för Peter Seipel, 2006 s 527–552, på s 538.

⁷⁸⁶ Det handlar i så fall om ett val på en närmast naiv nivå, se exempelvis Edward L Rubin, On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, 1992 s 889, på s 941 och 895. Frasen "I know it when I see it" är ett vardagligt, men på sina håll välkänt (ibland rent av förkortat till IKIWISI), uttryck. United States Supreme Court Justice Potter Stewart använde det 1964 i *Jacobellis v. Ohio* för att förklara hur han avgjorde vad som är obscen/pornografiskt, trots att det handlar om en subjektiv bedömning som saknar klara parametrar.

Vad jag gjort i denna bok är illustrationer med hjälp av konkreta exempel. Jag har också gjort förklaringar av sådant som läsaren kan behöva för att förstå mitt perspektiv på kunskap och mitt perspektiv på rätten. De delarna har jag beskrivit i allmänna termer i de inledande kapitlen.⁷⁸⁷ Med mitt angreppssätt ger jag indirekt ett bidrag till förståelsen av rätten som fenomen.⁷⁸⁸ Den intresserade och uppmärksamme rättsteoretikern borde kunna dra en eller annan slutsats av hur mitt perspektiv på rätten fått betydelse för vad jag gjort. Likaså borde det för en sådan person gå att dra slutsatser av hur detta perspektiv möjliggjort för mig att ställa forskningsfrågor, välja metoder, använda metoder och föreställa mig resultat av de olika slag som jag gjort. Jag ser förstås gärna att någon drar sådana slutsatser och gör betraktelser i ytterligare avseenden. Något anspråk har jag emellertid inte.

25.5 Jag gör anspråk på att ha tagit ett litet steg i utvecklingen av metoder för förmögenhetsrättslig forskning

Som jag nämnt i inledningskapitlen, och som jag illustrerat med de olika resultatkapitlen, har resultatriktningen givit mig incitament att reflektera över mina metodval. Det har jag behövt göra för varje enskild forskningsfråga. Jag har kommit fram till att de forskningsfrågor jag arbetat med vanligtvis krävt utredningar och analyser som jag betraktar som olika arbetsprocesser. Därför har jag uppfattat skillnader mellan olika arbetsinsatser. Skillnaderna har lett mig till att använda sexton olika termer för vad jag gjort. Vanligtvis har det handlat om analyser och vanligtvis har jag använt en term som beskriver något centralt i de olika analyserna. Det kan handla om vad som är intresset för analysen eller vad den går ut på. Intresseanalys, konsekvensanalys och sambandsanalys är som framgått några av varianterna.

Om jag hade gjort en särskild insats för att konstruera ett koherent system av metoder hade jag antagligen kommit fram till justeringar i vad jag nu presenterat. Då hade jag också provat metoderna på fler forskningsfrågor på ett sätt som gjort att jag kunnat beskriva metodernas användbarhet, nivå av allmängiltighet och vad som skiljer metoderna åt. Här kan jag dock som exempel nämna att matematisk analys kan vara mer eller mindre samma

⁷⁸⁷ Avsnitt 4.2 med förankring av ansatsen avseende rättsdogmatikens betydelse för om resultaten skall betraktas som forskningsresultat, avsnitt 2.2 om resultatens varierande karaktär och avsnitt 4.5 med en enkel förklaring av hur forskningsinriktningen påverkar forskningen.

⁷⁸⁸ Jfr Claes Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, 2002.

metod som utfallsanalys. Jag har bara tänkt mig en skillnad i det att den matematiska analysen gjorts genom matematiska beräkningar. Det behöver inte vara skäl att skilja den matematiska analysen från en utfallsanalys baserad på antaganden om olika utfall av olika alternativ. Som framgått har jag emellertid gjort en sådan åtskillnad. Jag har nämligen haft ambitionen att överväga om det kan vara givande att reflektera över metoder, just i termer av flera olika metoder. Framför allt har jag övervägt vad det kan få för betydelse att betrakta metod som något som forskaren kan utveckla utifrån forskningsfrågan. Att jag enbart visat vad jag gjort i detta avseende genom konkretioner, har de fördelar och nackdelar som ett sådant grepp har. I vilken mån de metoder som jag nu utmålat är något som jag, eller andra, kan utveckla, återstår att se. Vad jag gjort är bara att ta ett steg.

25.6 Jag har ambitionen att övertyga om att resultatnriktningen kan ha effekter

Som jag nämnt ovan gör jag anspråk på att ha åstadkommit förmögenhetsrättslig forskning. Jag har också anspråk på att ha illustrerat hur resultatnriktningen haft effekter för projektet och de olika leden i forskningsprocessen. Dessa två anspråk skiljer sig emellertid från varandra kvalitativt. När det gäller resultatnriktningen har jag bara ambitionen att lägga fram en någorlunda underbyggd tes. Det menar jag att jag har gjort, med hela denna bok.

En variant på samma tema rör mitt anspråk på att det kan vara användbart att arbeta med en målbild. Jag gör anspråk på att de kriterier och föreställningar som målbilden innefattar är användbara. Det innebär dock bara att jag menar att jag ställt upp en relevant hypotes om att kriterier kan fylla en funktion.

Jag har nått fram till dessa båda hypoteser genom att experimentera. Vad jag gjort är att pröva en idé om hur forskningsarbetet kan inriktas. Idén har lett mig till att genomföra ett projekt med hjälp av en viss inriktning. Inriktningen handlar om att arbeta utifrån ett visst tänkesätt. Jag har arbetat med detta tänkesätt för att pröva vad jag själv uppfattar att jag kan få ut av det.

25.7 Jag har ingen ambition att definiera vad som är forskning

Av vad jag redovisat så här långt i kapitlet, och flera gånger tidigare i boken, borde det vara tydligt att jag inte har någon ambition att definiera vad som är eller skall vara rättsvetenskap. Jag hävdar inte heller att det fungerar att använda kriterier för att definiera vad som är rättsvetenskap. Däremot menar jag att generaliseringar om vad som är rättsvetenskaplig forskning förekommer och används. Kriterier för forskning är inte något främmande. Vad jag gör i boken är att använda kriterier. Jag använder dem som ett verktyg för att åstadkomma ett tänkesätt i form av en resultatriktning. Härmed definierar jag dock inte.

Eftersom jag inte har någon ambition att definiera har jag heller inte ambitionen att med denna bok hävda någon grund eller modell för att bedöma vad andra gjort. Som framgått har jag genomgående använt mina egna prestationer som underlag för de illustrationer och konkretioner jag gjort. Syftet med boken är att presentera just mina resultat. Om jag skulle bedöma andras prestationer skulle boken innebära ett annat slags budskap än det jag vill framföra.

25.8 Jag har en ambition att förändra genom att bidra till den övergripande ambitionen med forskning

Jag presenterar i boken ett sätt att arbeta med forskning som avviker från traditionella beskrivningar. En relevant fråga är om jag därmed har en ambition att uppmana andra att göra vad jag gjort? Det är också relevant att fråga sig om jag vill förändra den förmögenhetsrättsliga forskningen?

Svaret är att jag tror att andra kan dra nytta av att arbeta med ett tänkesätt som detta. Jag menar att en resultatriktning har något att tillföra. En resultatriktning skulle kunna bli en hjälp i den övergripande ambitionen att flytta forskningsfronten. Om en inriktning på resultat blev accepterad i förmögenhetsrätten skulle det möjligen bidra till forskning kring fler slags frågor med fler metoder än vad vi hittills sett.

“De mer överordnade frågorna er hva slag rettsvitenskap vi ønsker oss, hva det er realistisk å legge inn i som elementer i utlegning av gjeldende rett, og hvor langt vi kan gå i denne retning uten at det går ut over fagets eller enkeltforskeres troverdighet. Noe endelig svar på det får vi aldri, det blir en evig vandring der vi prøver å styre unna i alle fall de dypeste grøftene langs veien. Og vi bør i alle fall ikke ønske at én bestemt type rettsvitenskap, det være seg empirisk, analytisk,

pragmatisk eller normativ, får monopol eller et hegemoni. Vi bør stadig spørre oss hva slags rettsvitenskap vi tror vårt samfunn trenger. Svaret er opplagt at vi trenger flere typer, i samarbeid, konkurranse og kritikk.”⁷⁸⁹

I den mån en resultatnriktning kan bidra med något är det kanhända ett bidrag till ytterligare en typ av förmögenhetsrättslig forskning. Kanske kan en sådan inriktning också leda till öppningar som gör den förmögenhetsrättsliga forskningen relevant i fler avseenden än vi hittills tänkt oss. Det finns, som jag berört i de inledande kapitlen, i varje fall de som pekar på att vi nu, vid denna tid i historien, har behov av sådan breddad relevans.

”... we should inquire about the ways in which jurisprudence may insure its relevance outside of its own science by determining the sorts of cases it needs to work with and the methods it needs to develop. As this paper has suggested, it is by building on its own traditions and self understanding that jurisprudence can revitalize itself. This is not the first time that such a move has become necessary. The discipline underwent a similar renewal at the turn of the century.”⁷⁹⁰

En tillbakablick visar att förmögenhetsrätten förändrats över tid avseende just föreställningarna om inriktning och produkter av forskning. För den som betraktar förmögenhetsrättslig forskning från slutet av 1800-talet och början av 1900-talet, och gör detta i kontrast till den rättsvetenskapliga forskningen idag, blir skillnaderna också ganska tydliga.⁷⁹¹ Även den som gör närmast slumpmässiga nedslag i den förmögenhetsrättsliga litteraturen kan se en sådan förändring. Intressant nog går det kanske att se en möjlig skillnad just beträffande tänkesätt kring forskningsinriktning och resultat. Utvecklingen går från en forskningsinriktning om att normativt uttala sanningar, till en mer frågande och undersökande. Det undersökande inslaget leder till tanken på att redovisa både undersökningen och vad den leder

⁷⁸⁹ Jan Fridthjof Bernt, *Hva skjedde med rettsrealismen?*, Jussens Venner, 2014 s 139, citatet från s 160. Jfr Anders Agell, *Rättsdogmatik eller konstruktiv vitenskap*, i *Festskrift till Stig Strömholm*, 1997 s 35–62.

⁷⁹⁰ Claes Sandgren, *On Empirical Legal Science*, *Scandinavian Studies in Law*, 2000 s 445–482, på s 474.

⁷⁹¹ Se exempelvis: Eva-Maria Svensson, *Forskaren Elsa Eschelsson*, s 25–46. Kjell-Åke Modeer, *Juristernas nära förflutna* s 153–155, 165. Lars Björne, *Den konstruktiva riktningen*, Del III 1871–1910, 2002 s 454–460, och *Realism och skandinavisk realism*, Del IV 1911–1950, 2007, s 282–315. Se också för en ingående framställning Jørgen Dalberg-Larsen, *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, 1977 s 98–467.

till, d v s ett resultat.⁷⁹² I den äldre inriktningen är det ganska otydligt hur forskarna alls ser på sin insats i termer av forskning. Forskarna med den senare inriktningen beskriver däremot sina ambitioner i termer av att föra den juridiska vetenskapen framåt ”genom att söka rikta densamma med nya forskningsresultat”.⁷⁹³

Vad jag provat med detta projekt är inte i första hand avsett att förändra. Förändring är däremot en möjlig följd effekt av vad jag gjort. Jag ser emellertid en eventuell förändring som intressant. De ständigt pågående diskussionerna om forskning är just ständigt pågående för att forskningsverksamheten behöver ständig utveckling. I dessa processer ingår såväl att emellanåt ställa sig frågor om förändring, som att pröva tankar som kan leda till ytterligare användbara vägar. Härmed har jag redovisat vad jag provat. Huruvida någon annan ser möjligheter i vad jag gjort återstår att se.

⁷⁹² Några exempel på den äldre inriktningen: John Asks avhandling, Om kreditaftal enligt svensk civilrätt, 1882, och hans Föreläsningar i svensk sakrätt, 1889. Thore Engströmer, Om försäkringsgifvares förpliktelse på grund av försäkringsaftalet, 1908. Dessa verk kan jämföras med exempel på den nyare inriktningen: Anders Vilhelm Lundstedts Om lösöreköp, 1912. Elsa Eschelssons Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis, 1906. Till förändringstemat hör det faktum att Eschelssons verk ansetts otypiskt för hennes forskningsinsatser, se Eva-Maria Svensson, Forskaren Elsa Eschelsson, 2011 s 103 och 80–82. Likaså att Lundstedt senare och på välkänt sätt tog ytterligare steg kring temat vetenskaplighet. Notera Lars Björne, Den konstruktiva riktningen, Del III 1871–1910, 2002 s 130–135.

⁷⁹³ Anders Vilhelm Lundstedt, Om lösöreköp, 1912 s 3. Jfr ”forskningsresultat” hos Carl-Axel Reutersköld, Bidrag till läran om aftal, 1900 s IV, och ”resultat” hos Elsa Eschelsson, Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis, 1906 s X. Birger Ekberg, Om växelförpliktelses uppkomst, 1905 s 48.

Referenslista

Böcker och artiklar

- Adams, Maurice; Doing What Doesn't Come Naturally. On the Distinctiveness of Comparative Law, i *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011 s 229–240.
- Agell, Anders; Spridda tankar om civilrättens forskningsuppgifter, i *Mål och metoder för forskning inom civilrätten*, Stockholm, 1974 s 27–34.
- Agell, Anders; Rättsdogmatik eller konstruktiv vetenskap, i *Festskrift till Stig Strömholm*, red Frändberg, Åke / Göranson, Ulf / Håstad, Torgny, Iustus, Uppsala 1997 s 35–62.
- Agell, Anders; Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen, *SvJT* 2002 s 243.
- Agge, Ivar; Till frågan om rättsvetenskapens gränser, i *Festskrift tillägnad Nils Herlitz*, Stockholm, 1955 s 1–16.
- Albemark, Krister; *Kundkreditförsäkring*, Sthlm, 1988.
- Andersen, Mads Bryde; *Ret & Metode*, Gjellerup, Gad, Købehavn, 2002.
- Andersson, Håkan; *Skyddsändamål och adekvans*, Iustus 1993.
- Andersson, Håkan; *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, Iustus, Uppsala 1997.
- Andersson, Håkan; *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok I*, Iustus, Uppsala 2013.
- Andersson, Håkan; *Gränsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok II*, Iustus, Uppsala 2013.
- Andersson, Håkan; *Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten*, 2013, i *Korling, Fredrik / Zamboni, Mauro, Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2013 s 343–369.
- Andersson, Jan; *Om vinstutdelning från aktiebolag*, Iustus, 1995.
- Andersson, Jan; *Utomståendes ersättningskyldighet jämte vindikation vid olovlig vinstutdelning – ett avgörande från Högsta Domstolen*, *SvJT* 1998 s 52.

- Andersson, Jan; ABL och värdeöverföringar – en replik, SvJT 2014 s 72.
- Andersson, Jan; ABL och lagrådet, JT 2004–05 s 723–740.
- Andersson, Jan; Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 u, LitteraturCompagniet, Jure, 2010.
- Andersson, Jan; Olovlig värdeöverföring och koncernbidrag i HD – mekanisk juridisk verkstad eller rättspolitisk designbyrå?, JT 2016–17 s 124–136.
- Andersson, Sten / Johansson, Svante / Skog, Rolf; Aktiebolagslagen, Zeteo 2018-06-16.
- Andreasson, Jens; Intellectuella resurser som creditsäkerhet. En förmögenhetsrättslig undersökning, Juridiska institutionens skriftserie, 2010.
- Andreasson, Jens; En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation – utifrån exemplet upphovsrättshavarens ställning i konkurs i SvJT 2006 s 437–452.
- Andreasson, Jens / Martinson, Claes; Some Problems in the Relationship Between Economics and Law, in Paths for Sustainable Economic Development A Festschrift for Shubashis Gangopadhyay on his 60th birthday, edited by Robert Lensink, Stefan Sjögren, Claes Wihlborg, 2017 s 353–362.
- Andreasson, Jens / Faber, Wolfgang /Gangopadyhay, Shubhashis / Martinson, Claes / Sjögren, Stefan: Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip? SvJT 2015 s 709.
- Arkes, Hal R / Blumer, Catherine; The psychology of sunk costs. Organizational Behavior and Human Decision Processes, 35, 1985 s 124–140.
- Arnesdotter, Ingrid; Moderna betalningsmetoder, Nerenius & Santerus, 1996.
- Arvidsson, Niklas; Aktieägaravtal – Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, Thomson Reuters, 2010.
- Arvidsson, Niklas; Associationsrättsligt samtycke och skadestånd, SvJT 2014 s 653–661, på s 658.
- Ask, John; Om kreditaftal enligt svensk civilrätt, akademisk afhandling, Lund 1882.
- Ask, John; Föreläsningar i svensk sakrätt, Lund 1882.
- Askeland, Bjarthe; Om rettsdogmatisk metode og sammenligning, i Undring og erkjennelse, Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år, 2013 s 15–25.
- Askeland, Bjarthe; Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning, Jus-sens venner 2003 s 8–23.

- Asp, Petter; Rättsvetenskap och lagstiftningsarbete, SvJT 2002 s 311.
- Asp, Petter / Nuotio Kimmo, red; *Konsten att rättsvetenskap*. Den tysta kunskapen i juridisk forskning, Uppsala 2004.
- Austin, Arthur; Evaluating Storytelling as a Type of Nontraditional, Scholarship, *Nebraska Law Review*, Volume 74, Issue 3, Article 4, 1995, s 479–528.
- Baldersheim, Erlend, *Til tingsrettens teori*, Cappellen Damm, 2017. (Avhandlingen har titeln *Til tingsrettens ontologi*, Universitetet i Bergen, 2016.)
- Bell, John; *Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law, i Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing, 2011 s 155–176.
- Bengtsson, Bertil; *Om rättsvetenskapen som rättskälla*, Tfr 2002 s 14–32.
- Bengtsson, Bertil; *Om skadeståndsrättsliga principer*, JT 2017–18 s 265–275.
- Berggren, Nils-Olof / Bäcklund, Agneta / Johansson, Stefan / Leijonhufvud, Madeleine / Munck, Johan / Trost, Hedvig / Träskman, Per Ole / Victor, Dag / Wennberg, Suzanne / Wersäll, Fredrik; *Brottsbalken, Zeteo 2017-11-10. Citerad Berggren m fl Brottsbalkskommentaren 2017*.
- Bergström, Claes / Samuelsson, Per; *Aktiebolagets grundproblem*, 5 u, 2015.
- Bergsåker, Trygve; *Overdragelse av fordringer: Avtalte overdragelseforbud i norsk rett*, *Nordiska förmögenhetsrättsdagarna*, red Jan Kleineman, Jure, 2018 s 27–39.
- Bernitz, Ulf / Carlsson, Mia / Heuman, Lars / Leijonhufvud, Madeleine / Magnusson Sjöberg, Cecilia / Seipel, Peter / Warnling-Nerep, Wiweka / Vogel, Hans-Heinrich; *Finna rätt, Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Wolters Kluwer, 14 u, 2017.
- Bernt, Jan Fridthjof; *Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren, i Nybrott og odling*, *Festskrift til Nils Nygaard*, red Holgersen, Gudrun / Krüger, Kai / Lilleholt, Kåre, Fagbogforlaget, 2002 s 259–272.
- Bernt, Jan Fridthjof; «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag 2009*, Oslo 2009 s 33–43.
- Bernt, Jan Fridthjof; *Hva skjedde med rettsrealismen?*, *Jussens Venner 2014* s 139–161.

- Bernt, Jan Fridthjof; Hva vil vi med rettsvitenskapen?, i Festskrift till Sten Schaumburg Müller, red Nils jul Clausen, Bent Ole Gram Mortensen och Hans Viggo Godsk Pedersen, København, 2016 s 73–93.
- Bernt, Jan Fridthjof / Doublet, David R (Roland); Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring, Bergen 1998.
- Biggs, John; Enhancing teaching through constructive alignment, Higher Education, 1996 s 1–18.
- Biggs, John / Tang, Catherin; Teaching for Quality Learning at University, 3 u, Open University Press, 1996.
- Björkdahl, Erika P; Lojalitet och kontraktliknande förhållanden, En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Iustus 2007.
- Björne, Lars; Den konstruktiva riktningen, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del III 1871–1910, Institutet för rättshistorisk forskning, Lund 2002.
- Björne, Lars; Realism och skandinavisk realism, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del IV 1911–1950, Stockholm 2007.
- Bocander, Johan; Bankernas bristtäckningsansvar vid otillåtna vinstutbetalningar, JT 2004–05 s 932–953.
- Boe, Erik Magnus; Kopling fra tradisjonell rettsvitenskapelig metode til andre vitenskaplige metoder, i Regulering og styring, red Ellen Margarethe Basse, GAD, København 1989 s 213–229.
- Bomgren, Gunnar; Några ord om möjligheten att sakrättsligt avskilja klientmedel, TSA 1938 s 131–140.
- Box, Marcus / Gratzer, Karl / Lin, Xiang; Konkurs och konjunktur i Sverige 1830–2010, Insolvensrättslig tidskrift 2016 s 20–36.
- Brownsword, Roger; Maps, Methodologies, and Critiques: Confessions of a Contract Lawyer, i Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing, 2011 s 133–154.
- Bruun, Niclas / Wilhelmsson, Thomas; Rätten, moralen och det juridiska paradigmet, SvJT 1983 s 701–713.
- Brækhus, Sjur; Omsetning og kredit 3 og 4, omsetningskollisjoner I og II, 1998.
- Bärlund, Johan; Reklamation i konsumentavtal – En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna återopa näringsidkarens avtalsbrott. Jyväskylä 2002.

- Carnap, Rudolf; *The Logical Structure of the World: Pseudoproblems in Philosophy*, University of California Press, 1967. (Omarbetning av *Der Logische Aufbau der Welt*, och, *Scheinprobleme in der Philosophie*, 1928.)
- Charmaz, Kathy; *Constructing Grounded Theory, A Practical Guide Through Qualitative Analysis*, SAGE Publications, 2006.
- Chynoweth, Paul; *Legal research*, i *Advanced Research Methods in the Built Environment*, Wiley-Blackwell, 2008 s 28–38.
- Clausen, Nils Jul / Elholm, Thomas; Tanker om kvalitet i retsvidenskabelig forskning, i *Festskrift till Sten Schaumburg Müller*, red Nils jul Clausen, Bent Ole Gram Mortensen och Hans Viggo Godsk Pedersen, København 2016 s 141–155.
- Coase, Ronald H; *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, 1960 s 1–44.
- Coase, Ronald H. *The Nature of the Firm*. *Economica*. 4 (16), 1937, s 386–405.
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas; *Law & Economics*, Berkeley Law Books/Pearson, 6. uppl, 2016.
- Craig, Paul / de Búrca, Gráinne; *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 6 u, 2015.
- Dalberg-Larsen, Jørgen; *Retsvidenskaben som samfunnsvidenskab, Et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning*, Juristforbundets forlag, København 1977.
- Dalberg-Larsen, Jørgen; *Er der grundlag for en juridisk metodlære?*, TFR 1969 s 568–603.
- Dalberg-Larsen, Jørgen; *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, i Regulering og styring*, red Ellen Margarethe Basse, GAD, København 1989 s 35–44.
- Dalberg-Larsen, Jørgen; *Retsvidenskab og pragmatisme*, i *Utblick och inblick*, Vänbok till Claes Sandgren, red Tom Madell, Per Bergling, Örjan Edström och Jan Rosén, Iustus, 2012 s 139–152.
- Dahlman, Christian; *Neutralitet i juridisk forskning*, Studentlitteratur, Lund 2006.
- DCFR; *Draft Common Frame of Reference, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Ed. Christian von Bahr, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, m fl, Sellier, 2009.

- Devinat, Mathieu; Réflexion sur l'apport de l'ouvrage. Comment on écrit l'histoire sur la formation à la recherche en droit, *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3–4, 2011, s 659–670.
- Dewey, John; *How We Think*, D C Heath & Co, 1910.
- Donner, Gabriel; *Handbok i bankrätt*, Juridik & Samhälle, 1996.
- Dotevall, Rolf; *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts Juridik, 1989.
- Dotevall, Rolf; *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik, 1999, och 2 u, 2008.
- Dotevall, Rolf; *Aktiebolagsrätt, Fördjupning och komparativ belysning*, Norstedts Juridik, 2015.
- Doublet, David Roland; *Rett, vitenskap og fornuft, Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeslige forutsetninger*, Alma Mater, 1995.
- Doublet, David; *Hermeneutikken og rettsvitenskapen*, Tfr 1989 s 589–612.
- Doublet, David R / Bernt, Jan Fridthjof; *Retten og vitenskapen*, 2 u, Alma Mater, Bergen 1993.
- Du Laing, Bart; *Promises and Pitfalls of Interdisciplinary Legal Research: The Case of Evolutionary Analysis in Law*, i *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011, s 241–256.
- Eckhoff, Torstein (med Jan E Helgesen); *Retskildelære*, 5 u, Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Edenhammar, Hans / Norberg, Claes / Thorell, Per; *Företagens redovisning*, 7 u, Iustus, 2015.
- Edlund, Lars; *Civilrättsforskningens oppgifter – replik från en praktiker*, SvJT 1992 s 418–420.
- Edmond, Gary / Mercer, David; *Trashing "Junk Science"*, *Stanford Technology Law Review*, 1998 s 70–99.
- Eide, Erling / Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, Cappelen, Oslo, 2008.
- Ekberg, Birger; *Om växelförpliktelses oppkomst m m, Om växelförpliktelses oppkomst, Om mortifikation af væxel, tvenne uppsatser i svensk växelrätt*, Uppsala 1905.
- Ekelöf, Per Olof; *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?*, *Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund*, Gleerup, Lund 1951. (Omtryckt i *De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok*, Uppsala, 1991 s 91–126).

- Ekins, Richard; *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press, 2012.
- Eng, Svein; *U/enighetsanalyse – med særlig sikte på jus og allmenn retts-teori*, Universitetsforlaget, Oslo 1998.
- Eng, Svein; *Rettsfilosofi*, Oslo 2007.
- Engströmer, Thore; *Om försäkringsgifvares förpliktelse på grund av försäkringsaftalet, akademisk afhandling*, Almqvist & Wiksells boktryckeri, Uppsala 1908.
- Ericsson, Sören; *Förfalloklausuler i kreditavtal*, Handelsrätt C, Uppsats Ht 2008, Uppsala universitet.
- Eschelsson, Elsa; *Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis*, Uppsala 1906.
- Evald, Jens; *Law, Method and Values*, Scandinavian Studies in Law, Volume 40, Legal Theory, ed Peter Wahlgren, 2000 s 73–94.
- Evald, Jens; *Retsmisbrug i formueretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001.
- Evald, Jens; *At tænke juridisk*, 4 u, Nyt juridisk forlag, 2011.
- Evald, Jens / Schaumburg-Müller, Sten; *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2004.
- Faber, Wolfgang / Lilja, Martin / (Kreuzbauer, Günther); *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables – Part 1: Description of the Problem and General Outline*, EPLJ 2012; 1(1): 10–53.
- Faber, Wolfgang / (Lilja, Martin); *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables – Part 2: Examples and Conclusions*, EPLJ 2012; 1(2): 232–298.
- Falkman, Henric; *Bankrörelse, Risker och riskhantering i banker*, Norstedts Juridik, 2002.
- Fernkvist, Jan; *Bankernas samhällsansvar – Ett rättsligt perspektiv*, JT 2002–03 s 293.
- Feyerabend, Paul; *Mot metodtvånget*, Arkiv förlag, 2000. (Översättning av *Against Method*, 2 u 1988, 1 u från 1975).
- Fogelklou, Lars; *En handbok i konkursrätt*, Ek Revy 1962. (Recension av Lars Welamssons *Konkursrätt*, 1961.)
- Folkesson, Enar; *Ekonomiska företagskriser*, manus 2018.
- Forsell, Hans; *recension av Torgny Håstad, Studier i sakrätt*, Lund 1980, Norstedts 180 sidor, i SvJT 1981 s 538.

- Gadamer, Hans-Georg; Sanning och metod i urval, Daidalos, 1997. (Original *Warheit und Methode*, 1960. Även översatt som *Truth and Method*, 1975.)
- Gadamer, Hans-Georg; What is Practice? The Conditions of Social Reason, i *Reason in the Age of Science*, 1969.
- Gadamer, Hans-Georg; The Science of the Life-world, i *Philosophical Hermeneutics*, 1976.
- Gadamer, Hans-Georg; On the Problem of Self-Understanding, i *Philosophical Hermeneutics*, 1976.
- Gadamer, Hans-Georg; Förnuftet i vetenskapens tidsålder, Daidalos, 1989. (Original; *Vernunft im Zeitalter der Wissenschaft*, 1976.)
- Gintis, Herbert; Reputation is not Enough, (Amazon review of Eric A Posner, *Law and Social Norms* Cambridge, Harvard University Press, 2002), 2008. www.amazon.com/review/R2BUZGGWB03POC.
- Gintis, Herbert; *The Bounds of Reason – Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences*, Princeton University Press, 2008.
- Glaser, Barney G / Strauss, Anselm L; *The Discovery of Grounded Theory, Strategies for Qualitative Research*, AldineTransaction, 1967.
- Glavå, Mats; *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
- Glavå, Mats / Petrusson, Ulf; Illusionen om rätten, i *Erkjennelse og engasjement*, Minneseminar for David Roland Doublet 1954–2000, Fagbogforlaget, 2002 s 109–151.
- Gorton, *Avtalsmekanismen vid kreditavtal*, publicerad i *Rettsteori och rettsliv*, Festskrift til Carsten Smith, 2002 s 313.
- Gorton, Lars / Rosengren, Jonas; Sjölagen, Karnov, databas 2018-06-16.
- Gratzer, Karl / Sjögren, Hans, red; *Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi*, Gidlunds, 1999.
- Grauers, Folke; *Fastighetsköp*, Juristförlaget i Lund, 21 u, 2016, och 20 u, 2012.
- Grauers, Folke; *Upplyningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder*, JT 2006–07 s 890–906.
- Grauers, Folke / Martinson, Claes; *Studiematerial för juridisk grundkurs*, 20 u, 2017.
- Graver, Hans Petter; Hva er rettsvitenskap?, Tfr 1994 s 561–583.
- Graver, Hans Petter; Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, Tfr 2000 s 429–476.
- Graver, Hans Petter; Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger, Tfr 2008 s 149–178.

- Graver, Hans Petter; Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, TFR 2011 s 230–249.
- Gregow, Torkel; Separationsrett etter tillgrep på bankkonto – sakrätt på hög nivå, JT 2009–10 s 643–652.
- Gräns, Minna; Användningen av andra vetenskaper i Korling, Fredrik / Zamboni, Mauro, Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013 s 421–434.
- Grönfors, Kurt; Avtal och omförhandling, Nerenius & Santéus Förlag, 1995.
- Grönfors, Kurt; Tidsfaktorn vid transportavtal, Sjärrättsföreningen i Göteborg, Akademiförlaget – Gothenburg, Scandinavian University Books, 1974.
- Grönfors, Kurt / Dotevall, Rolf; Avtalslagen, En kommentar, Wolters Kluwer, 5 u, 2016.
- Grönlund, Anders / Tagesson, Torbjörn / Öhman, Peter; Principbaserad redovisning, 2 u, Studentlitteratur, 2005.
- Gunnarsson, Åsa / Svensson, Eva-Maria; Genusrättsvetenskap, Studentlitteratur, 2009.
- Guthrie, Chris; Prospect Theory, Risk Preference and the Law, Vanderbilt Law School Law & Economics, 2002.
- Gustafsson, Håkan; Rättens polyvalens, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 2002.
- Gustafsson, Håkan; Fiction of Law, Rechtslehre 41, 2010 s 319–363.
- Habermas, Jürgen; Knowledge and Human Interests, 1971. (Original: Erkenntnis und interesse, 1968.)
- Habermas, Jürgen; Knowledge and Human Interests, Heinemann Educational Books Ltd, London, 1972. (I min fotnot med referens till Edward L Rubin refererar denne till en utgåva från 1971.) (Original: Erkenntnis und Interesse, Suhrkamp Verlag, 1968.)
- Habermas, Jürgen; The Theory of Communicative action, vol 1, Reason and Rationalization of Society, Beacon Press, 1984. (Original: Theorie des Kommunikativen Handelns, Band I, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981.)
- Habermas, Jürgen; The Theory of Communicative action, vol 2, Life-world and System: A Critique of Functionalist Reason, Beacon Press, 1987. (Original: Theorie des Kommunikativen Handelns, Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981.)

- Habermas, Jürgen; *Samhällsvetenskapernas logik*, Daidalos, 1994. (Original: *Zur Logik der Socialwissenschaften*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970.)
- Hagberg, Axel; *Aktörer, marknad stat*, Handelshögskolan i Stockholm, 2007.
- Hage, Jaap; *The Method of a Truly Normative Legal Science*, i *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing, 2011 s 19–44.
- Hager, Richard; *Värderingsrätt – särskilt om ersättning och värdering vid expropriation*, Jure 1998.
- Hager, Richard; *Ännu en ohållbar position?*, *Ytterligare teser om värdering av rörelseskada vid obefogad uppsägning av lokalyresavtal – tio år senare*, SvJT 2017 s 631–652.
- Haldane, Andrew G / May, Robert M; *Systemic risk in banking ecosystems*, *Nature*, Vol 469, 20 January 2011, s 351–355.
- Hansen, Lone L / Werlauff, Erik; *Den juridiske metode – en introduktion*, *Jurist og økonomforbundets forlag*, 2013.
- Hansson, Mikael; *Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse*, Iustus 2010.
- Hartmann, Philipp / de Bandt, Olivier / Peydró, José Luis; *Systemic Risk in Banking after the Great Financial Crisis*, *The Oxford Handbook of Banking*, 2 u, Ed by Allen N Berger / Philip Molyneux / John O. S. Wilson, *Oxford Handbooks Online*, April 2015 s 1–43.
- Haukaas, Hans Erik; *Separatistrett til penger i konkurs*, *Jussens venner* 2009 s 25–59.
- Hedley, Steve; *The Shock of the Old: Interpretivism in Obligations*, i *Rickett, Charles / Grantham, Ross, eds, Structure and Justification in Private Law*, Hart Publishing, 2008 s 205–221.
- Heidbrink, Jakob; *Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt*, *Studentlitteratur*, 2011.
- Heidegger, Martin; *Being and Time*, Blackwell, 1962. (Original; *Zein und zeit*, Max Niemayer Verlag, Tübingen, 1927.)
- Heidegger, Martin; *Modern Science, Metaphysics and Mathematics*, i *Basic Writings*, 2 u, Harper, 1993 s 271–306. (Original; *ur Die Frage nach dem Ding*, Max Niemayer Verlag, Tübingen, 1962 s 50–83.)
- Heidegger, Martin; *The Question Concerning Technology*, i *Basic Writings*, 2 u, Harper, 1993 s 311–341. (Original; *ur Vorträge und Aufsätze*, Gunther Neske Verlag, 1954, s 13–44.)

- Hellner, Jan; Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden. Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1950.
- Hellner, Jan; Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, i Festskrift till Ross, Juristförbundets förlag, København, 1969, s 205–229.
- Hellner, Jan; Civilrättsforskningen och framtiden, TfR 1975 s 393–401.
- Hellner, Jan; Skadeståndsrätt, 4 u, Juristförlaget, Stockholm 1985.
- Hellner, Jan; Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten, i Festskrift till Henrik Hessler, red Håstad, Torgny / Agell, Anders / Hiller, Sten / Saldeen, Åke / Strömholm, Stig, P A Norstedts & söners förlag, Stockholm, 1985 s 233–257.
- Hellner, Jan; Positivism och metod inom rättsvetenskapen, i Festskrift till Stig Strömholm, red Frändberg, Åke / Göranson, Ulf / Håstad, Torgny, Iustus, Uppsala 1997 s 351–373.
- Hellner, Jan; Rättsteori, En introduktion, 2 u, Norstedts Juridik, 1994.
- Hellner, Jan; Causality and Causation in Law, Scandinavian Studies in Law, Volume 40, Legal Theory, ed Peter Wahlgren, 2000 s 111–134.
- Hellner, Jan; Metodproblem i rättsvetenskapen, Studier i förmögenhetsrätt, Jure, 2001.
- Hellner, Jan / Radetzki, Marcus; Skadeståndsrätt, 9 u, 2014.
- Henning, Ann; Tidsbegränsad anställning, En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner, Juridiska föreningen i Lund, Lund 1984.
- Henning, Ann; Om forskning angående lagreglers samhälleliga funktioner, SvJT 1987 s 386–389.
- Henriksson, Per; Sakrättsliga moment, och deras ekonomiska konsekvenser, Jure, 2009.
- Hesselink, Martijn W; A Toolbox for European Judges, i red Neergard/Nielsen/Roseberry, European Legal Method – Paradoxes and Revitalisation, DJØF, 2011 s 185–225.
- Herre, Johnny; Ersättningar i köprätten, Särskilt om skadeståndsberäkning, Stockholm 1996.
- Herre, Johnny / Ramberg, Jan; Internationella köplagen (CISG), En kommentar, 3 u, Norstedts Juridik, 2009, s 522–538.
- Hessler, Henrik; Allmän sakrätt, P A Norstedts & söners förlag, Stockholm 1973.
- Hessler, Henrik; Om äganderättsförbehåll och återtaganderättsförbehåll i 1966 års lag om vad som är fast egendom, i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo, 1969 s 459–473.

- Heuman, Lars; Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, Norstedts Juridik, 1980.
- Heuman, Lars; Rättsvetenskaplig metod och hierarkin mellan rättskällorna, i *Utblick och inblick*, Vänbok till Claes Sandgren, red Tom Madell, Per Bergling, Örjan Edström och Jan Rosén, Iustus, 2012 s 273–292.
- van Hoecke, Mark; Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?, i *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing, 2011 s 1–18.
- Holm, Anders; Den avtalsgrundande lojalitetsplikten, *Jure*, 2004.
- Hult, Daniel; Lagstiftnings ändamålsenlighet, En regleringsteoretisk utvärdering av fjärrvärmelagens potential att skapa förtroende, *Jure*, 2015.
- Hultmark, Christina; Upplyningsplikt vid ingående av avtal, Juristförlaget, Stockholm, 1993. (Se även Ramberg.)
- Husserl, Edmund; *The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology, An Introduction to Phenomenological Philosophy*, Northwestern University Press, 1970. (Original; *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie: Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, 1936.)
- Husserl, Edmund; *Ideas: General Introduction to Pure Phenomenology*, Routledge, 2013. (Original; *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, 1913.)
- Huz, Orzi; När plastpengarna kom till Sverige, Centrum för näringslivshistoria, 2018-06-16, (se Internetlänkar nedan).
- Hydén, Håkan; Normvetenskap, Sociologiska institutionen, Lund 2002.
- Håstad, Torgny; *Studier i sakrätt*, Norstedts Juridik 1980.
- Håstad, Torgny; Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, *SvJT* 1988 s 244–261.
- Håstad, Torgny; Säljarens upplysningsplikt, *JT* 1992–93 s 607–619.
- Håstad, Torgny; Sakrätt avseende lös egendom, 6 u, *Norstedts Juridik*, 1996.
- Håstad, Torgny; Konsekvens i rättsystemet, i *Festskrift till Stig Strömholm*, Iustus, 1997 s 404, på s 407–409 och 422.
- Håstad, Torgny; Säljarens upplysningsplikt vid överlåtelse av fast egendom, *JT* 2007–08 s 41–46.
- Håstad, Torgny; *Köprätt – och annan kontraktsrätt*, 6 uppl. Iustus, Uppsala 2009.

- Håstad, Torgny; Rättsdogmatik in absurdum? NJA 2014 s. 935. SvJT 2017 s 357.
- Håstad, Torgny / Möller, Mikael / Selander, Erik; Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law. Pilotprojekt för harmonisering av insolvensrätten. Advokaten Nr 7 2015 s 50–54.
- Hoffrén, Mia; Omaehtoinen argumentaatio jää lähteidensä varjoon – lainopillisten tutkielmien ongelmakohtia, Edilex, Helsinki, 2015.
- Höglund, Olle; förord i Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik 2002, s 14.
- Højlund Christensen, Lasse; Fremtidige fordringer – Særligt med henblik på omstødelse, Jurist og økonomforbundets forlag, København, 1999.
- Hørby Jensen, Camilla red / Jul Clausen, Nils / Jørgensen, Tanja / Dietz Legind, Nina / Winther Løfqvist, Mette / Godsk Pedersen, Hans Viggo; Bankjura, udvalgte emner, 2 u, Jurist og økonomforbundets forlag, 2013.
- Ingvarsson, Torbjörn; Condictio Indebiti, Fordringsrättsliga studier 01, 2016.
- Ingvarsson, Torbjörn; Fordringsrätt, En lärobok, Wolters Kluwer, 2017.
- Ingves, Stefan / Lind, Göran; Hantering av bankkrisen – sedd i efterhand, Penning- och valutapolitik 1, 1996.
- Iversen, Torsten; Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Et bidrag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstatningsberegning i kontraktsforhold med særlig henblik på ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og enterprise, Thomson Gadjura, København 2000.
- Iversen, Torsten; Den negative og den positive intresse, TfR 2013 s 449–474.
- Jareborg, Nils; Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s 1.
- Jareborg, Nils; Brotten II Förmögenhetsbrotten. Norstedts Juridik, 2 u, 1986.
- Jareborg, Nils / Friberg, Sandra / Asp, Petter / Ulväng, Magnus; Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, svensk straffrätt III, 2 u, Iustus, 2015.
- von Jehring, Rudolf; Geist des Römischen Rechts, II.2, Leipzig, 1906.
- von Jehring, Rudolf; Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil, Zweite Abtheilung, Leipzig, 1858 s 322.

- Johansson, Christer / Johansson, Rolf / Marton, Jan / Pautsch, Gunvor; Extern redovisning, 2 u, Malmö, 2006.
- Johansson, Kjell; Substance over form – en redovisningsrättslig studie, Jure, 2010.
- Johansson, Svante; Svensk associationsrätt i huvuddrag, 11 u, Norstedts Juridik, 2014.
- Johansson, Svante O; An outline of transport law, International Rules in Swedish Context, Jure, 2008.
- Johansson, Svante O; Stoppningsrätt under godstransport, Norstedts Juridik, 2001.
- Kahneman, Daniel / Tversky, Amos; Judgement under Uncertainty, Science Vol 185, 1974.
- Kahneman, Daniel / Tversky, Amos; Prospect Theory, *Econometrica* 47 (2), 1979.
- Kaisto, Janne; Fordringars överlåtbarhet – avtalsfrihet eller inte?, Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, red Jan Kleineman, Jure, 2018 s 117–132.
- Kaldal, Anna / Sjöberg, Gustaf; Vetenskapskrav på uppsatser i rättsvetenskap – handfasta tips, Jure, 2018.
- Karlgren, Hjalmar; Studier i allmän avtalsrätt, Lund 1935.
- Karlgren, Hjalmar; Kvitning och *condictio in debiti*, SvJT 1940 s 331.
- Karlgren, Hjalmar; Kollegium i allmän obligationsrätt II: anteckningar efter professor Hj. Karlgrens föreläsningar genomsedda och kompletterade av föreläsaren, 1959.
- Karlgren, Hjalmar; Skadeståndsrätt, 5 u, P A Norstedts & söners förlag, 1972.
- Karlgren, Hjalmar; Obehörig vinst och värdeersättning, P A Norstedts & söners förlag, 1982.
- Karlsson, Johanna; Rättsföljder vid olovliga värdeöverföringar – särskilt om möjligheten till skadestånd, Affärsjuridiska uppsatser, Vingestipendiet 2017 s 245–338.
- Kelsen, Hans; Pure Theory of Law, Berkeley, University of California Press, 1967. (Original; Reine Rechtslehre, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960.)
- Kihlman, Jon; Fel, Handelshögskolan i Stockholm, Rättsvetenskapliga institutionen, Stiftelsen Mercurius, 1999.

- von Kirchman, Julius Hermann; Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, 1848 gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Herausgegeben von Anton Schäfer im BSA Verlag, Nachdruck 2003.
- Kleineman Jan; Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseladande av annan än kontraktspart, Juristförlaget, Stockholm 1987.
- Kleineman, Jan; Till frågan om rättsvetenskapen som en omedelbart verkande rättskälla, JT 1994–95, s 621–646.
- Kleineman, Jan; Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994–95 s 430–463.
- Kleineman, Jan; Utomkontraktuella lojalitetsplikter – ett sakrättsligt problem? i Festskrift till Gösta Walin, Stockholm 2002 s 207–225.
- Kleineman, Jan; Rättsdogmatisk metod, i Korling / Zamboni, Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013, s 21–45.
- Komesar, Neil; In Search of a General Approach to Legal Analysis: a Comparative Institutional Alternative, Michigan Law Review, Vol 79, June 1981 s 1350–1392.
- Korling, Fredrik / Zamboni, Mauro, red; Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013.
- Kuhn, Thomas S; The Structure of Scientific Revolutions, International Encyclopedia of Unified Science, Volume 2, Number 2, University of Chicago, 2 u, 1970 (1 u, 1962).
- Lando, Ole / Holle, Marie-Louise / Håstad, Torgny / Konow, Berte-Elen / Møgelvang-Hansen, Peter / Nysten-Haarala, Soili / Ólafsdóttir, Ása / Zackariasson, Laila, eds; Restatement of Nordic Contract Law, Djøf, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.
- Lambertz, Göran; Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter, SvJT 1992 s 78.
- Lambertz, Göran; Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s 261–278.
- Lavin, Rune; Är den förvaltningsrättsliga forskningen dogmatisk, FT 1989 s 115–129.
- Lavin, Rune; Om förvaltningsrättslig forskning, En replik, FT 1990 s 71–74.
- Lehrberg, Bert; Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter, SvJT 1991, s 753–768.
- Lehrberg, Bert; Uppsatser i bankrätt. Första samlingen. Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

- Lehrberg, Bert; Återvinningsreglerna och rättshandlingsbegreppet, i Festskrift till Gösta Walin, red Höglund Olle / Gregow, Torkel / Håstad, Torgny / Lambertz, Göran / Lindskog, Stefan, *Norstedts Juridik*, 2002 s 297–309.
- Lehrberg, Bert; Moderna betalningsformer, Institutet för bank och affärsjuridik, 3 u, 2005.
- Lehrberg, Bert; Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”, *SvJT* 2012 s 537–575.
- Lehrberg, Bert; Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring, *SvJT* 2013 s 449–492.
- Lehrberg, Bert; Driva bolag för borgenärernas räkning? En kritisk studie av användningen av begreppen ”borgenärsskyddsregler” och ”aktieägarskyddsregler” i aktiebolagsrätten, i *De Lege Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2013, Doktrinen i praxis*. red Erik Bylander, 2013, s 107–127.
- Lehrberg, Bert; Värdeöverföringsreglernas anomaliska exklusivitet – Om betydelsen av Regeringsformens likhetsprincip inom bolagsrätten, i *De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014, Regeringsformen 40 år*, red. Karin Åhman, 2014, s 69–87.
- Lehrberg, Bert; Ondtrosskydd vid rättshandlande med aktiebolag, i *De Lege Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2015, Europarätten – 20 år i Sverige*, red. Mattias Dahlberg och Karin Åhman, 2016 s 133–168.
- Lehrberg, Bert; *Aktiebolagsrätt*, Iusté förlag, 2015.
- Lehrberg, Bert; *Praktisk juridisk metod*, 10 u, Iusté, 2017.
- Leijonhufvud, Madeleine; I vilket syfte och till vilken nytta skrivs rättsvetenskapliga arbeten? *SvJT* 2002 s 279.
- Leijonhufvud, Madeleine / Wennberg, Suzanne; *Brott och straff i affärslivet, En lärobok för ekonomer*, Iustus 2007.
- Lennander, Gertrud; *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, Stockholm 1977.
- Lennander, Gertrud; *Avoidance of Preferences and Fraudulent Transfers under Swedish Bankruptcy Law*, *Scandinavian Studies in Law*, 1983 s 67–96.
- Lennander, Gertrud; Återvinning i konkurs, 4 u, *Norstedts Juridik* 2013, och 3 u, *Norstedts Juridik* 2004, och 2 u, 1994.
- Lennander, *Kredit och säkerhet*, 10 u, 2011.

- Lennander, Gertrud; Otillbörlig betalning till företagshypoteksborgenär, med medel som erhållits ur säkerheten, och extraordinär insättning på checkkreditkonto: Två rättsfall om återvinning i konkurs, JT 1990–91 s 468.
- Llewellyn, Karl Nickerson; *The Bramble Bush – Our Law and its Study*, New York, Oceana, 1930. (Eighth printing 1985.)
- Llewellyn, Karl Nickerson; *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, *New York University Law Quarterly Review*, 1938 s 159–209.
- Lindblom, Per Henrik; Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process, i i *Festskrift till Bertil Bengtsson*, red Agell, Anders / Dufwa, Bill W / Håstad, Torgny / Höglund Olle / Knutsson, Anders, Nerenius & Santérus, 1993 s 319–349.
- Lindskog, Stefan; *Kvittning*, P A Norstedts & söners förlag, 1 u Lund 1984, 2 u Stockholm 2010, 3 u Visby 2014.
- Lindskog, Stefan; *Om kvittning och kommission*, SvJT 1989 s 683.
- Lindskog, Stefan; *Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar*, SvJT 1992 s 81.
- Lindskog, *Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar*, JT 1992–93 s 82.
- Lindskog, Stefan; *Om legitimation och sakrättsligt skydd vid överlåtelse av enkel fordring*, SvJT 1994 s 113
- Lindskog, Stefan; *Aktiebolagslagen: 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation*, 2 u, Juristförlaget 1995, 1 u, 1994.
- Lindskog, Stefan; *NJA 1997 s 418 – Lagstiftarens intentionsdjup som lagtolkningsfaktor*, JT 2001–02 s 217–221.
- Lindskog, Stefan; *Om fattig mans rätt till rättegång*, Några synpunkter med anledning av *NJA 2006 s 420*, i *Festskrift till Lars Heuman*, red Kleineman, Jan / Westberg, Peter / Carlsson, Stefan, *Jure*, 2008 s 327–343.
- Lindskog, Stefan; *Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar*, i *Festskrift till Suzanne Wennberg*, red Heuman, Lars / Leijonhufvud, Madeleine / Norée, Annika, *Norstedts Juridik* 2009.
- Lindskog, Stefan; *Denuntiation och subjektivt tillräknande*, i *Festskrift till Torgny Håstad*, red Lambert, Göran / Lindskog, Stefan / Möller, Mikael, *Uppsala* 2010, s 499–517.
- Lindskog, Stefan; *Betalning – om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, *Norstedts Juridik*, Stockholm, 1 u, 2014, 2 u 2018.

- Lindskog, Stefan; Kapitalbrist i aktiebolag, Kommentarer till kap 25:13–20 ABL, Norstedts Juridik, 2015. (Även i databasen Zeteo.)
- Lindskog, Stefan; Straffliknande ekonomiska påföljder utom straffrätten, i Bertil Bengtsson 90 år, red Blomstrand, Severin / Carlsson, Mia / Mattsson, Dag / Skarhed, Anna / Unger, Sven, Jure, 2016 s 317–332.
- Lindskog, Stefan; Rättsvetenskapens betydelse för en högsta domstols prejudikatbildning på förmögenhetsrättens område, Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, red Jan Kleineman, Jure, 2018 s 167–178.
- Linné, Philip Almestrand; Regulating vessel-source air pollution, standard setting in the regulation of SOx Emissions, Department of Law, School of Business, Economics and Law, Gothenburg University, 2017.
- Lorange Backer, Inge; Rettsforskernes medvirkning i lovgivningsarbeidet, SvJT 2002 s 319.
- Lundstedt, A V (Anders Vilhelm); Om lösöreköp, En studie i positiv svensk civilrätt, Lund 1912.
- Lundstedt, A V (Anders Vilhelm); Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten, III, Obligationsbegreppet, förra delen, (band I), Fakta och fiktioner, A–B L Norblads bokhandel, Uppsala 1929.
- Lyng Andersen, Lennart / Møgelvang-Hansen, Peter; Bankretlige emner, Klager over pengeinstitutter, GadJura, 1994. (Även i Bankrättsligt seminarium, Lund 23–24 mars 2001, red Lars Gorton.)
- Lönnerblad, Mats; Pengarna eller livet, Hur bankerna tog livet av 60.000 företag, Bankrättsföreningen, 2007.
- Mackor, Anne Ruth; Explanatory Non-Normative Legal Doctrine. Taking the Distinction between Theoretical and Practical Reason Seriously, i Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011, s 45–70.
- Mann, Karen / Gordon, Jill / MacLeod, Anna; Reflection and reflective practice in health professions education: a systematic review, Advances in Health Science Education, 2009 s 595–621.
- Martinson, Claes; Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?, JT 1992–93 s 436.
- Martinson, Claes; Kreditsäkerhet i fakturafordringar, En förmögenhetsrättslig studie, Iustus, 2002.
- Martinson, Claes; Johan Sandstedt, Sakrätten, Norden och Europeiseringen – nordisk funktionalism möter kontinental substantialism, SvJT 2014 s 662.

- Martinson, Claes; Några påpekanden om den för civilrätten ganska centrala frågan om fordringars omsättningsbarhet, Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, red Jan Kleineman, Jure, 2018 s 179–199.
- Mattson, Per; Förhållandet mellan 10 kap 1 § brottsbalken och lagen om redovisningsmedel, SvJT 1988 s 509–531.
- McCrudden, Christopher; ‘Legal Research and the Social Sciences’, 122 *Law Quarterly Review*, 2006 s 632–650.
- Mellqvist, Mikael; Insolvens som systemrisk – ett stycke juridik och politik, i *Festskrift till Gertrud Lennander*, Jure, 2010 s 219.
- Mellqvist, Mikael / Persson, Ingemar; *Fordran & Skuld*, 10 u, Iustus, 2015.
- Merton, Robert K; *The Sociology of Science, Theoretical and Empirical Investigations*, The University of Chicago Press, 1973. (Den i noten citerade texten även i Mertons artikel *Science and Technology in a Democratic Order*, 1942, som senare också publicerats som *The Normative Structure of Science*.)
- Mikkola, Matti; Teser om rättsvetenskaplig forskning, Tfr 1981 s 273–313.
- Millqvist, Göran; Separationsrätt till sammanblandad fungibel egendom, JT 1994–95 s 500–503.
- Millqvist, Göran; Separationsrätt eller kredit, En fråga om redovisningsskyldighet, JT 2007–08 s 459–465.
- Millqvist, Göran; Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis, En skyldighet med komplikationer, i *Festskrift till Suzanne Wennberg*, red Heuman, Lars / Leijonhufvud, Madeleine / Norée, Annika, Norstedts Juridik, 2009 s 255–267.
- Millqvist, Göran; Betalning – En rättsfigur med många drag, i *Festskrift till Torkel Gregow*, red Gernandt, Johan / Kleineman, Jan / Lindskog, Stefan, Norstedts Juridik, 2010 s 297–313.
- Millqvist, Göran; *Sakrättens grunder*, En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom, 8 u, Norstedts Juridik, 2018.
- Modeer, Kjell-Åke; *Juristernas nära förflutna, Rättskulturer i förändring*, Santérus, 2009.
- Munukka, Jori; *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Sthlm, 2007.
- Munukka, Jori; Lojalitetsplikten som rättsprincip, SvJT 2010 s 837.
- Munukka, Jori; *Avtalade överlåtelseförbud*, i *Festskrift till Lars Pehrson*, red Ulf Bernitz, Jan Kleineman, Jessica van der Sluijs och Jori Munukka, Jure, 2016 s 285–313.

- Munukka, Jori / Rosqvist, Erik; *Skuldebrevsrätten, En introduktion*, Wolters Kluwer, 2016.
- Mäntysaari, Petri; *Auditorier och retorik*, TfR 2016 s 3–42.
- Mäntysaari, Petri; *User-Friendly Legal Science: A New Scientific Discipline*, Springer 2017.
- Myrman, Birgitta / Sandberg, Bo / Söderberg, Sten; *Om utvärdering av forskningens genomslag utanför akademien, Översikt över några nationella modeller och initiativ*, Vetenskapsrådet 2017.
- Møgelvang-Hansen, Peter; *Retlig regulering af pengeoverførsler*, i *Pengeforsyning og betalningsformidling*, red Lennart Lynge Andersen, GjellerupKøbenhavn, 2002 s 106–107.
- Möller, Mikael; *Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Iustus, Uppsala 1988.
- Möller, Mikael; *Civilrätten vid finansiell leasing*, Iustus, Uppsala 1996.
- Möller, Mikael; *Om återvinning av hävning*, i *festskrift till Walin*, red Höglund, Olle / Gregow, Torkel / Håstad, Torgny / Lambertz, Göran / Lindskog, Stefan, *Norstedts juridik*, 2002 s 417–433.
- Möller, Mikael; *Reskontrabelåning, Granskning av en företagsliknande factoringform*, i *Festskrift till Lars Gorton*, 2007 s 399–409.
- Möller, Mikael; *Insolvensrättsliga utlåtanden, Ett urval från åren 1989–2015*, *Ackordscentralens skriftserie*, Wolters Kluwer, 2016.
- Möller, Mikael, red; *Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, Final version 2016*, Stockholm 2016.
- Nerep, Erik / Samuelsson, Per; *Aktiebolagslagen – en lagkommentar*, Karnov, 2009. Se även Karnovs databas 2017.
- Nial, Håkan; *Aktiebolagsrättsliga studier, Röstandel, Enmansbolag och dotterbolag*, Fusion, Stockholm 1935.
- Nilsson, Henrik / Isaksson, Anders / Martikainen Teppo, *Företagsvärdering med fundamental analys*, Studentlitteratur 2002.
- Nola, Robert / Sankey, Howard, red; *After Popper, Kuhn and Feyereabend, Recent Issues in Theories of Scientific Method*, Springer, 2000.
- Nordic-Baltic Insolvency Network; *Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law*, red Möller, Mikael, Final version 2016, Stockholm 2016.
- Nordling, Lotty; *Gemenskapsrätten och källan till rätten*, SvJT 2003 s 456.
- Olivecrona, Karl; *Penningenshetens problem*, Gleerup, Lund, 1953.

- Olsson, Stefan; Sanktioner vid avvikelser från god redovisningssed, Iustus 2010.
- Olsson, Stefan; Redovisningsrätt, En introduktion, Norstedts Juridik, 2012.
- Palmér, Eugén / Savin, Peter; Konkurslagen, En kommentar. Del I. Supplement 24, februari 2014, Norstedts Juridik.
- Palmér, Eugén / Savin, Peter; Konkurslagen, Zeteo 2017-12-07. Citerad Eugéne Palmer och Peter Savin, Konkurslagskommentaren 2017.
- Palmer Olsen, Henrik / Toddington, Stuart; The Scandinavian Roots of a New Approach to 'Legal Knowledge', *Retfærd*, årgang 35 nr 4, 2012 s 57–78;
- Peczenik, Aleksander; Vad är rätt? Stockholm 1995.
- Peczenik, Aleksander; Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law, *Scientia Juris, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed Enrico Pattaro, Volume 4, 2005.
- Peczenik, Aleksander; Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, *FT* 1990 s 41–52.
- Persson, Ulf; Skadestands- och försäkringsrättsliga studier, P A Norstedts & söners förlag, 1962.
- Persson, Ulf; Skada och värde, CWK Gleerup, Lund, 1953.
- Petrusson, Ulf; Den rättsvetenskapliga forskningens roll – Vad bör den rättsvetenskapliga forskningen syssla med och varför? Rapport från rättsymposium den 22–23 november 2001 på Häringe slott, *SvJT* 2002, s 217.
- Petrusson, Ulf; Forskning och nytta, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Tre böcker, 2015.
- Petrusson, Ulf / Glavå, Mats; Law in a Global Knowledge Economy – Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 53, 2008, s 93–133.
- Polanyi, Michael; *The Tacit Dimension*, 1966, omtryckt The University of Chicago Press, 2009.
- Popper, Karl; *The Logic of Scientific Discovery*, 1959, omtryckt i *Routledge Classics* 2002. (Omarbetning av *Logik der Forschung* från 1934, med tillägg.)
- Popper, Karl; *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, Routledges, 1963, omtryckt i *Routledge Classics* 2002.
- von Post, Claes-Robert; Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, Stockholm, 1999.

- Påhlsson, Robert; Riksskatteverkets rekommendationer – allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet, Iustus 1995.
- Påhlsson, Robert; Konstitutionell skatterätt, 4 u, Iustus, 2018 s 71–80.
- Pöyhönen, Juha (Karhu); Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Helsinki, 1988. (The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts.)
- Radetzki, Marcus; Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 u, Svenska försäkringsföreningen, 2012.
- Ramberg, Anne; Rättsvetenskapen i teori och praktik – några tankar från en advokat, i Festskrift till Gertrud Lennander, red Gernandt, Johan / Kleineman, Jan / Lindskog, Stefan, Jure, 2010 s 284–294.
- Ramberg (Hultmark), Christina; Upplyningsplikt vid ingående av avtal, Juristförlaget, Stockholm, 1993.
- Ramberg, Christina; Kontraktstyper, Norstedts Juridik, Solna, 2005.
- Ramberg, Christina; Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt, TfR 2013 s 521–530.
- Ramberg, Christina; Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, Wolters Kluwer, 2017.
- Ramberg, Christina / Beshar, Alexander / Carlson, Laura / Croon, Adam / Granmar, Claes / Kleist, David / Leviner, Pernilla / Norée, Annika; Rättskällor – en introduktion i kritiskt tänkande, Norstedts Juridik, 2018 s 84–87.
- Ramberg, Jan, (under medverkan av Johnny Herre); Köplagen, Norstedts Juridik, 1995.
- Ramberg, Jan / Herre, Johnny; Internationella köplagen, En kommentar, Norstedts Juridik, 2009.
- Ramberg, Jan / Ramberg, Christina; Allmän avtalsrätt, Norstedts Juridik, 2014.
- Ravna, Øyvind; Hvordan skrive bedre rettsvitenskap, Kritisk Juss, 2009 s 307–319.
- Reichel, Jane; EU-rättslig metod, Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013 s 109–140.
- Renman, Hans; Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, En process- och insolvensrättslig manual, Norstedts Juridik 2009, och 2 u, Norstedts Juridik 2013.
- Renman, Hans; Något om nackdelsrekvisitets innebörd vid återvinning av betalning som skett i ett löpande avtalsförhållande, JT 1995–96 s 1238–1239.

- Renman, Hans / Tillqvist, Jens; Något om spärrade bankkonton, JT 1992–93 s 669–682.
- Reutersköld, C A (Carl Axel); Bidrag till läran om aftal, särskildt mellan frånvarande, en komparativ rättsstudie, Uppsala 1900.
- Rochet, Jean-Charles; Why Are There So Many Banking Crises?, The Politics and Policy of Bank Regulation, Princeton, 2008.
- Rodhe, Knut; Obligationsrätt, Norstedts Juridik, 1984, (1956).
- Rodhe, Knut; Handbok i Sakrätt, Norstedts Juridik 1985.
- Rodhe, Knut; Något om säkerhet i ett flöde av ekonomiska värden enligt svensk rätt, FJFT 1973 s 239–259
- Ross, Alf; Tü-tü, i Festskrift till Henry Ussing, København, 1951 s 468–484.
- Rubin, Edward L; On beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship, California Law Review, Volume 80, Issue 4, Article 4, 1992 s 889–963.
- Samuel, Geoffrey; Does One Need an Understanding of Methodology in Law Before One Can Understand Methodology in Comparative Law?, i Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011, s 177–208.
- Samuelsson, Joel; Tolkning och utfyllning, Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, Iustus, 2008.
- Samuelsson, Joel; Tolkningens gåta, En studie i avtalsrätt, Iustus, 2011.
- Sandgren, Claes; Om empiri och rättsvetenskap. Del I. JT 1995–96 s 726.
- Sandgren, Claes; Om empiri och rättsvetenskap. Del II. JT 1995–96 s 1035.
- Sandgren, Claes; Vad gör juristen? Och hur?, Del I. JT 1999–2000 s 591–611.
- Sandgren, Claes; Vad gör juristen? Och hur?, Del II. JT 1999–2000 s 867–893.
- Sandgren, Claes; On Empirical Legal Science, Scandinavian Studies in Law, Volume 40, Legal Theory, ed Peter Wahlgren, 2000 s 445–482.
- Sandgren, Claes; Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s 297.
- Sandgren, Claes; Är rättsdogmatiken dogmatisk? TfR 2005 s 648–656.
- Sandgren, Claes; Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, JT 2005–06 s 349–365.

- Sandgren, Claes; Vad är rättsvetenskap?, i Festskrift för Peter Seipel, 2006 s 527–552.
- Sandgren, Claes; Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006, i Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år – en minnesskrift, 2007 s 440–485.
- Sandgren, Claes; Rättsvetenskap och samhällsnytta, i Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Norstedts Juridik, 2007 s 359.
- Sandgren, Claes; Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, TfR 2007 s 388.
- Sandgren, Claes; Om rättsvetenskapens avnämare, 2008, i boken Vad är rättsvetenskap? Jure, Stockholm 2009 s 312.
- Sandgren, Claes; Vad är rättsvetenskap?, Jure, Stockholm 2009. (Boken omfattar ovan nämnda artiklar av Claes Sandgren.)
- Sandstedt, Johan; Sakrätten, Norden och europeiseringen, Nordisk functionalism möter kontinental substantialism, Jure, 2013.
- Sandström, Marie; Rätt eller vetenskap – Till frågan om rättsvetenskapens nytta, SvJT 2002 s 282.
- Sandström, Marie; Rättsvetenskapens princip: Till frågan om rättsvetenskapens värdelöshet och Friedrich Julius Stahls rättsinstitutslära, Stockholm 2004.
- Sandström, Marie; Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet?, i Asp, Petter / Nuotio Kimmo, red, Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridisk forskning, Uppsala 2004, s 223–238.
- Sandström, Marie; Obehörig vinst, Svensk privaträttsdogmatik mellan Skylla och Karybdis, Juridisk publikation, 2017 s 221–243.
- Sandström, Torsten; Svensk aktiebolagsrätt, Norstedts Juridik, 5 u, 2015.
- Sartor, Giovanni; Legal Reasoning, A Cognitive Approach to the Law, Scientia Juris, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, ed Enrico Pattaro, Volume 5, 2005.
- Schaumburg-Müller, Sten; Fem retsfilosofiske teser, Djøf, København 2009.
- Schlag, Pierre; Response, Pre-Figuration and Evaluation, Colorado Law Scholarly Commons, 1992 s 965–977.
- Schultz, Mårten; Kausalitet, Studier i skadeståndsrättslig argumentation, Jure Förlag AB, Stockholm 2007.
- Schütze, Robert; European Union Law, Cambridge University Press, 2015.

- Sellerberg, Ann-Mari; Fyra olika förhållningsätt i konkurs – en typologi, i red Gratzner, Karl/Sjögren, Karl, Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gidlunds, 1999 s 287–316.
- Siltala, Raimo; Oikeustieteen tieteenteoria – A Theory of the Science of Law, Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Simpson, Alfred William Brian; Invitation to Law, Oxford, Blackwell, 1988.
- Sisula-Tulokas, Lena; Civilrättens splittring, i Bertil Bengtsson 90 år, red Blomstrand, Severin / Carlsson, Mia / Mattsson, Dag / Skarhed, Anna / Unger, Sven, Jure, 2016 s 481–495.
- Skog, Rolf; Rodhes Aktiebolagsrätt, 25 u, 2018.
- Sternlight, Jean R; Symbiotic Legal Theory and Legal Practice: Advocating a Common Sense Jurisprudence of Law and Practical Applications, University of Miami Law Review, Volume 50, nr 4, 1996, s 707–778.
- Strömgren, Peter; Tillbehör och accession, Iustus, 2012.
- Ström, Monica / Zackrisson, Marcus; Rätten att misslyckas, Institutet för tillväxtpolitiska studier A2006:010
- Strömholm, Stig; Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 4 u, Norstedts Juridik, 1992, 5 u 1996.
- Strömholm, Stig; Hur många rättsvetenskaper finns det? Tfr 1978 s 621–654.
- Ståhlberg, Pauli / Karhu, Juha; Finsk skadeståndsrätt, Helsingfors, 2014.
- Stål, Benjamin; Snabbare Cash, Effektiv kontanthantering är en tillväxtmarknad, Vinnova/Blue Institute, 2013.
- Stefan Sundgren, Konkurer och företagsrekonstruktioner, 1999 s 61–74, i Gratzner, Karl / Sjögren, Hans, red, Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gidlunds, 1999.
- Svensson, Eva-Maria, Boundary-work In Legal Scholarship, i Åsa Gunnarsson, Eva-Maria Svensson och Margaret Davies, Exploiting the Limits of Law, Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism, s 17–49.
- Svensson, Eva-Maria; Forskaren Elsa Eschelsson, En modern civilist i tiden, Kvinnliga akademikers förening, 2011.
- Svensson, Eva-Maria; De lege interpretata – Om behovet av metodologisk reflektion, Juridisk publikation 2014 s 211.
- Sveriges Riksbank, Den svenska finansmarknaden 2013, red Mannent, Jenny.
- Svernlöv, Carl; Aktiebolagslagen – en översikt, Norstedts Juridik, 2014.

- Sæter Mæhle, Synne; Rettsvitenskaplig forskningsmetodik – I lys av grunnleggende forskningsverdier, *TfR* vol. 128, 2/2015, s 125–157. ISSN 0040-7143
- Sæther Mæhle, Synne; Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?, *Jussens Venner* 2004 s 329–342.
- Söderlund, Jenny; Konkursrätten – om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar, *Uppsala* 2009.
- Söderström, Rebecca; Sundhetsbegreppet i svensk bankrätt, *JT* 2014–15 s 394–402.
- Thorburn, Karin; Konkurs med auktion, s 106–121, i Gratzer, Karl / Sjögren, Hans, red, *Konkursinstituttets betydelse i svensk ekonomi*, Gidlunds, 1999.
- Torvund, Olav; Betalningsformidling i et rettsligt perspektiv, *Tano*, Oslo, 1993.
- Träskman, Per Ole; En Herrens tjänare, eller några Herrans tjänare? Om rättsvetenskaplig forskning i den juridiska praktikkens tjänst, *SvJT* 2002 s 333.
- Tuori, Kaarlo; Rättsvetenskapen och lagstiftningsarbetet, *SvJT* 2002 s 330.
- Töllborg, Dennis; Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, *JT* 1995–96 s 354–365.
- Uncitral Model Law on International Credit Transfer, 1992.
- Vahlne-Westerhäll, Lotta; Den starka statens fall, En rättsvetenskaplig studie av svensk social trykthet 1950–2000, *Norstedts Juridik*, 2004.
- Vinding Kruse, Anders; Restitutioner: et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrund-sætningen i dansk og fremmed ret. *Copenhagen*, Gads forlag, 1950.
- Wahlgren, Peter; Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, *SvJT* 2002 s 293.
- Wahlgren, Peter; Legal reasoning, A Jurisprudential Model, *Scandinavian studies in Law*, 2000 s 199–282.
- Walén, Gösta; Materiell konkursrätt, 2 u, *Norstedts Juridik* 1987.
- Walén, Gösta; Separationsrätt, P.A. Norstedts och söners förlag, *Lund* 1975.
- Walén, Gösta; Panträtt, *Norstedts Juridik*, 1 u, 1991, 2 u, 1998.
- Walén, Gösta; Om separationsrätt efter surrogation, En förmögenhetsrättslig studie, i *Festskrift till Birger Ekeberg* 1950, s 532–554.

- Walin, Gösta / Millqvist, Göran / Persson, Annina H; Panträtt, 3 u, 2012.
- Walin, Gösta / Herre, Johnny; Lagen om skuldebrev m m. En kommentar, 3 u Stockholm 2011.
- Weimers, Arvid; Företrädaransvar för skatt – en potentiell skattebov, En analys av företrädaransvarsrättsliga risker vid företagsrekonstruktion, Examensarbete vid Juridiska institutionen Handelshögskolan GU, Ht 2016.
- Welamson, Lars / Mellqvist, Mikael; Konkurs – och annan insolvensrätt, 11 u, Norstedts Juridik 2013, och 12 u, 2017.
- Wellford Slocum, Robin; Legal Reasoning, Writing, and Persuasive Argument, 2 u, Lexis Nexis, 2006.
- Wennberg, Susanne; Förskingring, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1977.
- Wersäll, Fredrik; Samverkan mellan rättsvetenskapen och lagstiftaren – problem och möjligheter, SvJT 2002 s 304.
- Westberg, Peter; Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats, i Festskrift till Per Olof Bolding, red Lars Heuman, Juristförlaget, 1992 s 421–446.
- Westerman, Pauline C; Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law, i Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011.
- Wickman, Magnus; Nackdelsrekvisitet vid återvinning, s 44, (20-poängsuppsats i insolvensrätt, Juridiska fakulteten i Lund, 2001).
- Wiklund, Holger, God advokatsed, Norstedts, Stockholm, 1973.
- Victor, Dag; Rättssystem och rättsvetenskap, P A Norstedts & söners förlag, Lund 1977.
- Wilhelmsson, Thomas; Social civilrätt, Juristförbundets förlag, Helsinki, 1987.
- Wilhelmsson, Thomas; Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran, TfR 1985 s 181–197.
- Wilhelmsson, Thomas; Avtal och jämlikhet, SvJT 1997 s 505.
- Wilhelmsson, Thomas; Jack-in-the-box theory of European Community Law, i Liber Americum Norbert Reich, eds. Krämer, L / Micklitz H-W / Tonner K, Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Band 3 der VIEW Schriftenreihe, 1997, s 177–194.
- Wilhelmsson, Thomas; Senmodern ansvarsrätt, Privaträtt som redskap för mikropolitik, Kauppakaari, Helsingfors, 2001.

- Wilhelmsson, Thomas; Behövs en obligationsrätt? Lov og rett, nr 9 2003 s 515–537.
- Williamsson, Oliver E; Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 1979.
- Williamsson, Oliver E; Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization, Free Press, 1983.
- Vranken, Jan; Exiting Times for Legal Scholarship, *Law and Method*, Boom Juridisch Tijdschriften, February 2012.
- Vranken, Jan, BM; Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman, i *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, ed Mark Van Hoecke, Hart Publishing 2011.
- Zackariasson, Laila; Borgenärsskydd och specialitet, Iustus, Uppsala 2012.
- Zackariasson, Laila; Borgenärsskydd vid köp eller gåva av en samäganderättsandel i lösöre, i *Festskrift till Gösta Walin*, Stockholm 2002, s 571–611.
- Zackariasson, Laila; Svensk rättspraxis. Sakrätt 1982–2001. SvJT 2003 s 753–956.
- Zahle, Henrik; At forske ret: Essays om juridisk forskningspraxis, Gyldendal, 2007.
- Zamboni, Mauro; I Never Met Jan Hellner: En främlings perspektiv på Jan Hellners inflytande på svensk rättsvetenskap, JT 2013–14 s 507.

Offentligt tryck och NJA II

Finansutskottets betänkande 2017/18:FiU36 Nya regler om betaltjänster

Proposition 1944:81 Förslag till lag om redovisningsmedel

Proposition 1970:42 Förmånsrättslag m m

Proposition 1972:5 Kungl Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m m

Proposition 1974:33 förslag till lag om inrikes vägtransport

Proposition 1975:6 om ändring i konkurslagen (1921:225) m m

Proposition 1972:5 förslag till skadeståndslag

Proposition 1976/77:123 Konsumentkreditlag m m

Proposition 1977/78:142 Avbetalningsköp mellan näringsidkare m fl

Proposition 1986/87:90 Ny konkurslag

Proposition 1991/92:83 om ny konsumentkreditlag

- Proposition 1993/94:195 om ny sjölag
Proposition 1997/98:99 Aktiebolagets organisation
Proposition 2001/02:57 Återvinning av säkerhet i konkurs
Proposition 2002/03:49 Nya förmånsrättsregler
Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag
Proposition 2007/08:161 Företagshypotek – en bättre säkerhet för lån till företag
Proposition 2008/09:88 Ny kommissionslag
Proposition 2009/10:122 Obehöriga transaktioner med betalningsinstrument
Proposition 2009/10:220 Betaltjänster
Proposition 2017/18:77 Nya regler om betaltjänster
- SOU 1940:20 Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott.
SOU 1943:24 Betänkande med förslag till lag om redovisningsmedel m m
SOU 1969:5 Utsökningsrätt IX. Förmånsrättsordning m m.
SOU 1970:75 Utsökningsrätt X. Materiell konkursrätt.
SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten
SOU 1983:50 Översyn av lagstiftning om förmögenhetsbrott utom gäldenärsbrott.
SOU 1988:63 Kommission och dylikt.
SOU 1991:81 Fastighetsleasing. Sale and lease back.
SOU 1994:120 Finansiell leasing av lös egendom.
SOU 1995:11 Nya konsumentregler.
SOU 1995:69 Betaltjänster
SOU 1997:168 Vinstutdelning i aktiebolag
SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler
SOU 2000:11 Finanssektorns framtid
SOU 2001:80 Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden.
SOU 2000:29 Starka konsumenter i en gränslös värld
SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag
SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m m
SOU 2005:120 Fondkommission – och en ny kommissionslag.
SOU 2008:50 Skyddet för samhällsviktig verksamhet
SOU 2010:2 Ett samlat insolvensförfarande.
SOU 2013:6 Att förebygga och hantera finansiella kriser

SOU 2013:65 Förstärkta kapitaltäckningsregler
SOU 2014:52 Resolution
SOU 2014:61 Svensk kontanthantering
SOU 2016:53 Betaltjänster, förmedlingsavgifter och grundläggande
betalkonton

Ds 1990:84 Ny konsumentkreditlag
Ds 2008:86 Betalningsansvar vid obehöriga transaktioner

Kommittédirektiv 2004:10 Obehörig användning av kontokort samt
konsumentskydd vid s.k. modemkapning

NJA II 1944 (Redovisningsmedelslagen)
NJA II 1914 (Kommissionslagen)

Lagrådsremiss Nya regler om betaltjänster från den 9 november 2017

Standardvillkor för finanstjänster. Rapport enligt regleringsbrevet 2007
till Finansinspektionen och Konsumentverket, 2007:15, Finansinspek-
tionen DNR 06-11771-000, Konsumentverket DNR 2006/5084.

Rättsfallsförteckning

NJA 1937 s 351 (Krüger & Toll)
NJA 1966 s 97 (Grusleveranserna i Ånge)
NJA 1971 s 122 (Klientmedelskvittning)
NJA 1973 s 635 (Evert i Leipojärvi)
NJA 1976 s 458 (Cykelpump)
NJA 1978 s 194 (Stelvio)
NJA 1979 s 157 (Da-Ne Tryck)
NJA 1981 s 562 (GAD Restaurant)
NJA 1983 s 737 (ME-FA Maskiner)
NJA 1985 s 29 (Simiaprodukter)
NJA 1986 s 44 (Maija-Liisas Fiat)
NJA 1986 s 489 (Laboratorieassistenten som tog blodprov)
NJA 1986 s 696 (Bengts Volvo)
NJA 2009 s 182 (Jofrab)
NJA 1989 s 671 (Teuvos Citroén)
NJA 1989 s 768 (Pokerspelspotten)

- NJA 1989 s 781 (Postväxelseparation)
NJA 1990 s 343 (Nordanland)
NJA 1990 s 562 (Stålmanufaktur)
NJA 1990 s 649 (Travtränaren)
NJA 1991 s 217 (WH Finans)
NJA 1995 s 367 II (Obligentia)
NJA 1997 s 115 (Ekblad Construction)
NJA 1997 s 418 (SÖMÅ)
NJA 1998 s 275 (Makarnas konto)
NJA 1998 s 487 (EBN Center)
NJA 1999 s 426 (Sturetättsfallet)
NJA 1999 s 812 (Zambagars)
NJA 2001 s 155 (Den polsktillverkade båten)
NJA 2003 s 37 (Hjärtervägen Invest)
NJA 2005 s 608 (Max o Frasses)
NJA 2007 N 19 (C A Förvaltning)
NJA 2007 s 86 (Motocrossbanefallet)
NJA 2007 s 599 (Gullivers)
NJA 2008 s 653 (Kokain)
NJA 2009 s 16 (Bravida)
NJA 2009 s 500 (Bankkontomanipulationerna)
NJA 2010 s 467 (Hansas skuldebrev)
NJA 2010 s 709 (L Holding AB)
NJA 2011 s 357 (Mefedron)
NJA 2011 s 411 (Konkursprövningen)
NJA 2011 s 576 (Sydställningar)
NJA 2011 s 675 I (Syntetiska katinoner)
NJA 2011 s 675 II (Metylon)
NJA 2011 s 799 (www.rc-traders)
NJA 2012 s 70 (Amfetamin m m)
NJA 2012 s 115 (Ecstasy)
NJA 2012 s 144 (Cannabisharts)
NJA 2012 s 510 (Ecstasy)
NJA 2012 s 528 (Kokain)
NJA 2012 s 535 (Cannabis)
NJA 2012 s 650 (Mefedron)
NJA 2013 s 421 (KLM Fastigheter)
NJA 2013 s 502 (Ne bis in idem)
NJA 2013 s 1190 (Brf Fjällsidan)

NJA 2014 s 272 (BDO Nordic)
NJA 2014 s 760 (Cargo Center)
NJA 2014 s 877 (Processbolag)
NJA 2014 s 935 (Independent Finans)
NJA 2015 s 359 (Emtunga)
NJA 2015 s 1040 (De enstegstätade fasaderna II)
NJA 2016 s 51 (Saltkråkan)
NJA 2016 s 288 (Betalningserklæringen)
NJA 2017 s 9 (Multitotal)
NJA 2017 s 261 (Butikslokalen på Jakobsbergs sjukhus)
NJA 2017 s 289 (Valdemarsviksfastigheten)
NJA 2017 s 882 (Intercontainer)

Svea HovR T 3370-13 från 2013-12-06 (Swedeport)
Svea HovR T 3561-14 från 2015-03-13 (Café Lumière)
Svea HovR 1337-17 från 2018-02-19 (Dickson & Co)

Stockholms TR, T 19265-12 från 2018-03-26 (Emtunga II)

ARN 2011-0429 (Kontokortet i den kvarglömda kavajen)*
ARN 2011-2037 (Kontokortsstölden på Apoteket)
ARN 2011-1732 (Kontokortsstölden i den delade svarttaxin)
ARN 2011-2225 (Kontokortsstölden ur det gemensamma mäss-skåpet)
ARN 2011-2776 (Kontokortsstölden vid bilinbrottet)
ARN 2011-3888 (Kontokortsstölden av tjejen som följt med till hotellrummet)
ARN 2012-00861 (Kontokortsstölden ur handväskan på restaurangstolen)
ARN 2014-01128 (Kontokortstillgreppet genom knuffen i kassakön)°
ARN 2014-01342 (Kontokortsstölden ur handväskan på café-stolen)
ARN 2014-02024 (Kontokortet som glömdes eller stals på Pressbyrån)
ARN 2015-03347 (Kontokortsstölden från lunchbrickan)
ARN 2015-04225 (Kontokortsstölden på Sahlgrenskakontoret)
ARN 2015-05073 (Kontokortsstölden ur ryggsäcken i rulltrappan)
ARN 2015-06440 (Det möjliga kontokortsranet genom nedslagning bakifrån)
ARN 2015-08765 (Kontokortsstölden på butikskontoret)
ARN 2015-10027 (Kontokortet som sonen fick låna)
ARN 2017-02162 (Kontokortsstölden ur jackfickan på restaurangstolen)

ARN 2017-06965 (Ryggsäcksstölden på Copacabana)^o
ARN 2017-07509 (Kontokortsstölden ur blixtlåsfickan)

RÅ 1998 ref 6 (Bil & Buss)
RÅ 2001 ref 79 (Östersunds Parkering)

Internetlänkar

Ekobrottsmyndigheten, 2014-12-12.
<https://www.ekobrottsmyndigheten.se/press/nyheter/2014/12/nedlaggning-av-forundersokning-kring-panaxia/>
Senast besökt 2018-06-17.

Centrum för näringslivshistoria, 2017-04-07.
<http://naringslivshistoria.se/bizstories-nyheter/naringslivshistoria/narplastpengarna-kom-till-sverige/>
Senast besökt 2018-06-17.

Sakregister

Sakord som inte har sidhänvisning förekommer så många gånger att det är bättre att använda innehållsförteckningen.

- ABL
- ackord 394, 396, 438, 439
- adelsmärke 77, 78
- affektionsvärde 355, 394, 395
- affärshändelse 207, 304, 315, 332
- affärsidé 282
- affärsmässig 304, 315, 378
- aktiebolagslagen 301, 302, 303, 316, 317, 320, 322, 324, 327, 330, 333, 337, 344
- aktier 317, 328, 335
- Allmänna reklamationsnämnden 27, 239, 240, 242, 243
- ambition 32, 41, 42, 44, 60, 62, 63, 66, 72, 86, 93, 104, 108, 111, 112, 114, 123, 222, 230, 232, 236, 249, 252, 261, 273, 280, 285, 339, 427, 459, 494, 497, 499, 526, 555
- analysverktyg 63
- anarkism 57, 108, 109
- angrepp 66, 88, 99, 101, 104, 105
- användbar
- argumentationslinje 510, 511, 516, 517, 520, 521, 522, 523
- ARN 27, 240, 243, 244, 245, 246, 250, 251, 252, 254, 255, 256, 281
- association 497
- avkastningsförmåga 370, 372
- avkastningsvärdering 390
- avsiktsrekvisit 188
- avskiljandeskyldig 457, 480, 511
- avstämning 461, 464
- avtalslagen 27, 139, 238, 252, 261, 263, 264, 266, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 278, 279, 281, 284, 433, 443
- avtalspositioner 359
- avtalsrelation 48, 113, 207, 441, 457, 460, 500, 528, 549
- avtalsvillkor 129, 136, 237, 264, 430, 436, 441, 443, 456, 457, 481, 502, 508, 509, 510, 515, 523
- AvtL 27, 139, 193, 234, 264, 266, 436, 509, 510
- balans 278, 333, 365
- bank
- bankföreningen 240, 250
- bankkod 466
- bankkonto 150, 465, 473, 479, 484, 490
- basbelopp 238, 263
- bedömning
- begreppsanvändning 33
- begreppsapparat 33

- beroendeförhållande 426, 432, 440
beslutsteoretisk 59, 61, 149, 157, 289, 388, 404, 408, 499
betalning
betalningsförmåga 151, 290, 291, 309, 329, 331, 345, 346, 347, 349, 463
betalningskrav 143, 188
betalningsoförmåga 133
betalningsrutin 143
betaltjänstdirektiv 243, 245, 262
betaltjänstlagen 27, 242, 245, 262, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 510
betydande belopp 189, 190, 193, 198, 217, 222, 223, 227, 270, 277, 532
bevis 51, 63, 144, 158, 458, 488, 491, 547
bevisbörda 120, 391, 402, 448, 488, 489
bevisförhållanden 45, 386, 387, 403
bevishänseende 50, 388, 406, 458
bevisprövning 402
bevisvärigheter 188, 459
bil 138, 140, 240, 251, 281, 333, 363, 395
bokförda tillgångar 359
bokföring 332, 333, 334
bokföringsbrott 287, 314, 332, 333, 336
bolagsstämma 346
borgenärsskyddsintressen 306
BrB 332, 334, 451, 477, 478, 480, 482
bristtäckningsansvar 39, 287, 300, 301, 302, 303, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 315, 316, 317, 319, 320, 323, 325, 335, 336, 337, 339, 344, 349
brott
byggnadsställning 177
casus mixtus cum culpa 349
checkkredit 147, 228
culpa 330, 336, 349, 428, 443
dagskassa 455
de lege ferenda 106, 232
de lege lata 445
denuntiation 46, 125, 132, 137, 138, 141, 144, 145
departementschefen 238
deposition 124, 125
direktiv
direktivkonform 258
direkt skada 358
diskrepans 234, 245, 249
distributör 446, 497
dogm 64, 86, 105, 175, 185, 235, 314, 338, 365, 384, 402, 485, 489, 490, 499, 500, 506, 509, 511, 520, 526
dokument 79
domskäl 172, 318, 319, 322, 325, 338, 339, 402, 473, 480, 485, 486, 488
dotterbolag
dotterbolag 49, 50, 286, 288, 290, 292, 294, 299, 300, 301, 306, 312, 321, 327, 332, 333, 338
drama 37, 69

- dröjsmål 372, 373, 460, 461, 471, 477, 478, 501, 502, 524, 536, 540
- empiri 123, 124, 144, 216, 226, 414, 491
- enkelriktade horisontella förhållanden 268
- epistemologi 94, 117
- ersättningsanspråk 366
- estetisk 187
- EU-direktiv 41, 49, 246, 250, 258, 259, 284, 389, 506
- EU-lagstiftaren 49, 236, 241, 243, 245, 246, 263, 276, 335, 336
- existentialism 107
- factor 48, 133, 135, 136, 140, 142, 143
- factoring 135, 136, 146
- fakturabevakning 143
- falsifiera 104, 182
- fastighet 129, 386
- feminism 107
- fenomen 36, 41, 46, 71, 79, 100, 106, 110, 112, 115, 247, 312, 444, 493, 552, 553
- fenomenologi 107
- fiktion 43
- filosofisk 492
- finansföretag 134
- finansiering 137, 373, 374, 381, 436
- force majeure 428
- fordringsrätt 48, 140, 309, 549
- formalia 447
- formalism 145, 158, 179, 504
- forskarkultur 120
- forskningsfront 54, 61, 112, 114, 128, 180, 350, 448, 555
- forskningsfråga/or
- forskningsgenre 62
- forskningsinriktning 25, 29, 30, 33, 34, 35, 40, 44, 53, 66, 67, 70, 75, 95, 106, 110, 112, 129, 551, 556
- forskningsinsats 25, 30, 33, 60, 65, 66, 67, 77, 79, 120, 133, 146, 155, 156, 257, 258, 340, 382, 445, 494, 527, 549
- forskningsmetodik 91, 116
- forskningsperspektiv 71, 313
- forskningsprocess 32, 110, 280, 383, 386, 530, 552
- forskningsprojekt 29, 59, 69, 95, 103, 108, 112, 301
- forskningsresultat
- forskningssyfte 61
- forskningsstes 42
- forskningsunderlag 39
- frekvens 125, 216, 294, 295, 451
- friktion 260, 261, 262, 264, 280, 282, 283, 285
- full ersättning 327, 365
- funktion
- följdsador 347, 348
- förarbeten
- företagsrekonstruktion 150, 391, 393, 395, 396, 397, 399, 410, 411, 435, 436
- företagsvärdering 364, 368, 369, 387, 389, 390, 391, 400, 401
- företagsöverlåtelse 292
- förfalloklausul 110, 111, 112, 113, 437
- författningstext 235
- förklaring

- förlust
förmögenhetsförhållande 150
förmögenhetsrätt
försiktighetsregeln 344, 345, 346
förståelse
försvarlig 330
försäljningsvärde 354, 367, 382, 389
- Generalpantklausul 515
Generalpantvillkor 508
goodwill 420
grov oaktsamhet 138, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 252, 254, 255, 262, 263, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 281, 284
grov vårdslöshet 240, 253, 261, 262, 264, 266, 267, 268, 269, 274
gällande rätt 29, 30, 31, 34, 35, 41, 42, 43, 45, 62, 67, 74, 78, 88, 89, 96, 104, 105, 106, 107, 122, 134, 231, 232, 235, 338, 349, 350, 382, 403, 407, 448, 526
gåta 80, 87, 339
- handelsbruk 136
hanteringsanalys 61, 183, 185, 250, 426
helhetsanalys 62, 499
helhetsbild 51, 323, 498, 499, 500, 526, 528
historisk 91, 111, 120, 216, 389, 391
humanvetenskap 106
- hypotes 251, 255, 256, 425, 547, 554
hypotetisk 365, 372, 374, 377, 389, 391, 400, 402, 421
häva 500, 501, 517
hävning 189, 190, 191, 194, 224, 500, 528
- ideal 93, 97, 98
identifiering 45, 48, 50, 51, 61, 200, 338, 445, 447, 533
idiom 85
illikvid 137
illojal 124, 187, 188, 225, 472
illusion 42, 383
inchoateness 100
incitament 134, 171, 221, 313, 341, 378, 386, 434, 436, 449, 451, 453, 458, 460, 463, 464, 467, 478, 480, 491, 539, 545, 553
indikation 119, 207, 208, 287, 371, 400, 436, 458, 472, 483, 505, 543
indirekt effekt 258, 259, 264, 265, 266, 267, 268, 274, 275
indirekt skada 317, 361, 365
indrivning 134
inflöde 462
innovation 57, 94
insolvens 174, 186, 192, 210, 216, 217, 219, 408, 451, 453, 486
insolvensrätt 49, 50, 189, 192, 225, 549
insolvent 188, 189, 191, 198, 199, 222, 223, 507, 519, 532
insättning
intention

- intresseanalys 59, 61, 62, 64, 67,
 126, 127, 128, 134, 147, 426,
 553
 intressekartläggning 136, 145
 intresse motsättning 40, 133, 146
- juridisk metod 62, 79, 89, 90, 96
 jurisdiktion 6, 47, 145, 154, 155,
 180, 259, 404
 jurist
 justitieråd
 jämkning 241, 264, 266, 270,
 272, 277, 281, 282
- kaka 305
 kapitaltillskott 292, 392, 393,
 394, 395, 396, 409, 410
 karaktäristika 42, 44, 46, 54, 61,
 97, 144, 200, 206, 210, 211,
 231, 381, 429, 504, 537, 541,
 546, 551
 kassa 158, 457, 459, 461, 487
 kassaflöden 372
 kassamedel 485, 486
 kategori
 kausalitet 31, 205, 411, 412
 klandervärd
 knappologi 84
 koherens 53, 54, 118
 kommissionslagen 512
 kommunikation 55, 65, 309
 komparativ rätt 94, 106
 komplex avvägning 50, 426, 427,
 443, 444
 konceptargument 177
 koncernbidrag
 koncernförhållanden 48, 49, 549
- KonkL 27, 148, 152, 153, 164,
 171, 179, 184, 190, 197, 198,
 201, 202, 220, 221, 224, 227,
 229, 230, 232, 330, 353, 368,
 438, 501, 517, 518, 519, 543
 konkludera 41, 42, 260, 390, 477,
 512
 konklusion 244
 konkret
 konkretioner 26, 32, 554, 555
 konkurs
 konkursbo
 konkursförvaltare 195, 196, 359,
 400
 konkursrisk 417, 420, 423, 543
 konsekvens
 konsekvensanalys 59, 61, 126,
 129, 130, 289, 294, 313, 314,
 337, 354, 367, 384, 388, 408,
 533, 553
 konsensus 518
 konst 80, 82, 408
 konstruktiv analys 61, 260, 269,
 343, 345, 351
 konstruktör 86
 konsumentkreditlagen 237, 239,
 242, 261, 262, 263, 269, 275,
 276
 KonsumenttjL 428
 Konsumentverket 522
 kontantflöde 456, 460
 kontanthanterare/ing
 kontextspecifik 312
 kontinuitet 57, 59, 66, 67, 196
 kontokort
 kontokredit
 kontraktsrätt 50, 265, 366, 409,
 549

- kortföretagen 253, 255, 262, 263, 266, 267, 272, 273, 274, 275, 277
- kort tid före konkursen 189, 198, 532
- kostnadsminimeringsintresse 468
- kreditförlust 209, 210, 356, 373, 378, 419
- krediträtt 50, 51, 126, 549
- kriterier 34, 47, 54, 55, 56, 58, 59, 70, 102, 104, 108, 109, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 340, 546, 551, 554, 555
- kriterium 55, 59, 104, 112, 113, 116, 122, 198
- kulturvetenskap 106
- kund 133, 135, 136, 137, 142, 143, 144, 387, 397, 419, 441, 455, 458, 464, 465, 466, 517, 522, 524, 541, 544, 545
- kunder 48, 133, 135, 137, 153, 207, 433, 447, 450, 452, 454, 455, 457, 458, 459, 491, 496, 497, 518, 521, 523, 524, 525, 531, 535, 536, 541, 544
- kunskapsbildning 31
- kunskapsintresse 30, 32, 43, 56, 65, 85, 106, 132, 185, 259, 296, 313, 382, 383, 402, 416, 424, 445, 446, 494, 496, 497, 526
- kunskaps sociologisk 119
- kunskapsteoretisk 108, 109
- kvalificerad ond tro 192, 193, 229
- kvalitetskriterier 116, 117
- kvantifieringsanalys 61, 200, 533
- kvittning
- köpare 129, 131, 356, 358, 363, 364, 370, 378, 390, 393, 395, 396, 397, 400, 401, 407, 413, 414, 420, 428, 515
- KöpL 27, 365, 366, 409, 411, 428, 438, 500, 520, 521
- köplag 27
- lagförarbeten 47, 235, 247, 254, 300, 303, 430, 434, 486
- lag och ordning 108
- lagstiftaren
- lagstiftarens intentioner 45, 47, 49, 233, 234, 246, 249, 250, 251, 256, 281
- lagstiftarintention 284
- latent anspråk 291, 292, 294, 309, 332, 342, 351
- latent skuld 290, 334
- lawyer 76, 94
- lekman 80
- leverantör 136, 137, 159, 429
- likabehandling 178, 205, 254
- likvider 392, 409, 410, 413, 418, 420, 422
- likviditet 372, 392, 393, 407, 408, 409, 410, 413, 418, 422, 423, 426, 428, 432, 456, 541
- likviditetsbehov 392, 485, 486
- likviditetsförlust 403, 408, 409, 412, 420
- likviditetsproblem 207, 392, 393, 408, 421, 439, 523
- logikanalys 61, 300
- logiska slutsatser 46
- logisk slutsats 45, 46, 156, 286, 296, 298, 386, 403, 415
- logiskt användbar 197, 198, 199, 230

- lojalitetsplikt 437
 läkning 159, 294, 331, 343, 344,
 345, 346, 350, 351
 låtsashandlingar 291
 lönegaranti 396
- marknadsaktör 220, 438, 450,
 451
 marknadsekonomi 219, 434, 441,
 452, 453, 491
 marknadsprissättning 364, 398
 marknadsvärde 50, 355, 364, 367,
 368, 370, 375, 378, 379, 380,
 381, 389, 390, 404, 407, 420
 marxism 107
 matematisk analys 61, 157, 158,
 553
 medlemsländer 335, 336
 medverkansansvar 318, 319, 322
 mellanbegrepp 310
 meta-norm 57, 58, 64
 metakognitiv 31, 65, 88, 108
 metod
 minussaldo 157, 161, 163, 164,
 165, 173, 190, 209, 211, 226
 moderbolag
 monografi 31
 monografitraditionen 35
 mänskligt handlande 181, 247,
 256, 284, 312, 404, 415, 444
 målbild
- nackdel 80, 85, 150, 159, 160,
 161, 164, 165, 166, 167, 184,
 186, 191, 192, 198, 201, 202,
 209, 211, 223, 268, 272, 275,
 279, 339, 517, 535, 536, 538
 naturrätt 107
 naturvetenskap 83
- netto 152, 174, 178, 179, 227,
 364
 nettoförbättringsmodellen 162,
 167, 168, 169, 170, 171, 172,
 174, 178, 181
 normalt aktsam 428, 441
 normativ
 normativa argument 151, 152,
 172, 191, 261, 263, 270, 276,
 277, 279, 300, 304, 314, 365,
 422, 449, 465, 511
 normativa underlaget 283
 normativa utsagor
 normativ utsaga 45, 46, 133, 134,
 144, 148, 149, 156, 183, 197,
 276, 296, 299, 303, 311, 313,
 330, 340, 352, 382, 385, 417,
 430, 445, 446, 496, 497, 499,
 526, 530, 532
 normhierarkisk 260, 264, 266
 normkollision 258, 259, 280
 normkonflikt 41, 45, 49, 259,
 261, 262, 264, 283, 284
 nutid 368, 369
 nyhet 66, 122, 195, 341
- obehörig 51, 233, 237, 239, 240,
 241, 242, 250, 258, 512
 obehörig vinst 51, 512
 okänd kunskap 145, 155, 180,
 195, 230, 231, 246, 256, 284,
 311, 338, 351, 384, 404, 415,
 424, 443, 493
 olagliga koncernbidrag 287, 288,
 295, 301, 337

- olaglig värdeöverföring 50, 286,
287, 292, 293, 301, 302, 304,
305, 308, 314, 315, 317, 318,
320, 325, 329, 331, 343, 344,
347, 351
- ombud 144, 494, 496, 505
- omsättningsintresse 90, 91
- ond tro
- ordinär 164, 189, 198, 201, 203,
210, 214, 217, 220, 222, 291,
292, 370, 381, 532
- otillbörlig
- otillbörlighetsbedömning
- otillbörlighetsrekvisitet
- parkeringsavgift 281
- partsintresse 90, 91
- passivitet 132, 134, 139, 141,
144, 237, 387
- pedagogik 31
- pedagogisk 31
- penningvärde 189, 228
- personlig kod 236
- personligt ansvar 295, 411
- plussaldo 165, 178, 190, 208,
209, 211, 226
- plånbok 244
- polycentrisk 256
- populärvetenskap 74
- position
- positivism 62, 117
- positivt kontraktintresse 355,
365, 366
- potential 32, 37, 40, 41, 44, 61,
75, 76, 83, 113, 196, 198, 250,
254, 256, 259, 308, 330, 350,
382, 444
- pragmatisk 304, 556
- pragmatism 117
- praktiska rättslivet 60, 70, 71, 74,
75, 93
- prejudikat 57, 87, 130, 300, 315,
339, 512, 513
- premiss 350
- pretentiöst 66, 312, 350
- prioritet
- producent 44, 52, 74, 135, 136,
137
- professionell 60, 427, 440, 456,
483, 504
- programförklaring 29
- prototyp 97, 98
- psykoanalytisk 106
- psykologi 394, 458, 464
- pyramidspel 466, 467
- RB 301, 402, 403
- redovisningsanspråk 459, 460
- redovisningsansvar 459, 488
- redovisningsmedelslagen 450, 461
- redovisningsplikt 368, 452, 459,
512
- redovisningsskyldig 457, 459,
478, 511, 513, 514, 516
- reglering
- regleringsteoretisk 522
- rekonstruktör 393, 394, 396, 397
- relationsanalys 61, 62, 352, 354
- relativism 101, 102
- ren förmögenhetsskada 329, 331,
361, 427
- reparation 337, 355, 372, 373,
375, 376, 377, 380, 381
- resultatnriktning
- Riksdagen 235, 239, 263, 276,
281
- risk
- riskanalys 62, 124, 125, 449, 499

- riskfördelning
 riskpremie 392
 romersk 80
 rutin
 rutin 207, 341, 450, 468, 514,
 515, 536, 538, 540, 543, 545
 RvmL 27, 448, 450, 461, 465,
 470, 471, 472, 474, 476, 477,
 478, 479, 480, 481, 483, 516,
 519
 RänteL 428, 480
 räntenivå 392, 397
 rättsantropologi 106
 rättsdogmatisk metod 30, 59, 62,
 64, 65, 66, 67, 70, 76, 77, 78,
 79, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89,
 90, 91, 92, 95, 104, 105, 108,
 185, 299
 rättsdogmatisk utredning
 rättsekonomi 91, 106
 rättsfråga 40, 41, 45, 76, 127,
 132, 176, 260, 416, 445, 499
 rättshandling
 rättshermeneutik 107
 rättshistoria 106
 rättsinstitut 51
 rättskälla 72, 77, 87, 96
 rättskälleläran 77, 86, 264
 rättslingvistik 106
 rättsläge 96
 rättsordning 180, 336
 rättspraxis 145, 158, 172, 175,
 176, 178, 179, 226, 229, 246,
 318, 320, 321, 354, 362, 403,
 410, 411, 444, 448, 449, 451,
 470, 473, 474, 478, 479, 480,
 486, 489, 557
 rättspsykiatri 106
 rättspsykologi 106
 rättssociologi 92, 106
 rättsteoretisk 35, 552
 rättstillämpare
 rättstillämpning
 rättstillämpningen 41, 49, 75,
 185, 186, 199, 205, 234, 235,
 241, 243, 244, 246, 247, 250,
 252, 254, 255, 259, 274, 353,
 410
 rättstillämpningsargument 127
 rättstillämpningsbeslut 41
 rättstillämpningsfråga 132, 133,
 134, 147
 rättsuppfattning 338
 rättsvetenskap
 sak 75, 77, 87, 123, 132, 176,
 183, 239, 283, 288, 296, 298,
 306, 309, 310, 315, 317, 324,
 327, 339, 370, 383, 475, 503,
 521, 526, 535, 546, 552
 sakrätt 29, 50, 124, 153, 154,
 179, 187, 189, 190, 191, 193,
 201, 207, 210, 224, 225, 228,
 229, 309, 311, 318, 465, 474,
 484, 486, 489, 512, 549, 557
 sakskada 329, 362, 363, 365, 384,
 410, 422
 sakutdelning 308, 310, 327, 328
 sambandsanalys 61, 200, 408,
 417, 533, 553
 sambandskrav 330, 411, 422, 424
 samhälle 71
 samhällsekonomi 433, 435, 452
 samhällssystemet 450
 samhällsvetenskap 102, 106
 sammanblandning 456, 478, 483,
 484, 485, 489, 540

- schablon 169, 227, 254, 363, 388, 403, 442
- segment 157, 158, 160, 161, 167
- segmentmodellen 157, 167, 169, 171, 172, 174, 180, 181, 185, 200
- sekundärpanthavare 124
- separationsrätt
- significant original contribution of knowledge 116
- självrisk 242, 243, 253, 266, 269, 270, 271, 273, 274, 276, 279, 281
- sjölagen 509
- skadegörande handling 352, 360, 417
- skadelidande 329, 330, 331, 334, 355, 358, 360, 361, 366, 377, 378, 381, 402, 406, 408, 409, 410
- skadeståndsansvar 48, 50, 287, 314, 316, 317, 318, 320, 324, 326, 336, 337, 339, 343, 348, 349, 360, 361, 417, 431
- skadeståndsrätt 50, 329, 330, 331, 361, 362, 363, 365, 380, 384, 411, 412, 421, 422, 428, 431, 549
- skadevällande 366, 378, 415
- skandinavisk 556
- SkbrL 27, 128, 133, 137, 139, 140, 145
- skuldebrevslagen 27, 124, 145
- skuldsaldo 49, 148, 154
- skyddsändamål 29, 62, 90, 91, 330, 331, 410, 411, 412, 422, 423
- slumpmässighet 205
- sociologisk 414, 492
- solvensproblem 171
- spekulationsargument 91
- spelteoretisk 149, 172
- språkdräkt 118
- spänningsfält 33
- spärr
- spärra kontot 150, 209, 352
- standardavtal 273, 277, 444, 508, 509, 521
- standardvillkor 41, 425, 522
- statistisk 91
- statliga garantier 432
- straffbar 194, 200, 214
- straffrätt 106
- straffsanktion 451, 478, 479, 480, 481
- struntsomma 378
- stöld 465
- substans 32, 307, 311, 328, 333, 344
- sunk costs 394
- svenska
- Sverige 79, 216, 234, 258, 259, 261, 267, 334, 432, 444, 453
- svinn 466, 483, 538
- systematik 53, 54, 145, 193, 283, 318
- systematisering 34, 57, 58, 64, 70, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 104, 105, 107, 108, 111, 125, 131, 147, 183, 185, 296, 299, 313, 322, 338, 340, 341, 351, 366, 406, 424, 469
- systematisk 116, 195, 285, 350, 547
- systemfrämjande 333
- systemrisk 433, 449, 451, 452, 453

- säljare 133, 135, 136, 137, 140,
 143, 364, 428, 438
- tankeoperation 59
- teleologi 62
- tematisk
- tes
- tidsaspekt 192, 203, 205, 206,
 208, 211, 212, 213, 214, 215,
 217, 218, 220, 223, 226, 536,
 537, 538, 541
- tidsenhet 216
- tidsperiodmodellen 170, 171,
 172, 174, 175, 178, 181
- tillskott 40, 41, 55, 155, 256,
 312, 391, 395, 404, 409, 415,
 418, 533, 537, 547
- titel 32, 71, 72
- tolkning 31, 53, 57, 58, 64, 85,
 87, 89, 176, 179, 245, 247,
 258, 263, 300, 303, 304, 311,
 312, 321, 323, 326, 430, 486,
 505, 506, 516
- topisk 62
- traditionell 30, 54, 62, 65, 66,
 79, 82, 89, 109, 110, 382, 383,
 385, 403, 406
- transaktionsfrekvens 206
- transaktionskostnad 128, 217,
 231, 388, 392, 393, 395, 396,
 397, 398, 402, 404, 407, 413
- transaktionskostnadsteori 522
- transaktionsmönster 207, 208,
 210, 211, 213, 228
- transportör 509, 510, 515
- tredje man 153, 288, 290, 293,
 294, 317, 334, 361, 366, 372,
 357, 458, 359, 361, 372, 487,
 498, 508, 541
- underhållsarbete 121, 122
- underutvecklad 94
- unik 118, 358, 363, 380, 384
- universitet 4, 23, 71, 72, 76, 85,
 86, 120, 437
- uppsägning
- upptäckt 41, 45, 47, 258, 261,
 464, 537, 538, 539
- utfallsanalys 59, 61, 157, 158,
 235, 260, 533, 554
- valuta 454, 455, 545
- valutapolitik 432
- valör 545
- variabel 413
- verifiera 104, 122, 182
- verksamhetens värde 50, 357, 358,
 360, 368, 370, 388, 391, 394,
 395, 396, 398, 399, 400, 402,
 408, 409, 413, 417, 418, 419,
 420
- verktyg 79, 91, 131, 331, 394,
 395, 448, 476, 489, 551, 552,
 555
- vetenskaplig rekonstruktion av
 rättssystem 103
- vetenskapskriterier 116, 155
- vetenskapsobjekt 103
- vetenskapssamfundet 75
- vetenskapssamhället 93
- vetenskapsteoretisk 32
- virtuos 80
- värderingar 87, 102, 103, 126,
 279, 280, 285, 389, 517
- värdeöverföringsansvar 48, 49,
 287, 289, 313, 342, 549
- växling 454

äganderätt 448, 458, 469, 513,
514, 515
ämnesöverskridande 35
ändamålsanalys 62, 82

ÅRL 333
återanskaffning 355, 373, 374,
375, 376, 377, 380, 381
återbäring
återbäringsansvarig 317

återvinning
återvinningsfrist 178
återvinningsrekvisit 165, 166,
167, 171, 172

ögonbryn 154, 526
överhypotek 124
överlåtelseförbud 127, 128
övervaka 220, 449, 451, 453, 460,
463, 467, 545

– Har du forskat? Kring bankjuridiska teman? Vilka forskningsresultat har du kommit fram till?

Begreppet forskningsresultat används endast i liten utsträckning i förmögenhetsrätten. I teorin kan detta förklaras med att begreppet är problematiskt för hela rättsvetenskapen. Rättsvetenskapsforskare gör av olika anledningar inga forskningsresultat. Så vad skulle hända om någon försökte?

I denna bok redovisas ett forskningsprojekt som genomförts med en särskild forskningsinriktning. Insatserna har inriktats på att nå "forskingsresultat". Forskningsinriktningen har haft flera intressanta effekter. Den har påverkat kunskapsintresse, forskningsfrågor, metodval och genomförande. Därmed har den också påverkat vilka slag av resultat som nåtts. Effekterna är så beaktansvärda att det finns anledning att inkludera resultatinriktad forskning i den förmögenhetsrättsliga repertoaren av forskningsinriktningar. Därtill finns det anledning att med denna bok räkna in ett antal bidrag till den förmögenhetsrättsliga forskningen. Närmare bestämt handlar forskningsresultaten om återvinning, separationsrätt, redovisningsskyldighet, bristtäckningsansvar, uppsägning av kontokredit, obehörigt användande av kontokort, och lite till.

029

Juridiska institutionens skriftserie
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet


IUSTUS
FÖRLAG

ISBN 978-91-7737-027

9 789177 370277