Skrifter från
Juridiska Fakulteten
i Uppsala

21

Konkurs och Kontrakt

Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal

Mikael Möller

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

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

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f43b9

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

UPPSALA STUDIES IN LAW

21

Redaktörer: Anders Agell, Robert Boman och Nils Jareborg

Mikael Möller

Konkurs och Kontrakt

Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Möller, M, Bankruptcy and Contracts. On the Bankruptcy Estate's Entry into the Debtor's Contracts. Iustus Förlag. 882 pp. Uppsala 1988. ISBN 91-7678-115-1 (hardbound) 91-7678-116-X (paperback). ISSN 0282-2040.

This thesis examines the legal rules in Sweden which apply when one party to a contract is declared bankrupt before either party's obligations have been wholly discharged. Special attention is devoted to the bankruptcy estate's legal possibilities of enforcing a mutual continuation of the debtor's contract. The main issues concern the extent to which the bankruptcy estate is entitled to enter into different types of contract against the solvent party's wish to cancel, and whether the estate is bound by contractual clauses which give one party the right of cancellation or termination consequent upon the other's bankruptcy. Under exactly what circumstances should the bankruptcy estate be allowed to enter into the debtor's contract? What consequences will ensue from such entry? What circumstances typically entail that the bankruptcy estate, despite its denial, may be considered to have entered into the contract? Can the bankruptcy estate limit its contractual responsibility to a certain period or to certain services?

Notwithstanding that these questions are of great practical significance in most corporate bankruptcies, there is a dearth of general legal rules in this field. The Law of Sweden contains only isolated regulations for certain special types of contract. Nor does Swedish case law provide any guidance worth mentioning for the unregulated cases. The thesis examines and discusses systematically what rules apply and should apply when the bankruptcy estate wishes to, or actually does, fulfil the debtor's contracts. A general chapter remarks *inter alia* that the right of the bankruptcy estate somehow to fulfil the debtor's contracts should be seen as a special and imperative right under bankruptcy law which serves the interest of the creditors, the employees and the society in a favourable liquidation of the estate, preferably via a collective sale of the debtor's business. Nevertheless in course of the bankruptcy estate's fulfilment of the contract the solvent party should not incur further loss or major inconvenience beyond what he would have suffered if the contract had been canceled at the bankruptcy judgement.

The greater part of the thesis deals with the legal situation with such contracts as sale of goods, constructing contracts, floor-space tenancies, ground leases, rental of moveable property, patent licenses, publisher's contracts, and employment contracts. In several of these fields reforms of the existing rules are suggested. In parallel with Swedish Law the thesis presents the solutions adopted by the Laws of Denmark, Norway and Germany.

The study concludes with a critical assessment and comparison of the solutions for the different types of contract. This remarks *inter alia* that uniform principles for all these types of contract are difficult to discern in the legal rules of today but that this lack is objectively justified only to a limited extent. This state of affairs, and the insecurity to which this dearth of principles leads in the practical adjudication, prompts the comment that it would be as well to enact generally worded legislation covering essentially all types of contract. Finally a proposal for such a regulation is presented.

Mikael Möller, Juridicum, Uppsala universitet, P O Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden.

© IUSTUS FÖRLAG, UPPSALA 1988
ISBN 91-7678-115-1 (inbunden)
ISBN 91-7678-116-X (häftad)
ISSN 0282-2040
Ulf Jensen Data & Juridik
Graphic Systems AB, Göteborg, 1988

FÖRORD

Varför skriver man en doktorsavhandling om avtals behandling vid konkurs? Jo, förmodligen därför att man i början av 80-talet hade förmånen att läsa specialkursen Kredit- och exekutionsrätt vid Juridicum i Uppsala under ledning av professorerna Per Henrik Lindblom och Torgny Håstad. Då väcktes mitt dittills slumrande intresse för sak- och exekutionsrätten. Det blev sedan en examensuppsats som skulle justeras till en snabb liten avhandling men som till sist bidde denna kanske alltför tjocka lunta.

Under resans gång har Torgny Håstad hela tiden varit min handledare och inspirationskälla. Hans unikt kreativa juridiska tänkande har jag löpande fått ta del av. Stort tack till dig Torgny!

Det är många personer som jag är tack skyldiga för värdefullt stöd både på det personliga och kollegiala planet. Till dem som fått lida av min många gånger disträa uppenbarelse skänker jag en särskilt varm tanke.

Jag har under avhandlingstiden uppburit välvilligt ekonomiskt stöd från Juridiska fakulteten i Uppsala, Riksbankens Jubileumsfond, Tore Almens minnesfond samt från Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Tryckningsbidrag har utgått från Torsten och Ragnar Söderbergs Stiftelser samt Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Översättningarna till engelska har ombesörjts av auktoriserade translatorn Theodosia Gray.

Personalen vid Juridiska institutionen vill jag tacka för positivt bemötande.

Vid färdigställandet och datasättningen av avhandlingen har jag haft ovärderlig hjälp av universitetslektorn Ulf Jensen.

Till alla som hjälpt mig att genomföra avhandlingsarbetet vill jag rikta ett varmt tack.

Uppsala i juli 1988

Mikael Möller

INNEHÅLL

Förord 5

Innehåll 7

Förkortningar 19

I INLEDNING 23

1 Problemet 23

2 Befintliga lagregler. Rättspraxis och doktrin 24

3 Varför finns det inga generella regler i Sverige? 26

4 Framställningens inriktning, syfte och metod 28

5 Avgränsningar 29

6 Terminologi 30

7 Något om de komparativa inslagen 34

8 Disposition 37

II PRINCIPIELLA SYNPUNKTER 39

1 Intresseinventering 39

2 Intresseavvägningar i äldre lagregler och lagmotiv 44

3 Grundmodell för konkursens inverkan på gäldenärens avtal 50

4 Utveckling av grundmodellen mot bakgrund av de sakrättsliga reglerna 54

5 Konkurs- eller kontraktsrätt? 58

6 Konkurs och anteciperat kontraktsbrott 72

7 Ändamåls- eller funktionsbestämning 74

III KÖP AV LÖS EGENDOM 78

1 Inledning 78

2 Köparens konkurs 80

2.1 39 och 40 §§ KöpL och andra grundläggande regler 80

2.2 Det nya köplagsförslagets insolvensregler 87

2.3 I vilken utsträckning är reglerna tvingande? 92

2.4 Särskilt om boets skyldighet att ställa säkerhet 101

2.5 Får säljaren häva på grund av köparens kontraktsbrott före konkursen? 105

2.5.1 Inledning 105

2.5.2 Dansk rätt 106

2.5.3 Norsk rätt 108

2.5.4 Tysk rätt 109

2.5.5 Svensk rätt 110

2.5.6 Några synpunkter de lege ferenda 114

2.6 Har boet partiell inträdesrätt? 117

2.6.1 Inledning 117

2.6.2 Dansk rätt 118

2.6.3 Norsk rätt 125

2.6.4 Tysk rätt 128

2.6.5 Svensk rätt 136

2.6.5.1 Vanliga köp med successiv leverans 136

2.6.5.2 Särskilt om abonnemangsavtal med offentligrättsliga leverantörer 146

2.7 Har boet partiell avståenderätt? 156

2.8 41 § KöpL 159

2.9 Är betalning inträde? 166

2.10 Rättsläget vid ömsesidig passivitet 169

3 Säljarens konkurs 175

3.1 I vilken utsträckning får konkursboet överta säljarens prestationsskyldighet? 175

3.2 Analog tillämpning av 39 och 40 §§ KöpL. Det nya köplagsförslagets insolvensregler 192

3.3 Om reglernas tvingande karaktär 199

3.4 Får köparen häva på grund av säljarens kontraktsbrott före konkursen? 202
3.5 Har boet partiell inträdesrätt? 208
3.5.1 Vad innebär ett partiellt inträde vid säljarens konkurs? 208
3.5.2 När föreligger partiell inträdesrätt? 209
3.5.3 Om avräkning på äldre varufordringar 214
3.6 Ett kvittningsproblem 217
3.7 Har boet partiell avståenderätt? 226
3.8 Analog tillämpning av 41 § KöpL? 228
3.9 Är boets tillverkning eller leverans konkludent inträde? 231
3.9.1 Inledning 231
3.9.2 Ansvarar boet för fel i en vara som det levererat? 232
3.9.3 Särskilt om avtal om successiv leverans 242
3.10 Rättsläget vid ömsesidig passivitet 245

IV ENTREPRENAD 246

1 Inledning 246

2 Regleringen i AB 72 med motiv 249
2.1 Beställarens konkurs 249
2.2 Entreprenörens konkurs 249
2.3 Andra regler av intresse 251

3 Huvudproblemen enligt dansk, norsk och tysk rätt 252
3.1 Dansk rätt 252
3.2 Norsk rätt 256
3.3 Tysk rätt 263

4 Svensk rätt 275
4.1 Inledning 275
4.2 Beställarens konkurs 277
4.2.1 Har beställarens konkursbo inträdesrätt? 277
4.2.2 Får entreprenören häva på grund av beställarens kontraktsbrott före konkursen? 284
4.2.3 Har boet partiell inträdesrätt? 286
4.2.4 Konkludenta inträden 287

4.2.5 Boets möjligheter att begränsa kontraktsanvaret för framtiden 290
4.3 Entreprenörens konkurs 291
4.3.1 Har entreprenörens konkursbo inträdesrätt? 291
4.3.2 Har boet partiell inträdesrätt? 299
4.3.3 Betydelsen av entreprenörens felansvar 302
4.3.4 Några kvittningsfrågor 309
4.3.5 Inträde genom konkludent handlande 310
4.3.6 Är 8:7 AB 72 giltig mot boet? 314

V HYRA OCH ARRENDE AV FAST EGENDOM 328

1 Inledning 328

2 Hyresgästens och arrendatorns konkurs 330
2.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt 330
2.1.1 Dansk rätt 330
2.1.2 Norsk rätt 332
2.1.3 Tysk rätt 335
2.2 Svensk rätt 339
2.2.1 Presentation av 12:31 JB och 5 § 1 p FRL 339
2.2.2 Närmare om reglerna för lokalhyra, särskilt då tillträde skett före konkursen 347
2.2.2.1 Inledning 347
2.2.2.2 Har boet partiell inträdesrätt? 350
2.2.2.3 Boets ansvar framåt i tiden 359
2.2.3 Arrende 361
2.2.3.1 Konkursboets uppsägningsrätt 361
2.2.3.2 Jordägarens möjligheter att säga upp då konkursen inträffar före tillträdet 362
2.2.3.3 Jordägarens möjligheter att säga upp då konkursen inträffar efter tillträdet 365
2.2.3.4 Jordägarens förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL 368
2.2.3.5 Övriga frågor 369
2.3 Diskussion de lege ferenda 369
2.3.1 Inledning 369

2.3.2 Bostadshyra 369
2.3.3 Lokalhyra. Konkursen inträffar före tillträdet 373
2.3.4 Lokalhyra. Konkursen inträffar efter tillträdet 375
2.3.4.1 Fördelar och nackdelar med nuvarande ordning 375
2.3.4.2 Konkursboet bör alltid ha en tvingande inträdesrätt, som även kan utövas konkludent 382
2.3.4.3 Hyresvärden bör få en massafordran för boets nyttjande även om inte inträde sker 383
2.3.4.4 Boet behöver ingen särskild uppsägningsrätt på "konkursfordransplanet" 384
2.3.4.5 Boet bör ha partiell inträdesrätt 384
2.3.4.6 Boet bör ha en särskild uppsägningsrätt på "massaplanet" 385
2.3.4.7 Sammanfattning i lagtext 385
2.3.4.8 Något säkerställandealternativ behövs inte 386
2.3.4.9 Behövs särskilda regler om boets överlåtelse av hyresrätten? 386
2.3.4.10 Hyresprivilegiet bör avskaffas, åtminstone för tid efter konkursutbrottet 391
2.3.5 Arrende 391
2.3.5.1 Sammanfattning av gällande rätt 391
2.3.5.2 Reformförslag 393
2.3.6 Förslag till generella regler för hyra och arrende 398

3 Hyresvärdens och jordägarens konkurs 400
3.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt 400
3.1.1 Dansk rätt 400
3.1.2 Norsk rätt 402
3.1.3 Tysk rätt 404
3.2 Gällande svensk rätt 407
3.2.1 Hyresgästens och arrendatorns sakrättsliga skydd 407
3.2.2 Hyresgästens och arrendatorns uppsägningsrätt enligt 12:30 resp 8:16 JB 411

3.2.3 Kan konkursboet ådra sig massaansvar? 417
3.2.4 Avräkning på förskott och kvittning med konkursfordringar 423
3.3 Några synpunkter de lege ferenda 427
3.3.1 Bör uppsägningsrätten enligt 12:30 (och 8:16) JB avskaffas? 427
3.3.2 Bör särskilda avräknings- och kvittningsbegränsningar införas? 430

VI HYRA AV LÖS SAK 433

1 Inledning 433

2 Hyrestagarens konkurs 442
2.1 Standardavtalsregleringen vid finansiell leasing 442
2.2 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt 443
2.2.1 Dansk och norsk rätt 443
2.2.2 Tysk rätt 451
2.3 Svensk rätt 467
2.3.1 Har leasetagarens konkursbo inträdesrätt? 467
2.3.1.1 Inledning och redogörelse för doktrinen 467
2.3.1.2 Får boet över huvud taget ta över fullgörelsen av avtalet? 472
2.3.1.3 Konkursen inträffar före avlämnandet 473
2.3.1.4 Konkursen inträffar efter avlämnandet 475
2.3.1.5 Om reglernas tvingande karaktär 476
2.3.2 Har boet partiell inträdesrätt? Kan leasegivaren häva på grund av betalningsdröjsmål före konkursen? 476
2.3.3 Boets möjligheter till förtida kontraktsavveckling efter inträde 478
2.3.3.1 Har boet särskild uppsägningsrätt? 478
2.3.3.2 Får boet överlåta "kontraktet"? 480
2.3.3.3 Får boet lösa leasingobjektet? 484
2.3.4 Konkludenta inträden 486
2.3.5 Läget då boet väljer att inte inträda 495
2.3.6 Några synpunkter de lege ferenda 500

3 Uthyrarens konkurs 506

3.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt 506

3.1.1 Dansk och norsk rätt 506

3.1.2 Tysk rätt 514

3.2 Svensk rätt 519

3.2.1 Hyrestagarens sakrättsliga skydd 519

3.2.2 Hyrestagarens sakrättsliga skydd då optionsrätt avtalats 540

3.2.3 Sambandet mellan det sakrättsliga skyddet och boets valrätt 551

3.2.4 Konkursboets inträdesrätt om sakrättsligt skydd inte kan erhållas 553

3.2.4.1 I vilken utsträckning får boet alls överta fullgörelsen av avtalet? 553

3.2.4.2 Villkoren för boets övertagande 558

3.2.5 Konkursboets inträdesrätt om sakrättsligt skydd kan erhållas 565

3.2.6 Övriga frågor i samband med konkursboets inträde 567

3.2.6.1 Har boet partiell inträdesrätt? 567

3.2.6.2 Får hyrestagaren häva på grund av kontraktsbrott före konkursen? 567

3.2.6.3 Svarar boet ovillkorligen för resterande avtalstid? 567

3.2.6.4 Konkludenta inträden 568

3.2.6.5 Kvittning med konkursfordringar 569

VII FÖRLAGSAVTAL OCH PATENTLICENSAVTAL 570

1 Allmänt om avtalstyperna 572

1.1 Förlagsavtal 572

1.2 Patentlicensavtal 575

2 Förläggarens och licenstagarens konkurs 579

2.1 Huvudlinjerna i dansk, norsk och tysk rätt 579

2.1.1 Dansk rätt 579

2.1.2 Norsk rätt 587

2.1.3 Tysk rätt 590
2.2 Svensk rätt 594
2.2.1 Innebörden och räckvidden av NJA 1966 s 241 594
2.2.1.1 Rättsfallsreferat och litteraturkommentarer 594
2.2.1.2 Vad säger rättsfallet rent upphovsrättsligt? 601
2.2.1.3 Förlagskontraktsrättsliga synpunkter. 610
2.2.1.4 Vad säger rättsfallet om konkursens verkan på avtalet? 617
2.2.1.5 Några rent sakrättsliga synpunkter 621
2.2.1.6 Sammanfattning 624
2.2.2 Plan för den fortsatta framställningen 626
2.2.3 I vilken utsträckning har konkursboet inträdesrätt? 627
2.2.3.1 Produktionen har inte påbörjats vid konkursutbrottet 627
2.2.3.2 Produktionen har påbörjats men inte avslutats vid konkursutbrottet 632
2.2.3.3 Behöver boet åta sig massaansvar för att få sälja färdigproducerade varor? 635
2.2.4 Innebär en massafordran på royalty att författaren/licensgivaren "separerar" den största delen av försäljningsintäkten? 637
2.2.5 Omfattningen av boets kontraktsansvar framåt i tiden 640
2.2.6 Boets möjligheter att överlåta förlags- eller licensrätten ("kontraktet") 644
2.2.7 Konkludenta inträden 651

3 Författarens och licensgivarens konkurs 653
3.1 I vilken utsträckning är upplåtarens immaterialrätt konkursfri egendom? 653
3.2 Licenstagarens sakrättsliga skydd 656
3.3 Licensgivarens konkursbos inträde 661

VIII ANSTÄLLNINGSAVTAL 663

1 **Inledning 663**

2 **Arbetsgivarens konkurs 667**

2.1 Huvuddragen enligt dansk, norsk och tysk rätt 667

2.1.1 Dansk rätt 667

2.1.2 Norsk rätt 672

2.1.3 Tysk rätt 675

2.2 Svensk rätt 680

2.2.1 Äldre lag och lagförslag. Rättspraxis fram till lönegaranti- och förmånsrättslagen 680

2.2.2 Lönegaranti- och förmånsrättslagen 689

2.2.3 Närmare om boets uppsägningsrätt och om förmånsrätten under uppsägningstid. 691

2.2.4 Har även arbetstagaren uppsägningsrätt på grund av konkursen? 702

2.2.5 Lönegarantins betydelse för arbetsskyldigheten och lönefordringens status under uppsägningstiden 705

2.2.6 Har konkursboet inträdesrätt? 707

2.2.7 Konkludent inträde av boet 709

2.2.8 Uppsägningsmöjligheterna efter ett inträde 717

2.2.9 Konkursboets överlåtelse av anställningskontrakten med verksamheten 718

3 **Arbetstagarens konkurs 724**

IX YTTERLIGARE NÅGRA AVTALSTYPER 725

1 **Fastighetsköp 725**

1.1 Köparens konkurs 725

1.2 Säljarens konkurs 736

2 **Köp av enkla fordringar och immaterialrätter 738**

2.1 Köparens konkurs 738

2.2 Säljarens konkurs 743

3 **Sysslomansavtal 746**

3.1 Huvudmannens konkurs 746

3.2 Sysslomannens konkurs 751

3.3 Kommissionslagskommitténs förslag 755

4 Försäkringsavtal 758

4.1 Försäkringstagarens konkurs 758

4.2 Försäkringsbolagets konkurs 761

5 Associationer 765

5.1 Medlems konkurs 765

5.2 Associationens konkurs 766

6 Rena kreditavtal, pant och borgen 769

6.1 Kredittagarens konkurs 769

6.2 Kreditgivarens konkurs 771

X SAMMANFATTNING OCH UTVÄRDERING 774

1 Inledning 774

2 Sammanfattning och kritik 774

2.1 Köp av lös egendom 774

2.1.1 Sammanfattning 774

2.1.2 Kritik 781

2.2 Entreprenad 782

2.2.1 Sammanfattning 782

2.2.2 Kritik 785

2.3 Hyra och arrende 786

2.3.1 Sammanfattning 786

2.3.2 Kritik 791

2.4 Hyra av lös sak 792

2.4.1 Sammanfattning 792

2.4.2 Kritik 796

2.5 Förlagsavtal och patentlicensavtal 797

2.5.1 Sammanfattning 797

2.5.2 Kritik 801

2.6 Anställningsavtal 802

2.6.1 Sammanfattning 802

2.6.2 Kritik 805

2.7 Köp av fastighet, enkel fordran och immaterialrätt 811

2.7.1 Köp av fastighet 811
2.7.2 Köp av enkel fordran och immaterialrätt 814
2.8 Sysslomansavtal, associationer, kreditavtal och försäkringsavtal 815
2.8.1 Sysslomansavtal 815
2.8.2 Associationer 817
2.8.3 Rena kreditavtal 817
2.8.4 Försäkringsavtal 818

3 Några gemensamma nämnare 819
3.1 Inledning 819
3.2 Grundläggande frågor 821
3.3 Särskilda frågor 824
3.3.1 Inträde genom passivitet och konkludent handlande 824
3.3.2 Partiellt inträde 825
3.3.3 Uppsägningsrätt för boet efter inträde 827
3.3.4 Kvittning mot konkursboets vederlagsfordringar 827

4 Avslutande kommentarer 828

XI LAGFÖRSLAG 831

SUMMARY 839

KÄLLFÖRTECKNING 853
Offentligt tryck 853
Litteratur 857
Rättsfall 875

FÖRKORTNINGAR

AB 72	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
AB 72 (D)	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder (Danmark)
ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
AckL	Ackordslagen (1970:847)
AD	Arbetsdomstolen och Arbetsdomstolens domar
AFG	Gesetz über Konkursausfallgeld v. 17.7.1974 (Västtyskland)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9.12.1976 (Västtyskland)
AvbL	Lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m fl
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BAG	Bundesarbeitsgericht och Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Västtyskland)
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Västtyskland)
BB	Der Betriebs-Berater (Västtyskland)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Västtyskland)
BGH	Bundesgerichtshof (Västtyskland)
BGHZ	Entscheidigungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Västtyskland)
BRL	Bostadsrättslagen (1971:479)
Depchefen	Departementschefen
DKL	Konkursloven nr 298 af 8 juni 1977 (Danmark)
Ds	Departementsserien
DsA	Departementsserien Arbetsmarknadsdepartementet
EG	Europeiska gemenskapen
ElL	Lagen (1902:72 s 1) innefattande vissa bestämmelser om elektriska anläggningar
FAL	Lagen (1927:77) om försäkringsavtal
FHL	Lagen (1984:649) om företagshypotek
FiL	Lagen (1966:454) om företagsinteckning
FiskeL	Lagen (1957:390) om fiskearrenden
FML	Lagen (1984:81) om fastighetsmäklare
FRL	Förmånsrättslagen (1970:979)

Föreningslagen	Lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar
H	Højesteret (Danmark)
HB	Handelsbalken
HBL	Lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HovRNN	Hovrätten för Nedre Norrland
HovRVS	Hovrätten för Västra Sverige
HovRÖN	Hovrätten för Övre Norrland
HR	Häradsrätt
hsp	högerspalt
JB	Jordabalken
JFFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JustR	Justitieråd
JZ	Juristenzeitung (Västtyskland)
JS	Juristische Schulung (Västtyskland)
KFL	Konsumentförsäkringslagen (1980:38)
KFM	Kronofogdemyndighet
KKL	Konkurrenslagen (1982:729)
KKrL	Konsumentkreditlagen (1977:981)
KL	Konkurslagen (1987:672)
KO	Konkursordnung v. 10.2.1877 (Västtyskland)
KommL	Lagen (1914:45) om kommission, handelsagentur och handelsresande
KTjL	Konsumenttjänstlagen (1985:716)
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Västtyskland)
KöpL	Lagen (1905:38 s 1) om köp och byte av lös egendom
LAS	Lagen (1974:12 eller 1982:80) om anställningsskydd
LFD	Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8 juni nr 59 (Norge)
LFR	Lagen (1982:713) om försäkringsrörelse
LG	Landgericht (Västtyskland)
LGL	Lagen (1970:441) om statlig lönegaranti vid konkurs
LoR	Lov og Rett (Norge)
LSt	Länsstyrelse
LU	Lagutskottet
MBL	Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MD	Marknadsdomstolen och dess domar
Monopolloven	Lov nr 102 1955 om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger (Danmark)
NFR	Näringsfrihetsrådet

NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Västtyskland)
NL 85	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk och elektrisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige. Antagna år 1985.
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
NOU	Norges offentlige utredninger
NRt	Norsk retstidende
NS 3401	Norsk standard, Alminnelige kontraktbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.
NT	Naumanns Tidskrift (för lagstiftning)
NU	Nordisk utredningsserie
NyttjL	Lagen (1907:36 s 1) om nyttjanderätt till fast egendom
OLG	Oberlandesgericht (Västtyskland)
Ot prp	Odelstingsproposisjon (Norge)
OVG	Oberverwaltungsgericht (Västtyskland)
PatL	Patentlagen (1967:837)
PL	Lov om pant av 8 februari 1980 nr 2 (Norge)
Prisloven	Lov 1953 nr 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (Norge)
prop	proposition
RB	Rättegångsbalken
RedovL	Lagen (1944:181) om redovisningsmedel
RegR	Regeringsrätten
RA	Ramavtal för förlagsavtal mellan författare och bokförläggare slutet den 18 januari 1980 mellan Svenska Bokförläggareföreningen och Sveriges Författarförbund
RG	Rettens gang (Norge)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RIC	Riksskatteverkets informationsserie C
RR	Rådhusrätt
RSV	Riksskatteverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SchwOR	Obligationenrecht (Schweiz)
SIND	Statens industriverk
SjöL	Sjölagen (1891:35 s 1)
SkbrL	Lagen (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SveaHovR	Svea Hovrätt

SvJT (rf)	Svensk juristtidning (rättsfallsavdelningen)
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TR	Tingsrätt
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund (fr o m 1983 Advokaten)
UB	Utsökningsbalken
UfR	Ugeskrift for rætsvesen. Afd A (Domssamling) (Danmark)
UfR B	Ugeskrift for rætsvesen. Afd B (Juridiske afhandlinger m m)
UL	Utsökningslagen (1877:31 s 1)
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VG	Verlagsgesetz v. 19.1.1901 (Västtyskland)
VO	Vergleichsordnung v. 26.2.1935 (Västtyskland)
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen (Västtyskland)
vsp	vänsterspalt
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (fr o m 1983 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) (Västtyskland)
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24.3.1897 (Västtyskland)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Västtyskland)
ÄB	Ärvdabalken
ÖKO	Konkursordnung v. 10.12.1914 (Österrike)

I INLEDNING

1 Problemet

När ett företag gått i konkurs möts konkursförvaltaren omgående av en rad problem som kräver snabba ställningstaganden. En av de viktigaste frågorna brukar vara hur det ska förfaras med ömsesidigt ofullgjorda avtal av olika slag. Förvaltaren kan ha åtskilliga sådana att ta ställning till. I ett tillverkningsföretag kan det gälla avtal om köp av råvaror, material eller komponenter till den löpande produktionen, om hyresavtal för fabriks-, lager- eller kontorslokaler, om tillverkningslicenser för patentskyddade produkter och om leasingavtal för maskiner som används i tillverkningen. Ska förvaltaren besluta att ta över fullgörelsen av dessa avtal? Kan fullgörelsen över huvud taget tas över av boet? Vilket ansvar ådrar sig boet i så fall? Vad gäller om hyresrätten för verkstadslokalerna redan förverkats och hyresvärden hotar med vräkning om inte boet betalar samtliga förfallna hyror? Och vad gäller om boets möjligheter att behålla de leasade maskinerna för en tids fortsatt drift, om leasingbolaget gör bruk av en avtalsklausul om omedelbar hävningsrätt vid konkurs? Är boet bundet härav? Ådrar sig boet fullständigt kontraktsansvar om maskinerna endast nyttjas under en kortare tid?

Om konkursen gäller ett entreprenadföretag måste bedömas om pågående arbeten ska fullgöras. Ett större bygge kan befinna på ett halvfärdigt stadium. Anta att beställaren med stöd av entreprenadvillkoren vill häva. Har förvaltaren att acceptera detta (även om boet har tillräcklig kapacitet för att fullborda bygget) och sedan godta att beställaren anlitar en annan entreprenör för färdigställandet? Är boet i så fall skyldigt att låta den nye entreprenören ta över gäldenärens redskap, maskiner och material? Kan inte konkursboet i stället överta egendomen och gå in och färdigställa projektet mot återstående vederlag? Kan boet i så fall även dra nytta av de bankgarantier som säkrar entreprenadens riktiga fullgörande? Blir boet vid inträde i entreprenadavtalet ansvarigt för fel som grundas på arbete före konkursen?

Exemplen kan mångfaldigas. I nästan alla företagskonkurser är en av de första frågorna om den anställda personalen omgående ska sägas upp. Frågan är av största vikt för inriktningen på den fortsatta förvaltningen. Kan den befintliga personalen åtminstone under viss uppsägningstid kvarstanna för fortsatt arbete åt konkursboet, kan driften av företaget ofta hållas igång i avvaktan på en samlad försäljning. I annat fall återstår inte annat än snar nedläggning. Mervärdet i rörelsen går då till spillo, med sämre utdelning till konkursborgenärerna som följd. Betydelsen av att verksamheten kan hållas samman för att om möjligt säljas "as a going concern" kan knappast överdrivas. För att möjliggöra detta är det inte bara viktigt att upprätthålla anställningsavtalen, utan även att bevara övriga för verksamheten ingångna avtal.

De angivna frågorna och många andra liknande är idag svårbesvarade. Rättsläget är oklart på de åtskilliga punkter. För det fall konkursförvaltaren *inte önskar fullfölja* gäldenärens avtal är rättsläget förhållandevis klart: den solventa partens rättigheter i konkursen eller, omvänt, konkursboets skyldigheter fastställs då enligt visserligen till stor del oskrivna men ändå tämligen välkända och utförligt diskuterade sakrättsliga regler. För det fall boet *önskar fullfölja* gäldenärens förpliktelser, för att därigenom kunna tillgodogöra sig avtalade motprestationer, är svaren däremot osäkra och frågorna förhållandevis lite uppmärksammade.

I den här boken utreds ingående och systematiskt vad som gäller och bör gälla, när konkursboet önskar fullfölja eller faktiskt fullföljer konkursgäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal.

2 Befintliga lagregler. Rättspraxis och doktrin

I Sverige saknas generellt utformade *lagregler* om konkursboets möjligheter att fullfölja gäldenärens avtal. Däremot finns spridda bestämmelser för vissa enskilda avtalstyper, se främst 39–41 §§ KöpL (lösegendomsköparens konkurs), 4:26 JB (fastighetsköparens konkurs i visst fall), 8:16–18, 9:30 och 12:30–31 JB (arrende och hyra), 47 § KommL (kommission), 2:27 HBL (enkelt bolag, handelsbolag och kommanditbolag) samt 26 och 28 §§ FAL (försäkringsavtal). Dessa lagregler är knapp-

händiga och är först och främst avsedda att skydda den solventa avtalsparten mot förlust vid den insolventa partens insolvens och konkurs. Detta sker genom att han under vissa förutsättningar tilläggs särskild innehållanderätt, hävningsrätt eller att avtalet utan vidare upplöses då konkurs beslutas. Konkursboets rättigheter framgår som regel endast indirekt, genom inskränkningar eller begränsningar av den solventa partens rättigheter. Köplagens regler för köparens insolvens och konkurs (39–41 §§) har ofta fått tjäna som förebild vid utformningen av lagregler för andra avtalstyper. Men även köplagens reglering är på många punkter ofullständig och lämnar en rad frågor obesvarade.

För andra avtalstyper och andra parters konkurser än de lagreglerade är man hänvisad till analogier och allmänna grundsatser. I första hand är då köplagens regler vägledande. Men i många fall passar de illa. Särskilt vid varaktiga avtal ligger hyres- och arrendereglerna ofta närmare till hands för analogier. Då köplagens och JB:s konkursregler redan i grundläggande frågor ger sinsemellan motstridiga lösningar – i den mån några lösningar alls ges – är rättsosäkerheten betydande inom stora områden.

Inte heller *rättspraxis* ger någon nämnvärd vägledning för de oreglerade fallen. Med undantag för anställningsavtalen, där en förhållandevis rikhaltig rättspraxis utvecklat rätt entydiga principer, saknas klargörande HD-avgöranden i de centrala frågorna. De fall som avdömts har gällt ganska udda fall eller särskilda situationer. Och HD har i dessa fall visat en påfallande obenägenhet att gå in på mera principiellt hållna resonemang. Här kan nämnas rättsfallen NJA 1916 s 154, 1957 s 197, 1966 s 241 och 1981 s 801. För anställningsavtalen kan särskilt NJA 1979 s 253 framhållas.

I *litteraturen* har behandlingen av konkursboets förhållande till gäldenärens avtal varit sparsam och kortfattad. Hos Welamson Konkursrätt (1961) finns en kortare framställning från konkursrättslig utgångspunkt.[1] Denna har dock numera blivit delvis föråldrad på grund av ändrad lagstiftning, och Welamson har senare i viss utsträckning tagit avstånd från sina tidigare ställningstaganden.[2]

Hellner har i två olika sammanhang ägnat ämnet uppmärksamhet.[3] Hans framställningar är, liksom merparten av gällande lagregler, i första hand kontraktsrättsligt orienterade och har den solventa partens skyddsmöjligheter i förgrunden. Den konkursrättsliga synvinkeln behandlas endast kortfattat. Samma infallsvinkel har Arnesdotter när hon behandlar ömsesidiga avtals ställning vid betalningsinställelse och ackord.[4]

[1] S 443 ff.

[2] Se Konkurs, 7 uppl s 129 not 4 och numera även 8 uppl s 119.

[3] Se Hellner, Verkan av insolvens s 235 ff och densamme II s 249 ff.

[4] Arnesdotter s 187 ff.

I ett kapitel i Håstads Sakrätt diskuteras frågorna från ett mera generellt konkursrättsligt perspektiv.[5] Särskilt i senaste upplagan 1986 är framställningen principiellt upplagd, med utgångspunkt från konkursboets rättigheter och skyldigheter enligt de sakrättsliga reglerna. Även i Lindskogs kvittningsavhandling behandlas, visserligen ur ett något annorlunda perspektiv, frågor om rättsverkningar av konkursboets befattning med gäldenärens avtal.[6]

Slutligen finns en del, ofta kortfattade uttalanden i kontraktsrättsliga framställningar om enskilda avtalstyper. I en särställning står Alméns ingående diskussion av 39–41 §§ KöpL i köplagskommentaren.[7] Från senare tid kan nämnas Millqvists diskussion om leasetagarens konkurs vid finansiell leasing.[8]

3 Varför finns det inga generella regler i Sverige?

Generella konkursrättsliga lagregler om konkursboets befattning med gäldenärens avtal saknas alltså i Sverige. I både Danmark och Norge har däremot (1978 resp 1986) ett helt kapitel härom införts i konkurslagstiftningen, se 7 kap Konkursloven (1977:298, DKL) resp 7 kap loven (1984:59) om fordingshavernes dekningsrett (LFD). I Västtyskland återfinns sedan 1877 en liknande reglering i konkurslagen (Konkursordnung, 10.2.1877, KO). Varför har det då inte införts motsvarande regler i Sverige?

Frågan aktualiserades vid den gemensamma nordiska revisionen av den s k materiella konkursrätten i början av 70-talet. I motsats till de danska och norska utredningarna avstod den svenska lagberedningen från att lägga fram något förslag i ämnet.[9] Enligt de norska motiven fäste lagberedningen avgörande vikt vid de invändningar som kan riktas mot en generellt upplagd lagstiftning för många olika avtalstyper: det är svårt att överblicka de många olika avtalstyper som förekommer och ”de

5 Se 1 uppl s 248 ff, 2 uppl s 265 ff och 3 uppl s 299 ff.
6 Kvittning s 153 ff.
7 Se Almén under §§ 39–41.
8 Millqvist s 279 ff.
9 Se utan motivering SOU 1970:75 s 55 hsp.

reelle hensyn" som gör sig gällande vid de olika typerna.[10] Generella regler kan leda till oskäliga resultat eller visa sig oanvändbara för en eller flera avtalstyper. De tryggaste skulle därför även enligt den norska utredningen vara, att reglera varje enskild avtalstyp för sig, helst då i anslutning till en allmän lagreglering av avtalstypen ifråga, såsom exempelvis skett i köplagen.

I Danmark och Norge ansåg man ändå att behovet av klargörande regler vägde tyngre än dessa invändningar. Skulle frågan lösas i anslutning till lagstiftning om enskilda avtalstyper, skulle det ta mycket lång tid innan de nödvändiga reglerna införts. Och faran med en alltför långtgående generalisering kunde till stor del avvärjas genom att föreskriva undantag från de tvingande konkursrättsliga reglerna, när detta påkallas av det aktuella rättsförhållandets "beskaffenhed" eller "egenart", se 53 § DKL resp § 7–1 LFD. Då reglerna om avtalsavvecklingen vid konkurs uppfattats som konkursrättsliga regler, var placeringen i konkurslagen naturlig.

Hellner skrev för drygt tio år sedan, att det även i Sverige vore önskvärt med en konkursrättslig reglering av konkursboets befattning med de avtal som boet "ärver" efter gäldenären.[11] Ett av huvudsyftena skulle vara "att underlätta för boet att fortsätta resp avveckla gäldenärens avtalsförhållanden". Framför allt vid långvariga avtal förelåg behov. Hellner ställde sig emellertid tvekande till möjligheten att införa generella regler. Visserligen skulle inte förfarandet vid konkurs överlämnas till "avtalsmekanismen" utan upptas i konkurslagen, men redan det förhållandet att man "inte har funnit det möjligt ens att uppställa gemensamma regler för alla former av nyttjanderätt till fast egendom", talade enligt Hellner mot att generella principer skulle kunna uppställas. Och att hänvisa till rättsförhållandets egenart etc skulle i Sverige anses leda till alltför stor rättsosäkerhet, antog Hellner. Avslutningsvis framhölls emellertid att en grundligare undersökning var mycket önskvärd och att en sådan kunde ligga till grund för lagstiftning.

Håstad har på senare tid menat, att osäkerheten om rättsläget är så stor att det är mycket angeläget att lagstiftaren tar ett samlat grepp om ämnet.[12]

[10] NOU 1972:20 s 309 hsp.

[11] Se till det följande Hellner, Verkan av insolvens s 261 f.

[12] Sakrätt, 3 uppl s 302, jfr densamme i SvJT 1988 s 249.

4 Framställningens inriktning, syfte och metod

Ett av ändamålen med den här boken är att göra den grundligare undersökning som Hellner efterlyst. En sådan saknas alltjämt. Hellners egen uppsats förbigick avsiktligt frågan om konkursboets förhållande till gäldenärens avtal,[13] vilket däremot är inriktningen här. Framställningen syftar således primärt till att utreda vad som gäller och bör gälla när konkursboet önskar fullfölja eller faktiskt fullföljer konkursgäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal. Mera exakt är avsikten, att *dels* genom en utförlig undersökning i viss mån råda bot på den osäkerhet som idag råder om innehållet i gällande rätt, *dels* med sikte på framtida lagstiftning kritiskt granska regelsystemet i dess helhet samt *dels* slutligen överväga och försöka utarbeta ett enhetligt och i princip heltäckande regelsystem för området.

Till ämnet hör frågor om på vilket sätt konkursboet kan ta över fullgörelsen av gäldenärens avtal, om rättsföljderna härav, såsom varaktigheten och omfattningen av boets åtagande, om när medkontrahentens anspråk på motprestationen övergår till att bli en massafordran, inklusive när boet mot sitt bestridande får anses ha tagit över fullgörelsen av avtalet, m fl anknytande frågor.

Jag avser att utreda, diskutera och argumentera både inom ramen för gällande rätt och de lege ferenda. En utförlig diskussion av gällande rätt kan kanske tyckas onödig, då rättsläget på många punkter är så oklart, att slutsatserna och rekommendationerna ändå blir i hög grad osäkra. Det oklara rättsläget gör det å andra sidan svårt att dra en skarp gräns mellan vad som gäller och vad som bör gälla. Och eftersom det till stor del saknas lagstiftning och vägledande prejudikat, kommer man sällan i klar konflikt med lag eller rättspraxis. Enligt min mening saknas anledning för en rättsvetenskapare att i detta läge ställa sig vid sidan av den praktiska juridikens problem, genom att rubricera allt som är osäkert eller oklart som de lege ferenda-resonemang, då lösningarna redan idag mycket väl skulle kunna anammas av domstolarna. Å andra sidan är det givetvis inget självändamål att pressa in så mycket som möjligt under gällande rätt. Ambitionen bör också vara, att så långt det över huvud taget är meningsfullt söka dra en klar gräns mellan gällande och framtida rätt.

[13] Se Hellner a a s 245, jfr den kortfattade framställningen hos densamme II s 257 ff.

I övrigt bör, vid diskussioner de lege lata, de argument och ändamålsskäl, som anförs till stöd för den ena eller den andra lösningen, vara väl förankrade i rådande rättspolitiska värderingar på området. För att i någon mån kunna "vikta" tyngden av motstående argument och intressen, krävs det att en grundläggande ändamålsbestämning görs. En någotsånär enhetlig "måttstock" för argumentationen kan då erhållas. Diskussionen av olika konkreta frågor, särskilt de helt oreglerade, där skäl och motskäl många gånger kan tyckas väga jämt, kan då styras av åtminstone i stort sett enhetliga rättspolitiska värderingar. Se närmare i kap II 1, 2 och 7 nedan.

Uppläggningen är sålunda den, att jag för de viktigaste avtalstyperna i kap III–IX utreder och diskuterar det rådande rättstillståndet och även föreslår punktreformer i de delar, där jag finner nuvarande regler direkt otillfredsställande eller olämpliga. I syfte att så långt det går få en totalbild över hela rättsområdet har jag valt att utreda förhållandena vid många olika avtalstyper. De generellt upplagda reformförslagen, som sparats till det avslutande kap XI, efter att samtliga avtalstyper gåtts igenom och utvärderats, kan då förhoppningsvis bygga på en bred teoretisk kunskap.

Jag har inte genomfört någon empirisk undersökning i egentlig mening. Däremot har jag, tror jag, genom kontakter med konkursförvaltare och andra i anslutning till konkreta fall och tvister, fått en viss insikt i vilka frågor och problem som är vanligen förekommande och praktiskt betydelsefulla. Jag har även via min handledare Torgny Håstad erhållit mycken värdefull information om problem och frågeställningar av direkt praktisk intresse. Detta har givetvis påverkat problembehandlingen i boken.

5 Avgränsningar

I boken behandlas, utöver det just sagda, i viss mån avvecklingen av avtalsförhållanden som boet *inte* väljer att fullfölja. Vidare tjänar reglerna om sakrättsligt skydd genomgående som "avstamp" för diskussionen, om boets övertagande av gäldenärens obligatoriska förpliktelser. I övrigt diskuterar jag emellertid inte rent sakrättliga regler. Ett undantag gäller för avtal om bruksrätt, såsom hyra, arrende och licensrätt. Här är de sakrättsliga reglerna av så avgörande betydelse för frågan om konkursboets

val mellan att fullfölja gäldenärens avtal och att avstå därifrån, att en ingående sakrättslig undersökning ansetts motiverad.

Frågor om kvittning i konkurs behandlas endast i den mån de har ett direkt samband med boets ställningstagande till om gäldenärens avtal ska fullföljas eller inte. Reglerna om återvinning i konkurs förbigås i allmänhet helt, även om de ibland kan vara av betydelse för, och ibland är närbesläktade med, en del av de frågor som här ska behandlas.

Regler om den solventa partens rätt att innehålla sin prestation vid motpartens obestånd och konkurs tas upp endast ytligt och sporadiskt, vilket motiveras av att dessa frågor tidigare behandlats relativt utförligt i litteraturen.[14] Innehållanderätten har dock i regel ett sådant samband med den solventa partens hävningsrätt vid motpartens konkurs, och därmed även med boets möjlighet att fullfölja gäldenärens avtal, att lösningarna i de senare frågorna ofta indirekt kommer att reglera också en eventuell innehållanderätts omfattning och utformning. Se vidare kap II 3, 4 och 5 nedan.

Jag har försökt undvika att "finknäcka" på diverse detaljproblem, som t ex när en parts prestation i olika sammanhang ska anses ha blivit fullständigt fullgjord, när en vara mera exakt ska anses ha lämnat eller kommit i en parts besittning, i vilket läge en part ska anses ha tillträtt viss egendom etc. Sådana frågor saknar principiellt intresse för syftet med denna framställning och lämnas i regel utanför.

Undersökningen är begränsad till obeståndsfall som lett till konkurs. Betalningsinställelse och ackord berörs endast undantagsvis. (Särskilt de lege ferenda kan ackordsfallet vara av stort intresse, se kap XI nedan.)

Jag har heller inte avhandlat frågor kring konkursboet rätt att inträda i gäldenärens pågående rättegångar, se 3:9 KL. Boets förhållande till gäldenärens skiljeavtal och pågående skiljeprocesser har jag övervägt att ta upp till behandling men fått avstå av utrymmesskäl.

6 Terminologi

I kap II 3–5 motiveras valet av grundläggande systematik och på denna grundad terminologi närmare. Här ska sägas hur jag faktiskt använder nyckeltermerna.

[14] Se t ex Almén § 39, Arnesdotter s 187 ff och Rodhe, Sakrätt s 177 ff.

Med *inträdesrätt* avser jag en rätt för konkursboet att tilltvinga sig en fortsättning av ett avtalsförhållande som gäldenären grundat före konkursen, genom att boet tar på sig ansvar (massaansvar) för avtalsenlig fullgörelse av gäldenärens prestation. Termen inträdesrätt innefattar alltså två moment. För det första anger den att boet får överta fullgörelsen av gäldenärens prestation utan motpartens samtycke. För det andra är inträdesrätten förknippad med rättsföljden massaansvar, dvs att den solventa parten får ett massaanspråk – ett anspråk mot boet som sådant med i princip bästa rätt i konkursen, 11:1 KL – på motprestationen. Inträdesrätt i här avsedd mening föreskrivs t ex i 40 § KöpL och 12:31 3 st 2 p JB.[15]

Även om konkursboet, för att få överta fullgörelsen av gäldenärens avtal, måste ställa säkerhet utöver påtagande av massaansvar, föreligger inträdesrätt enligt denna boks terminologi. Däremot kan man säga att förutsättningarna för utövandet av inträdesrätten här är hårdare. Inträdesrätt föreligger alltså så fort boet (1) får överta gäldenärens prestationsskyldighet utan motpartens samtycke och (2) boet med massan svarar för fullgörelsen.

Om boet däremot får överta fullgörelsen av gäldenärens avtalsförpliktelse *utan* att behöva ta på sig massaansvar, är det inte fråga om inträdesrätt i denna boks mening. Boet kan i detta fall visserligen ha rätt att överta fullgörelsen av avtalet genom att ställa säkerhet utan massaansvar, dvs utan att medkontrahenten får en personlig fordran på boet, se t ex 39 § KöpL och 8:18 1 st JB. Eller också kan boet ha rätt att fullfölja gäldenärens avtal utan att vare sig ta på sig massaansvar eller ställa säkerhet. Boet kan då i stället ha att överlåta gäldenärens rättigheter och skyldigheter enligt avtalet ("kontraktsrätten") inom viss tid, se t ex 9:30 1 st JB in fine. Slutligen kan boet ha rätt att kvarstå vid avtalet utan att kunna avkrävas någon särskild åtgärd som inte redan kunde avkrävas gäldenären. Inte heller i detta fall är det enligt min vokabulär fråga om inträdesrätt. För de fall som nämnts i detta stycke behövs heller inte någon särskild term. Det bör gå bra att direkt ange vad som avses.

För de båda viktigaste fallen, det då boet har rätt att *inträda* i gäldenärens avtal och det då boet har rätt att kvarstå vid avtalet genom att *ställa säkerhet* utan att inträda, kan det dock behövas ett kort samlingsnamn. Jag har emellertid inte kunnat hitta någon lämplig gemensam benämning. Termer som kvarståenderätt och övertaganderätt är otympliga och anger inte med tillräcklig exakthet vad som avses. Även fall, där boet inte

[15] Jag anser att termerna inträdesrätt och inträde är mera lätthanterliga och adekvata än uttrycken tillträdesrätt och tillträde (se t ex 40 § KöpL). Därför använder jag dem i stället. Jfr ang inträdesterminologin 7 kap DKL och 7 kap LFD och i litteraturen t ex Brækhus s 161 ff, Munch s 344 ff, Håstad, Sakrätt s 299 ff och Hellner II s 257 ff.

behöver vidta någon särskild åtgärd, skulle allmänspråkligt inrymmas. Det får därför vara nog att definiera vad inträdesrätt är för något. (Att inordna även säkerhetsalternativet under begreppet inträdesrätt är inte heller lämpligt. Konkursboet har ju i detta fall inte inträtt som förpliktat i gäldenärens ställe, utan boet svarar endast med den ställda säkerheten. Man får således även i säkerhetsfallet finna sig i att skriva ut vad som faktiskt menas.) Där det av utrymmesekonomiska skäl finns behov av att använda en kort samlad benämning på flera av de beskrivna modellerna, kan inledningsvis i ett sådant avsnitt anges exempelvis, att "vad som i det följande sägs om inträdesrätt avser även fallet då boet får kvarstå vid gäldenärens avtal genom att ställa säkerhet". Denna teknik används på flera ställen i kap III–IX.

Då jag helt allmänt skriver om boets möjligheter att på något sätt, oavsett vilket, kräva en ömsesidig fortsättning av ett avtalsförhållande som gäldenären grundat före konkursen, anges det som en fråga om boets *rätt att fullfölja* gäldenärens avtal. Detta språkbruk har använts i inledningsavsnitten ovan och brukas även i det allmänna kap II nedan.

Mot inträdesrätt korresponderar termen *inträde*. Inträdet behöver inte förutsätta att konkursboet utnyttjat en rätt att inträda utan avser bara att kort ange att massaansvar uppkommit, t ex genom konkludent handlande av boet. Då massaansvar för boet uppkommit genom ingående av nya avtal bör inte anges att inträde skett. Alla här definierade termer, liksom framställningen i övrigt, tar endast sikte på boets befattning med gäldenärens avtal.

Med en *inträdesförklaring* menar jag en ensidig viljeförklaring från konkursboets sida, om att boet med massaansvar övertar fullgörelsen av gäldenärens avtalsförpliktelse. Som allmän utgångspunkt får antas att inträdesförklaringen kan ges uttryckligen eller konkludent enligt vanliga regler.

Termen *massaansvar* har redan flera gångar använts i det föregående. Att boet tagit på sig massaansvar – att boet inträtt – innebär att boet som sådant blivit förpliktat att fullgöra avtalet in natura, dvs att boet primärt svarar för avtalsenlig fullgörelse. Att boet har massaansvar innebär då även, att dess kontraktsbrott ger medkontrahenten ett massakrav på de anspråk som kontraktsbrottet kan föranleda.

Motsatsen till att boet fullföljer gäldenärens avtal är – naturligen – att boet avstår härifrån. Står boets val mellan att inträda och att inte göra det, kan det avböjande alternativet kallas *inträdesavstående* (eller avstående från att inträda). Termen hävning kan inte användas, då boets negativa besked enligt gällande lagregler inte har hävningsverkan.[16] Tvärtom ankommer det på gäldenärens motpart att efter boets negativa

[16] Jfr Rodhe i Festskrift till Ussing s 459.

besked avgöra om han ska häva eller kräva fullgörelse som vanlig konkursborgenär, se modellen i 39–41 §§ KöpL.

Med konkursboets *valrätt* menas, i anslutning till det just sagda, boets rätt att välja mellan att fullfölja gäldenärens avtal och att avstå därifrån utan massapåföljd utöver inhibering av fortsatt prestationsutbyte.

När jag nyss talade om en rätt för konkursboet att avstå från att fullfölja gäldenärens avtal, avsåg detta att boet som sådant inte är skyldigt att fullgöra gäldenärens prestation enligt avtalet. Boet saknar *skyldighet* att fullgöra gäldenärens avtal. Om boet i ett sådant fall väljer att inte fullfölja avtalet, kan fullgörelse- och skadeståndskrav således inte riktas mot boet som sådant utan endast mot gäldenären. Anspråken blir vanliga konkursfordringar, vilka i de flesta konkurser inte får någon utdelning alls. Man kan säga att boets avstående från att fullfölja avtalet endast "kostar" boet uppkomsten av (ytterligare) en normalt betydelselös bevakningsgill konkursfordran. Man bör i enlighet med detta endast tala om skyldighet för boet att fullgöra gäldenärens avtal, när boets vägran att prestera leder till massapåföljd.

I det följande kommer ibland att talas om *partiellt inträde* och *partiell inträdesrätt*. Härmed avses att boet endast inträder/blir massaansvarigt för anspråk hänförliga till tiden efter konkursutbrottet resp att boet har rätt att inträda med denna begränsade verkan.

Ifall boet har en särskild rätt att säga upp avtal som det en gång trätt in i, skulle man kunna tala om en utträdesrätt. Jag har dock avstått från att använda termen. Det är bättre att mera exakt säga att boet har särskild uppsägningsrätt efter inträde.

Den solventa parten, *motparten* eller *medkontrahenten* avser den avtalspart som inte gått i konkurs. Den konkursdrabbade parten benämns *gäldenären* eller *den insolventa parten*. Som en neutral beteckning på gäldenären och hans konkursbo används ibland uttrycket *gäldenärssidan*.

Tingsrättens beslut att bifalla en konkursansökan kallas i denna framställning för *konkursbeslutet* eller konkursbeslutets meddelande. Tidpunkten för beslutet benämns *konkursdagen* eller *konkursutbrottet*.[17]

[17] Normalt blir det fråga om *dagen* för konkursbeslutet, men om det exakta *klockslaget* någon gång kan vara betydelse avses detta, jfr Welamson, Konkursrätt s 109.

7 Något om de komparativa inslagen

Vid genomgången av de olika avtalstyperna lämnas tämligen ingående redogörelser för dansk, norsk och västtysk rätt. I diskussionen om de svenska reglernas utformning används det utländska materialet både som jämförelseobjekt och argumentationskällor. Såväl grundläggande systematik som detaljlösningar uppmärksammas.

Valet av dansk och norsk rätt har varit lätt. I Danmark och Norge har som redan nämnts helt nyligen – 1978 resp 1986 – införts ett i princip heltäckande system av regler för behandlingen av avtal under konkurs. I Sverige avstod man ungefär samtidigt från att införa ett liknande system, därför att förhållandena vid olika avtalstyper ansågs alltför olikartade för att kunna regleras av enhetliga bestämmelser. En av avsikterna med den här boken är att pröva hållbarheten av detta argument. Då är det av intresse att för de viktigaste enskilda avtalstyperna jämföra utfallet vid tillämpning av de generella dansk-norska reglerna med de resultat som de svenska reglerna för enstaka avtalstyper ger. Den grundläggande systematiken i de danska-norska reglerna är särskilt de lege ferenda av direkt svenskt intresse.

Det bör här nämnas, att de danska och norska reglerna i viss utsträckning är tillämpliga också vid annan "insolvensbehandling" än konkurs.[18] I Danmark är reglerna således i princip tillämpliga även vid betalningsinställelse, tvångsackord och gäldssanering, medan de norska reglerna avser all "bobehandling" enligt de nya insolvensrättsreglerna, dvs "gjeldsforhandling" (som kan inriktas antingen på förhandling om en frivillig "gjeldsordning" eller på tvångsackord) och konkurs. De "massafordringar" som gäldenärens motpart erhåller, genom det aktuella insolvensorganets beslut att upprätthålla avtalsförhållandet under förhandlingarna om underhandsuppgörelse eller tvångsackord, får i bägge länderna massastatus av andra rangen i en eventuellt efterföljande konkurs, se 94 § 2 p DKL resp § 9–2 p 5 LFD. Reglerna i 7 kap DKL och 7 kap LFD är dock uppenbarligen avsedda att i full utsträckning tillämpas endast vid konkurs. I den här boken bortses från de övriga insolvensfallen, jfr avgränsningen ovan.

Angående valet av tysk rätt kan följande sägas. Jag har ansett det väsentligt och behövligt, att dels göra en utförlig utredning av gällande svensk rätt, dels med sikte på lagstiftning kritiskt granska regelsystemet i dess helhet och dels slutligen mot bakgrund härav överväga och utarbeta ett enhetligt och i princip heltäckande svenskt regelsystem på området.

[18] Se NOU 1972:20 s 310 vsp och 347 f resp Munch s 346, 693 ff och 765.

Utrymmet för en bred komparation har då blivit litet. Jag har emellertid ändå ansett det viktigt att vidga vyerna en aning över den nordiska horisonten. Det har då fallit sig naturligt att ta sig an tysk rätt. Den tyska konkursrätten är mycket lik den nordiska, vilket gör att dess lösningar och diskussioner utan större betänkligheter direkt kan beaktas och övervägas i den svenska diskussionen.

Den tyska regleringen om ömsesidigt förpliktande avtals behandling vid konkurs har många år på nacken. Den har varit föremål för en omfattande, för att inte säga massiv, diskussion i doktrinen och har genom åren kompletterats och utvecklats genom ett stort antal rättsfall. Dessa förhållanden gör att de tyska reglerna är av en något annan karaktär än de nya danska och norska. Lagreglerna är uppenbarligen skrivna utifrån ett mera traditionellt konkursrättsligt perspektiv, där särskilt de samhällsekonomiska och näringspolitiska intressena av företagsrekonstruktion och företagssanering inte fått väga lika tungt som de gör idag. Kontrasten mot särskilt de norska reglerna är därvid stor. Skillnaderna överbryggas dock i viss mån av utvecklingen i tysk rättspraxis och doktrin.

Den tyska konkursrätten, liksom den västeuropeiska konkursrätten över huvud taget, befinner sig i ett dynamiskt skede.[19] Efter en mycket intensiv debatt under det senaste decenniet, framlade "die Kommission für Insolvenzrecht" 1985–86 förslag om en totalreform av hela ackords- och konkursrätten.[20] Enligt insolvensrättsförslaget ska det införas ett enhetligt och gemensamt insolvensförfarande, som inleds med ett neutralt "Vorverfahren" som utmynnar i ett ställningstagande om förfarandet ska inriktas på reorganisation eller likvidation. Reorganisationsförfarandet liknar dagens ackordsförfarande och ska följa en av förvaltaren utarbetad reorganisationsplan. Detta alternativ ska väljas för rekonstruktion av företag som bedöms livskraftiga. Likvidationsförfarandet är ett renodlat avvecklingsalternativ och svarar således mot konkursinstitutets traditionella syfte. Mot bakgrund härav är det ganska naturligt att det endast för reorganisationsförfarandets del återfinns mera utvecklade regler som möjliggör att ingångna ömsesidiga avtal kan bevaras under insolvensförfarandet. Den klara uppdelningen mellan rekonstruktion och likvidation medför även, för denna framställnings del, att de föreslagna nya tyska reglerna om behandlingen av gäldenärens avtal endast med stor försiktighet kan överföras till eller jämföras med svensk rätt, enligt vilken konkursen utan något inledande formellt beslut om förvaltningens inriktning kan tjäna såväl som ett rent nedläggningsinstrument som ett instru-

[19] Se härtill och för det följande Lennander i TfR 1987 s 545 ff.

[20] Se Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985) och Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1986). De förkortas här Insolvenzrecht I resp II.

ment för rekonstruktion av livsdugliga företag. Den tyska insolvensrättsförslagets regler kommer därför att refereras endast i korthet.

Såväl de gällande danska, norska som tyska lagreglerna om konkursboets befattning med gäldenärens avtal är uppbyggda kring en allmän grundregel om, att konkursboet har rätt att med massaansvar inträda och fullgöra gäldenärens avtal. Om boet inte inträder så behöver den solventa parten inte längre stå fast vid avtalet. I de olika lagarna uttrycks boets grundläggande rätt på följande sätt.[21]

Danmark (55 § DKL):

Boet kan indtræde i de af skyldneren indgåede gensidigt bebyrdende aftaler.
Medkontrahenten kan forlange, at boet uden ugrundet ophold tager stilling til, om det vil indtræde i aftalen.

Norge (§ 7–3 st 1 LFD):

Kommer skyldnerens bo under insolvensbehandling, har boet rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet. Den annen part kan kreve at boet uten ugrunnet opphold tar stilling til om det vil benytte sin rett.

Västtyskland (§ 17 KO):

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.
Der Verwalter muss auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

Att boets inträde/krav på ömsesidig fullgörelse ger motparten en massafordran på den avtalade motprestationen föreskrivs sedan uttryckligen i anslutande lagrum i respektive regelsystem.[22] På motsvarande sätt framgår att boets avstående från att inträda endast leder till att motparten får en dividend på motprestationen eller ett motsvarande skadeståndskrav.[23]

Övriga delar av de danska, norska och tyska reglerna presenteras successivt vid genomgången av de olika avtalstyperna.

21 De i texten citerade lagrummen är inte återgivna i sin helhet.

22 Se 56 § (jfr 93 § 3 p) DKL, § 7–4 (jfr § 9–2 p 3) LFD resp § 59 st 1 p 2 KO.

23 Se 59 § DKL, § 7-8 LFD resp § 26 KO.

8 Disposition

I nästföljande kapitel II kommer jag att diskutera vissa principiella frågor som är av avgörande betydelse för uppläggningen av den fortsatta framställningen och för behandlingen av de enskilda avtalstyperna i kapitel III–IX. Jag har dock inte skrivit någon allmän del i ämnet, där gemensamma generella huvudlinjer för många olika avtalstyper anges. Rättstillståndet för de enskilda avtalstyperna är så pass outrett, och för en bredare juristkrets förmodligen även så obekant, att det skulle bli fråga om en alltför abstrakt och substanslös framställning. I stället har jag valt att först grundligt undersöka reglerna för de enskilda avtalstyperna, för att därefter utvärdera, jämföra och försöka finna gemensamma nämnare. I kapitel II redovisas däremot vilka rättssystematiska och rättspolitiska utgångspunkter som undersökningen av de enskilda avtalstyperna bygger på.

Urvalet av avtalstyper är i viss mån godtyckligt. Jag har i första hand valt ett antal avtalstyper som jag trott ofta vara av betydelse i företagskonkurser, såsom köp, entreprenad, lokalhyra, leasing, licensavtal och anställningsavtal. Arrende har främst medtagits för att få en helhetsbild av rättsområdet, med sikte på att kunna bedöma om och hur en framtida generell lagstiftning kan utformas. Förlagsavtal har till viss del varit föremål för HD:s bedömning. Här aktualiseras också intressanta frågor om konkursboets förhållande till de rent upphovsrättsliga reglerna.

I kapitel III behandlas först köp av lös egendom, som utgör den grundläggande avtalstypen och därför undersöks särskilt utförligt. Liksom inom kontraktsrätten i övrigt kan köpreglerna tjäna som något av en allmän del. Frakträttsliga aspekter i anslutning till köp har helt förbigåtts. Kapitel IV behandlar entreprenad, i första hand byggnadsentreprenad. Konkursklausulerna i det ofta brukade standardavtalet AB 72 ägnas särskilt intresse. Kapitel V handlar om de delvis lagfästa reglerna för hyra och arrende av fast egendom. Speciellt uppmärksammas rättsläget vid lokalhyresgästens konkurs men även vad som gäller när ett konkursbo uppträder som hyresvärd. I kapitel VI diskuteras vilka regler som gäller och bör gälla vid framför allt finansiell leasing av lösa saker, men också andra former av nyttjanderätt till lös sak behandlas. Vid uthyrarens konkurs görs bl a ett inlägg i diskussionen om nyttjanderättens sakrättsliga skydd. Därefter skriver jag om patentlicens- och förlagsavtal, och i kapitel VIII redogör jag för de särskilda reglerna om anställnings-

avtals behandling vid arbetsgivarens konkurs, med därtill hörande lönegaranti- och förmånsrättsfrågor.

I de angivna kapitlena refereras lösningarna i dansk, norsk och västtysk rätt parallellt med svensk. I kapitel IX, som med några få undantag endast behandlar svensk rätt, avslutas undersökningen av de enskilda avtalstyperna med mera kortfattade redogörelser för fastighetsköp, sysslomansavtal, försäkringsavtal, bolags- och föreningsavtal samt renodlade kreditavtal. Här tas också köp av enkla fordringar och immaterialrätter upp till en särskild analys. Kapitel X innehåller en sammanfattning, kritisk utvärdering och jämförande analys av reglerna för de skilda avtalstyperna. Behovet av lagstiftning övervägs sedan som avstamp för det avslutande kapitel XI, där ett förslag till en generellt utformad lagreglering presenteras.

Med den uppläggning som nu beskrivits är det ofrånkomligt att framställningen kommer att innehålla en hel del upprepningar, eftersom likartade frågeställningar återkommer vid olika avtalstyper. Jag har också i stor utsträckning, i den mån det inte varit fråga om självklarheter, medvetet försökt undvika att endast göra rena korshänvisningar utan haft ambitionen, att uttryckligen skriva ut vad eventuella gemensamma principer ger för konkret resultat vid respektive avtalstyp. Bokens användbarhet bör förhoppningsvis öka, om läsaren vid uppslag på ett visst ställe kan erhålla en sammanhållen diskussion av ett konkret aktuellt probem, oavsett om detta är av principiellt slag eller inte.

En annan sak är att korshänvisningar i viss utsträckning intagits som hjälp för den läsare, som samtidigt för flera avtalstyper vill jämföra lösningen på samma frågeställning.

Till sist bör uppmärksammas att en korshänvisning till ett visst ställe i texten utan angivande av kapitel avser ett ställe inom samma kapitel. Vid hänvisningar mellan kapitel anges givetvis vilket kapitlet är.

II PRINCIPIELLA SYNPUNKTER

1 Intresseinventering[1]

Då en part i ett ömsesidigt avtalsförhållande blir *insolvent*, innebär det allmänt sett en risk för att han inte kommer att fullgöra sin prestation avtalsenligt. Att en part är insolvent betyder definitionsmässigt, enligt 1:2 2 st KL, att han "inte rätteligen kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig." Insolvensen behöver i och för sig inte med säkerhet innebära, att parten inte kan fullgöra *vissa* av sina förpliktelser, t ex hyresbetalningen för en affärslokal, men eftersom han inte är i stånd att fullgöra *alla* sina förpliktelser, utgör insolvensen ändå en avsevärd risk för att gjorda åtaganden inte kan eller kommer att fullgöras. Särskilt tydligt är detta när den solventa parten har krav på pengar. Men även då denne är en naturaborgenär, t ex en beställare av en entreprenad, en köpare av lös eller fast egendom eller en licenstagare, medför den andra partens insolvens, särskilt då det är fråga om företag, att avtalade motprestationer kan "frysa inne". Här uppkommer även faran för att naturaprestationens kvalitet försämras, t ex därför att den kanske viktigaste personalen lämnar det krisdrabbade företaget eller därför att det föreligger svårigheter att i tid få fram likvid för betalning av inköp av varor och tjänster till fullgörande av gjorda åtaganden. Även det förhållandet, att en del av det insolventa företagets avtalsparter söker skydda sig, t ex genom att kräva extraordinära säkerheter, särskilda fullgörelsegarantier eller kontant betalning, kan leda till att företagets läge ytterligare försämras och att risken för andra avtalsparter därmed ökar.

Även om skyddsåtgärder av sistnämnt slag kan förvärra den insolventa partens läge, har den solventa parten uppenbarligen ett beaktansvärt allmänt intresse av skydd vid motpartens insolvens. Intresset av att den insolventa partens ställning inte ytterligare försämras på grund av olika

[1] Jfr Hellner II s 249–251 och Håstad, Sakrätt s 299–302. Från intressekonflikter mellan borgenärsgrupper med olika förmånsrätt bortses i det följande.

skyddsåtgärder, förtjänar beaktande först då någon form av samlad och kontrollerad insolvensuppgörelse inleds. Först då konkretiseras det kollektiva borgenärsintresset till den insolventa partens förmögenhet. I Sverige är det framför allt inledande av offentlig ackordsförhandling och försättande i konkurs som kommer ifråga. I enlighet med denna boks genomgående inriktning begränsar jag mig här till konkursfallet.

Sett ur den solventa avtalspartens skyddsperspektiv innebär beslutet om *konkurs* en betydande scenförändring. Å ena sidan kan man säga att risken för utebliven eller försämrad motprestation nu ökar: konkursboet har en på de sakrättsliga reglerna grundad rätt, att utan risk för penningpåföljd på massaplanet vägra fullgöra de gäldenärens avtalsförpliktelser som inte erhållit sakrättsligt skydd. Denna rätt att underlåta prestation tillkom inte den insolventa parten före sin konkurs utan utgör i princip en "ny rätt" för hans konkursbo. Risken för att boet ska välja att göra bruk av sina sakrättsliga rättigheter bör enligt min mening hållas isär från gäldenärens med insolvensen följande allmänna oförmåga att fullgöra förpliktelser avtalsenligt. Huruvida konkursboet fullföljer gäldenärens avtalsförpliktelser beror inte i första hand på om förmåga finns eller inte, utan på konkursförvaltarens överväganden om hur boavvecklingen ska ske och på ingångna avtals relativa gynnsamhet ur konkursborgenärernas synvinkel. Vid företagskonkurs blir det fråga om rent affärsmässiga överväganden. Även om boet ibland kan ha svårt att snabbt få fram likvida medel, är boet definitionsmässigt en ekonomiskt avsevärt starkare avtalspart än gäldenären.[2] Något förenklat kan man därmed sammanfattningsvis säga, att en insolvent avtalsparts försättande i konkurs innebär, *dels* en ökad risk för utebliven prestation på grund av sakrättens regler, *dels* en minskad risk för utebliven prestation därför att boet till skillnad från gäldenären är solvent för sina förpliktelser.

En tredje riskfaktor för den solventa parten är den som följer av konkursens särskilda syfte. Konkursen och konkursboet (och i regel även gäldenärsföretaget som juridisk person) måste förr eller senare avvecklas, även om verksamheten som sådan kan leva vidare efter en rekonstruktion. Att få ett konkursbo som motpart kan därför innebära att avtalsförhållandets karaktär ändras. Detta gäller t ex om avtalet bygger på en förutsättning om varaktigt och förtroligt samarbete för ett gemensamt ändamål eller om gäldenärsföretaget medgetts ett gynnsamt pris med tanke på en varaktig framtida affärsförbindelse. I många andra fall uppkommer dock inte sådana betänkligheter. Tvärtom kan det från motpartens synpunkt ofta vara välkommet, att ett konkursbo som är villigt att fullfölja gäldenärens avtal träder in i handlingen. Om motparten inte tillförsäkrat sig realsäkerhet eller separationsrätt, är alternativet till kon-

[2] Jfr Lindskog i Från advokatens verkstad s 309 och Heuman s 131.

kursboets fullföljande av avtalet normalt att avtalsförhållandet avbryts, varvid motpartens förluster får göras gällande som en i praktiken värdelös oprioriterad konkursfordran. Att boet väljer att fullfölja ett visst avtal, kan således även ses som ett gynnande av just den avtalspart/konkursborgenär, som tillhandahåller gäldenären en särskilt viktig prestation eller som ingått ett avtal som är gynnsamt för den insolventa sidan.

I det sistnämnda fallet kan å andra sidan motparten vara särskilt intresserad av att komma ifrån avtalet: ett avtal som är gynnsamt för boet är ofta (men inte alltid) i motsvarande mån ogynnsamt för motparten. Konkursen kan då vara en välkommen omständighet att åberopas som grund för frånträdande. Detta intresse bör dock inte tillmätas rättslig relevans. Liksom vid bedömningen av om det föreligger hävningsrätt vid kontraktsbrott i allmänhet, måste andra vägande skäl än avtalets ogynnsamhet kunna anföras.

Hittills i avsnittet har jag utgått från den solventa partens perspektiv och intressen. Vid konkurs måste detta givetvis vägas mot konkursboets, dvs övriga borgenärers, intressen. Enligt 1:1 KL innebär en konkurs att gäldenärens samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis tar i anspråk gäldenärens samlade tillgångar för betalning av sina fordringar. Och enligt 7:8 1 st KL åligger det konkursförvaltaren att i första hand "ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet." I linje med framför allt snabbhetsrekvisitet föreskrivs i 8:1 KL bl a, att boets egendom ska säljas så snart det lämpligen kan ske. Här ges förvaltaren mandat t ex att omedelbart lägga ned en rörelse som gäldenären bedrivit och så snabbt det kan ske sälja ut tillgångarna. För att möjliggöra detta finns bl a de sakrättsliga reglerna, vilka som sagt ger förvaltaren rätt att vägra fullgöra anspråk som inte åtnjuter sakrättsligt skydd.

Å andra sidan medger 8:2 KL förvaltaren rätt att fortsätta gäldenärens rörelse under följande premisser:

> Har gäldenären drivit en rörelse, får förvaltaren, om det lagligen kan ske, fortsätta rörelsen för konkursboets räkning i den mån det är ändamålsenligt. Detsamma gäller om förvaltaren sedan rörelsen har lagts ned vill återuppta denna. Rörelsen får dock fortsättas längre tid än ett år från edgångssammanträdet endast om det finns särskilda skäl för det.

Ett beslut om vidaredrift är tydligen "ändamålsenligt" om det, efter en avvägning mot intresset av snabb avveckling,[3] är en åtgärd som främjar en förmånlig avveckling, 7:8 1 st KL. Och förmånlig är den avveckling som ger borgenärerna så mycket betalt som möjligt, 1:1 KL. Från och med 1988 kan det emellertid även vara ändamålsenligt i konkurslagens

[3] Från de identiska reglerna för återupptagande av nedlagd rörelse bortses här och i det följande.

mening, att fortsätta rörelsen för att beakta det långsiktiga sysselsättningsintresset, se 7:8 2 st KL. Detta får dock bara ske så länge borgenärernas betalningsrätt inte nämnvärt förringas. Denna nya regel behandlas närmare inledningsvis i kap VIII nedan. Jag återkommer redan i nästa avsnitt till frågan, om betydelsen av reglerna om fortsättande av rörelse under konkurs. Här ska bara konstateras, att det idag finns ett betydande legalt utrymme för ett val av fortsatt drift i stället för omedelbar nedläggning. För att bevara värdet av en igångvarande rörelse finns det också ett avsevärt praktiskt intresse härav. I åtskilliga sammanhang betonas numera vikten av att gäldenärens verksamhet kan hållas samman i avvaktan på en samlad försäljning.[4] Detta alternativ ger normalt det bästa ekonomiska utbytet för borgenärerna. Därtill ska läggas, vilket som framgått idag har stöd i lagen, de anställdas och samhällets intresse av en tryggad sysselsättning, i första hand på den ort där företaget finns. Även leverantörers intresse av att få fortsatt avsättning för sina produkter förtjänar att nämnas.

Även om jag här inte kan presentera någon statistik, som anger i vilken utsträckning och för vilken tid konkursdrabbade företag drivs vidare, torde man ändå kunna säga att det är mycket vanligt. I praktiken tjänar konkursen många gånger som ett instrument – de lege lata måhända det bästa instrumentet – för rekonstruktion av insolventa verksamheter. Särskilt Lindskog har på senare tid pläderat för att detta bör ske i än högre grad än för närvarande. Han menar således att om man kan förutsäga, "att rörelsen kan drivas vidare med en långsiktig avkastning som kapitaliserad är större än värdet av i rörelsen ingående enskildheter vid en tänkt konkursrealisation, har rörelsen ett existensberättigande och bör därför alternativet hel rörelseförsäljning väljas."[5] Frågan sägs dock i

[4] Se t ex SOU 1977:29 (Konkursförvaltning) s 155 där konkurslagskommittén skriver: "Även när ett företag har gått i konkurs kan det finnas möjligheter att fortsätta verksamheten genom någon form av rekonstruktion. Företaget kan ha livskraft på längre sikt men ha fått tillfälliga svårigheter som kanske kan bemästras med olika åtgärder. Det kanske kan säljas helt eller delvis eller slås samman med annat företag. Inte sällan har försök att rekonstruera ett vacklande företag inletts men inte hunnit slutföras när konkurs beslutas. Från samhällets synpunkt är fortsatt drift ofta den bästa lösningen. En förutsättning för rekonstruktion kan dock vara att det allmänna – i första hand staten – vidtar särskilda åtgärder. Det kan vara fråga om eftergift av lån och andra fordringar eller om stödåtgärder i form av lokaliseringsstöd eller industrigarantilån. För att man skall få tid till att utreda rekonstruktionsmöjligheter m m kan tillfälliga arbetsmarknadspolitiska insatser, såsom extra industribeställningar eller bidrag till fortsatt drift, behöva göras. En rekonstruktion som ter sig motiverad med tanke på samhällsintressena torde i allmänhet även från borgenärssynpunkt vara att föredra framför en ren avveckling av företaget."

[5] Lindskog i Från advokatens verkstad s 311.

praktiken ofta vara mycket komplex, varför det inte förvånar att många konkursförvaltare mer eller mindre slentrianmässigt 'stänger butiken':[6]

> "M h t förvaltningens historiska uppgift, att mer eller mindre auktionera bort gäldenärens tillhörigheter sak för sak, har sådana beslut sällan vållat någon kritik. Den förvaltare som vågat sig in i en fortsatt rörelsedrift men misslyckats i den meningen att man med facit i handen kan konstatera att det hade varit mer förmånligt att upphöra med rörelsen blir dock lätt föremål för mindre smickrande omdömen. Detta är enligt min mening något som måste ändras på genom att medvetenheten om rörelsens mervärde och möjligheterna till rekonstruktion genom konkurs ökas. En sådan medvetenhet bör också öka riskbenägenheten med avseende på fortsatt rörelsedrift, vilket är önskvärt."

Nu bör framhållas, att intresset av fortsatt drift under konkurs inte nödvändigtvis behöver sammanfalla med boets intresse av att kunna fullfölja gäldenärens avtal. Särskilt vid avtal, som snabbt kan avvecklas s a s av sig självt, genom ömsesidig fullgörelse av enstaka prestationer, har konkursboet ett intresse av att få del av motprestationen i ett gynnsamt avtal även då rörelsen omgående läggs ned. Onekligen är dock boets intresse av att få fullfölja bestående avtal allmänt sett betydligt starkare vid vidaredrift. Detta gäller *både* då rörelsen drivs vidare endast den tid som behövs för att färdigställa produkter under tillverkning eller sälja ut produkter som ligger i lager (passiv drift) *och* då rörelsen drivs vidare i full skala i avvaktan på en samlad försäljning (aktiv drift).[7]

Mot bakgrund av det sagda kan man utan överdrift påstå, att konkursboet, men även de anställda och samhället, har ett starkt och berättigat intresse av att boet vid behov får fullfölja gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal under en kortare eller längre tid. Detta intresse kan uppenbarligen komma i konflikt med den solventa avtalspartens intresse av att genom omedelbar hävning, krav på säkerhet m fl liknande åtgärder skydda sig mot de risker eller förändringar i avtalsförhållandet som konkursen kan föranleda. En noggrann avvägning mellan dessa ofta motstående intressen måste då ske. Vad denna intresseavvägning typiskt sett bör resultera i anges i avsnitt 7 nedan. Resultatet bör även uttrycka det övergripande ändamålet med reglerna om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs.

Till sist ska sägas något om *konkursgäldenärens* intresse. I vissa regler om konkursens inverkan på gäldenärens avtal skyddas denne av sociala skäl, se t ex 12:31 1 st JB. Beneficieliknande synpunkter har här ansetts motivera ett särskilt uppsägningsskydd mot konkursboet. I andra fall kan gäldenären vara i behov av motsvarande skydd mot hävnings- eller upp-

[6] A a s 312. Jfr i nyare litteratur även Konkurs & Ackord s 110 ff, Arnesdotter s 140–147, Welamson, Konkurs (1987) s 111 och 116 f och Heuman (1987) s 195 ff, särskilt 197–199. Se också SOU 1977:29 s 155 och 177 f och prop 1978/79:105 s 124 ff, 164 och 288 ff.

[7] Jfr Konkurs & Ackord s 110.

sägningsåtgärder från motpartens sida. Enligt min mening är emellertid frågan om gäldenärens eget intresse av att kunna bevara sina avtal inte ett generellt intresse som behöver beaktas genom uppställande av särskilda regler om detta. Beneficieregler, allmänna civilrättsliga och exekutionsrättsliga regler om att viss egendom inte är överlåtbar och därmed utan vidare exekutionsskyddad samt regler om sakrättslig verkan av avtalade överlåtelseförbud och ändamålsbestämmelser, bör vara fullt tillräckliga för att tillgodose gäldenärens sociala eller personliga behov. Observera att det här endast blir fråga om enskilda firmors och fysiska personers konkurser, varför grunden för generella överväganden redan på grund härav blir liten.

För andra konkursgäldenärer än juridiska personer finns det slutligen ett intresse av att inte konkursboets och den solventa avtalspartens befattning med deras avtal leder till ett ökat skuldansvar efter konkursens avslutande. Huruvida detta intresse motiverar särskilda regler, t ex genom att en uppsägningsrätt för konkursboet ges verkan såväl på massa- som på konkursfordransplanet, är dock tveksamt. Observeras bör att massafordringar till skillnad från konkursfordringar inte kan avkrävas gäldenären efter konkursens slut.[8]

2 Intresseavvägningar i äldre lagregler och lagmotiv

Av de båda huvudintressena – den solventa partens intresse av skydd och konkursboets intresse av ett fortsatt avtalsförhållande – så torde man kunna säga att flertalet av gällande *lag*regler i första hand är inriktade på att tillgodose det förstnämnda. Redan reglernas placering i obligationsrättsliga lagar för enskilda avtalstyper antyder, att frågan om en parts insolvens och konkurs i första hand betraktats utifrån den solventa partens skyddsperspektiv. Med Hellner kan även framhållas, att reglernas anknytning till konkursrättens regler om avvecklingen av gäldenärens rörelse under konkurs är bristfällig.[9] Över huvud taget får sägas att lagstiftaren vid olika tidpunkter och sammanhang sällan företagit en intresseavvägning, där andra intressen än de ursprungliga parternas be-

[8] Se t ex Welamson, Konkurs s 55.

[9] Se Hellner, Verkan av insolvens s 260 f, jfr densamme II s 251.

aktats annat än i förbigående. Även de förhållandevis nyanserade och väl avvägda reglerna i 39–41 §§ KöpL utgår från att en parts – köparens – insolvens och konkurs utgör ett slags anteciperat kontraktsbrott, mot vilket den andra parten är i behov av särskilt skydd. Konkursboets intresse har här visserligen beaktats, men resultatet har ändå blivit relativt ogynnsamma regler för den konkursförvaltare som önskar fullfölja gäldenärens köpavtal.

När frågan i ett oreglerat fall, eller i ett fall som inte omedelbart faller under en befintlig lagregels allmänspråkliga betydelseområde, uppkommer, i vilken utsträckning konkursborgenärernas intresse av gynnsamma regler för fullföljandet av gäldenärens avtal ska och kan beaktas, bör enligt min mening uppmärksammas den förändring av konkursinstitutets inriktning och karaktär som successivt skett under framför allt de senaste decennierna. Som nämndes i förra avsnittet, står reglerna om ömsesidigt förpliktande avtals behandling vid konkurs i nära samband med konkurslagens regler om utrymmet för konkursboets fortsatta drift av gäldenärens rörelse. Jag ska strax lämna en kort redogörelse för hur dessa regler utvecklats under de senaste hundra åren.

Innan detta sker bör framhållas, att många av de gällande svenska lagreglerna om konkursens inverkan på gäldenärens avtal är av gammalt datum. 39–41 §§ KöpL, 47 § KommL, 26 och 28 §§ FAL tillskapades vid seklets början. 4:26 JB trädde visserligen i kraft 1972 men bygger på överväganden redovisade i ett betänkande avgivet 1947. 2:27 HBL har förnyats 1980 men är sakligt identisk med den ursprungliga regeln från 1895. Reglerna om jordägarens och hyresvärdens konkurs i 8:16 resp 12:30 JB har utan några redovisade sakliga överväganden överförts till nya JB från 1907 års nyttjanderättslag i ursprunglig lydelse. Bestämmelserna om arrendatorers och hyresgästers konkurser reviderades däremot förhållandevis radikalt kring 1970. Särskilt reglerna för jordbruksarrendatorns och lokalhyresgästens konkurs, se 9:30 och 12:31 3 st JB, blev då föremål för ingående överväganden. Dessa regler får också sägas vara de mest "konkursbovänliga" av de angivna lagreglerna.

I 1862 års KL, vilken tillämpades fram till 1921, fanns inte någon fristående bestämmelse om fortsatt drift av rörelse.[10] Fortsatt drift nämndes endast indirekt som ett fall, där lös egendom i boet kunde säljas före inställelsedagen i konkursen. Uppenbarligen avsågs i första hand fallet då försäljningen i en detaljhandel fortsätts under vanliga former även sedan konkurs beslutats. För att detta skulle få ske krävdes att förvaltar-

[10] Se till det följande Westring s 96, 1911 års KL-förslag s 22 f (63 §) och 298 ff, 1919 års KL-förslag s 22 f (60 §) och 213 ff, NJA II 1921 s 495 f, Welamson, Konkursrätt s 416 ff, SOU 1977:29 s 155 och 177 f, prop 1978/79:105 s 124 ff, 164 och 288 f samt prop 1986/87:90 s 283 f. Jfr även Welamson, Konkurs, 7 uppl s 121 och 126 f, 8 uppl s 111 och 116 f, Konkurs & Ackord s 110 ff, Heuman s 195 ff och Lindskog a a i allmänhet.

na, efter samråd med rättens ombudsman och hörande av gäldenären, ansåg det *nödvändigt till förekommande av synnerlig förlust för borgenärerna*. Hur länge rörelsen kunde fortsättas i denna begränsade mening angavs inte. I 1911 års förslag till ny konkurslag föreskrevs på liknande sätt, att konkursförvaltaren efter gäldenärens hörande hade rätt att låta rörelsen fortsättas för boets räkning, i den mån det var nödvändigt till förekommande av synnerlig förlust. Om förvaltaren ansåg att rörelsen borde fortsättas efter första borgenärssammanträdet, var han skyldig att så snart det kunde ske begära yttrande i ärendet av en god man. Ifall förvaltaren och gode mannen inte kunde enas, skulle borgenärerna kallas till sammanträde för att besluta i ärendet. Detsamma skulle ske om visserligen gode mannens samtycke givits och rörelsen fortsatt, men någon av borgenärerna eller gäldenären gjort framställning hos förvaltaren om nedläggning. Slutligen föreskrevs i förslaget, att rörelsen inte mot någon borgenärs eller mot gäldenärens vid sammanträdet gjorda bestridande fick fortsättas längre tid än ett år från första borgenärssammanträdet. Den klara huvudregeln var alltså, att boets egendom efter första borgenärssammanträdet skulle säljas så snart det kunde ske.

I 1919 års förslag ändrades bestämmelsen en del. Framför allt ansågs rekvisitet "till förekommande av synnerlig förlust" i 1862 års KL och 1911 års förslag vara ett alltför strängt krav. Även i 1919 års förslag, som med undantag för vissa detaljföreskrifter kom att införas som 60 § i 1921 års KL, var dock villkoren fortfarande stränga. Under åren 1922–1979 gällde sålunda följande regel (min kurs).

> Har gäldenären idkat rörelse, äge förvaltaren efter gäldenärens hörande låta den rörelse, där sådant enligt lag kan ske, fortsättas för konkursboets räkning i den mån det är *nödvändigt för en ändamålsenlig utredning av boet*; inhämte dock rättens ombudsmans samtycke till rörelsens fortsättande. Samma lag vare, där förvaltaren sedan rörelsen nedlagts vill ånyo öppna densamma. Vägrar ombudsmannen sitt samtycke eller yrkar någon borgenär eller gäldenären, att rörelse, som med ombudsmannens samtycke fortgår, skall nedläggas, skola borgenärerna kallas till sammanträde för att besluta i ärendet. Ej må rörelsen fortsättas längre tid än ett år från första borgenärssammanträdet, där ej borgenärer, vilkas fordringar uppgå till minst fyra femtedelar av de i ärendets prövning deltagande borgenärernas fordringar, därom äro ense samt dessa borgenärer därjämte utgöra minst en fjärdedel av de röstande.

Viss remisskritik hade framförts mot motsvarande ettårsregel i 1911 års förslag: det var olämpligt att en borgenär eller gäldenären skulle kunna förhindra att rörelsen i större konkurser fortsattes längre än ett år. I 1919 års motiv angavs dock att gäldenären intresse av att så snabbt som möjligt komma ur konkurstillståndet krävde, att en utväg tillskapades för att förhindra att konkursen drog ut på tiden oskäligt länge. Gäldenären kunde enligt 183 § 3 st i 1921 års KL även överklaga borgenärernas beslut om fortsättande av rörelsen längre än ett år, om han ansåg att kon-

kursutredningen därigenom förlängdes på ett oskäligt sätt. Rättens beslut att bifalla hans talan kunde i sin tur inte överklagas.

Vid revisionen av reglerna om konkursförvaltning och tillsyn mot slutet av 1970-talet ändrades även reglerna om förutsättningarna för vidaredrift. Dessa regler återfinns numera i 8:2 i 1987 års KL, se citat härav i förra avsnittet. Fortsättande av rörelsen kan alltså fr o m 1980 ske efter exklusivt beslut av förvaltaren, då denne finner det *ändamålsenligt*. För fortsättning längre tid än ett år från första borgenärssammanträdet krävs nu "endast" särskilda skäl. I motiven sas den tidigare regleringen ha varit onödigt snäv. I övrigt angavs som grund för ändringen främst de anställdas intresse samt arbetsmarknads- och regionalpolitiska hänsyn, trots att regeln om konkursens grundläggande syfte kvarstod oförändrad.[11] Den nya regeln sas också stå i samklang med de utökade möjligheterna till stöd och bidrag från det allmänna till nedläggningshotade företag. Avskaffandet av kraven på samtycke från rättens ombudsman och borgenärerna var främst en konsekvens av den generella nyordningen av förvaltningen och tillsynen. Enligt en ny allmän regel i 51a § skulle förvaltaren i viktiga frågor höra särskilt berörda borgenärer och även gäldenären, om det inte fanns hinder däremot resp om det lämpligen kunde ske. Depchefen framhöll att frågan om fortsättande av gäldenärens rörelse i regel får anses vara en sådan viktig fråga.[12] Den tidigare ettårsregeln skulle vidare, med hänvisning till 1911 och 1919 års motiv, ses "mot bakgrund av att varken borgenärerna eller gäldenären bör behöva finna sig i att konkursförfarandet blir alltför långdraget."[13] Utredningen erinrade om att statsbidrag till företag i konkurs normalt utgick under högst sex månader men i undantagsfall upp till ett år. Ett särskilt skäl kunde enligt utredningen och depchefen vara, att det "yppats möjligheter till en fördelaktig överlåtelse av rörelsen i dess helhet."

1988 har som sagt förvaltarens hänsynstagande till det långsiktiga sysselsättningsintresset i viss utsträckning legaliserats i 7:8 2 st nya KL. Härtill framhöll lagrådet bl a:[14]

> "Ett sätt att tillgodose ändamålen i /7:8 2 st/ kan vara att konkursförvaltningen någon tid fortsätter gäldenärens rörelse enligt /8:2/. Lagrådet vill i den delen framföra synpunkten att utsikterna att få en rörelse såld till en bra köpare som är villig att fortsätta driften till gagn för den arbetsmarknadsmässiga situationen i en bygd torde vara större om det är en i gång varande rörelse än om det är fråga om ett i princip nedlagt företag."

11 Se SOU 1977:29 s 177 f och prop 1978/79:105 s 288 f med korshänv.
12 A prop s 288.
13 A bet s 178 och a prop s 289.
14 Prop 1986/87:90 s 282.

En nyhet i 1987 års KL är att förvaltaren i viktiga frågor numera även ska höra tillsynsmyndigheten, om det inte föreligger hinder däremot, 7:10 KL.[15] I motiven till 8:2 KL sägs – förutom att förvaltarens beslut att fortsätta gäldenärens rörelse "regelmässigt" torde vara en sådan viktig fråga som medför skyldighet att höra berörda borgenärer och gäldenären – att tillsynsmyndigheten "normalt sett alltid" ska höras om förvaltaren överväger att fortsätta rörelsen. Och även om det "alltjämt är förvaltaren som ensam beslutar om fortsatt drift bör naturligtvis tillsynsmyndighetens uppfattning i saken tillmätas stor betydelse. Har denna myndighet avstyrkt måste förvaltaren uppenbarligen ha starka skäl för sin ståndpunkt om han beslutar att fortsätta driften."[16] Sistrefererade påstående går enligt min mening alltför långt.

Den nu skisserade utvecklingen är entydig: de legala möjligheterna för förvaltaren att självständigt besluta om fortsättande av gäldenärens rörelse har successivt utvidgats avsevärt. Särskilt före 1922 var utrymmet mycket begränsat, men ända fram till 1979 uttryckte konkurslagen en anmärkningsvärt restriktiv inställning till frågan om vidaredrift. Det kan härtill observeras, att inte något av de centrala stadgandena om konkursens inverkan på gäldenärens avtal tillskapats efter den väsentliga ändring av konkurslagen som trädde i kraft 1980. Ett undantag kan visserligen 2:27 HBL sägas utgöra, eftersom nya HBL trädde i kraft den första juli 1981, men regeln är i detta sammanhang perifer och kvarstår som sagt oförändrad från 1895.

Ändringarna av konkurslagens regler för vidaredrift är givetvis bara en återspegling av de stora sociala och samhälleliga förändringar som skett sedan sekelskiftet och även av förändringar i företagandets struktur och former. Vid läsning av äldre motiv och doktrin får man t ex ofta intrycket av, att 1862 men även 1921 års konkursregler i första hand var tillskurna för fysiska personers och enskilda firmors konkurser. Även i äldre resonemang, om reglerna om konkursens inverkan på gäldenärens avtal, talas många gånger om "gäldenären" på ett sätt som gör att man kan ifrågasätta om förekomsten av aktiebolag och andra associationer och juridiska personer för vilka delägarna inte är personligt ansvariga alls beaktats. Idag föreligger i varje fall ingen tvekan om att aktiebolaget är den klart dominerande företagsformen,[17] vilket även återspeglas i konkursstatistiken.[18]

[15] Se till det följande a prop s 112 f, 264 och 283 f.

[16] A prop s 284.

[17] Se t ex Nial, Associationsrätt s 27.

[18] Enligt Rättsstatistisk årsbok 1987 (s 186 och 189) försattes 1986 6 200 företag och 1 161 privatpersoner i konkurs. Av företagen var 3 431 aktiebolag, 842 handelsbolag och 1 927 enskilda firmor.

Av framställningen i föregående avsnitt har redan framgått, att sysselsättnings- och regionalpolitiska intressen idag kan beaktas vid konkursboavvecklingen på ett sätt som tidigare inte var aktuellt. Man torde även generellt våga påstå, att intresset och behovet av att hålla ihop och rekonstruera livskraftiga företag genom konkurs idag är betydligt starkare idag än för säg femtio år sedan. I sammanhanget bör även nämnas reglerna om statlig lönegaranti vid konkurs, som infördes 1971 och som successivt förstärkts. Lönegarantin gäller endast vid konkurs och säkrar de anställdas lönekrav för upp till sex månaders uppsägningstid under arbetsgivarens konkurs. Konkursförvaltaren kan således i vissa fall driva rörelsen vidare i ett halvår utan några egentliga lönekostnader. Till detta kan läggas, att ett konkursbo enligt rättsfallet RÅ 1955 ref 21 inte är skattskyldigt för inkomstskatt. Detta gäller även då boet fortsätter gäldenärens rörelse i full skala.[19] Dessa båda förhållanden stärker givetvis boets ekonomiska ställning avsevärt och ökar säkerligen benägenheten till fortsatt drift.

Allt vad som nu sagts betyder enligt min mening, att den intresseavvägning, som lagstiftaren får förutsättas ha gjort vid tillkomsten av de skilda bestämmelserna om konkursens inverkan på gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal, inte utan vidare bör vara vägledande när oreglerade eller ovissa fall ska bedömas. En lagregel som formulerats med utgångspunkt från intressen som gjorde sig gällande i en väsentligt annorlunda samhällelig och rättslig miljö än dagens, bör därmed inte heller okritiskt få tjäna som analogikälla för uppkommande oreglerade fall. Även lagstiftarens i motiven uttryckta ändamålsangivelser måste ses i ljuset av den miljö där de tillkom. Enligt min mening kan de rättspolitiska värderingar som kommer till uttryck främst i 1987 års konkurslag mycket väl leda till en annan ändamålsavvägning i anslutning till ett sekelskiftes- eller 20-talsstadgande än vad som följer av en "lusläsning" av lagmotiven. Däremot bör man inte göra våld på själva lagtexten såsom den framträder vid noggrann normalspråklig läsning. Hur mycket än kringliggande lagar och rättspolitiska värderingar ändrats, går det således inte att komma ifrån att en klar lag är som den är så länge lagstiftaren inte ingripit eller obsolescens föreligger, vilket dock inte är aktuellt här.[20]

Som framhölls i det förra avsnittet, har konkursboet vid avtal som snabbt kan avvecklas s a s av sig självt, genom ömsesidig fullgörelse av enstaka prestationer ("momentana" avtal),[21] ett beaktansvärt intresse av

[19] Se ingående Svensson i Svensk skattetidning 1984 s 429–433.

[20] Jfr Ekelöf senast i Rättegång I s 56 ff. Ang s k ändamålsförskjutning, se Grönfors i SvJT 1960 s 12 ff, jfr Strömholm s 436 f.

[21] Jfr Hellner, Verkan av insolvens s 261 sista stycket och densamme II s 257.

att få del av motprestationen i ett gynnsamt avtal även då rörelsen omgående läggs ned. Typexemplet är ett enkelt köp utan successiv eller kontinuerlig leveransskyldighet. Att reglerna om fortsatt drift skilde sig avsevärt från dagens då lagreglerna för köp tillskapades, bör därför vara av mindre betydelse och köplagens och köplagstiftarens överväganden därmed i lägre grad inaktuella. Vid varaktiga avtal och avtal om upprepade prestationer,[22] bör åsikterna i föregående stycke vara mera relevanta.

Gäller det förhållandevis nya lagregler, såsom 9:30 och 12:31 JB, vilka endast har drygt tjugo år på nacken, blir det självklart åter svårare att gå ifrån den uttryckliga eller tysta intresseavvägning som reglerna bygger eller får antas bygga på. Även om exempelvis konkurslagens regler om fortsatt drift 1970 var desamma som 1922, måste här antas att lagstiftaren utgått ifrån de samhälleliga förhållanden och rättsliga värderingar som rådde vid lagstiftningstillfället, oavsett om dessa låg i linje med vidaredriftsregeln i konkurslagen eller inte. Den (åtminstone formellt) väsentliga ändringen av vidaredriftsregeln 1979, talar måhända också för att den gamla regeln härom var i det närmaste obsolet redan 1970. Beträffande äldre lagstadganden för varaktiga avtal, såsom 47 § KommL, 26 och 28 §§ FAL samt i realiteten även 8:16 och 12:30 JB, är en kritisk hållning till lagstiftarens intresse- och ändamålsöverväganden åter på sin plats.

Sammanfattningsvis hävdar jag sålunda, att konkursborgenärernas, de anställdas och samhällets intresse av gynnsamma regler när boet önskar fullfölja gäldenärens avtal i hög grad både kan och bör beaktas vid bedömningen av oreglerade och oklara fall, även då detta inte har något egentligt stöd i de äldre analogikällorna eller i dessas motiv.

3 Grundmodell för konkursens inverkan på gäldenärens avtal

Från teoretisk utgångspunkt kan man tänka sig många olika modeller eller mekanismer för ett ömsesidigt avtals övergång (eller icke-övergång) till endera avtalspartens konkursbo. Modellerna kan vara uppbyggda av i huvudsak fyra typer av variabler, *för det första* en som besvarar frågan om det avtalade prestationsutbytet temporärt eller definitivt ska inhiberas,

[22] Jfr ang begreppen Bengtsson, Hävningsrätt s 3 f.

för det andra, om prestationerna inte definitivt inhiberas, en variabel som avgör statusen i konkursen på dels motpartens anspråk på fullgörelse, dels den insolventa sidans anspråk på fullgörelse, *för det tredje* en variabel som avgör om skadestånd kan krävas vid definitiv inhibition, *för det fjärde* en variabel som bestämmer vilken status skadeståndsfordringen har i konkursen. Här följer några exempel på modeller som nästan alla finns representerade i det svenska och utländska material som behandlas i kap III–IX.

A. Modeller tillämpliga på alla typer av avtal

1. Avtalet upplöses omedelbart vid konkursutbrottet. Motparten får en konkursfordran på skadestånd.
2. Båda sidorna får hävningsrätt på grund av konkursen. Skadestånd som i 1.
3. Konkursboet får (regelrätt) hävningsrätt på grund av konkursen. Skadestånd som i 1.
4. Motparten får ovillkorlig hävningsrätt på grund av konkursen. Skadestånd som i 1.
5. Motparten får innehålla sin prestation och/eller häva avtalet, om inte konkursboet inträder och ställer säkerhet. Skadestånd som i 1.
6. Motparten får innehålla sin prestation och/eller häva avtalet, om inte konkursboet ställer säkerhet. Skadestånd som i 1.
7. Motparten får innehålla sin prestation och/eller häva avtalet, om inte konkursboet inträder. Skadestånd som i 1.
8. Avtalet löper vidare utan att omedelbart upplösas eller kunna hävas. Motpartens anspråk på fullgörelse blir utan vidare ett massaanspråk.
9. Avtalet löper vidare utan att omedelbart upplösas eller kunna hävas. Motpartens anspråk på fullgörelse blir aldrig ett massaanspråk. (Motparten får visserligen häva och kräva skadestånd vid kontraktsbrott enligt vanliga regler, men skadeståndsfordringen är bara en konkursfordran.)

B. Modeller tillämpliga endast på varaktiga avtal

10. Avtalet upphör att gälla en viss tid efter konkursutbrottet. Motpartens anspråk på fullgörelse för denna tid är ett massaanspråk.

11. Avtalet upphör att gälla en viss tid efter konkursutbrottet. Motpartens anspråk på fullgörelse för denna tid är *inte* ett massaanspråk. (Se dock parentesen i 9.)
12. Avtalet löper vidare utan att upplösas, upphöra eller kunna hävas. Motpartens anspråk på fullgörelse blir inte utan vidare ett massaanspråk, men ett massaanspråk uppkommer om inte konkursboet säger upp avtalet inom viss tid i enlighet med 14 eller 16.
13. Avtalet kan av båda sidor sägas upp till upphörande efter uppsägningstid. Motpartens anspråk på fullgörelse under uppsägningstiden är ett massaanspråk.
14. Avtalet kan av båda sidor sägas upp till upphörande efter uppsägningstid. Motpartens anspråk på fullgörelse under uppsägningstiden är *inte* ett massaanspråk. (Se dock parentesen i 9.)
15. Endast konkursboet kan säga upp avtalet till upphörande efter uppsägningstid. Motpartens anspråk på fullgörelse under uppsägningstiden är ett massaanspråk.
16. Endast konkursboet kan säga upp avtalet till upphörande efter uppsägningstid. Motpartens anspråk på fullgörelse under uppsägningstiden är *inte* ett massaanspråk. (Se dock parentesen i 9.)

De angivna modellerna tar framför allt sikte på frågorna om prestationsutbytet ska eller kan inhiberas och vilken status motpartens anspråk på fullgörelse (eller motsvarande skadestånd) har i konkursen. Ytterligare distinktioner skulle kunna göras (och görs även i praktiken), t ex mellan de fall där motpartens konkursfordran på fullgörelse eller skadestånd är förenad med särskild förmånsrätt, allmän förmånsrätt eller är en oprioriterad fordran. Vidare kan även den insolventa sidans ("boets") anspråk och fordringar som nämnts ha olika status. Denna distinktion kan vara av betydelse särskilt i avräknings- och kvittningssituationer. Boets anspråk i ett fortsatt avtalsförhållande kan antingen vara boets eget anspråk eller konkursgäldenärens, vilket senare anspråk boet – i enlighet med sin allmänna roll som förvaltare av gäldenärens förmögenhet – endast utövar för gäldenärens räkning.[23]

Utan att alltför mycket föregripa undersökningen i kap III–IX kan man nu fråga sig, vilken modell som är den grundläggande i svensk rätt. Uppenbart är då till en början, att modell 1 inte kan utgöra den allmänna utgångspunkten på området. Det ligger typiskt sett varken i motparternas eller konkursboets intresse att alla gäldenärens ömsesidigt ofullgjorda avtal utan vidare upphör. En annan sak är att prestationerna

[23] Från anspråk som endast *gäldenären själv* får göra gällande under konkursen bortses här.

enligt en särskild typ av avtal kan vara av en sådan karaktär, att en automatisk upplösning av avtalsförhållandet kan vara berättigad.

För en svensk betraktare är det vidare självskrivet, att konkursboet inte erhåller en regelrätt rätt att häva gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal. En sådan rätt skulle innebära, att boet på ett återvinningsliknande sätt alltid kunde kräva att erlagda prestationer ska återgå. Särskilt då konkursgäldenären före konkursen fullgjort en värdemässigt större del av sin prestation än vad motparten gjort av sin, skulle boet välja att utnyttja en sådan rätt. En hävningsrätt för boet skulle säkerligen anses strida mot den grundläggande principerna i svensk kontraktsrätt.

Avtalet upplöses alltså inte utan vidare på grund av konkursen och konkursboet har inte hävningsrätt i egentlig mening.[24] Utgångspunkten blir då att avtalsförhållandet består, om inte motparten har rätt att få det att upphöra eller, vid varaktiga avtal, boet genom uppsägning kan få avtalet att upphöra med verkan för framtiden. Nästa fråga blir då, vilken status motpartens anspråk på fullgörelse har när avtalet i enlighet med den angivna grundprincipen löper vidare i konkursen? Först och främst gäller det att avgöra om motpartens anspråk på avtalsenlig fullgörelse utan vidare blir ett massaanspråk eller inte, jfr modell 8 och 9 ovan. I frågans rena form kan svaret endast bli ett: konkursboet kan inte automatiskt åläggas massaansvar för alla gäldenärens avtalsförpliktelser. Konkursen grundas ytterst på att gäldenären inte kunnat fullgöra sina förpliktelser allt eftersom de förfaller. Om boet skulle tvingas att fullgöra förpliktelser i samma utsträckning som gäldenären, skulle syftet med konkursen förfelas och boet självt mycket snart bli lika insolvent som gäldenären och därmed tvingas i konkurs.

Det nu sagda är dock riktigt träffande endast om man diskuterar valet mellan de två enkla och rakt motstående huvudalternativ som anges i 8 och 9 ovan. Genom modifieringar och nyanseringar av alternativen kan de fås att närma sig varandra avsevärt. De reella skillnaderna behöver då inte bli särskilt stora. Vid i princip alla typer av avtal kan modell 9 (icke automatiskt massaansvar-alternativet) ge utrymme för kompletterande regler, om konkursboets ådragande av massaansvar genom konkludent handlande. Vid varaktiga avtal kan även boets underlåtenhet att utnyttja en föreliggande uppsägningsrätt leda till att motparten får ett massaanspråk, se modell 12 ovan. På motsvarande sätt förhåller det sig vid varaktiga avtal enligt den "automatiska massaansvars-modellen" (modell 8). Om grundregeln här förenas med en uppsägningsrätt för boet, kan boet smidigt begränsa sitt massaansvar till en viss tid. En väsentlig skillnad är ändock att boet med sistnämnda modell åläggs att självt företa en positiv

[24] Jfr HD:s skäl i NJA 1966 s 241 och NJA 1979 s 253 samt Hellner II s 258.

åtgärd – att uppsäga avtalet – för att undvika fortsatt bundenhet av gäldenärens avtalsförpliktelser.

Som vi ska ses i kap III–IX finns det i svensk rätt inget säkert generellt svar på frågan, vilken av de just angivna modellerna som är den förhärskande. Man torde ändå våga påstå, att modell 8 ovan (konkursboet blir automatiskt massaansvarigt) *inte* är grundmodellen i svensk rätt, då det inte finns något material som stöder förekomsten av en sådan modell. I stället gäller som utgångspunkt, såväl för "momentana" som för varaktiga avtal, att *avtalet består utan att motparten utan vidare får ett massaanspråk* på fullgörelse. En annan och senare fråga blir i vad mån boet, genom uttrycklig viljeförklaring eller olika former av realhandlingar, kan genom positiva eller negativa åtgärder ådra sig ansvar eller, m a o, göra så att massaanspråk för motparten uppkommer. Vid varaktiga avtal kan därtill läggas, som nämnts, boets underlåtenhet att utöva en föreliggande uppsägningsrätt.[25] Redan här bör dock sägas, att en allmän regel om att boet blir massaansvarigt enligt ett varaktigt avtal, om det underlåter att säga upp avtalet inom viss tid, idag inte har något positivt stöd i den svenska lagstiftningen. I ännu aktuell rättspraxis finns stöd för principen endast vid anställningsavtal (arbetsgivarens konkurs), men här gör lönegarantireglerna att generaliseringar är vanskliga.

På detta stadium i undersökningen vill jag således inskränka mig till att säga, att ett ömsesidigt förpliktande avtal som allmän utgångspunkt består vid endera partens konkurs, utan att den solventa parten automatiskt får ett massaanspråk på fullgörelse. Vilka vidare konsekvenser detta grundantagande bör få för uppläggningen av den fortsätta framställningen ska nu diskuteras i ljuset av de sakrättsliga reglerna.

4 Utveckling av grundmodellen mot bakgrund av de sakrättsliga reglerna

Grundmodellen antas alltså vara, att ett ömsesidigt avtalsförhållande inte utan vidare upplöses eller anses hävt därför att en av avtalsparterna går i konkurs. Den solventa parten får heller inte automatiskt ett massaanspråk för sitt krav på fullgörelse av det bestående avtalet. Av sakrättsliga regler och konkursinstitutets syfte följer vidare, att konkursboet inte som

[25] Jfr Welamson, Konkursrätt s 444 och Hellner II s 260.

sådant är skyldigt att fullgöra sådana prestationer som inte åtnjuter borgenärsskydd. Boet är t ex i normalfallet inte skyldigt att utge pengar eller varor som inte traderats till den solventa parten före konkursen. Utgångsläget vid konkursutbrottet är därmed, att den solventa partens (fortsatta) anspråk på fullgörelse är en vanligt konkursfordran resp ett oprioriterat naturakrav:[26] han är en konkursborgenär med ett villkorligt fordringsanspråk, med vilket han får delta i konkursen i konkurrens med övriga konkursborgenärer, se 5:1 och 5:10 KL. Nästa fråga blir mot denna bakgrund uppenbarligen, om den solventa parten ska vara ovillkorligen skyldig att (fortsätta) prestera under konkursen.

Enligt de grundsatser som 39–41 §§ KöpL ger uttryck för, är den solventa parten inte skyldig att göra det. Enligt Almén utgår dessa regler ifrån att en allmän princip råder, enligt vilken ett konkursbo har rätt att välja mellan att med massaansvar inträda i (eller "tillträda") en konkursgäldenärs ömsesidigt förpliktande avtal och att avstå därifrån.[27] De i första hand kontraktsrättsligt orienterade reglerna om köparens insolvens och konkurs skulle alltså förutsätta denna, uppenbarligen i konkursborgenärernas intresse motiverade princip. Almén anger vidare att principen om boets valrätt i sin tur är ett uttryck för den likaledes allmängiltiga tesen, att ett *ömsesidigt förpliktande avtal som är ömsesidigt ofullgjort inte behöver fullgöras av den solventa parten, om inte konkursboet är villigt att fullgöra konkursgäldenärens förpliktelser enligt samma avtal.*[28] Denna tes stöder Almén bl a på visst dåtida danskt, norskt, tyskt, schweiziskt och franskt material. Den sägs äga "giltighet inom alla oss bekanta rättssystem".[29] Svensken Nordling hade f ö redan i en artikel 1875, utifrån 39 och 40 §§ KöpL:s äldre motsvarighet 38 § i 1862 års konkurslag men framför allt tydligt influerad av tysk/preussisk rätt, hävdat samma princip.[30]

I modern svensk doktrin antog Welamson 1961, att konkursbeslutet i princip inte utan stöd av lag påverkar "giltigheten av ett till ömsesidiga kontinuerliga prestationer förpliktande avtal."[31] Senare har Welamson dock med hänvisning till Almén menat, att det "förefaller sannolikt, att i princip gäldenärens medkontrahent icke kan tvingas att prestera under konkursen utan anspråk på full ersättning för sin prestation."[32] I 1987 års

[26] Jfr t ex Welamson, Konkurs s 119.

[27] Se härtill Almén, rubriken till §§ 39–41 vid not 3 f med not 4 och § 39 vid not 142 ff med not 142 och 143, jfr även § 40 vid not 3 och § 41 vid not 35.

[28] A a rubriken till §§ 39–41 vid och i not 4.

[29] A a rubriken till §§ 39–41 not 4.

[30] Se Nordlings mycket klara framställning i NT 1875 s 657 ff.

[31] Welamson, Konkursrätt s 444.

[32] Welamson, Konkurs, 7 uppl s 129 not 4. Reglerna för anställningsavtal angavs stå i en särställning.

upplaga av boken Konkurs har Welamson emellertid tagit bort denna passus jämte en del andra kommentarer i anslutande frågor. Nu sägs endast att vad som gäller utanför det lagreglerade området i avsevärd utsträckning är osäkert.[33]

Hellner anser köplagens grundprinciper vara tillämpliga framför allt vid insolvens och konkurs hos en i huvudsak penningpresterande part, men i viss utsträckning även i andra fall.[34] Särskilt vid andra momentana avtal än köp sägs köplagens principer kunna tillämpas analogt. Vid varaktiga avtal, "särskilt sådana där ingendera prestationen kan karakteriseras som vare sig ren naturaprestation eller ren penningprestation", skulle de köprättsliga reglerna däremot inte passa.[35] Här diskuterar Hellner omvänt behovet av en särskild uppsägningsrätt *för boet* (uppenbarligen till undvikande av att massaansvar efter en tid uppkommer) men utgångspunkten synes samtidigt vara, att den solventa parten har uppsägningsrätt, i vart fall då avtalet är av klart ekonomisk karaktär.[36] Den princip som Almén angav vara allmängiltig anammar Hellner såvitt jag förstår endast vid konkurs (och annan insolvens) hos "betalare".

Håstad utgår däremot ifrån, att "i princip ingen är skyldig att fullgöra fortsatta prestationer till ett konkursbo men hålla till godo med en konkursfordran på vederlaget. Detta framgår av reglerna om stoppningsrätt i 39 § KöpL m fl lagrum. Om boet vill kräva att medkontrahenten fullgör någon del av sin prestation, måste boet därför antingen ställa säkerhet, utan att boet blir massaansvarigt vid sidan av den ställda säkerheten, eller åta sig massaansvar."[37] Håstad beskriver uppenbarligen samma grundprincip som Almén och Welamson (före 1987). Det bör här också framhållas, att dagens danska, norska och västtyska regler bygger på samma princip, se närmare successivt i kap III–IX nedan.

Vad de svenska lagreglerna säger i denna fråga kommer också mera exakt att framgå av de följande kapitlena. Det bör ändock framhållas, att den alménska principen idag har stöd i 39–41 §§ KöpL, 8:16, 8:18, 9:30, 12:30 och 12:31 JB. 47 § KommL, 2:27 HBL och 28 § FAL strider i vart fall inte emot den. Detsamma gäller för 4:26 JB. 26 § FAL utgör närmast en modifierad variant av principen. Principen har sålunda inte alltid renodlats utan ibland modifierats genom inslag av andra varianter. Särskilt gäller detta beträffande nyttjarens konkurs vid hyra och arrende. Upplåtaren kan här visserligen säga upp avtalet om inte konkursboet inträder eller ställer säkerhet för sin fullgörelse, men efter uppsägningen

33 Konkurs, 8 uppl s 119.

34 Se Hellner II s 252 ff, särskilt 253 (mitten) och 258.

35 A a s 259.

36 Se a a s 256.

37 Håstad, Sakrätt s 301.

börjar en ibland avsevärd uppsägningstid att löpa, varunder upplåtarens anspråk inte behöver vara säkrade med massaansvar, ställd säkerhet eller förmånsrätt. Formuleras den ovannämnda principen mycket allmänt, ger dock även JB:s system för nyttjarens konkurs obestridligen uttryck för den.

En princip som formuleras så, att den solventa parten inte är skyldig att prestera i konkursen, om konkursboet inte är villigt att fullgöra motprestationen, kan innefatta två saker. *För det första* betyder den alltid att den solventa parten inte är förpliktad att kvarstå som prestationsskyldig mot en dividend på motprestationen. Detta är en självklarhet som följer redan av vanliga civilrättsliga regler om detentionsrätt och hävningsrätt vid kontraktsbrott. Dessa regler gäller givetvis även under en avtalsparts konkurs. *För det andra* kan den angivna principen dessutom innefatta, att den solventa parten med stöd av särskilda konkursanknutna regler har rätt att kräva full motprestation för att själv prestera. Den solventa parten skulle då kunna kräva att boet till säkerhet för avtalsenlig fullgörelse tar på sig massaansvar eller ställer särskild säkerhet. Såvitt jag förstår så inbegriper man normalt även ett sådant moment i den angivna grundprincipen. Alméns och Håstads uttalanden innefattar uppenbarligen detta, medan Welamsons formulering (före 1987) kan ge anledning till tvekan.

I den svenska lagstiftningen finns bägge modellerna företrädda, även om den som omfattar båda de nyssnämnda momenten är i majoritet. Lagberedningen utgick dock 1969 ifrån, att jordägaren vid andra arrendetyper än jordbruksarrenden är skyldig att fortsätta upplåta sin egendom vid arrendatorns konkurs då konkursen inträffar efter tillträdesdagen, utan att kunna avkräva boet vare sig massaansvar eller säkerhet (och trots att särskild förmånsrätt enligt 5 § FRL här sällan kommer ifråga), se 8:18 JB e contrario.[38] Denna ordning står i strid med den princip som dansk, norsk och tysk rätt samt Almén och Håstad hyllar: ordningen berövar den solventa parten hans möjlighet till avtalad ekonomisk kompensation vid boets bristande fullgörelse av motprestationen i ett fortsatt avtalsförhållande.

Anta sålunda att den solventa parten enligt avtalet har rätt att häva och kräva skadestånd då motparten begår kontraktsbrott. Att konkursboet inte behöver prestera under massaansvar eller ställa säkerhet för att få fullfölja avtalet innebär i detta fall, att den solventa parten är skyldig att fullgöra alla sina prestationer enligt avtalet trots att hans skadeståndsrätt vid hävning i realiteten faller bort: skadeståndsfordringen blir ju inte annat än en normalt oprioriterad konkursfordran, vilken i regel inte får någon utdelning. Och om en hävning enligt reglerna för den ak-

[38] Se närmare kap V 2.2.3.3 och 2.3.5.2.

tuella avtalstypen har verkan på redan erlagda prestationer, betyder modellen med boets icke massaansvariga/säkerställda fullföljande av avtalet dessutom, att den med hävningen eljest förenade rätten att påfordra återgång av erlagda prestationer bortfaller på motsvarande sätt: även här får den solventa parten nöja sig med en bevakningsgill konkursfordran. I bägge fallen tvingas alltså den solventa parten till fortsatta prestationer, trots att avtalsvillkoren väsentligt förändrats till hans nackdel, genom att den ekonomiskt avgörande påföljdsmöjligheter vid kontraktsbrott (den reparativa) fallit bort.

Det sagda talar starkt för att utgångspunkten för den fortsatta diskussionen och framställningen bör vara, att en part inte behöver fullgöra någon prestation vid motpartens konkurs, om inte konkursboet inträder i avtalet eller ställer säkerhet för sin fullgörelse. För avvikelser från denna grundläggande tes måste enligt min åsikt kunna anföras tungt vägande skäl. I annat fall bör den avvikande regleringen anses olämplig. I vilken utsträckning svagt motiverade avvikelser gäller i det rådande regelsystemet, får framställningen i kap III–IX utvisa.

5 Konkurs- eller kontraktsrätt?

Slutsatserna av resonemanget i de två föregående avsnitten är, att ett ömsesidigt förpliktande avtal som grundregel inte utan vidare upplöses vid endera partens konkurs. Den solventa partens anspråk på prestation enligt det bestående avtalet blir dock inte automatiskt ett massaanspråk. Detta innebär inte att han skulle vara skyldig att prestera annat än mot anspråk på full motprestation. Som grundprincip bör även gälla, att den solventa parten kan göra fortsatt prestation beroende av att konkursboet åtar sig massaansvar (inträder) eller ställer säkerhet för avtalsenlig prestation.

På grundval av sistnämnda princip anser jag det vara berättigat att tala om *en särskild rätt för konkursboet att fullfölja gäldenärens avtal*. Eftersom ett konkursbo alltid har rätt att utan ekonomisk massapåföljd vägra fullgöra de gäldenärens avtalsförpliktelser, som inte tillförsäkrats sakrättsligt skydd mot boet, kan man säga att den solventa parten i princip alltid har en på de sakrättsliga reglerna välgrundad anledning att utgå ifrån – eller presumera – att motprestationen kommer att utebli. Då den solventa parten inte i förväg och omedelbart vid konkursutbrottet kan veta vilka

dispositioner konkursförvaltaren i borgenärernas intresse tänker vidta, bör han inte i konkursen vara skyldig att (fortsätta) prestera, förrän han fått besked om att konkursförvaltaren inte avser att göra bruk av sina rättigheter enligt de sakrättsliga reglerna utan tvärtom önskar fullfölja det ömsesidiga fordringsförhållandet. Som nämnts kan den solventa parten omvänt även ha berättigade invändningar mot att ett konkursbo fullgör avtalsförpliktelserna i stället för gäldenären, vilken ju normalt inte längre är att räkna med för korrekt fullgörelse. Även om konkursboets succedering i gäldenärens ställe inte utgör ett partsbyte i äganderättslig mening, jfr 1:1 2 p KL, så aktualiseras synpunkter liknande dem som gör sig gällande vid ett regelrätt gäldenärsbyte.[39] Och för gäldenärsbyte (överlåtelse av förpliktelse) gäller som grundregel förbud. I den mån man för konkursfallet vill medge konkursboet en möjlighet att fullgöra gäldenärens förpliktelser, i syfte att i borgenärsflertalets intresse komma åt den kontraherade motprestationen, synes det även mot denna bakgrund berättigat att tala om *en särskild rätt* för konkursboet att få ta över fullgörelsen av avtalet. Sammantaget kan man säga, att den insolventa partens egen kontraktsgrundade rätt att utan vidare kräva ömsesidig fullgörelse av avtalet upphör på grund av den nya rättsliga och faktiska situation som uppkommer då konkurs beslutas. Därför kan man också, mot bakgrund av de ovan utvecklade grundprinciperna, påstå att det måste till en särskild och på sätt och vis "ny" rätt för konkursboet, att kräva att avtalet även fortsättningsvis ska fullgöras på ömse sidor.[40] En annan sak är boets rätt att kräva att avtalet fullföljs givetvis ytterst grundas på gäldenärens ursprungligen tillkommande rätt att kräva att prestationsutbytet genomförs på överenskommet sätt.

Tjänar det då något *konstruktivt syfte* att försöka fastställa om det är fråga om en särskild (eller "ny") rätt för konkursboet eller en rätt som redan tillkom gäldenären?

I de nya danska och norska regelsystemet för ömsesidiga avtals behandling vid konkurs har såtillvida fastslagits att det är fråga om en särskild rätt för boet, som det föreskrivits att boets rättigheter är *tvingande* till boets förmån, däribland inträdesrätten. Avtal som berövar boet inträdesrätt är alltså i princip utan verkan.[41] Till stöd för detta anges i Dan-

[39] Genom att konkursfordringar riktas mot konkursgäldenären och massafordringar endast mot konkursboet som sådant, skulle man med avseende på detta kunna tala om gäldenärsbyte. Jfr ang konkursbokonstruktionen Welamson, Konkursrätt s 192 ff och densamme, Konkurs s 55 f.

[40] Observera även att det sakrättsliga regelsystemet ser konkursboets anspråk på egendomsbeslag som ett tredjemansanspråk principiellt jämställt med ett tredjemansanspråk som går ut på äganderätt eller s k särskild rätt, jfr indelningen skydd mot borgenärer resp skydd mot singularsuccessorer.

[41] Se 53 § DKL resp § 7–1 och § 7–3 st 2 LFD, jfr betænkning nr 606/1971 s 121, Gomard s 13–15, Ørgaard s 90 och 104, Munch s 351, NOU 1972:20 s 310 f och 313, Ot prp

mark och Norge både praktiska och teoretiska skäl. I de norska lagmotiven resonerar man så här:[42]

> "At regler av den art det her gjelder, ikke bør kunne fravikes til skade for boet, må være klart. På kontraktstiden vil den enkelte avtalepart betrakte sin egen insolvens som en meget fjern mulighet; han vil iallfall ikke føle seg kallet til å vareta sitt eventuelle konkursbos interesse. Risikoen for at motparten blir insolvent og går konkurs vil langt lettere bli tatt i betraktning; begge parter vil av denne grunn ofte finne det naturligt at det blir tatt inn visse klausuler om insolvenssituasjonen i avtalen; disse klausuler går ofte igjen som faste bestanddelar av trykte kontraktsformular av forskjellig type. At klausulene blir temmelig ensidige til ugunst for boene, ligger i hele situasjonen. Boene er så å si uvedkommende tredjemenn som ingen av partene ønsker å beskytte. En naturlig konsekvens av dette er at avtalenen for så vidt bare binder partene, ikke tredjemann, boet.
>
> Boet har reelt sett et sterkt behov for beskyttelse på dette punkt: Skal avviklingen av debitors bedrift kunne skje noenlunde rasjonelt, må boet – iallfall for en viss tid – kunne tre inn i debitors kontrakt om leie av forretningslokalene, hans arbeidsavtaler med bedriftens funksjonærer og arbeider, hans salgsavtaler for bedriftens produkter osv. En kontraktklausul som gir den solvente part en ubetinget hevningsret dersom medkontrahenten går konkurs, må derfor fra et rent praktisk synspunkt erklæres uforbindende for boet. At kontraktens egenart i visse tilfelle utelukker boet fra å tre inn...er en annen sak; her er det ikke behov for noen klausul om hevningsrett ved konkurs."

En liknande men mera kortfattad skrivning återfinns i de danska lagmotiven. Konkursboet ses i princip som en utomstående tredje man, vars rätt att ta över fullgörelsen av gäldenärens avtal inte står till de ursprungliga avtalsparternas disposition. För dem kostar det normalt ingenting, att i syfte att uppnå fördelaktiga villkor på andra punkter i avtalet låta motparten få in de inskränkningar av de framtida konkursborgenärernas rätt som denne önskar.[43] Från praktisk boavvecklingssynpunkt finns det givetvis även, som framgår av det norska citatet, tunga argument som talar för att boets rätt inte bör kunna avtalas bort.

I dansk doktrin framhåller Gomard bl a, att flera av lagarna om enskilda avtalstyper, t ex köplagen, visserligen är dispositiva. Men eftersom även konkursreglerna i dessa lagar gäller borgenärernas rättsställning, kan de inte – i överensstämmelse med en allmän grundsats om att regler av sakrättsligt karaktär inte kan frångås till skada för den skyddade tredje mannen – avtalas bort. Gomard poängterar att konkursboets inträdesrätt är en rätt för tredje man, för borgenärerna, och att detta t ex betyder att konkursboet till en i Danmark bosatt gäldenär inte behöver respektera ett avtalsvillkor som utesluter boets inträdesrätt, även om avtalet inte i övrigt är underkastat dansk rätt. För internationella köp hänvisas till den danska motsvarigheten till 2 § lagen (1964:528) om tillämplig lag

nr 50 (1980–81) s 180 och Brækhus s 170. Jfr även Munch, Diskrimination s 167 f och Vagner i UfR 1984 B s 417 ff.

42 NOU 1972:20 s 310 f, jfr Ot prp nr 50(1980–81) s 180 och Brækhus s 170 f.

43 Betænkning nr 606/1971 s 121.

beträffande internationella köp av lösa saker. Där föreskrivs att lagens bestämmelser inte avser köpets rättsverkningar i förhållande till andra än parterna.

Även Munch har i en artikel utvecklat frågan om i vilken utsträckning konkursboets rättsställning kan försämras genom avtal mellan den blivande konkursgäldenären och hans motpart.[44] Hans huvudtes är att avtal, som ställer endast boet (men inte gäldenären) sämre än vad annars skulle ha gällt enligt allmänna regler, inte behöver respekteras av boet. Från denna huvudregel skulle undantag bara tillåtas då det kan visas, att motparten har ett rimligt och lojalt intresse av att få göra gällande ett särvillkor mot boet. Munch skriver vidare att regeln i 56 § 1 st DKL, som säger att boet vid inträde i gäldenärens avtal blir "berettiget og forpligtet på aftalens vilkår", visserligen kan läsas på två sätt. Enligt det första läsesättet måste boet även respektera särskilda villkor som är riktade just mot ett konkursbo, enligt det andra läses regeln så att inträdet sker på samma villkor som gällt för gäldenärens själv, dvs att boet bara binds av de villkor som gäldenären själv kunnat "drabbas" av. Av de danska lagmotiven och av motsatsslut från flera av reglerna i 7 kap DKL framgår, att den senare läsarten är den avsedda och riktiga.

I Sverige finns ingen uttrycklig lagregel som anger att boets rätt att få fullfölja gäldenärens avtal genom att inträda, ställa säkerhet etc är en särskild konkursrättslig och tvingande rätt för boet. I Alméns köplagskommentar sägs ändå att grundsatsen om boets valrätt mellan att inträda och att avstå därifrån torde gälla även om annat uttryckligen överenskommits.[45] Eftersom boets rätt endast *förutsättningsvis* uttalas i köplagen, menar Almén att detta inte strider mot dess 1 §. Som principiell grund för åsikten synes han åberopa den "allmänna principen, att genom avtal mellan två tredje mans rätt ej får kränkas".[46]

Hellner har diskuterat frågan om reglerna om "stoppningsrätt" i köplagen är tvingande.[47] Till en början framhålls att reglerna om säljarens innehållanderätt och passiva stoppningsrätt enligt 39 § KöpL är dispositiva i förhållande till köparen själv, dvs i princip innan han gått i konkurs. Så långt är det fråga om kontraktsrättsliga regler. När det gäller förhållandet till köparens borgenärer påpekas emellertid, att vad som ska ingå i ett konkursbo avgörs av sakrättsliga regler och inte av parternas avtal. Hellner kommer efter viss diskussion fram till, att såväl 39 § som 41 § KöpL bör uppfattas som sakrättsliga regler. Vad jag förstår avser Hellner dock bara den solventa partens – här säljarens – rättigheter vid

44 Se Munch, Diskrimination, särskilt s 167 f.

45 Almén, rubriken till §§ 39–41 not 4 och § 39 not 143.

46 Se Almén, Tillägg till § 1 vid not 1.

47 Hellner, Verkan av insolvens s 246 ff.

motpartens – köparens – konkurs, inte konkursboets rättigheter. Allmänt menar Hellner också att regler om ena partens skydd vid motpartens bristande betalningsförmåga utom konkurs inte bör regleras i konkurslagstiftningen, vilket däremot konkursboets "befattning med de avtal som boet 'ärver' efter gäldenären" bör.[48] Sist angivna ämne vill Hellner således kvalificera som konkursrättsligt. Reglerna inom detta skulle i så fall vara tvingande.

Håstad skriver mera direkt att 39–41 §§ KöpL rör förhållandet till tredje man och att man därför kan utgå från att reglerna om konkursboets inträdesrätt är tvingande.[49] Att konkursboets inträdesrätt (i vid mening) är tvingande framhålls numera även på några andra håll i doktrinen,[50] samt i ett par färska utredningsbetänkanden rörande enstaka avtalstyper.[51]

Den ämnesmässiga kvalificeringen av konkursboets rätt inom den internationella privat- och konkursrätten är intressant att studera i detta sammanhang. Som sagt står i 2 § i 1964 års internationella köplag, att lagen inte avser köpets rättsverkningar i förhållande till andra än parterna. Uppenbarligen avses här bl a köpets sakrättsliga verkningar, såsom köparens skydd mot säljarens konkursborgenärer och säljarens innehållanderätt och passiva stoppningsrätt mot köparens konkursborgenärer. Även frågan om ena partens hävningsrätt vid den andres konkurs och, omvänt, konkursboets rätt att fullfölja avtalet bör inrymmas under 2 §, i den mån boets rätt anses utgöra en särskild rätt för konkursborgenärerna. I motiven till paragrafen sägs, att undantagsregeln främst avser verkningarna i förhållande till säljarens borgenärer, men att den bakomliggande konventionstexten också anger frågan om äganderättens övergång. Då sistnämnda undantag enligt nordisk uppfattning saknade självständig betydelse, vid sidan av undantaget för köpets rättsverkningar i förhållande till andra än parterna, ansågs det inte behövligt att särskilt nämna frågan om äganderättens övergång i lagtexten.[52] Frågan om äganderättens övergång sågs således, i enlighet med gängse nordiskt, funktionellt orienterat synsätt härom, utan vidare som ett sakrättsligt spörsmål.

Av lagen (1987:822) om internationella köp framgår vidare, att huvudparten av artiklarna i FN-konventionen den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor ska gälla som lag i Sverige, om antingen köparen eller säljaren har sitt affärsställe i ett utomnordiskt land. Enligt

48 A a s 261 f.

49 Håstad, Sakrätt s 306.

50 Se Arnesdotter s 223, densamma, Leasing s 38 och Millqvist s 283 f.

51 Se SOU 1984:85 s 143 (agentur och kommission) och SOU 1987:17 s 216 (franchising).

52 Se NJA II 1964 s 452.

konventionens art 4 reglerar denna endast frågor om ingående av köpavtal samt säljarens och köparens rättigheter härrörande från ett sådant avtal. I en särskild undanstagsregel (art 4 b) står att konventionen inte gäller den verkan som avtalet kan ha på äganderätten till varan. I motiven till 1987 års internationella köplag anges härtill, att konventionen inte gäller förhållandet till t ex en parts konkursbo.[53] Uppenbarligen har FN-konventionen (via lagen 1987:822 och nya 1 § 3 st KöpL) samma tillämpningsområde som 1964 års lag i här diskuterat avseende. Intressant är att varken konventionens motsvarighet till innehållanderättsreglerna i 1905 års köplag (art 71) eller konventionens regler om hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott (art 72) anknyter till en parts konkurs. Till skillnad från 39–40 §§ KöpL är art 71 och 72 formulerade som rent kontraktsrättsliga regler. Motsatsvis bör härav kunna slutas, att frågorna om innehållanderätt och hävningsrätt *vid konkurs* inte ansetts utgöra kontraktsrättsliga frågor, utan att dessa faller under undantaget i konventionens art 4.

Mot denna bakgrund kan man fråga sig vad det nya tredje stycket i 1 § KöpL betyder i detta avseende. Här står att köplagen inte ska tillämpas då den nya lagen (1987:822) om internationella köp är tillämplig. Såvitt jag förstår innebär det att 39 § KöpL:s regler inte ska tillämpas i förhållande till köparen själv vid internationella köp utom Norden, utan i stället art 71 och 72 i 1980 års FN-konvention. Gentemot köparens konkursbo gäller dock undantagsregeln i art 4, varför 39 § KöpL – liksom givetvis även de exklusivt konkursanknutna 40 och 41 §§ KöpL – träder i tillämpning.[54]

I 11 § lagen (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land föreskrivs följande.

> Denna lag tillämpas inte på frågan om ett konkursbos rätt eller plikt att tillträda ett av gäldenären slutet avtal som inte var fullgjort från båda sidor vid tiden för konkursbeslutet.

Samma regel återfinns i 12 § lagen (1981:7) om verkan av konkurs som inträffar i annat nordiskt land. Regeln bygger i sin tur på den identiska art 9 i Konventionen mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående konkurs. Regeln återfanns med samma sakliga innehåll i 1981 års lagars föregångare (lagar 1934:67 och 68) och i den lydelse av den nordiska konkurskonventionen som dessa lagar byggde på.[55]

[53] Prop 1986/87:128 s 83, jfr 99 f.

[54] Jfr liknande frågor i anslutning till den s k uniforma köplagen, Hellner, Verkan av insolvens s 248.

[55] Se härtill och för det följande Bogdan s 264 och densamme, Konkursrätt s 94–100, 114–116 och 329 ff, särskilt 346.

Vad innebär då undantaget för konkursboets rätt eller plikt att inträda i gäldenärens avtal? Frågan bör först ses mot bakgrund av den inledande bestämmelsen i den nordiska konkurskonventionen (och de på konventionen byggande lagarna). Enligt denna omfattar en domicilkonkurs i ett nordiskt land (dvs en konkurs som grundas på att gäldenären har sin ekonomiska tyngdpunkt i det landet[56]) även gäldenärens egendom i övriga nordiska länder. För denna (inklusive i konkurslandet befintlig) egendom tillämpas konkurslandets lag i en rad uppräknade frågor av *rent konkursrättslig karaktär*. Utanför faller bl a avtals- och kontraktsrättsliga frågor och även reglerna om sakrättsligt skydd.[57] I dessa frågor får i stället avtals- resp sakstatutet avgöra vilket lands lag som ska tillämpas. Denna ämnesmässiga uppdelning torde överensstämma med de allmänna svenska IP-regler som tillämpas i förhållande till utomnordiska stater. Enligt de senare kvalificeras som sakrättsliga spörsmål bl a frågan om äganderättsförbehållets sakrättsliga giltighet (se NJA 1978 s 593), om säkerhetsöverlåtelses sakrättsliga giltighet (se NJA 1984 s 693) men även frågan om säljarens passiva och aktiva stoppningsrätt i förhållande till köparens borgenärer (se NJA 1985 s 879).[58] Även om dessa frågor aktualiseras vid konkurs ska alltså i princip inte lex concursus tillämpas utan den kollisionsnorm som sakstatutet anvisar. Enligt Bogdans uppfattning, som i allt väsentligt torde överensstämma med den nordiska konkurskonventionens, bör som rent konkursrättsliga frågor kvalificeras sådana, som (1) endast kan uppstå i insolvenssammanhang och (2) är knutna till konkursförfarandets huvudsyften. I enlighet med vad som uttryckligen sägs i den nordiska konventionen, ska då t ex frågan om återvinning i konkurs bedömas enligt lex concursus, medan frågan om sakrättsligt skydd vid överlåtelse inte ska det.

Man kan nu åter fråga sig, varför det i den nordiska konkurskonventionen med följelagar föreskrivs, att frågan om konkursboets rätt eller plikt att inträda i gäldenärens avtal *inte* ska bedömas enligt lex concursus? Betyder det månne att frågan inte anses vara konkursrättslig?

I 30-talsmotiven till konventionen sägs först allmänt, angående uppdelningen mellan konkursrättsliga frågor och andra, att omständigheten att en fråga regleras i det ena eller andra landets konkurslag inte utan vidare medför att frågan såsom konkursrättslig faller inom konkursventionens område. I den gamla norska konkurslagen återfanns t ex ett stadgande om säljarens "stoppningsrätt". Detta kunde inte medföra att "rät-

56 Se Bogdan, Konkursrätt s 49 och 58 f.

57 Se närmare Bogdan a a s 346.

58 Se närmare Bogdan s 226 ff, särskilt 232.

ten till stoppning" skulle hänföras till de speciellt konkursrättsliga reglerna:[59]

> "Spörsmålet om stoppningsrätt är i själva verket ej annat än en i den skrivna lagen reglerad detalj av det omfattande problemet om s k bristande förutsättningar i avtalsförhållanden, ett problem som ingalunda kan i internationellt-privaträttsligt hänseende underkastas konkurslandets lag."

Vad som här mera exakt menas med "stoppningsrätt" är inte helt klart. Måhända avses alla de befogenheter som säljaren ges i 39 § (och kanske även 40 och 41 §§) KöpL, innefattande inte bara rätten att hålla inne varan och hindra att den ges ut, utan också rätten att häva avtalet om inte konkursboet inträder och/eller ställer säkerhet. Genom hänförandet av samtliga dessa frågor till förutsättningsläran skulle i så fall avtalsstatutet ligga närmast till hands för tillämpning. Ämnet skulle kvalificeras som rent avtalsrättsligt, vilket i så fall förefaller aningen kuriöst med hänsyn till vad som sagts ovan. I motiven till konventionens särskilda regel om konkursboets inträde i gäldenärens avtal sägs emellertid även följande.[60]

> "I vissa främmande konkurslagar – bl a den danska – förekomma bestämmelser om konkursbos rätt och plikt att tillträda ett av gäldenären med tredje man ingånget avtal, som från den ena eller den andra kontrahentens sida ännu icke fullgjorts då konkursen inträffade. Att låta dylika bestämmelser falla inom konventionens tillämplighetsområde – med andra ord låta konkurslandets lag bliva gällande i fråga om boets ställning i nyssnämnda hänseende – har ansetts ej böra ifrågakomma. Särskilt framträder olämpligheten av en sådan ordning i fall där de rättigheter och förpliktelser ett av gäldenären ingånget avtal medför sakna varje anknytning till konkurslandet, exempelvis när gäldenären i annat land utövat rörelse och tilläventyrs arrenderat eller hyrt fastighet. – Frågor av den art det här gäller synes böra i varje fördragsslutande stat regleras efter där rådande internationellt-privaträttsliga principer."

Denna motivering ger knappast uttryck för ett principiellt rättssystematiskt ställningstagande *mot* att frågan om konkursboets inträdesrätt skulle vara konkursrättslig. Skälen antyder i stället att den internationellt privaträttsliga kvalifikationen styrs av egna och för transnationella förhållanden i viss mån speciella hänsyn. Detta antagande styrks enligt min mening av Bogdans argumentering i motsvarande fråga. Han skriver att frågan om konkursen utgör grund för hävande av ett köpavtal inte bör regleras av lex concursus, därför att den avser ett från konkursinstitutet avlägset rättsförhållande, vilket ofta är betydligt närmare knutet till ett annat rättssystem än konkurslandets.[61] Vidare sägs att frågan om konkursen utgör grund för hävning har viktiga rättsverkningar inom *avtalsrätten* (min kurs) och att det därför är

[59] NJA II 1935 s 13.

[60] NJA II 1935 s 33.

[61] Bogdan, Konkursrätt s 96. Se till det följande a a s 114 f.

"rimligast att följa reglerna i den rättsordning som i enlighet med de vanliga kollisionsnormerna tillämpas på rättsförhållandet i fråga. Det sagda gäller dock endast beträffande avtalsmotpartens hävningsmöjligheter avsedda att skydda honom mot konkursgäldenärens insolvens. Konkursboets eventuella möjligheter att i borgenärskollektivets intresse få åberopa konkursen som grund för uppsägning, hävande eller dylikt av oförmånliga avtal liknar närmast återvinning: det rör sig om en rättsverkan knuten till konkursens egna mål och tillämpning av *lex concursus* ligger därför närmast till hands."[62]

Bogdans kvalificering av en uppsägnings- eller hävningsrätt för boet kan jag utan vidare instämma i. Beträffande frågan om den solventa partens hävningsrätt på grund av den andra partens konkurs vill jag, med anledning av Bogdans argumentering utifrån konkursens ändamål, framhålla följande.

Huvudsyftet med konkursinstitutet är att samlat distribuera värdet av gäldenärens begränsade tillgångar till borgenärerna på det sätt som ger dem så mycket betalt för sina fordringar som möjligt (jfr avsnitt 1 ovan). Fortsatt drift av gäldenärens rörelse, i första hand syftande till en samlad försäljning, utgör normalt det bästa alternativet för att uppnå detta ändamål. Hävningsåtgärder från olika avtalsmotparter, t ex en hyresvärd, en leasegivare eller en huvudleverantör, kan uppenbarligen beröva konkursförvaltaren möjligheterna att driva rörelsen vidare och därmed att förfara på det optimala sättet för infriande av konkursens huvudsyfte: eftersom motpartens rätt att häva på grund av konkurs endast är en spegelbild av konkursboets rätt att fullfölja bestående avtal, vilken rätt många gånger är nödvändig för att den gynnsammaste formen av konkursrealisation ska kunna genomföras, bör frågan enligt Bogdans eget kriterium klassificeras som konkursrättslig. Däremot är det nog riktigt, att motpartens eventuella rätt att genom hävning skydda sig mot *konkursgäldenärens insolvens* i allmänhet, dvs innan denna lett så långt som till konkurs, ses som en avtalsrättslig fråga. Som framhållits ovan finns det i denna situation ännu inte något av rättssystemet sanktionerat, konkretiserat kollektivt borgenärsintresse som blivit aktuellt att skydda.[63]

[62] A a s 115. För intressanta men säregna frågor vid "utländsk konkurs", se a a s 297–300.

[63] Enligt EG:s konkurskonventionsutkast av 1980 (se bil III i Bogdan, Konkursrätt s 379 ff) gäller att konkurslandets domstolar har exklusiv *domsrätt* ("jurisdiction") att pröva tvister som avser bl a "actions brought for the purpose of terminating current contracts under a provision of bankruptcy law, with the exception of contracts of employment and contracts relating to immovable property", art 15 (8). Härunder torde falla t ex frågan om den solventa partens rätt att pga av konkurs häva avtal (som inte avser anställning eller fast egendom). Förutsättningen synes dock vara, att hävningsanspråket stöds på en konkursrättslig regel, jfr Bogdan a a s 340. Betr frågan om *tillämplig lag* föreskriver utkastets art 18 mom 2, att konkurslandets lag, inklusive dess IP-rättsliga regler, ska reglera frågan om konkursens rättsverkningar och "the conditions under which the bankruptcy is effective against third parties", dvs även konkursens verkningar i förhållande till tredje man, jfr Bogdan a a s 347. Från denna huvudregel görs i utkastet bl a några undantag för vissa fall

Avslutningsvis ska redovisas hur konkursboets rätt att fullfölja ömsesidiga avtal karakteriseras i nationell *tysk rätt*. Den principiella diskussionen härom har varit och är fortfarande livlig.[64] Striden gäller främst om boets rätt att "an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen" är av *tvingande* natur eller inte. Enligt den tidigare förhärskande läran ansågs denna rätt *inte* vara tvingande. Ett avtal om ovillkorlig uppsägnings-, hävnings- eller upplösningsrätt vid en parts konkurs antogs utan inskränkningar kunna åberopas mot boet. Till stöd för detta anfördes till en början ordalydelsen i § 17 KO, där det som framgått står att boet får kräva ömsesidig fullgörelse "an Stelle des Gemeinschuldners", vilket tolkats så att boet inträder i exakt samma position som gäldenären. Då denne i princip var bunden av alla delar av sitt avtal, inklusive alla slags hävningsklausuler, ansågs detsamma gälla för hans konkursbo: "Die Masse hat kein anderes Recht auf Erfüllung als der Gemeinschuldner."[65]

Härutöver har sagts att något förbud mot konkursgrundade hävningsklausuler inte finns i konkurslagen och att hävningsklausuler som är knutna till sådana omständigheter som utgör grund för konkurs, såsom betalningsinställelse och "Überschuldung", ostridigt är giltiga. Det har också hävdats att § 17 KO, parad med regeln i § 59 st 1 p 2 KO som anger att motparten får en massafordran då förvaltaren väljer "Erfüllung" (dvs då boet inträder), i första hand syftar till att skydda den solventa parten mot förlust. Om inte § 17 KO fanns skulle den solventa parten i princip vara skyldig att (fortsätta) prestera mot en dividend av motprestationen. Denna uppfattning ska ses mot bakgrund av att det i tysk rätt inte finns någon regel om innehållanderätt som direkt anknyter till konkurs. 39 § KöpL:s närmaste motsvarighet – § 321 BGB – anger visserligen att en förskottspresterande part i ett ömsesidigt avtalsförhållande

av "the effects of the bankruptcy on current contracts", se art 38–41. Undantagen gäller konkursens verkan på anställningsavtal, vilken fråga ska bedömas enligt "the law applicable to that contract, where that is the law of Contracting State", samt konkursens verkan på nyttjanderättsavtal ("contracts of leases and hiring") avseende fast egendom, som ska bedömas enligt lagen i det land där fastigheten är belägen. Detsamma gäller för fastighetsköp, fastighetsleasing och kombinationer häremellan. I art 41 ges slutligen flera alternativa och utförliga undantagsregler för köp av lös egendom mot ägarförbehåll. Den klara huvudregeln är ändock att frågan om konkursens inverkan på avtal ska avgöras av lex concursus. I vad mån denna regel bygger på principiella rättssystematiska överväganden eller på praktiska transnationella och EG-specifika ändamål vet jag inte.

64 Se för denna bl a Jaeger/Lent s 294 f, Böhle-Stamschräder/Kilger, 11 uppl s 104, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 202 ff, Jaeger/Henckel s 477–479 och 568 f, Kilger s 95 f och 108 f, Henckel i JZ 1986 s 297 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 412 f och 419, Baumgarte s 75–78, Marotzke s 9–42 och 85 not 10, Rosenberger i BauR 1975 s 233 ff, Heidland i BauR 1975 s 305 ff, Häsemeyer i KTS 1973 s 2 ff, Baur/Stürner s 402 med not 17. Se vidare det tyska material, inkl nyare rättspraxis, som presenteras i kap III 2.3 och kap IV 3.3 nedan.

65 Jaeger/Lent s 294.

kan vägra att prestera, då det efter avtalsslutet inträffar en väsentlig försämring av den andra partens förmögenhetsförhållanden som gör att anspråket på motprestation sätts i fara. Innehållandet kan fortgå tills motprestationen erläggs eller säkerhet ställs. Men en parts konkurs anses alltså inte utan vidare göra § 321 BGB tillämplig. Härför krävs att även *konkursboets* ekonomi är eller blir så dålig, att det finns risk för att motprestationen kommer att utebli. Eftersom konkursboets rätt att avstå från att fullfölja gäldenärens avtal utan vidare anses tvingande, finns då risk för att den solventa parten tvingas att prestera utan att vara säker på om motprestationen kommer att erhållas. § 17 KO har mot denna bakgrund ansetts innefatta en skyddsregel för den solventa parten: han kan vid äventyr av avtalets hävande fråga konkursförvaltaren om denne ämnar fullgöra avtalet. Om förvaltaren å andra sidan avger en positiv förklaring så blir den solventa parten säkrad med en massafordran av första klassen, § 59 st 1 p 2 KO. Det har också framhållits, att § 17 KO ser till att upprätthålla det avhängighetsförhållande mellan parternas prestationer som är grundläggande för ömsesidigt förpliktande avtal, se Zug-um-Zug-reglerna i §§ 320 och 322 BGB. Sammantaget skulle då § 17 (och § 59 st 1 p 2) KO i första hand tjäna till den solventa partens skydd.

Den idag förhärskande uppfattningen, främst företrädd av Henckel och Kilger men i huvudsak även av Uhlenbruck och Marotzke, är dock en annan. Konkursboets rätt att fullfölja gäldenärens avtal anses vara tvingande, då valrätten enligt § 17 KO först och främst sägs syfta till att ge konkursförvaltaren möjlighet till optimal avtalsavveckling i konkursborgenärernas gemensamma intresse. Gentemot detta boets intresse får den solventa partens särintresse i princip vika. Det framhålls också, på liknande sätt som i Danmark och Norge, att avtal som berövar boet rätten att inträda i gäldenärens avtal inte omedelbart träffar den blivande konkursgäldenären. I stället träffar avtalet primärt konkursborgenärerna, genom att beröva konkursförvaltaren möjligheten att välja att fullfölja ett för borgenärskollektivet gynnsamt avtal: "Dispositionen, die sich allein zu Lasten der Konkursmasse auswirken, kann aber der Gemeinschuldner auch im voraus nicht treffen."[66]

§ 17 KO:s funktionella syfte utlägger Henckel på följande sätt.[67] Utgångspunkten är att den solventa parten bara är en vanlig konkursborgenär med sitt anspråk på prestation. Detta framgår direkt av § 3 KO, som i Sverige motsvarar 5:1 KL. Den solventa parten måste då ges tillåtelse att vägra prestera om inte boet fullgör konkursgäldenärens prestation fullt ut. Genom konkursen omvandlas avtalet så att endast boet kan

[66] Jaeger/Henckel s 568.

[67] Se härtill Jaeger/Henckel s 477–479, jfr densamme i JZ 1986 s 298, Kilger s 95 f, Kuhn/Uhlenbruck s 412 f och Marotzke s 9 ff, särskilt 37–41.

kräva *full*görelse, däremot inte motparten. Denne måste i princip kvarstå vid avtalet men har alltså som utgångspunkt endast en konkursfordran på motprestationen. § 17 KO skyddar i detta läge den solventa parten genom att lagrummet tillåter honom att bibehålla sin "vanliga" detentionsrätt enligt §§ 320 och 322 BGB. Konkursgäldenärens fordran på prestation ingår visserligen i boet som förmögenhetsmassa fr o m konkursutbrottet, inte först fr o m förvaltarens "Erfüllungswahl". Men på grund av avhängighetsförhållandet mellan prestation och motprestation består ett för boet realiserbart värde endast i den mån den fordran på prestation som ingår i boet överstiger värdet av den solventa partens motfordran på prestation. När konkursförvaltaren driver in fordringen på den solventa parten måste han därför, enligt §§ 17 och 59 st 1 p 2 KO, erlägga motprestationen fullt ut. Den solventa parten skyddas genom att han, medelst en invändning om "Nichterfüllung" på den insolventa sidan, kan förhindra att något mera inflyter i boet än det överskjutande värdet av prestation och motprestation.

Den solventa parten skyddas emellertid även då han ska prestera i förskott, fortsätter Henckel. Visserligen har han, som nämnts, endast "stoppningsrätt" enligt § 321 BGB då konkursförvaltaren kräver "Erfüllung" och boet inte förmår att fullgöra motprestationen med massan. Men då avtalet är inriktat på utbyte av ömsesidiga prestationer och den förskottspresterande motparten vid konkursutbrottet ännu inte gett upp det skydd som ligger i avhängigheten mellan prestation och motprestation, och följaktligen då ännu inte utgett någon kredit, ingår i boet också här endast det värde med vilket motpartens prestation överstiger konkursgäldenärens. Om boets tillgångar däremot förslår till täckning av massaskulderna får den solventa parten inte vägra att utge sin förskottsprestation, men han får å andra sidan motprestationen säkrad med en massafordran.

Enligt Henckel sträcker sig inte skyddet för den solventa parten längre än till vad som nu sagts. Beslutet om avtalet ska fullföljas eller inte ligger exklusivt hos konkursförvaltaren. Först då denne kräver "Erfüllung" kan den solventa parten kräva att motprestationen blir täckt som massaskuld. Och huruvida förvaltaren kommer att kräva "Erfüllung" eller inte beror uteslutande på boets, dvs borgenärskollektivets, intresse. Den solventa partens intressen saknar här helt betydelse. Den *valrätt* som § 17 KO inrymmer tjänar alltså uteslutande till boets skydd, inte motpartens. Konkursförvaltaren ska i det konkreta fallet göra en självständig bedömning av om "Erfüllung" eller "Ablehnung" är bäst för borgenärerna. Dessutom sägs att § 17 KO ger förvaltaren särskild fullmakt att som massaskuld fullgöra en förpliktelse, som "egentligen" endast är en vanlig konkursfordran, § 3 KO. Orsaken till att konkursförvaltaren *får*

tillgodose motpartens anspråk före alla andra konkursfordringar är att konkursgäldenärens fordran på grund av det ömsesidiga avtalet ingår i boet som förmögenhetsmassa. Konkursförvaltaren måste då kunna realisera denna.[68] Kan förvaltaren fastslå, att den gynnsammaste realisationsresultatet uppnås genom att gäldenärens prestation överlämnas till motparten så kan och ska han därför välja "Erfüllung" enligt § 17 KO.

Sammanfattningsvis menar Henckel alltså, att valrätten i § 17 KO uteslutande uppställts i konkursborgenärernas gemensamma intresse, men att § 17 KO (valrättsregeln) och § 59 st 1 p 2 KO (massafordransregeln) fungerar på ett sätt som i viss utsträckning skyddar även den solventa parten.

Marotzke har något avvikande slutit, att de nämnda lagrummen *uteslutande* tjänar borgenärernas intresse.[69] Bl a sägs § 59 st 1 p 2 KO visserligen primärt skydda den solventa parten: han får en massafordran för ett krav som "egentligen" bara är en konkursfordran. Men ytterst är det även här fråga om en regel till borgenärernas skydd. Uppställandet av regeln att förvaltarens "Erfüllungswahl" ger motparten en massafordran medförde nämligen, att lagstiftaren inte behövde ge förskottspresterande motparter rätt att kräva säkerhet redan på grund av konkursen som sådan. Att motparten får en massafordran är också av väsentlig betydelse för frågan om konkursen utgör tillräcklig grund för hävning. Lagstiftaren har förvägrat den solventa parten hävningsrätt också vid kreditprestation, därför att han anses tillräckligt säkrad med sin massafordran. Även här är det ytterst fråga om att tillgodose *konkursboets* intresse. Detsamma gäller för lagstiftarens val att inte införa en särskild konkursgrundad detentionsrätt.

[68] Jfr liknande resonemang hos Brækhus s 170 f: "En klausul som nekter boet rett til å nyttiggjøre seg en...kontrakt, virker som et privat beslagsforbud, altså som et påbud om at en formuesfordel som tilkommer debitor, ikke skal kunne utnyttes av hans kreditorer. Det bør man som kjent bare respektere hvor det er tale om gavetransaksjoner o l." Jfr däremot Krüger s 67 f som menar att detta betraktelsesätt är ohållbart. Det karakteristiska för exekutionsförbuden är enligt honom att en överlåtare av ett visst förmögenhetsobjekt söker använda kontraktsformen för att fastställa förhållandet mellan förvärvaren och hans borgenärer. När det gäller ett avtal som berövar boet rätten att fullfölja gäldenärens avtal, är det emellertid fråga om motpartens egen rättsställning och förhållande till förvärvarens konkursbo. Denna fråga bör som utgångspunkt vara underkastad parternas rådighet om inte tungt vägande legala hänsyn säger något annat, skriver Krüger: de konkursrättsliga "hensyn og prinsipper" bör här få vika för avtalsfrihetens princip. Krügers inställning strider enligt min mening mot det intresseläge som föreligger i konkurssituationen. Redan Krügers egen beskrivning, att det är fråga om ett avtal, genom vilket motparten fastställer sin rättsställning och förhållandet till den andra partens konkursbo, dvs tredje man, skvallrar om att resonemanget är tvivelaktigt. Henckels och Brækhus' liknelse med ett privat exekutions- eller realisationsförbud haltar måhända något, men den kastar ändock ljus över vad det i realiteten är fråga om.

[69] Se Marotzke s 9 ff, särskilt 37 f och 41.

I 1985 års tyska insolvensrättsförslag har den tvingande karaktären hos boets inträdesrätt lagfästs:[70]

> "Vereinbarungen, die ein ausserordentliches Kündigungsrecht wegen des Insolvenzfalls einräumen, oder Vereinbaraungen, die wegen des Insolvenzfalls die Auflösung des Vertrag bewirken, sind unwirksam."

Någon närmare diskussion förs inte i motiven. Kort sägs att om varje överenskommelse om uppsägning, upplösning etc på grund av insolvensfall skulle vara giltig, kunde en reorganisationslösning redan stranda av det skälet, "dass dem Unternehmen vertraglich gesicherte Positionen entzogen werden, die zu seiner Fortführung erforderlich sind".[71]

Avslutningsvis kan nu sägas, att de resonemang och åsikter som jag uttryckte inledningsvis i avsnittet överensstämmer tämligen väl med särskilt argumentationen i modern tysk doktrin. Åsikten att boets rätt att fullfölja gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal bör ses som en särskild konkursrättslig befogenhet, som i princip är *tvingande till boets förmån*, ligger även till grund för de nya danska och norska reglerna samt de föreslagna nya tyska insolvensreglerna. Även i svensk doktrin torde en majoritet numera vara av denna uppfattning.

Enligt min mening bör det inte göra någon skillnad *på vilket sätt* konkursboet har att säkra motparten för att få fullfölja det ömsesidiga avtalsförhållandet, dvs om boet har att ta på sig massaansvar (inträda), ställa säkerhet eller företa någon annan åtgärd. Som jag sa tidigare följer av den sak- och konkursrättsliga kontext, mot vilken reglerna om det obligatoriska förhållandet vid konkurs måste ses, att den insolventa sidans anspråk på fullgörelse av avtalet i vart fall temporärt inhiberas på grund av den nya rättsliga situation som uppkommer då konkurs beslutas. Det måste därför till en särskild rätt för boet, till avvärjande av att motparten definitivt inhiberar vidare prestationsutbyte.

Frågan om – och i så fall även på vilket sätt – konkursboet har rätt att kräva ömsesidigt fullföljande av gäldenärens avtal eller, annorlunda uttryckt, om motparten har hävningsrätt på grund av dennes konkurs som sådan, hänför jag alltså till den tvingande konkursrättens område. Ovan har tangerats även andra, näraliggande frågor, såsom den om en parts rätt att innehålla prestation och häva avtal vid den andra partens insolvens *utom* konkurs, och den om en parts rätt att *innehålla* prestation vid den andres konkurs.

Frågan om innehållande- och hävningsrätt vid insolvens utom konkurs bör enligt min mening utan vidare klassificeras som *kontraktsrättslig*: som redan flera gånger framhållits, finns här i princip inget kollektivt och

[70] Leitsatz 2.4.1.11, se Insolvenzrecht I s 49 och 226 f.

[71] A a s 226.

konkret borgenärsanspåk att ta hänsyn till. En rätt att innehålla prestation på grund av konkurs bör däremot antingen ses som *en rent konkursrättslig fråga*, alltså en särskild befogenhet mot motpartens konkursbo, eller också som *en mera allmän sakrättslig rättsfigur*, principiellt jämställd med säkerhetsrätter som återtagandeförbehåll och panträtt.[72] Vilket av dessa båda alternativ som väljs saknar materiell betydelse i nationell rätt. Såväl allmänt sakrättsliga som rent konkursrättsliga regler är tvingande. De lege ferenda, vid införande av en eventuell konkurslagsreglering om ömsesidigt förpliktande avtal, kan det däremot bli av avsevärt intresse att avgöra till vilken kategori innehållanderätt på grund av konkurs hänförs. Härtill återkommer jag i kap XI nedan. Att klassificeringen av frågan som sakrättslig eller konkursrättslig kan vara av stor vikt i internationella förhållanden, har framgått av diskussionen ovan.

6 Konkurs och anteciperat kontraktsbrott

I särskilt äldre litteratur har diskuterats, om säljarens rättigheter enligt 39 § KöpL (jfr även 4:26 JB) grundas på att insolvens utgör anteciperat dröjsmål.[73] Alméns definition av begreppet har stått som utgångspunkt för diskussionen: hävningsrätt på grund av anteciperat – föregripet – dröjsmål erkänns, då det föreligger visshet eller till visshet gränsande sannolikhet för att avtalspartens prestation inte kommer att fullgöras inom sådan tid att hävningsrätt enligt reglerna om inträffat dröjsmål skulle föreligga. Här ska inte debatten om förhållandet mellan insolvens och anteciperat dröjsmål refereras.[74] Det räcker att konstatera, att

[72] Jfr Rodhe, Sakrätt s 177 ff där 39 § KöpL och 4:26 JB m fl motsvarande regler behandlas utifrån ett generellt borgenärsskyddsperspektiv, se särskilt s 183 f där säljarens rättigheter enligt 39 § KöpL antas gälla också vid utmätning hos köparen.

[73] Se härtill Alméns § 21 vid not 1a ff, § 28 not 25, § 39 vid not 2a, 161, 165a och 170 ff, Hillgård s 185 ff, Carlson i SvJT 1924 s 65 ff, Bomgren i SvJT 1942 s 289 ff, Eklund i SvJT 1942 s 664 ff, Ussing i SvJT 1942 s 509 ff, Karlgren i TfR 1938 s 471, Bengtsson, Hävningsrätt s 134 ff och 271 ff, Rodhe, Obligationsrätt s 189 och 714 med not 60, Hellner, Verkan av insolvens s 241 f, Arnesdotter s 200 ff och Hellner II s 249, 255 och 279 ff. Jfr även SOU 1947:38 s 228 f och SOU 1976:66 s 197 f, 269 f och 295 ff.

[74] Se i stället Arnesdotter a st.

insolvens inte i sig anses utgöra anteciperat dröjsmål. Insolvens ses snarare som ett slags specialfall.[75]

När det gäller *konkurs* contra anteciperat kontraktsbrott, framgår min åsikt härom egentligen redan av avsnitt 1 ovan. Kort sagt menar jag att beslutet om konkurs är en omständighet av ett principiellt annorlunda slag än en omständighet som konstituerar anteciperat kontraktsbrott oavsett konkurs. Visserligen man säga att *insolvens* allmänt sett innebär en ökad risk för utebliven prestation från den insolventa sidan. När konkurs beslutas förändras emellertid läget avsevärt. Risken för utebliven eller försämrad motprestation kan i viss mån sägas öka, därför att gäldenären förlorar rådigheten över sin förmögenhet och konkursboet bara är skyldigt att fullgöra sådana förpliktelser som omfattas av sakrättsligt skydd. Den risk som följer av dessa, för konkursen speciella regler, är något artskilt från den risk som följer av att inte gäldenären eller boet har *förmåga* att prestera avtalsenligt. Som sagt är gäldenären, på grund av 3:1 KL, definitivt avskuren från att fullgöra några förpliktelser under sin konkurs. Ser man enbart till honom, medför konkursen således "visshet" om att prestation inte kommer att ske. Men även konkursboets förmåga ska medtas i en bedömning av om anteciperat kontraktsbrott föreligger enligt den allmänna regeln.[76] Och konkursboet är i utgångsläget solvent för "sina" förpliktelser, massaförpliktelserna. Även om grund för hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott förelåg mot gäldenären innan han gick i konkurs, är det alltså inte så att denna hävningsgrund utan vidare består också sedan konkurs beslutats. Huruvida konkursboet kommer att fullgöra gäldenärens avtalsförpliktelser beror inte främst på boets förmåga, utan på konkursförvaltarens val att fullfölja gäldenärens avtal eller inte. Vilket valet blir beror i sin tur på hur boavvecklingen lämpligen bör ske i den aktuella konkursen, på avtalets gynnsamhet och på hur viktig motpartens prestation är för boet.

Nu vill jag inte påstå, att all den oförmåga eller de problem som gäldenären kan ha haft före sin konkurs som genom ett trollslag undanröjs bara för att konkursboet övertar hans affärer. Många problem kommer att kvarstå som irreparabla, och dessa kan då även fortsättningsvis åberopas av olika avtalsmotparter som grund för antecipering och förtida hävning.

[75] Se t ex Almén § 28 not 25, Ussing a a s 510, Eklund a a s 667, Bengtsson a a s 135 och SOU 1976:66 s 197 och 269 f. Arnesdotter (s 203) har påpekat att anteciperat dröjsmål föreligger, då det finns risk för att *ingen* betalar i tid för *viss* prestation, medan insolvens innebär att *gäldenären* inte kan betala *alla* prestationer i tid. Skrivningen i 39 § KöpL tycks utifrån denna distinktion utgöra en regel om anteciperat dröjsmål, vilket dock lär bero på ett redaktionsfel, se Eklund s 668, Arnesdotter s 202 och SOU 1976:66 s 297. Innebörden ska i stället uppfattas som i 4:26 JB. Det är gäldenärens förmåga som avses i bägge fallen.

[76] Jfr resonemanget i föregående not.

Det är ändå väsentligt att framhålla, att sist beskrivna förhållanden inte är något särskilt eller nytt som följer av att konkurs beslutas. Bedömningen av om anteciperat kontraktsbrott föreligger sker m a o inte efter några andra principer i konkurs än utom konkurs. Det "nya" med konkurssituationen är i stället, att konkursboet som utgångspunkt har en valrätt mellan att fullfölja avtal och att utan att drabbas av egen ekonomisk påföljd avstå därifrån. Något förenklat: Om boet beslutar sig för att inträda eller ställa säkerhet är faran för utebliven prestation i allmänhet undanröjd. Först då boet ger negativt besked kan antecipering ske. Beskedet är att jämställa med det typfall av anteciperat dröjsmål som Almén nämner i köplagskommentaren, nämligen att "köparen själv genom ord eller handling lägger i dagen sin bestämda avsikt att icke godvilligt fullgöra sin betalningsskyldighet."[77]

7 Ändamåls- eller funktionsbestämning

I avsnitt 1 ovan redogjordes för de huvudintressen som som gör sig gällande då en part i ett ömsesidigt förpliktande och ömsesidigt ofullgjort avtal går i konkurs. I första hand blir det fråga om den solventa partens intresse av skydd mot förlust och konkursboets intresse av att få fullfölja avtalet för att på bästa sätt kunna tillgodose borgenärskollektivets, men även de anställdas och samhällets, intresse av en gynnsam realisation. När den solventa partens skyddsintresse tar sig uttryck i en vilja att häva (uppsäga, frånträda, upplösa) avtalsförhållandet, kan dessa båda intressen komma i uppenbar konflikt med varandra. Om den solventa partens skyddsintresse däremot utmynnar i ett krav på ett fortsatt ömsesidigt avtalsförhållande med konkursboet, uppstår ingen sådan konflikt. I stället kan kollision då uppkomma med boets intresse av att få vägra att fullfölja avtalet. Boets rätt att vägra fullfölja avtalsförpliktelser som inte omfattas av sakrättsligt skydd är emellertid obestridlig. En diskussion om hur denna senare intressekonflikt principiellt sett ska bedömas är därför obehövlig i detta sammanhang. Den solventa parten kan inte, om han inte tillförsäkrat sig sakrättsligt skydd för motprestationen, tvinga boet att till fullo erlägga gäldenärens prestation enligt avtalet. Som framhölls i avsnitt 3 kan man inte heller som grundprincip utgå ifrån, att den sol-

[77] Almén § 28 vid not 27.

venta parten automatiskt får ett massaanspråk för de fullgörelsekrav som inte omfattas av sakrättsligt skydd. Det grundläggande utgångsläget är tvärtom, att avtalsförhållandet består utan att massaansvar för boet uppkommer.

På basis härav kom jag i avsnitt 4 fram till, att den solventa parten i princip inte ska behöva fullgöra någon prestation i den andra partens konkurs, om inte motprestationens fulla erläggande först tillsäkrats honom genom boets inträde eller ställande av säkerhet. I avsnitt 5 framhölls vidare att en rätt för konkursboet att kräva att ömsesidigt förpliktande avtal fullföljs bör ses som en särskild konkursrättslig och tvingande rätt för boet, vilken rätt – i den mån den erkänns – bör anses uppställd i borgenärskollektivets intresse av en gynnsam boavveckling och då särskilt genom fortsatt drift och samlad försäljning av gäldenärens rörelse. Detta bör gälla såväl då boet har rätt att fullfölja gäldenärens avtal mot påtagande av massaansvar (dvs då boet har inträdesrätt) som då boet har rätt att fullfölja avtalet om det ställer säkerhet eller företar annan liknande åtgärd.

Uppenbart är således att konkursboets rätt att fullfölja gäldenärens avtal ytterst tjänar borgenärskollektivets intresse, inte den enskilda solventa avtalspartens. Denne har, som nyss nämndes, ingen av rättssystemet erkänd rätt att tvinga igenom fullgörelsen av avtalet vid motpartens konkurs. Liksom i tysk doktrin kan man däremot säga, att det *funktionella ändamålet (resultatet, effekten)* med reglerna om konkursboets rätt att fullfölja avtal är, att även den solventa partens intresse skyddas. Visserligen är det boet som genom konkursförvaltaren exklusivt bestämmer om avtalet ska fullföljas eller inte, men genom beslutet att fullfölja avtalet tillförsäkras den solventa parten full motprestation ur massan. Detta kan ses som ett slags positiv särbehandling av en vanlig konkursborgenär med en villkorlig fordran, se 5:1 och 5:10 KL. Särbehandlingen av just denne konkursborgenär beror dock på att övriga konkursborgenärer tillförs ett mervärde, vilket bör vara åtminstone lika stort som det samlade beloppet av den minskade utdelningen som särbehandlingen, sedd för sig, för med sig för övriga konkursborgenärer.

Den huvudprincip som den här boken utgår från, och som också torde vara huvudregeln i de gällande lagreglerna, kan karakteriseras på just detta sätt: den solventa parten får visserligen inte i normalfallet själv avgöra om avtalsförhållandet ska fortsätta eller inte, men han kan göra fortsatt prestation beroende av att konkursboet åtar sig att under massaansvar eller med ställd säkerhet svara för full motprestation.

Men vad är det då, utöver rådande lagregler för vissa avtalstyper, som säger att konkursboet som grundregel lämpligen bör ha beslutanderätten om avtalsförhållandet ska upphöra eller fortsätta? Jo, att *det kollektiva*

borgenärsintresset av att kunna bevara gynnsamma avtal typiskt sett väger tyngre än den enskilda motpartens intresse av att genom hävning komma ifrån avtalet på grund av konkursen. Som jag utvecklade i avsnitt 2 ovan, torde fortsatt drift av gäldenärens rörelse, syftande till en samlad försäljning, vara den idag normalt mest ekonomiskt gynnsamma formen för konkursrealisation av företag. Det tillgodoser även ett fr o m 1988 lagfäst långsiktigt sysselsättningsintresse. Detta motiverar enligt min mening att det är konkursboet och inte den enskilda solventa avtalsparten som bestämmer om avtalsförhållanden som består vid konkursutbrottet ska fullföljas eller inte. Som framgått betyder inte det att den solventa parten intresse offras i någon högre grad. Tvärtom tillgodoses detta genom att han, till skillnad från andra konkursborgenärer, kan kräva full och avtalsenlig motprestation när konkursboet väl bestämt sig för att fullfölja avtalet ifråga. Ibland är detta dock inte tillräckligt. Avtalet kan som nämnts i avsnitt 1 vara av en sådan karaktär, eller bygga på sådana förutsättningar, att ett konkursbos inträde som part skulle innebära stora olägenheter för motparten, även om de konkreta avtalade motprestationerna i och för sig kan fullgöras av det aktuella konkursboet. Här behövs tydligen en visserligen generellt tillämplig men ändå precisering av den solventa partens skyddsintresse. *Vilket närmare bestämt skydd bör den solventa parten m a o kunna påräkna i konkurssituationen?*

Frågan bör återigen ses mot bakgrund av att den solventa parten i utgångsläget vid konkursutbrottet endast är en vanlig konkursborgenär med sitt anspråk på prestation: han har en villkorlig konkursfordran som är beroende av att han å sin sida fullgör sin prestation (läs:uppfyller villkoret). Den solventa partens berättigade intresse av skydd kan i detta läge *inte* gå ut på, att han ska skyddas mot all den förlust eller olägenhet som insolvensen och konkurssituationen medfört i förhållande till läget då avtalet ingicks. *I princip bör endast framtida förluster eller olägenheter som uppkommer då avtalet fortsätter i konkursen vara relevanta.* Om avtalet inte fullföljts utan i stället hävts så hade den solventa parten visserligen inte behövt prestera för framtiden, men redan erlagda prestationer hade han inte fått tillbaka. Den solventa partens intresse av skydd kan då sägas vara lika med det resultat som en hävning vid konkursutbrottet kunnat leda till. Den solventa parten bör alltså i princip *inte ställas sämre* än så, jfr vad som sas i avsnitt 4. Å andra sidan ska han om möjligt inte heller *ställas bättre* än vad som blivit resultatet om avtalet hävts på konkursdagen bortsett från det självklara faktum, att den solventa parten vid boets fullföljande av avtalet får framtida prestationer erlagda i stället för att bortfallet av dem medräknas vid skadeberäkningen efter hävning. Det synes således vara riktigt att "frysa" det inbördes förhållandet mellan prestation och motprestation på konkurs-

dagen, för att med utgångspunkt häri söka upprätthålla kongruens mellan prestationerna under konkursen. I princip bör inte det inbördes förhållandet mellan konkursborgenärerna vid konkursutbrottet förryckas genom konkursboets åtgöranden under konkursen. Den solventa parten bör alltså inte få bättre ställning för sådana prestationer som gäldenären själv dragit nytta av. Detta följer ytterst av konkursförvaltarens skyldighet att iaktta fördelnings- och utdelningsreglerna i FRL och 11 kap KL.

Sammanfattningsvis kan nu med avseende på den grundläggande intressekonflikten sägas, att effekterna av reglerna om ömsesidigt förpliktande avtals behandling vid konkurs bör vara sådana, att borgenärskollektivets – konkursboets – intresse av att kunna fullfölja konkursgäldenärens ömsesidigt ofullgjorda avtal för en gynnsam boavveckling tillgodoses så långt det kan ske utan att den solventa parten åsamkas en icke obetydlig ytterligare förlust eller olägenhet, utöver vad han skulle ha gjort om avtalet i stället hävts på konkursdagen. Den utvecklade grundmodell som angavs i avsnitt 4 ger i normalfallet denna effekt, men även generellt bör reglerna i möjligaste mån ge samma resultat.

III KÖP AV LÖS EGENDOM

1 Inledning

I detta kapitel behandlas vad som gäller vid ett konkursbos befattning med de *köpavtal* som gäldenären slutit före sin konkurs. För fallet att gäldenären är en *köpare* ges i 39–41 §§ KöpL uttryckliga om än – ur konkursrättslig synvinkel – knapphändiga regler om säljarens och köparens konkursbos befogenheter. Då lagregler för andra avtalstyper är tunnsådda i svensk rätt, är dessa paragrafer ändå av betydande generellt intresse.

När det gäller de särskilt köprättsliga aspekterna på parternas prestationsskyldigheter, som kan vara av intresse i konkurssituationen, förutsetts dessa kända. Kort kan sägas att avtalstypen köp utgör ett typexempel på ett ömsesidigt förpliktande avtal, där avhängighetsförhållandet mellan parternas prestationer är särskilt framträdande. I de danska, norska och tyska konkursrättsliga regleringarna omfattas således både köparens och säljarens konkursbo i princip av rätten att inträda i gäldenärens "gensidigt bebyrdende aftaler", "gjensidig tyngende avtaler" resp "zweiseitige Verträge".[1]

I praktiken får ofullgjorda köpavtal vid konkurs antas vara vanligt förekommande. Betydelsen av att konkursförvaltningen ges rätt att fullfölja exempelvis avtal om kontinuerliga råvaruleveranser till gynnsamma priser eller om tillverkning av varor som gäldenären bedriver i stor skala kan lätt inses. Att boet ofta måste bryta åtskilliga av gäldenärens avtal talar inte emot detta. Fortsätter boet t ex att driva gäldenärens verksamhet vidare en tid, torde det vara av största betydelse för möjligheterna att hålla företaget vid liv och kanske så småningom sälja den igångvarande rörelsen, att boet har rätt att i konkursborgenärernas gemensamma intresse fullfölja de köpavtal som är fördelaktiga ur boets synvinkel. Enligt den *grundläggande ändamålsinriktning* jag angav i föregående kapitel, bör den enskilde kontraktsmotpartens intresse av att genom hävning skydda sig mot verkningarna av insolvensen i princip få vika för detta boets

[1] Se 55 § DKL, § 7-3 LFD resp § 17 KO. Med "zweiseitige Verträge" avses i KO detsamma som "gegenseitige Verträge" enligt §§ 320–327 BGB, se Jaeger/Henckel s 479, Kuhn/Uhlenbruck s 413, Kilger s 96 och Hess/Kropshofer s 120. Den terminologiska skillnaden torde bero på att KO infördes ett par decennier före det att BGB kom år 1900.

intresse av att kunna kvarstå vid avtal för en gynnsam boavveckling. Detta hindrar inte att motpartens intresse beaktas, så långt det är möjligt utan att borgenärskollektivets behov av skydd inskränks på ett alltför långtgående sätt. Som en mera konkret riktpunkt bör gälla, att motparten inte genom boets övertagande av avtalet ska behöva åsamkas en icke obetydlig ytterligare förlust än vad som blivit resultatet om avtalet hävts vid konkursutbrottet.

Kapitlet är upplagt så, att de delvis lagfästa reglerna vid köparens konkurs behandlas först. Därefter undersöks i vilken utsträckning dessa regler har sin motsvarighet vid konkurs på säljarsidan. När det gäller den närmare dispositionen har jag övervägt att till en särskild del utbryta behandlingen av successiva (och kontinuerliga) leveransavtal. Ett sådant avsnitt skulle då följa efter de grundläggande reglerna för avtal med leverans i ett sammanhang. Denna uppdelning kan motiveras av att vissa särskilda frågor uppkommer vid avtal om successiv leverans. Jag har emellertid övergett tanken på en sådan tudelning. Dels är nämligen de grundläggande reglerna till största delar tillämpliga också på avtal om successiv leverans, dels är lösningarna för dessa avtal ingalunda artskilda från de principer som gäller för "enkla" köp med momentan säljarprestation. Vid säljarens konkurs är den tänkta uppdelningen än mindre motiverad.

Det följande rör alltså alla typer av köp om inte annat anges eller framgår av sammanhanget.

2 Köparens konkurs

I det närmast följande (2.1) kommer jag att gå igenom reglerna i 39 och 40 §§ KöpL i deras sakrättsliga sammanhang. Dessutom berörs en del andra helt grundläggande frågor. Därefter redogörs för konkursreglerna i den proposition till ny köplag som inom kort kommer att läggas, och i avsnitt 2.3 diskuteras den generellt viktiga frågan, i vilken utsträckning 39 och 40 §§ KöpL är tvingande till konkursboets förmån. Därpå (2.4) analyseras närmare boets skyldighet att ställa säkerhet som villkor för att få behålla gäldenärens avtal. Frågan är av avsevärd vikt för det praktiska värdet av en sådan rätt för boet över huvud taget. Av stor betydelse (även vid andra avtalstyper än köp) är också frågan, om boets rätt att kvarstå vid avtalet avskärs om gäldenären före sin konkurs gjort sig skyldig till kontraktsbrott: har medkontrahenten – här säljaren – även sedan konkurs utbrutit rätt att häva avtalet på grund av detta kontraktsbrott, utan att boet först behöver ges en chans att "rädda" avtalet genom inträde eller säkerställande? Svar ges i avsnitt 2.5.

Ett näraliggande problem diskuteras i avsnitt 2.6, nämligen om boet vid inträde i ett avtal om successiv leverans får begränsa sin betalningsskyldighet till vad säljaren levererar efter konkursutbrottet, dvs om boet kan göra s k partiell inträdesrätt gällande. Avsnitt 2.7 rör ett problem då köparen/gäldenären har delbetalningar till godo på säljaren då konkurs inträffar, och i avsnitt 2.8 behandlas den särskilda återkravs- och konsumtionsbestämmelsen i 41 § KöpL. Avslutningsvis tar jag upp problemen dels om betalning från boets sida ska anses innebära ett inträde (2.9), dels vad som gäller då både säljaren och köparens konkursbo förhåller sig passiva i konkursen (2.10).

2.1 39 och 40 §§ KöpL och andra grundläggande regler

Om antingen säljaren eller köparen erlagt sin prestation före köparens konkurs, får rättsläget bestämmas på grundval av de vanliga sakrättsliga reglerna, om vilken egendom som ingår i ett konkursbo. *Har köparen betalat men ännu inte fått varan* så kan hans konkursbo till en början, liksom köparen själv kunnat, kräva att säljaren levererar.

Konkursförvaltningen kan alternativt vilja återkräva betalningen eftersom boet då självt slipper att realisera varan i pengar. Det kan vara fördelaktigare särskilt då verk-

samheten läggs ned vid konkursutbrottet och boet saknar behov av varan som sådan. Boet har dock ingen rätt att utan vidare kräva igen betalningen. Konkursen är inte hävningsanledning för boet i den meningen, att köpet av boet kan fås att återgå. En annan sak är att boet i princip har alla de rättigheter enligt kontraktet som gäldenären/köparen haft och i kraft härav kan åberopa vanliga kontraktsbrottspåföljder mot säljaren, t ex hävningsrätt på grund av säljarens dröjsmål med avlämnandet. Ytterligare en annan sak är att boet i vissa fall, som jag här saknar anledning att gå in på, kan få ett före konkursen ingånget avtal att återgå via återvinningsregeln i 4:5 KL.

Är läget vid konkursutbrottet i stället det, att *varan kommit i köparens besittning,*[1] *samtidigt som köparen inte betalat fullt*, beror säljarens ställning i hög grad på om han kan göra separationsrätt gällande eller inte. Har ett sakrättsligt giltigt återtaganderättsförbehåll avtalats enligt de regler som anses gälla därom, kan säljaren separera varan.[2] Separationsrätten påverkar emellertid inte avtalets fortbestånd i sig utan utgör endast en säkerhet ifall konkursboet väljer att inte lösa varan genom att betala gäldenärens skuld till kreditsäljaren.[3] Konkursboet kan alltså sägas ha rätt att "inträda" och behålla varan mot att det betalar gäldenärens skuld till den separationsberättigade säljaren.[4] Detta kan ske i förtid enligt avbetalningsköplagarnas regler eller efter hand i enlighet med parternas avtal.

Har säljaren utgett varan i köparens besittning utan att ett giltigt återtaganderättsförbehåll avtalats, saknar säljaren hävningsrätt, 28 § 2 st KöpL.[5] Eftersom säljaren då inte utan vidare har något sakrättsligt skydd för sin fordran på betalning, kan han inte heller tvinga boet att betala,

[1] Ang den mera exakta tidpunkten för upphörandet av säljaren stoppningsrätt (dvs köparens besittningstagande) enligt 39 § KöpL, se NJA 1985 s 879, Håstad, Sakrätt s 171 och Almén § 39 vid not 90 och 122a ff. Jfr även Hellner, Verkan av insolvens s 247 f med not 55 och Grönfors i SvJT 1987 s 36 f.

[2] Se i modern doktrin Hessler s 189 ff, Håstad, Sakrätt, s 154 ff, Helander s 613 ff, Rodhe, Sakrätt s 146 f, 185 ff och 355 ff samt Adlercreutz, Finansieringsformer s 46 ff.

[3] Se t ex Håstad, Sakrätt, s 169. Jfr 5:5 2 st och 9:10 UB.

[4] Jfr Almén § 40 not 2 där det sägs att 40 § KöpL torde kunna tillämpas analogt i ett sådant fall. I dansk och norsk rätt kan förbehållssäljaren därutöver kräva säkerhet, se 57 § 1 st 2 p DKL resp § 7–5 st 1 p 2 LFD samt NOU 1972:20 s 315 hsp och Munch s 363. Detsamma gäller möjligen även i Sverige, jfr att en vanlig säljare som har återkravsrätt enligt 41 § KöpL får kräva säkerhet i motsvarande läge. Å andra sidan har Almén menat att rätten att kräva säkerhet enligt 41 § saknar giltiga skäl för sig, se § 41 vid not 77. Hans analogi till 40 § för förbehållsfallet synes då konsekvent. Arnesdotter anser det föga troligt att förbehållssäljaren skulle ha rätt att *innehålla* varan enligt 39 § KöpL, eftersom han har rätt att häva och separera även efter utlämnandet, se s 193. Huruvida förbehållssäljaren skulle ha rätt att kräva säkerhet anges inte. Enligt min mening kan förbehållssäljaren de lege lata dels innehålla varan tills boet inträder med massaansvar för restskulden, dels (oberoende av om varan utlämnats före konkursen eller inte) häva om inte boet inträder. Separationsrätten bör m a o realistiskt jämställas med en "vanlig" säkerhet vid tillämpning av 39 §.

[5] Från före konkursen avvisade varor bortses.

utan säljaren får nöja sig med att göra gällande betalningskravet som en vanlig konkursfordran.

Köplagen ger inte säljaren rätt till skadestånd – bortsett från dröjsmålsränta – i andra fall än då köpet hävs enligt 28 eller 29 §§, se 30 §. Säljaren torde inte vara bättre ställd då köparens konkursbo vägrar att fullfölja ett köp där varan utgetts till konkursgäldenären före konkursen. Gäller köplagen på avtalet bör säljaren alltså inte i konkursen kunna göra gällande någon skadeståndsfordran i det läget.

Om ingen av parterna fått vad han ska ha vid konkursutbrottet kommer reglerna i 39 och 40 §§ KöpL in i bilden. Konkursboets rätt att genom en förklaring därom *inträda* i köpet nämns i 40 §. 39 § ger boet indirekt en rätt att kvarstå vid gäldenärens avtal genom att *ställa säkerhet*.

När ingendera partens prestationsskyldighet ännu är aktuell att fullgöra är 40 § exklusivt användbar. Säljaren ges där en möjlighet att fråga köparens konkursbo om det vill inträda i avtalet och fullfölja köpet. Svarar inte boet utan oskäligt uppehåll på säljarens förfrågan, eller ger boet negativt besked, får säljaren häva köpet. Ur konkursboets synvinkel innebär regeln att det har en obetingad rätt att välja mellan att inträda i avtalet och att avstå därifrån. Säljaren får ju inte häva om han inte först frågat boet om det vill inträda.[6] Detta är det centrala i begreppet inträdes*rätt*. Att boet inträder innebär att säljarens fordran på betalning "upphöjs" till en massafordran i konkursen. Kärnan i att boet har en *rätt att avstå* från att inträda ligger på motsvarande sätt däri, att den skadeståndsfordran som säljaren kan göra gällande (se härom strax nedan), efter hävning på grund av boets vägran att inträda, inte utgör en massafordran utan endast en konkursfordran.

Även 39 § KöpL innehåller en regel som innebär att boet kan rädda det värde som ligger i gäldenärens köpavtal. Bestämmelsen gäller enligt lagtexten vid kreditköp och är tillämplig först då tiden för avlämnande är inne. Säljaren har då en befogenhet att innehålla varan eller, om den redan avsänts (och kanske då är "avlämnad" i köplagens mening), hindra att den ges ut. Säljarens innehållande etc kan fortgå tills köparens konkursbo ställer betryggande säkerhet för betalningen.[7] Säljaren kan också anmana boet att "ofördröjligen" ställa sådan säkerhet. Görs det inte får säljaren häva köpet.[8] Från konkursboets synpunkt betyder det att

[6] Jfr omständigheterna i NJA 1915 s 6 och NJA 1933 s 545.

[7] Inget hindrar att säkerhet ställs av någon annan än boet, men från sådana fall bortses här.

[8] Boets försummelse att besvara en förfrågan från säljaren enligt 40 §, och boets underlåtenhet att ställa säkerhet enligt 39 §, likställs således med att boet uttryckligen avstått från att fullfölja gäldenärens avtal. Man kan fråga sig vad som gäller, *om säljaren underlåter att uttryckligen häva köpet* trots att han har rätt till det. Almén och Winroth anser att 31 § KöpL kan användas analogt med vissa smärre justeringar, se Almén § 39 vid och i not 222 (jfr not 159 och § 31 vid not 8 ff), § 39 not 226 samt Winroth s 209. Detta

boet har en *ensidig rätt* att kvarstå vid avtalet: säljaren får alltså inte, utan att göra sig skyldig till kontraktsbrott, häva utan att först ha avkrävt boet säkerhet.[9] 39 § ger också säljaren rätt att innehålla varan och kräva säkerhet innan köparens obestånd lett så långt som till konkurs, t ex då köparen är ett företag som inställt betalningarna. Har säkerhet på grund härav (eller ännu tidigare) ställts före konkurs, finns givetvis ingen rätt för säljaren att kräva ytterligare säkerhet av konkursboet, förutsatt att säkerheten står sig gentemot konkursborgenärna.[10]

Som sagt gäller 39 § enligt sin ordalydelse endast vid kreditköp,[11] men paragrafen har allmänt i doktrinen ansetts tillämplig även på kontantaffärer.[12] Detta skulle bl a innebära att en kontantsäljare vid försändningsköp inte behövde avsända varan enligt 15 § KöpL, utan att varan i stället kunde innehållas redan på avsändningsorten. Då köparen ofta faktureras några dagar efter leverans kan detta vara av betydelse. En sådan generell tillämpning av 39 § skulle emellertid innebära en avsevärd inskränkning av köparens konkursbos möjligheter att kvarstå vid avtalet, vilket inte förefaller ha uppmärksammats av de författare som uttalat sig för analogin från 39 § vid kontantköp.

Att boet ställer säkerhet för betalningen enligt 39 § innebär inte redan i sig att säljaren också får en massafordran på betalningen, utan boets säkerhet ställs i princip för tredje mans – konkursgäldenärens – skuld.[13]

innebär att säljarens "rätt" att leverera varan mot en dividend på betalningen kan gå förlorad om säljaren inte inom viss tid ger besked om sina avsikter. Rätten att häva skulle tydligen kvarstå, men detta saknar större betydelse. Eftersom ingendera sidan kan åläggas att prestera kan avtalet anses hävt även om ingen uttrycklig hävningsförklaring avgetts. Rättsföljden enligt 26 och 31 §§ KöpL brukar också ofta anges med att avtalet anses hävt, se t ex Rodhe, Obligationsrätt s 205 not 35 och SOU 1976:66 s 242, jfr även Hellner, Ipso facto avoidance. Se vidare NOU 1972:20 s 319 vsp där det sägs, att förhållandena efter ett negativt besked från boets sida ofta är sådana, att hävning är det enda förnuftiga alternativet från medkontrahentens synpunkt. I så fall kommer avtalet att anses hävt om inte medkontrahenten inom rimlig tid meddelar att han önskar kvarstå vid avtalet. – I *Västtyskland* var i vart fall tidigare den härskande meningen i doktrinen, att boets passiva eller uttryckliga avstående från att inträda redan som sådant innebär att de ömsesidiga anspråken på prestation utslocknat och att avtalet automatiskt omvandlats till ett ensidigt skadeståndsanspråk på "Nichterfüllung" för medkontrahenten. Någon ytterligare viljeförklaring ansågs inte behövlig, se t ex Jaeger/Lent s 282 ff och 291, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 215 f, jfr Kilger s 106 och Offtermatt s 18 ff, 28 ff och 143 f. På senare tid har bl a Henckel och Marotzke pläderat för andra uppfattningar, som båda ligger närmare de nordiska köplagarnas konstruktion, se Jaeger/Henckel s 543 ff och – utförligast – Marotzke s 53 ff, särskilt 73 ff. I senaste upplagan av Mentzels konkurslagskommentar instämmer också Uhlenbruck i den senare uppfattningen, se Kuhn/Uhlenbruck s 449 f.

9 Jfr omständigheterna i NJA 1915 s 6 och NJA 1920 s 45 (obestånd utom konkurs).

10 Jfr Almén § 39 vid not 37 och i not 133*. Se om 39 § KöpL och betalningsinställelse Arnesdotter s 187 ff.

11 Betr rättsläget då återtaganderättsförbehåll avtalats, se not 4 ovan.

12 Se t ex Almén § 39 vid not 103, Hellner a a s 143, Eklund i SvJT 1942 s 666 och Carlson i SvJT 1924 s 66 f.

13 Jfr Håstad, Sakrätt s 301.

Säljarens fordran på betalning är m a o fortfarande en konkursfordran, och boets kvarstående vid köparens avtal genom ställande av säkerhet bör därför i princip inte kallas "inträde" i den snävare mening begreppet används i den här boken. Om betalningen uteblir kan säljaren således ta säkerheten i anspråk men skulle den inte ge honom full täckning, kan säljaren inte få till stånd utmätning hos boet för det överskjutande beloppet. Inte heller kan den osäkrade konkursfordringen användas för att försätta boet i konkurs.

Enligt Almén kan säljaren i situationen för 39 § sista punkten välja att avstå från att kräva säkerhet och i stället fordra att boet inträder enligt modellen i 40 §. Vid boets underlåtenhet att inträda skulle säljaren kunna häva.[14] Åsikten verkar oförenlig med lagtexten. För att säljaren ska få häva i detta läge krävs väl att han först anmanat boet att ställa säkerhet? Och om boet på eget initiativ ställer säkerhet kan det inte gärna vara så, att säljaren ändå får häva därför att boet inte vill påta sig massaansvar? Eller vad gäller egentligen om det inbördes förhållandet mellan 39 och 40 §§ KöpL?

Det bör till en början vara klart att avsikten med regleringen är att säljaren *först* ska kunna kräva besked om inträde enligt 40 § och *sedan* – även om boet då inträtt – när avlämnande ska ske, säkerhet enligt 39 §.[15] Har boet inträtt enligt 40 § kan säljaren enligt lagtexten däremot inte häva vid avlämnandetidpunkten, utan att först ha avkrävt boet säkerhet enligt 39 §. För hävning i detta läge fordras ovillkorligen – såvida inte boet uttryckligen eller konkludent helt får anses avstått från att fullfölja avtalet eller redan kommit i dröjsmål betalningen – att säkerhet avkrävts boet och att denna uteblivit.[16]

Är då verkligen inte säljaren vid tiden för avlämnandet berättigad att, som villkor för att inte häva, kräva *både* att boet inträder med massaansvar *och* ställer säkerhet? Man kan tänka sig att säljaren avstått från att först utnyttja 40 § eller att det inte funnits något utrymme för detta, t ex därför att avlämnande ska ske på dagen för konkursbeslutet. Enligt min mening kan ordalydelsen i 39 § åberopas mot en sådan dubbel skyldighet för boet. Detsamma gör Alméns uttalanden om syftet med säljarens rätt att interpellera boet enligt 40 §, nämligen att han ska ges en möjlighet att förhindra att boet spekulerar i prisutvecklingen.[17] Någon spekulationsmöjlighet finns ju aldrig då avlämnandet ska ske i omedelbar anslutning till konkursutbrottet. Även om upphovsmännen till 39–41 §§ KöpL kan ha utgått ifrån att säljaren enligt en grundläggande modell

[14] Almén § 39 not 172.

[15] Så Almén § 40 vid not 19b, Winroth s 211 f och Hellner, Köprätt s 144.

[16] Jfr Hellner a st.

[17] Se Almén § 40 vid not 1 ff.

alltid kan göra fortsatt prestation beroende av att boet "i botten" alltid tar på massaansvar, synes säljaren ändå inte enligt de gällande köplagsreglerna kunna kräva att boet påtar sig ansvaret för betalningen vid sidan av den säkerhet som han kan påfordra, ifall boet inte vill åta sig massaansvar. Boet är dock givetvis ändå tvunget att betala avtalsenligt för att inte gå miste om köpet på grund av vanliga dröjsmålsregler. Nämnas bör då också, att säljaren inte kan kräva betalning före förfallodagen bara därför att köparen är försatt i konkurs, utan han får nöja sig med en av boet ställd säkerhet och/eller en massafordran på betalningen.

Om konkursboet väljer att inte inträda eller ställa säkerhet enligt 40 resp 39 §§ KöpL så får säljaren som sagt häva. I dansk, norsk och tysk rätt har en avtalspart enligt generella, uttryckliga lagregler rätt till *skadestånd* upp till det positiva kontraktsintresset när ett avtal inte fullföljs av ett konkursbo. Kravet är en *konkursfordran*.[18] Den svenska köplagen innehåller ingen uttrycklig bestämmelse om detta. Likväl anses säljaren ha rätt till en konkursfordran på skadestånd.[19] I köplagsutredningens slutbetänkande 1976 föreslogs en sådan regel lagfäst i 40 § 2 st KöpL: "Häves köpet skall köparen ersätta säljarens skada enligt 30 §."[20] I den kommande propositionen till ny köplag finns ingen motsvarighet upptagen.[21] Lagbestämmelser om en avtalsparts rätt till skadestånd då avtalet hävs eller sägs upp vid konkurs finns emellertid föreskrivna för en del andra avtalstyper.[22]

Även om boet väljer att inte inträda eller ställa säkerhet anses säljaren å sin sida kunna kvarstå vid avtalet och ha rätt att leverera varan till boet mot en konkursfordran på betalningen.[23] Detta är naturligtvis i de flesta

[18] Se 59 § DKL, § 7–8 LFD resp § 26 p 2 KO.

[19] Se särskilt Almén § 39 vid not 188c ff, speciellt vid not 197a–199, och § 40 vid not 24 med hänv. Jfr Hellner II s 254 f, Håstad, Sakrätt s 300, densamme, PM s 2, Welamson, Konkursrätt s 442 och densamme, Konkurs s 119.

[20] SOU 1976:66 s 37, jfr s 301.

[21] Se närmare om förslaget i 2.2 nedan.

[22] Se 8:16–18, 9:30, 12:30 och 12:31 JB för arrende och hyra, 4:26 JB för fastighetsköparens konkurs, 26 § 3 mom FAL för försäkringsavtal och 51 § KommL för kommission. – Ett alternativ till skadestånd är att säljaren säljer varan på auktion för köparens räkning enligt 34 § KöpL. Därefter kan han som en konkursfordran göra gällande skillnaden mellan det avtalade priset och auktionssumman, se NJA 1915 s 6 och Almén § 39 vid not 186.

[23] Almén § 39 vid not 219a ff, Hasselrot, HB 2 uppl s 231 och Winroth s 209. Detsamma torde gälla i Norge och Danmark, se Brækhus s 176 och 185 resp Gomard s 40 och 42 not 46. Boets avstående från att inträda eller ställa säkerhet innebär således inte att säljarens rätt att å sin sida fullgöra avtalet avskärs, utan endast att boet inte behöver fullgöra köparens motförpliktelser. De lege ferenda hävdade redan Almén att rätten att leverera mot en konkursfordran kan tas bort, då säljarens intresse är tillräckligt tillgodosett genom rätten till skadestånd, se Almén § 39 not 223. Boets avstående från att inträda resp från att ställa säkerhet blir då ifråga om rättsföljder närmast att se som en regelrätt hävning.

fall värdelöst för säljaren, men finns inga andra avsättningsmöjligheter för varan kan alternativet undantagsvis vara av värde.

Om säljaren åter *häver köpet* efter det att boet helt avstått från att inträda eller ställa säkerhet,[24] måste han utge den betalning som han kan ha fått. På boets återkrav kan dock säljaren *kvitta sin skadeståndsfordran* på grund av hävningen.[25] I denna situation är säljarens rätt till en konkursfordran på skadestånd således av väsentlig betydelse.

Har slutligen *båda parterna presterat fullt* före konkursen så förblir det normalt därvid. Köparens kontraktsbrott före sin konkurs ger inte säljaren rätt att kräva köpets återgång.[26] Åberopar säljaren med rätt att avtalet är ogiltigt så kan han däremot återta/separera varan mot att uppburen betalning återlämnas, i den mån den överstiger det skadeståndskrav som säljaren kan ha.[27] För återgångsanspråk grundade på felaktiga förutsättningar har säljarens separationsrätt tidigare ansetts diskutabel.[28] I rättsfallet NJA 1985 s 178 (Kalmar varv) har HD dock skingrat osäkerheten och medgett en säljare separationsrätt för ett återgångsanspråk grundat på förutsättningsläran.

Boet kan givetvis få avtalet att återgå enligt vanliga köprättsliga regler, om säljaren gjort sig skyldig till kontraktsbrott och boet reklamerar i tid, jfr 27 och 52 §§ KöpL. Hävs köpet blir boet som sådant skyldigt att återlämna varan mot återfående av betalningen, 57 § KöpL.[29]

[24] Ang s k *partiellt avstående*, se 2.7 nedan.

[25] Almén § 39 vid not 215 ff och i not 219, densamme i TfR 1919 s 278 f, Hasselrot, HB 2 uppl s 232, densamme, Juridiska skrifter VII s 290, Winroth s 208, Bramsjö s 351, Lindskog s 173 och Walin, Materiell konkursrätt s 85.

[26] Jfr dock fallet att köparen före konkursen avvisat varan utan fog, se 28 § 2 st KöpL och Lennander s 327 f.

[27] Se ang separationsrätten Bramsjö s 132 ff, Hessler s 172, Walin, Separationsrätt s 61, Håstad, Sakrätt s 172, Rodhe, Sakrätt s 194 och Lennander s 323. – Ang avräkningen, jfr Lindskog s 168.

[28] Hessler s 174 ff, Håstad, Sakrätt s 173 f, Rodhe a st och Lennander a st.

[29] Ang säljarens möjligheter att i detta läge kvitta boets fordran på återfående av betalningen mot en utomstående konkursfordran, se Lindskog s 168 vid not 53 där en sådan kvittning avvisas. Häri instämmer jag. Boets hävning och anspråk på återgång bör i detta läge ses som att boet inträder i det "återgångsavtal" som kan sägas uppkomma vid hävning. Boet är då skyldigt att under massaansvar utge varan och kan för egen del återkräva betalningen. Denna boets fordran tillkom inte gäldenären själv vid konkursutbrottet utan grundas just på *boets val* att häva på grund av säljarens kontraktsbrott.

2.2 Det nya köplagsförslagets insolvensregler[30]

I det nya köplagsförslaget på samnordisk basis finns regler om innehållanderätt och passiv stoppningsrätt i 61 §. Paragrafen därefter innehåller en allmän regel om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott. I 63 § 1 st finns regler som i stort sett motsvarar 39 § sista punkten och 40 § i 1905 års köplag.[31] Så här lyder förslagets 61 § och 63 § 1 st:

> *61 §:* Visar det sig efter köpet att en parts handlingssätt eller ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att han inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser, får motparten för sin del inställa fullgörelsen och hålla inne sin prestation.
>
> Har säljaren redan avsänt varan och visar det sig att sådana förhållanden som avses i första stycket föreligger på köparens sida, får säljaren hindra att varan lämnas ut till köparen. Detta gäller även om köparen mottagit transportdokument avseende varan.
>
> Den som inställer fullgörelsen eller hindrar att varan lämnas ut skall genast meddela motparten detta. Om han inte gör det, har motparten rätt till ersättning för den skada som han lider genom att ett sådant meddelande inte har lämnats i tid.
>
> Den som har inställt sin fullgörelse eller hindrat att varan lämnas ut skall fortsätta fullgörelsen, om motparten ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse.
>
> *63 § 1 st:* Har en part försatts i konkurs och är tiden för fullgörelsen inte inne, får motparten kräva besked huruvida konkursboet vill tillträda köpet. Om boet inte inom skälig tid svarar och ställer godtagbar säkerhet, får köpet hävas.

Enligt 61 § 3 st ska som synes den innehållande parten – i detta sammanhang säljaren – genast meddela den andra parten om innehållandet. I annat fall kan han bli ersättningsskyldig. Denna regel motsvarar i viss mån det interpellationssystem som för närvarande består av 39 § sista punkten och 40 § KöpL och är viktig för rätten att få innehållandet att upphöra genom säkerställande enligt 61 § 4 st.

[30] Avsnittet bygger på ett inom justitiedepartementet upprättat lagförslag daterat 5/2 1987, jfr den likalydande svenska lagtexten i parallelluppställningen i den norska propositionen Ot prp nr 80(1986–87) s 226 ff. Jfr även de finska departementsmotiven (prop nr 93/1986 s 108 ff) till en i stort likalydande lagtext. De svenska specialmotiven i betänkandet NU 1984:5 (se s 339 ff) refererar jag bara i de delar som avser lagtext som inte i sak ändrats i departementsförslaget. Skillnaden mellan det svenska utredningsförslaget och departementsförslaget ligger framför allt däri, att utredarna inte upptog några som helst regler om konkurs, konkursbon och inträdesrätt bortsett från en motsvarighet till 41 § KöpL. I betänkandet angavs t o m uttryckligen att säljaren inte var skyldig att låta ens köparens konkursbo inträda eller ställa säkerhet i de situationer som 40 § resp 39 § sista punkten KöpL reglerar. Konkursboets rätt att kvarstå vid avtalet föreslogs alltså helt enkelt avskaffad, se NU 1984:5 s 345. Efter viss remisskritik godtogs dock inte – som tur var för alla framtida konkursbon – utredarnas häpnadsväckande idéer av departementet. Där föreslogs i stället den i texten citerade 63 § 1 st.

Förevarande avsnitt 2.2 och avsnitten 2.3 och 3.2 har skickats till justitiedepartementet för beaktande. 63 § kommer förmodligen, innan propositionen läggs, att skrivas om i riktning mot vad jag här förespråkar.

[31] 63 § 2 st och 3 st i förslaget motsvarar 41 § KöpL. Se härom i 2.8 nedan.

Under begreppet "ekonomiska förhållanden" faller, enligt betänkandets specialmotivering till 61 §, utan vidare konkurs hos köparen.[32] Och i lokutionen "inställa fullgörelsen" ligger en rätt att stoppa också förberedande åtgärder för varans avlämnande. Huruvida häri innefattas även en rätt för säljaren att stoppa en pågående tillverkning sägs inte. Lagtexten ger väl heller inte helt klart besked på denna punkt, även om det lutar åt att tillverkningen kan stoppas.[33] I övrigt innehåller förslagets 61 § inget sakligt nytt av betydelse för rättsläget vid köparens konkurs.

63 § 1 st innehåller däremot en del nyheter. Håller vi oss till köparens konkurs,[34] ger *första punkten* i stort sett samma regel som 40 § 1 p KöpL. Skrivningen är dock så komprimerad, att det inte klart framgår om det är konkursgäldenärens – här köparens – eller motpartens/säljarens fullgörelsetid som inte ska vara inne. Eller syftar "fullgörelsen" i första punkten kanske på båda parternas fullgörelse, på samma sätt som uttryckligen anges i 40 § 1 p KöpL?

Med hänsyn till att 63 § 1 st förefaller utgöra ett slags sammanslagning av 40 § och 39 § sista punkten KöpL, kan möjligen antas att "fullgörelsen" syftar på konkursgäldenärens fullgörelse: både före och (framför allt) vid tiden för avlämnandet bör säljaren rimligen, vid sidan av ett innehållande av varan enligt 61 §, få kräva besked av boet i inträdesfrågan vid äventyr av hävning, liksom enligt 39 § sista punkten KöpL. I så fall skulle 63 § 1 st 1 p ge säljaren förfrågningsrätt i samma utsträckning som idag. Säkert synes detta ändå inte vara, då den föreslagna lagtextens ordalydelse mycket väl kan tolkas som utgörandes endast en direkt motsvarighet till 40 § 1 p KöpL. Säljarens rätt enligt 39 § sista punkten KöpL skulle i så fall vara borttagen. Vid närmare eftertanke är detta nog den mest näraliggande tolkningen.

Oavsett hur det förhåller sig med detta, innefattar 63 § 1 st *2 p* obestridligen flera ändringar jämfört med 1905 års köplag. För det första blir köparens konkursbo när det inträder, till skillnad från idag, skyldigt att ställa säkerhet även om tiden för avlämnande ännu inte är inne då säljaren frågar. För det andra måste boet vid inträdet *självmant* ställa säkerhet, alltså även om inte säljaren uttryckligen krävt boet på säkerhet vid sidan av massaansvar. Den förstnämnda nyordningen innebär att boet blir tvunget att både bestämma sig för inträde och skaffa fram säkerhet, även i ett fall då det återstår flera månader innan prestationerna ska utväxlas. Annars får säljaren häva. Det var just denna, mot boet obilliga konsekvens, som upphovsmännen till 1905 års köplag avvisade när de i 40 § KöpL inte gav säljaren rätt att kräva säkerhet utöver

32 NU 1984:5 s 339.

33 Se närmare härom i 2.3 nedan.

34 Ang förslagets innebörd vid säljarens konkurs, se 3.1 och 3.2 nedan.

boets massaansvar. En skyldighet att i detta läge ställa säkerhet ansågs kunna medföra betydande olägenheter för boet, särskilt om en mängd säljare avkräver boet säkerhet för betalningar som ska utges långt i framtiden. Boet skulle då tvingas att avstå även från gynnsamma avtal bara därför att konkursförvaltaren inte fått överblick över gäldenärens ställning då säkerheterna krävs.[35] Dessa synpunkter blir än mera träffande om boet, såsom föreslås i 63 § 1 st 2 p, utan att ens ha avkrävts säkerhet måste ställa sådan när det inträder.

För närvarande gäller vidare att 39 § sista punkten KöpL inte ger stöd för att massaansvar (inträde) kan avkrävas boet vid sidan av den särskilda säkerhet som får krävas då tiden för avlämnadet är inne. Jämför även reglerna i 12:31 3 st JB, enligt vilka en lokalhyresgästs konkursbo kan välja mellan att inträda med massaansvar och att ställa säkerhet utan sådant ansvar. Även när det gäller boets skyldigheter i situationen för 39 § sista punkten KöpL, innebär den citerade 63 § 1 st således en försämring av köparens konkursbos rättsställning. Låt vara att säljaren idag, genom att först använda 40 § och, om han ska prestera före köparen, sedan 39 § sista punkten KöpL, i många fall kan tillförsäkra sig både massaansvar och säkerhet.

Förslagets ordalydelse synes även innebära att boet, för att inte gå miste om avtalet, också vid *kontantköp* både måste ställa säkerhet och ta på sig massaansvar, även då ingen av prestationerna ännu ska utges när säljaren frågar.

Till sist kan framhållas att det svenska förslagets 3 § innehåller en liknande angivelse om att lagen är dispositiv som 1 § KöpL. Detta kan liksom för närvarande förleda tillämparen att tro att även reglerna om konkursboets inträdesrätt är dispositiva, vilket de alltså inte är, se närmare i nästa avsnitt. Att reglerna är tvingande bör givetvis framgå av lagen, särskilt som klargörande konkursrättsliga lagregler saknas även på denna punkt.

Sammanfattningsvis skulle således den föreslagna 63 § 1 st på flera väsentliga punkter medföra försämringar av köparens konkursbos rättigheter. Lägger man därtill att lagtexten är alltför komprimerat skriven och därmed oklar, vilket leder till tolknings- och förmodligen även praktiska tillämpningsproblem, så anser jag att bestämmelsen i här citerad lydelse inte bör bli genomförd som lag.

Den *norska* köplagspropositionens 63 § utgör en betydligt mera genomtänkt och nyanserad reglering.[36] Bestämmelsen bygger på de

[35] Se Almén § 40 vid not 22, jfr t ex Håstad, Sakrätt s 304 och vidare i 2.4 nedan.

[36] Se härtill Ot prp nr 80(1986–87) s 113–115 och 153 f = NU 1984:5 s 346–349 resp 114.

generella reglerna om konkursens[37] verkan på gäldenärens avtal i 7 kap LFD. Köplagsförslagets 63 § 1 st ger först en regel om konkursboets rätt att inträda i avtalet med massaansvar och motpartens rätt att fråga om inträde ska ske. Andra stycket handlar bl a om motpartens möjligheter att kräva säkerhet när boet inträder. Konkretiserade till köparens konkurs utsäger reglerna att säljaren, när tiden för helt eller partiellt avlämnande är inne, får kräva betryggande säkerhet för betalningen, om anstånd med betalningen medgetts. Säkerheten ska ställas utan ogrundat uppehåll. Det tilläggs emellertid att motparten/säljaren dessutom kan kräva att säkerhet ställs redan innan tiden för avlämnandet är inne, om detta är nödvändigt för att skydda honom mot förlust ("tap"). Tvister om säkerheten ska avgöras av "skifteretten". I 63 § 3 st står att motparten/säljaren kan häva om inte boet inträder och säkerställer enligt det just sagda. Avtalsvillkor som ger en längre gående rätt att häva på grund av insolvens anges inte vara bindande för boet. I ett avslutande fjärde stycke sägs så att de generella konkursrättsliga reglerna i 7 kap LFD är tillämpliga så långt de passar.

I ett ännu inte lagt *danskt* departementsförslag till ny köplag finns en 63 § som säger, att rätten att hålla inne sin prestation eller att häva köpet på grund av den andra partens konkurs följer reglerna i konkursloven, dvs de generella reglerna i 7 kap DKL (53–63 §§) om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs. 53, 57 och 58 §§ DKL ger i allt väsentligt samma rättsläge som i Norge.[38]

I avvaktan på en framtida konkursrättslig reform om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs, bör det i Sverige enligt min mening utformas köprättsliga regler som nära ansluter sig till den norska propositionens 63 § 1 st – 3 st. Detta skulle på alla väsentliga punkter endast innebära en språklig modernisering och innehållsmässig systematisering av 39 § sista punkten och 40 § i 1905 års köplag, vilket ändock vore ett framsteg jämfört med det preliminära svenska departementsförslagets 63 § 1 st. Så här skulle en sådan bestämmelse kunna utformas:[39]

> Om en part försätts i konkurs får konkursboet inträda i köpet. Den andra parten får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda.
>
> Inträder konkursboet i köpet och är tiden för motpartens fullgörelse inne, får denne kräva att boet genast fullgör motprestationen eller, om anstånd medgetts, utan oskäligt uppehåll ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse.

[37] Även andra insolvensuppgörelser omfattas av reglerna, men från dessa fall bortses här.

[38] Se parallelluppställningen i den norska Ot prp nr 80(1986–87) s 228 hsp, jfr NU 1984:5 s 61. Den finska propositionens 63 § överensstämmer (vad gäller köparens konkurs) däremot med det svenska förslaget, se prop nr 93/1986 s 111 f.

[39] Huruvida justeringar bör göras med hänsyn till särskilda förhållanden vid *säljarens* konkurs återkommer jag till i 3.2 nedan.

Om inte konkursboet inträder och ställer säkerhet enligt första och andra stycket, får motparten häva köpet. Avtalsvillkor som ger motparten en mera långtgående rätt att häva på grund av insolvens är inte bindande för boet, om inte motparten hävt köpet före konkursen.

Liksom i de danska och norska konkursreglerna och de danska, norska, svenska och finska förslagen till nya köprättsliga konkursregler, har jag som synes utmönstrat den modell som föreskrivs i 39 § sista punkten i 1905 års KöpL. Denna modell innebär, att köparens konkursbo i visst fall kan kvarstå vid köpet genom att ställa säkerhet utan att samtidigt ta på sig massaansvar. Eftersom säljaren idag först, ända fram till avlämnandetidpunkten, kan kräva inträde av boet enligt 40 § KöpL och sedan, då avlämnande ska ske och betalning inte samtidigt ska erläggas, säkerhet enligt 39 §, så innebär detta emellertid ingen större skillnad jämfört med rådande regler. Systematiskt är det också mera konsekvent och klargörande att arbeta utifrån grundmodellen med konkursboets inträde och sedan bygga på denna modell med säkerställanderegler för vissa fall. Denna grundsyn bygger förmodligen också köplagens regler på. Jämför Alméns uttalanden om att den allmänna grundsatsen om konkursboets valrätt mellan att *"tillträda i köpet och därifrån avstå"* förutsätts i 39–41 §§ KöpL och förutsattes redan i reglernas föregångare i 1800-talets konkurslagar.[40]

Den lagtext, som jag nyss förordade, utgör som sagt i stort sett endast en kodifiering av vad som redan idag anses gälla vid köparens konkurs. I en mera "offensiv" *de lege ferenda-inriktad* revision av 39 och 40 §§ KöpL bör emellertid även övervägas, om inte den särskilda rätten för säljaren att kräva säkerhet av boet bör avskaffas. Genom boets inträdesförklaring får säljaren redan en säkerhet i form av en massafordran på betalningen med i princip bästa rätt i konkursen. Bara om boet som sådant är (eller blir) insolvent för massaskulderna finns det därför något egentligt skäl för att säkra säljaren ytterligare. I stället för att i konkursbestämmelsen inta en särskild säkerhetsregel, kan hänvisning ske till den allmänna anteciperingsregeln i köplagsförslaget (62 §). Redan idag får antas att allmänna regler om anteciperat kontraktsbrott gäller också för konkursbon under konkurs. I konkursbestämmelsen bör då anges, att säljaren får häva köpet – förutom då boet avstår från att inträda – då det står klart att *boet* kommer att begå ett kontraktsbrott som ger hävningsrätt enligt förslagets 62 §. Sistnämnda paragraf ger en part möjlighet att avvärja att hävningen får verkan genom att säkerhet ställs. En hänvisning skulle innebära att konkursboet erhöll samma möjlighet då kontraktsbrott kan anteciperas mot boet. I lagform skulle regleringen då få följande utseende:

[40] Se Almén, rubriken till §§ 39–41 efter not 3.

> Om en part försätts i konkurs får motparten inträda i köpet. Motparten får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda.
>
> Om inte konkursboet inträder enligt första stycket får motparten häva köpet. Motparten får även häva köpet i den utsträckning som 62 § anger, om avtalsbrott som där nämns kan föregripas mot boet.
>
> Avtalsvillkor som ger motparten en mera långtgående rätt att häva på grund av insolvens eller föregripet avtalsbrott är inte bindande för boet, om inte motparten hävt köpet före konkursen.[41]

I de följande avsnitten kommer jag inte heller att tynga texten genom att genomgående nämna alternativet, då konkursboet ställer säkerhet utan att inträda i egentlig mening, vid sidan av fallet då boet inträder och i vissa fall därutöver ställer säkerhet. Med *inträde* och *inträdesrätt* menas alltså i det följande alla situationer, då boet åtar sig massaansvar för gäldenärens avtalsförpliktelser (resp har rätt att göra detta), även då säkerhet *dessutom* måste utges. Även om det *självständiga* säkerhetsalternativet inte uttryckligen nämns är de resonemang som förs i termer av och om inträde och inträdesrätt dock hela tiden relevant också för detta alternativ, om inte något annat uttryckligen anges.

2.3 I vilken utsträckning är reglerna tvingande?

I kap II 5 framkom att reglerna om konkursbons rätt att inträda i ömsesidigt ofullgjorda avtal i princip bör anses tvingande. Detta innebär att avtalsvillkor överenskomna mellan parterna inte kan göras gällande mot deras konkursbon, om de ger bona sämre inträdesvillkor eller helt berövar dem deras inträdesrätt, om en sådan rätt nu alls anses föreligga för avtalsförhållandet ifråga. Grunden för detta är – förutom ändamåls- och rimlighetsskäl – att ett kontraktsvillkor som inskränker boets rätt utgör ett avtal uteslutande till nackdel för tredje man, konkursboet.

Detta är grundprinciper som uttryckligen fastslagits i *dansk* och *norsk* lag, se 53 § DKL resp §§ 7–1 och 7–3 st 2 p 2 LFD. I *tysk rätt* råder delade meningar om den allmänna inträdesregeln i § 17 KO är tvingande. Denna tveksamhet beror emellertid i hög grad på *dels* formuleringen "...kann der Konkursverwalter *an Stelle des Gemeinschuldners* den Vertrag erfüllen..." (min kurs) i den tyska lagtexten, vilken tolkats så att boet blir bundet av alla delar i gäldenärens avtal, däribland även sådana som berövar boet inträdesrätten,[42] *dels* att frågan om reglernas tvingande karaktär ofta sammanblandats med frågan om var *gränserna* för konkursboets i och för sig tvingande rätt ska dras, dvs när avtalets karaktär redan

[41] Ang anteciperat kontraktsbrott contra boets inträdesrätt, se närmare i 2.5.5 nedan.

[42] Se t ex Jaeger/Lent s 294 f, Böhle-Stamschräder, 11 uppl 1974 s 104 och Offtermatt s 55.

i sig ska anses medföra att boet helt saknar rätt att inträda och fullfölja avtalet, alldeles oavsett om något inskränkande avtal föreligger.[43] Klausulernas giltighet kunde dessutom grundas på den tidigare härskande meningen i doktrinen, som hävdade att § 17 KO i första hand utgjorde en skyddsregel för medkontrahenten i avtalsförhållanden.[44] Denna ståndpunkt torde fortfarande ligga i linje med gällande rätt på området.[45] Den härskande åsikten i doktrinen är dock numera att § 17 KO först och främst avser att skydda konkursboets intresse av en gynnsam boavveckling, vilken åsikt givetvis leder till en annan och mera "bovänlig" syn på klausuler som inskränker boets rätt.[46] I förslaget till *ny insolvensrättslagstiftning* har också upptagits en bestämmelse som säger, att ett avtal om extraordinär insolvensgrundad uppsägningsrätt eller om ett kontrakts upphörande vid parts insolvens är ogiltigt.[47]

I svensk köprätt har Almén uttalat, att konkursboets valrätt mellan att inträda och att avstå från köpet gäller även om annat uttryckligen avtalats.[48] Att köplagen i sin helhet är dispositiv anser han inte motsäga detta, då boets rätt endast *förutsättningsvis* uttalas i lagen.[49] Att åsikten

[43] Se t ex de i kap IV 3.3 nedan refererade entreprenadmålen LG Aachen 21.6.1977 (KTS 1979.123 ff), OLG Düsseldorf 14.7.1981 (ZIP 81.886) och BGH 26.9.1985 (ZIP 85.1509). Jfr vidare Rosenberger i BauR 1975 s 233 ff, Heidland i BauR 1975 s 305 ff, Jaeger/Henckel s 568 f och Kilger s 108 f.

[44] Se Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 202 ff, Pagenstecher/Grimm s 50 f not 6 och Jaeger/Henckel s 477 ff med utförlig diskussion om ändamålet med § 17 KO. Hos Marotzke s 9 ff finns den mest ingående analysen i frågan och, enligt min mening, också den mest insiktsfulla. Jfr även Kuhn/Uhlenbruck s 412 f och 419.

[45] Se i rättspraxis särskilt BGH 17.3.1972 (BGHZ 58.246), särskilt på s 249: "...in erster Linie und möglichst lange den Vertragsgegner des Vergleichs bzw. Gemeinschuldners zu schützen..." samt BGH 5.5.1977 (BGHZ 68.379), särskilt på s 383.

[46] Se främst Marotzke a st, särskilt på s 37 ff, Jaeger/Henckel a st och s 568 f, Kilger s 95 f, Rosenberger a st och Baumgarte s 74 ff. Jfr även Häsemeyer i KTS 1973 s 2 ff och Baur/Stürner s 402 med not 17. Även Kuhn/Uhlenbruck s 412 f håller numera med Henckel.

[47] Se Insolvenzrecht I s 49 och 226 f (Leitsatz 2.4.1.11).

[48] Almén, rubriken till §§ 39–41 not 4 och § 39 not 143.

[49] Tidigare återfanns regler motsvarande 39 och 40 §§ KöpL i konkurslagstiftningen med samma indirekta skrivning. Boets rätt torde även då utan vidare ha förutsatts, jfr Almén § 39 vid not 142 och i not 143, där det antyds att rättssatsen är *jus cogens*. I konkurslagen av 1818, 2:5 1 p hette det sålunda:

> "Har någon till gäldenären sålt waror, men betalning derföre ej njutit, och äro ej warorne, före concursens början, till gäldenären eller till annan för hans räkning, lefwererade; vare då säljaren ej skyldig aflemna warorne, där ej borgenärerne dem betala."

En likalydande regel intogs i 15 § av 1830 års KL. 38 § i 1862 års KL löd så här:

> "Har någon till gäldenären sålt varor, men betalning derför ej njutit och äro innan den tid, då gäldenären sin konkursansökan till rätten eller domaren ingaf, eller, i anledning af borgenärs ansökan om konkurs, offentlig stämning utfärdades,

är riktig styrks enligt min mening av att boets inträdesrätt helt togs bort i 1984 års utredningsförslag till ny köplag.[50] Bara därför att den på konkursrättsliga överväganden grundade inträdesrätten för ett konkursbo indirekt nämns i en dispositiv obligationsrättslig lagstiftning, vilken ändras så att detta omnämnande faller bort, kan inte gärna följa att den konkursrättsliga regeln avskaffats. En annan sak är att det hade varit otillfredsställande om lagstödet för inträdesrätt vid köp försvunnit. Det hade fått den något bakvända konsekvensen, att analogier för köp skulle fått sökas i annan lagstiftning där inträdesrätt uttryckligen nämns, t ex i 12:31 3 st JB.

Almén framhåller vidare att det inte är alldeles säkert, att varje överenskommelse om de närmare förutsättningarna för konkursboets inträdesrätt etc skulle vara ogiltig. Själva *principen* anger han dock vara tvingande.[51]

Avtalsklausuler som ger säljaren *ovillkorlig hävningsrätt* vid köparens konkurs bör i linje med detta anses ogiltiga mot köparens konkursbo enligt gällande rätt. Däremot torde det inte vara helt uteslutet att exempelvis ett avtal, som ger säljaren *rätt att kräva säkerhet av boet redan före tiden för avlämnandet*, kan göras gällande mot boet trots att det avviker från 39 § KöpL.[52]

Var gränsen mot det avtalsbara området går i övrigt är osäkert. I *dansk och norsk rätt* är ett avtal som ålägger boet en mera omfattande plikt att ställa säkerhet giltigt även om det försämrar övriga konkursborgenärers ställning. Blir skyldigheten alltför betungande för boet, så att dess rätt att inträda i praktiken får anses bortavtalad, är säkerhetsklausulen ändock ogiltig mot boet. I Danmark kan med verkan mot konkursboet även träffas avtal om längden av den tidsfrist boet har på sig för att besvara medkontrahentens förfrågan om inträde/säkerställande.[53] Dessutom kan i de danska och norska regleringarna alltid avtalas om att

varorna ej aflemnade till gäldenären eller till annan för hans räkning; vare säljaren ej skyldig varorna utgifva, der borgenärerna dem ej betala."

Jfr Hillgård s 67 ff med referat av de mycket sparsamma motivuttalandena till dessa stadganden. Som synes saknades bestämmelser om plikt att ställa säkerhet. 38 § i 1862 års KL gällde enligt ordalydelsen endast kontantköp men torde avsett även kreditköp. Boet var i det senare fallet möjligen skyldigt att erlägga betalning i förtid som säkerhet om det ville fullfölja köpet, se Nordling i NT 1875 s 657 f, Hasselrot, HB s 35 ff, särskilt s 42 och Almén § 39 vid not 147 ff. Jfr NJA II 1901 nr 1 s 76 och 78.

50 Se NU 1984:5 s 345 och första noten i 2.2 ovan, varav också framgår att inträdesrätten "återinfördes" vid departementsbehandlingen.

51 Almén § 39 not 143. Jfr Håstad, PM s 5, Sakrätt, 2 uppl s 271 och 3 uppl s 306, Hellner, Verkan av insolvens s 246 ff och Arnesdotter s 223.

52 Se närmare om boets skyldighet att ställa säkerhet i nästa avsnitt.

53 Se 55 § 2 st 2 p och 57 § 3 st 2 p DKL samt § 7–5 st 4 LFD. Jfr t ex Munch s 365.

den solventa parten ska påta sig *större* förpliktelser mot boet än vad som följer av de konkursrättsliga lagreglerna.[54]

Enligt den numera förhärskande läran i *tysk doktrin* anses, som nämnts, boets inträdesrätt tvingande till boets förmån. Den tyska § 17 KO saknar till skillnad från de nordiska reglerna föreskrift om skyldighet för boet att på anfordran ställa säkerhet då medkontrahentens prestation ska utges före gäldenärens.[55] Inte heller i förslaget till insolvensreform åläggs insolvensboet skyldighet att ställa säkerhet.[56] Den närmaste tyska motsvarigheten till 39 § KöpL, § 321 BGB, anses inte heller utan vidare tillämplig vid konkurs om inte boets tillgångar redan vid konkursutbrottet är så små, att medkontrahentens massafordran på motprestationen är i farozonen och gäldenärens förmögenhetsläge var så dåligt redan vid avtalsslutet. Konkurs utlöser alltså inte i sig tillämpningen av § 321 BGB. Har medkontrahenten krävt säkerhet *före* konkursen, men ännu inte fått sådan då konkurs inträffar, behöver boet inte heller utge säkerhet om boet bara har kapacitet att fullgöra avtalet. Ifall boets ekonomi försämras så att medkontrahentens massafordran sätts i fara, kan denne däremot innehålla sin prestation tills säkerhet ställs. Betydelsen av dessa regler reduceras dock avsevärt av de *inte anses tvingande*. Medkontrahenten kan således avkräva boet säkerhet om en sådan rätt tillförsäkrats honom i avtalet med gäldenären. Är inget avtalat gäller det nyss sagda.

Här bör inskjutas att de angivna tyska reglerna i viss mån motsvaras av våra allmänna regler om *anteciperat kontraktsbrott*. Dessa gäller ju även för konkursboet under konkurs "ovanpå" de särskilda befogenheter som konkursen som sådan utlöser.[57] Även anteciperingsreglerna är dispositiva och ett från dem avvikande avtal bör gälla mot boet i den mån det varit bindande för gäldenären själv. Annorlunda kan det dock förhålla

[54] Se närmare Munch s 351 f och 365, Gomard s 13 ff, Ørgaard s 90, Betænkning nr 606/1971 s 121 f, Brækhus s 170 f och NOU 1972:20 s 310 f. Givetvis är det också fritt fram att träffa avtal *mellan boet och medkontrahenten* när konkurs väl inträffat. – En annan fråga är om säljaren med verkan mot *sina* borgenärer kan avsäga sig exempelvis innehållanderätt vid köparens framtida konkurs. Frågan har diskuterats i Danmark, där Fr Vinding Kruse hävdat att avsägelsen inte binder säljarens borgenärer medan Ussing och Illum på goda grunder anfört motsatsen, se Fr Vinding Kruse s 1205, Ussing, Køb s 109 f samt Illum s 226, jfr Arnesdotter s 223 not 172. Enligt min mening saknas grund för att inte binda den avstående säljarens borgenärer. Avståendet är inte särskilt inriktat på borgenärerna och gäller ju för säljaren själv oavsett om han har några andra borgenärer eller inte, jfr Ussing a a s 110. En annan sak är att säljarens avstående av stoppningsrätt före sin konkurs kan bli föremål för återvinning enligt 4:5 KL.

[55] För det följande, se Jaeger/Henckel s 538 f, Kuhn/Uhlenbruck s 443 och Kilger s 105. För utförlig diskussion om förhållandet mellan § 17 KO och civilrättsliga detentionsrättsregler, se Marotzke s 17 ff.

[56] Se Insolvenzrecht I s 47 ff.

[57] Se kap II 6, jfr för dansk rätt Munch s 367 f och densamme, Diskrimination s 163 och generellt för det följande s 164–168.

sig om avtalet i realiteten endast aktualiseras i konkursfallet, se strax nedan.

Det sagda har tangerats av Hellner, som i anslutning till den norska konkursregleringens tvingande karaktär frågat sig, om "den särskilda prövningen av om ett villkor står i överensstämmelse med ett rättsförhållandes 'egenart' kunna tillämpas även när villkoret inte direkt avser konkurssituationen men, om konkurs faktiskt inträffar, visar sig ha skadliga följder för boet"?[58] Därefter sägs att lydelsen av den norska regeln inte utesluter en sådan tillämpning, men att det är tvivelaktigt om avsikten varit denna. "Skulle på detta sätt rättshandlingar, som företagits före konkurs, bli ogiltiga därför att de antas strida mot 'egenarten', skulle man ha ett slags parallell till återvinning av rättshandlingar som har företagits före konkurs", slutar Hellner.[59]

Här saknas anledning att diskutera den norska regelns närmare innebörd. Vad gäller svensk rätt och boets möjligheter, att anse *ett helt allmänt ogynnsamt avtal* eller en skadlig klausul ogiltig på grund av den tvingande karaktären hos reglerna om boets inträdes- och säkerställanderätt, kan sägas att boet har en rad andra möjligheter i dessa lägen. När en ogynnsam klausul införts i avtalet någon tid före konkursen så kan återvinningsreglerna tillgripas. Boet kan också avstå från att inträda i ogynnsamma avtal utan att motparten får en massafordran på skadestånd. Dessutom kan boet, liksom köparen kunnat om han inte varit i konkurs, åberopa vanliga kontraktsrättsliga regler om jämkning och åsidosättande av oskäliga avtalsvillkor. Gäller avtalet delleveranser från säljarens sida torde boet kunna åberopa regler om s k partiell inträdesrätt.[60] I Norge kan boet också hävda att kontraktsbrott begångna av gäldenären före konkursen, vilka står i ett direkt samband med insolvensen, inte ger rätt att häva mot boet om inte hävning hunnit ske före konkursen. Om en liknande regel gäller även i Sverige är osäkert men bör enligt min mening i vart fall övervägas de lege ferenda.[61] En sådan regel blir i så fall tvingande. Sammantaget kan ändå redan idag sägas, att det saknas skäl för att utöver det just sagda tillåta boet att frångå avtalsvillkor som allmänt visar sig vara skadliga vid konkursboavvecklingen.

Det sagda innebär *inte* att en klausul, som vid köparens *insolvens* ger säljaren en längre gående hävningsrätt än vad 39 och 40 §§ KöpL medger, bör anses giltigt då hävningsrätten görs gällande i köparens konkurs. Om exempelvis en ovillkorlig hävningsrätt tillförsäkrats säljaren för det

58 Hellner, Verkan av insolvens s 249 f.

59 A a s 250 med not 62.

60 Se i 2.6 nedan.

61 Se § 7–7 st 1 p 2 LFD och närmare i 2.5 nedan.

fall köparen skulle gå i konkurs, inställa sina betalningar eller på annat sätt visa sig vara på obestånd, är det visserligen klart att denna hävningsrätt är fullt verksam mot köparen själv, dvs om den utnyttjas innan köparen försätts i konkurs. Hävningsrätten enligt 39 § sista punkten KöpL utgör så långt en del av den dispositiva rätten.[62] Men om säljaren inte hävt avtalet före konkursen, har konkursboet en tvingande rätt att kvarstå vid köpet genom att inträda och/eller ställa säkerhet enligt 40 § resp 39 § sista punkten KöpL. Huruvida hävningsgrunden anges vara köparens redan före konkursen dokumenterade obestånd eller konkursen i sig bör sakna betydelse. Jämför sista punkten i mitt lagtextförslag mot slutet av föregående avsnitt. Beträffande hävningsrätt på grund av ett före konkursen anteciperat kontraktsbrott, se 2.5.5 nedan.

Även *då boet avstår från att inträda* kan liknande frågor anknytande till den tvingande karaktären hos boets valrätt uppkomma. Till en början är det givet att en avtalsklausul, som ger säljaren rätt att tvinga igenom ett ömsesidigt fullföljande av ett avtal även om konkurs skulle inträffa hos köparen, inte är giltigt mot köparens konkursbo. Avtalade förmånsrätter eller "sakrätter" kan ju inte fritt tillskapas. Boets rätt att *avstå* från att inträda kan således inte avtalas bort före konkursen.

I tysk rätt anses härutöver varje överenskommelse, som försvårar för boet att lösa sig från ett avtal som omfattas av valrättsregeln i § 17 KO (t ex ett köp), ogiltig. Om ett köpavtal sålunda innehåller en klausul, som vid avtalets upphörande vid parts konkurs ger den solventa parten rätt till vite eller annan ersättning, som överstiger hans faktiska skada beräknad intill det positiva intresset, så är klausulen ogiltig mot boet. En sådan överenskommelse anses nämligen kunna användas för att kringgå det syfte som ligger bakom den grundläggande regeln om boets rätt att avstå från att fullfölja gäldenärens kontrakt, nämligen att boet utan att belastas med stora skulder ska kunna avstå från avtalsförpliktelser som är ogynnsamma att fullfölja och som saknar värde för borgenärskollektivet. Denna synpunkt gör sig gällande även om den solventa partens anspråk i och för sig bara är en vanlig konkursfordran.[63]

Det sagda kan också uttryckas så att regeln, om medkontrahentens rätt till skadestånd upp till det positiva intresset när ett konkursbo avstår från att fullfölja gäldenärens avtal, även den är tvingande till konkursboets förmån enligt tysk rätt. Belopp utöver det positiva intresset kan således inte göras gällande i konkursen.

Också i dansk och norsk rätt omfattas regeln om medkontrahentens rätt till skadestånd av de tvingande reglernas tillämpningsområde, se

[62] Jfr Hellner, Verkan av insolvens s 247 f.

[63] Se § 26 KO, Jaeger/Lent s 290 och 294 samt Jaeger/Henckel s 565. Jfr i Österrike §§ 21 st 2 och 25a ÖKO, Petschek s 282 och Chalupsky s 133.

53 och 58 §§ DKL resp §§ 7–1 och 7–8 LFD. Boet behöver således inte heller här acceptera att säljaren gör gällande en större fordran än sin reella skada beräknad intill det positiva intresset.[64]

I svensk rätt är frågan mera oklar. Även här har dock uppmärksammats, att vitesklausuler etc kan missbrukas till att skaffa en borgenär full betalning för en konkursfordran som annars skulle blivit nödlidande.[65] I äldre rättspraxis har en borgenär således inte ansetts kunna göra gällande vite på grund av utebliven leverans, om inte vitet förfallit till betalning när konkurs utbryter. Kunde det visas att skadan var högre torde dock även tid efter konkursutbrottet ha beaktats,[66,67] Detta bör numera generellt gälla vid beräknande av en kontraktsmotparts ersättning efter ett konkursbos avstående från att inträda.

Frågan är emellertid om rätten till skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset *men inte mer* även i svensk rätt utgör en tvingande konkursrättslig regel, som kan avtalas bort till konkursboets fördel men inte till dess nackdel, eller om regeln i stället anses uttrycka en allmän och dispositiv kontraktsrättslig regel vid hävning på grund av (anteciperat) kontraktsbrott?

Enligt min mening bör man göra skillnad mellan olika typer av hävningsklausuler.

En klausul som endast vid *hävning på grund av konkurs* ger en högre ersättning åt den hävande, än hans faktiska skada beräknad intill det positiva intresset, bör till en början inte kunna göras gällande i konkursen. Klausulen drabbar i detta fall endast borgenärerna och blir al-

64 Se Munch s 385, densamme, Diskrimination s 165 vsp och Gomard s 42.

65 Se Almén § 39 not 198, Winroth s 121 not 8, Rodhe, Obligationsrätt s 591, Ekdahl s 7 och Welamson, Konkursrätt s 442 f.

66 NJA 1902 s 282, jfr NJA 1933 s 234 och Welamson a st.

67 I sammanhanget kan även nämnas den numera upphävda 196 § i 1921 års KL. Om köparen/gäldenären beviljats kassarabatt vid kontant betalning eller före viss angiven tid, gavs säljaren rätt att göra gällande sin fordran på betalning till orabbatterat belopp, i den mån rabatten inte översteg 5 % och övriga borgenärer skulle lida skada om det högre beloppet gjordes gällande. Paragrafen gällde också klausuler som innebär att all rabatt bortfaller om konkurs inträffar. Den ansågs även tillämplig på andra fordringar än pga av betalning för levererade varor, se Welamson a a s 462 f, densamme, Konkurs, 7 uppl s 145, Ekdahl s 12 ff, Nial, Annonsavtalet s 67 ff och Rodhe a st. Jfr även rättsfallet SvJT 1931 rf s 8. Särskilt vid annons- och reklamavtal ansågs bestämmelsen användbar, se SvJT 1932 rf s 45, Nial a st, Ekdahl s 12 och Rodhe a st. Vid konkurs hos en annonsör var sålunda en tidning som utfäst rabatt för betalning i rätt tid skyldig att på sin bevakade fordran för utförd eller beordrad annonsering avräkna rabatten enligt 196 §, se särskilt Nial a a s 64 ff. Nial skrev också (s 70) att "syftet med lagregeln är att hindra en borgenär att just för fall av gäldenärens insolvens skaffa sig möjlighet att – till skada för andra fordringsägare – bevaka en större fordran än den som han normalt äger." I tysk rätt har en klausul i ett standardavtal för tidningsannonser, som medför att hela annonsörens skuld (även för framtida publicering) förfaller vid hans konkurs, utan skyldighet för tidningen att fullgöra annonseringsplikten, ansetts ogiltig, se Kilger s 109 och Kuhn/Uhlenbruck s 444.

drig en belastning för gäldenären själv. På samma sätt skulle man kunna bedöma fallet, då ersättningsklausulen allmänt ska tillämpas vid hävning på grund av *köparens insolvens*, även om inte konkurs urskiljts som ett särskilt fall. Detta kan ses som en konsekvens av att insolvens som sagt inte får brukas som hävningsgrund mot boet, i högre grad än vad 39 och 40 §§ KöpL föreskriver, om inte hävning skett före konkursen. Å andra sidan är en hävning de lege lata fullt tillåten så länge inte konkurs beslutats, varvid en i förväg avtalad ersättning som utlöses av samma hävning i sin helhet kan avkrävas gäldenären före konkursen. Ersättningskravet är således inte nödvändigtvis uteslutande en belastning för köparens *konkursborgenärer* utan även för gäldenären själv, låt vara att en hävning vid tiden för en betalningsinställelse kan vara minst lika skadlig för borgenärerna – även för sådana som sedan inte blir konkursborgenärer – som en hävning vid konkurs. Å andra sidan bör man inte uppmuntra motparten att häva redan före konkurs genom att för detta fall låta honom göra gällande en större fordran än då hävning sker under konkursen på grund av boets icke-inträde. Betalningsrätten i konkurs bör m a o vara lika stor oavsett om hävning enligt insolvensklausulen sker före eller under konkursen. Övervägande skäl talar då för att begränsa betalningsrätten i konkursen till det positiva kontraktsintresset även då hävning sker redan före konkursen.

Avser klausulen i stället på skadestånd vid *hävning i allmänhet*, varunder det här diskuterade fallet då hävning sker vid konkurs får insorteras, blir spörsmålet än mer svårbedömt. Det kan finnas fall, där en sådan klausul visserligen formellt gäller också för gäldenären själv, men där den i praktiken endast kan drabba hans borgenärer. Kan det inte visas att endast dessa i realiteten kunnat drabbas, bör hela det avtalade skadeståndet få göras gällande i detta fall. Boet får i stället försöka angripa klausulen med återvinningsregeln i 4:5 KL eller, beroende på omständigheterna, med vanliga civilrättsliga regler om åsidosättande eller jämkning av oskäliga avtalsvillkor.

På samma sätt bör en avtalsbestämmelse om skadestånd (eller annan ersättning) utöver det positiva intresset vid *hävning på grund av kontraktsbrott i allmänhet* bedömas.

Nära det just nämnda ligger avtal som säger, att säljaren vid köparens kontraktsbrott ska ha *rätt att behålla vad köparen redan betalt* även om avtalet hävs i övrigt. I Danmark har Munch menat att denna rätt inte kan åsidosättas av konkursboet som stridande mot de i princip tvingande reglerna i 7 kap LFD om ömsesidigt förpliktande avtals behandling vid konkurs. Däremot sägs avtalet efter omständigheterna kunna angripas med återvinningsreglerna eller den danska 36 § AvtL, som i stora drag motsvarar den svenska generalklausulen. Det är inte uteslutet, skriver

Munch, att det faktum att gäldenären ersatts av ett konkursbo är en sådan omständighet som kan beaktas enligt 36 § AvtL.[68]

I en särställning står däremot, enligt min mening, *en klausul som just för konkursfallet ger säljaren rätt att anse av köparen erlagd betalning förverkad*. Här är det uppenbart att avtalet direkt medför att konkursboet får en sämre position än den gäldenären själv hade. I den mån uppburen betalning överstiger säljarens skadeståndsfordran efter hävning, bör boet därför oavsett förverkandeklausulen kunna återkräva det utgivna beloppet.[69]

Slutligen ska här sägas något om den tvingande karaktären hos reglerna om *innehållanderätt och passiv stoppningsrätt* i 39 § KöpL.[70] Hellner har menat att man inte gärna kan anta att säljaren kan förbehålla sig stoppningsrätt enligt denna regel även sedan köparen fått varan i sin besittning. Han skriver också att 39 § KöpL bör uppfattas som en sakrättslig regel.[71] Arnesdotter anser att klausuler som går längre än 39 § KöpL endast i begränsad utsträckning påverkar köparens borgenärers rätt så länge inte varan övergått i köparens besittning. Det påpekas dock därefter att hans konkursbo kan miste om ett fördelaktigt avtal, varmed emellertid torde avses klausuler om omedelbar hävningsrätt vid köparens konkurs, inte avtal om stoppningsrätt i här åsyftat mening.[72]

Utrymmet för avtalade stoppningsrätter som går längre än vad 39 § KöpL medger är dock litet.[73] Och ett avtal som ger säljaren rätt att återta ("stoppa") varan efter att den kommit i köparens besittning bör endast vara giltigt mot köparens borgenärer om det uppfyller kraven för ett sakrättsligt giltigt återtaganderättsförbehåll.[74] Även reglerna om innehållanderätt och passiv stoppningsrätt i 39 § KöpL bör alltså anses tvingande till förmån för köparens borgenärer. Som framhölls i kap II 5 (mot slutet) ovan, gäller detta oavsett om dessa rättigheter ses som rent konkursrättsliga eller allmänt sakrättsliga.

68 Munch, Diskrimination s 166 vsp.

69 För liknande frågor betr konkursbos bundenhet av kvittningsbegränsande avtal, se Lindskog s 307–310.

70 Frågan om 41 § KöpL är tvingande behandlas i 2.8 nedan.

71 Hellner, Verkan av insolvens s 247 f.

72 Arnesdotter s 223.

73 Ang stoppningsrättens utsträckning in i "köparens sfär", se NJA 1985 s 879.

74 Jfr Hellner a a s 247 och Lennander s 326.

2.4 Särskilt om boets skyldighet att ställa säkerhet

Värdet av en rätt för konkursboet att inträda i gäldenärens avtal är i hög grad beroende av om säkerhet då måste ställas eller om medkontrahenten får nöja sig med den säkerhet som en massafordran ger. Enligt gällande köplag har säljaren rätt att avkräva boet säkerhet för framtida betalning när tiden för avlämnandet är inne, 39 § sista punkten KöpL, men inte dessförinnan. Som jag framhöll i avsnitt 2.1 torde säljaren *inte dessutom* vara berättigad att kräva att boet tar på sig massaansvar för betalningen, dvs att boet inträder. 39 § sista punkten KöpL innefattar alltså inte någon regel om inträde i egentlig mening. Har säljaren *först* frågat boet om inträde enligt 40 § KöpL och då fått ett jakande svar, innebär en *därefter* företagen tillämpning av 39 § KöpL dock att säljaren utöver boets massaansvar också har rätt att kräva säkerhet, men bara om han enligt avtalet ska prestera före köparen.

Att inte säkerhet kan krävas förrän tiden för avlämnandet är inne har, som tidigare nämnts, motiverats med att det skulle innebära betydande olägenheter för boet om en mängd säljare krävde säkerhet för betalningar som ska fullgöras långt i framtiden. Boet skulle kanske tvingas avstå även från fördelaktiga avtal, bl a därför att dess ställning inte hunnit utredas när säkerhet krävs.[75]

Inte heller då tiden för avlämnande är inne behöver boet enligt 39 § KöpL ställa säkerhet för ännu icke förfallen betalning, om inte säkerhet *uttryckligen krävs* av säljaren. Säljaren kan å sin sida *antingen* passivt innehålla varan tills boet ställer sådan, betalar eller kommer i dröjsmål med betalningen som berättigar säljaren att häva köpet *eller också* positivt kräva säkerhet och om denna uteblir häva köpet på den grunden.

En utvidgning av säljarens rätt att kräva säkerhet vid *tillverkningsavtal* enligt 2 § KöpL har förespråkats särskilt i den äldre doktrinen. Redan Hasselrot menade att köplagens ordning, som inte uttryckligen ger tillverkaren rätt att stoppa tillverkningen förrän tiden för avlämmandet är inne, här var otillfredsställande.[76] Och Almén ifrågasatte i sin köplagskommentar om inte 39 § KöpL kunde användas analogt vid beställningar av föremål som ska tillverkas efter köparens särskilda föreskrifter och som har ett ringa marknadsvärde. Tillverkaren borde i sådana fall ha rätt att kräva säkerhet redan före tiden för avlämnandet och få häva om inte

[75] Se Almén § 40 vid not 22, jfr Hellner, Verkan av insolvens i not 40, Håstad, PM s 5 och densamme, Sakrätt s 304.

[76] Hasselrot, HB 2 uppl s 231 f, densamme, Juridiska skrifter VII s 295 f och densamme, Arbetsbeting s 132 f not 4. Jfr Winroth s 207.

säkerhet ställs, skrev Almén.[77] Andra författare har sedan instämt med Almén eller förordat ett än bättre skydd för tillverkaren.[78]

Enligt det nya köplagsförslagets 61 § 1 st får en avtalspart generellt "inställa fullgörelsen och hålla inne sin prestation" bl a då motpartens "ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att han inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser".[79] Uttrycket "inställa fullgörelsen" innefattar förmodligen att en tillverkare får stoppa vidare arbeten redan före avlämnandetidpunkten. Och konkurs utgör enligt specialmotiveringen i betänkandet utan vidare en omständighet som berättigar säljaren att utöva stoppningsrätten.

Förslagets inträdesbestämmelse – 63 § 1 st – har ingående diskuterats i avsnitt 2.2 ovan. När det gäller köparens konkursbos skyldighet att ställa säkerhet medför bestämmelsen flera viktiga försämringar av konkursboets ställning. Först och främst synes förslaget innebära att konkursboet på en inträdesfråga från säljaren *alltid* måste ställa säkerhet då boet väljer att inträda. Detta gäller till skillnad från idag även om inte tiden för avlämnande är inne (jfr 40 § KöpL) och även om inte säljaren särskilt begärt att säkerhet ska ställas utöver massaansvaret (jfr 39 § sista punkten). Som jag sa i avsnitt 2.2 bör inte dessa försämringar för konkursboet godtas. Förslaget gynnar ensidigt den solventa partens intresse av skydd i en situation, där en noggrann avvägning mellan borgenärskollektivets intresse av en gynnsam boavveckling och en enskild borgenärs intresse av skydd bör ligga till grund för betydligt mer nyanserade regler. Förslagets 63 § 1 st bör därför inte genomföras.

Det svenska departementsförslaget kan jämföras med de danska och norska konkursreglerna. I *dansk och norsk rätt* är medkontrahentens – här säljarens – rätt att kräva säkerhet reglerad i 57 § DKL resp § 75 LFD.[80] Huvudregeln är att säkerhet inte kan krävas förrän tiden för den solventa partens prestationsskyldighet är inne, vilket vid köparens insolvens är lika med tiden för avlämnandet.[81] Boet är inte självmant skyldigt att ställa säkerhet, utan detta måste särskilt krävas av medkontrahenten.

[77] Almén § 39 vid not 70 f och i not 70.

[78] Se Hillgård s 186 ff (allmän rätt för säljare att kräva säkerhet före avlämnandet), Carlson i SvJT 1924 s 72 (Alméns förslag "möjligen" berättigat) och Eklund i SvJT 1942 s 670 (ovillkorlig hävningsrätt vid tillverkningsköp, i vart fall mot köparen själv). Jfr även Ussing, Køb s 102 och 104 (instämmer med Almén), Arnesdotter s 208 ff (som Hillgård) och i viss mån SOU 1976:66 s 198.

[79] Se närmare i 2.2 ovan.

[80] Rätten att passivt innehålla prestation *i avvaktan* på betalning eller ställande av säkerhet regleras i 54 § DKL resp § 7–2 LFD och innebär en generalisering från 39 § 1 p KöpL.

[81] Se härtill och för det följande NOU 1972:20 s 316 f, Ot prp nr 50 (1980–81) s 185 f, Brækhus s 167 f, Munch s 362 ff, Ørgaard s 91 f och Gomard s 32 f. Jfr även Sandvik, Materiell konkursrett s 92 f.

"Skifteretten" kan vidare efter en skönsmässig prövning besluta att säkerhet ska ställas i vidare omfattning, t ex om en säljare inte bedöms tillräckligt säkrad. Ett avtal om skyldighet att ställa säkerhet är som nämnts giltigt mot konkursboet, bara det inte är orimligt betungande för boet, vilket bl a är fallet om fristen för säkerhetens ställande satts så kort, att boet i praktiken saknar möjlighet att inträda. Som exempel på situationer där "skifteretten" kan besluta om att säkerställelse ska ske redan före tiden för avlämnandet har nämnts fall, där det går lång tid mellan boets beslut om inträde och tidpunkten för avlämnandet och där medkontrahenten – här säljaren – skulle göra stora förluster om boet sedermera inte fullföljde avtalet. Framför allt anses detta gälla vid tillverkningsavtal där produkten inte kan avsättas till någon annan en gäldenären. Domstolen har vid sin bedömning att undersöka, om boets ställning är sådan att det rimligtvis kan betala massafordringarna och om säkerhet regelmässigt krävs i liknande situationer inom branschen. För norsk del innefattar 63 § 3 st 2 p i propositionen till ny köplag en motsvarande särregel just för köp. Enligt denna kan säljaren kräva säkerhet redan före det att tiden för hans fullgörelse är inne, om det är nödvändigt för att skydda honom mot förluster. Tvister om säkerheten avgörs även enligt denna regel av skifteretten.[82]

I ett framtidsperspektiv, med en konkursrättslig lagstiftning om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs för ögonen, bör en generell regel om *rätt att innehålla prestation* vid konkurs, motsvarande köplagsförslagets i 61 § 1 st, kunna upptas. En avtalspart – här säljaren – bör alltså ha rätt att inställa sin fullgörelse och innehålla sin prestation när motparten försätts i konkurs. Detta bör gälla vid alla typer av köp.[83] Säljaren bör således ha rätt att inställa alla åtgärder som innefattas i prestationens fullgörande när köparen går i konkurs. Även en köpare bör kunna avbryta förberedande åtgärder för betalningen vid konkurs på säljarsidan. Detta ligger i linje med den princip som angetts vara grundläggande i kap II 4 ovan, nämligen att en konkursgäldenärs medkontrahent inte behöver fullgöra sin prestation mot en dividend på motprestationen. Den solventa parten bör vidare vara berättigad att häva om han inte inom skälig tid på något sätt blir tillförsäkrad avtalsenlig fullgörelse av motprestationen.

Det nu sagda är inte särskilt kontroversiellt. Mera diskutabel är frågan *på vilket sätt* medkontrahentens – här säljarens – fordran på motprestation ska säkras. Huvudfrågan de lege ferenda måste enligt min mening nämligen vara, *om boet över huvud taget ska vara skyldigt att ställa säkerhet*

82 Se NU 1984:5 s 348 och Ot prp nr 80 (1986–87) s 113.

83 Huruvida detsamma oinskränkt bör gälla vid andra avtalstyper än köp, låter jag tills vidare vara osagt.

för ännu icke aktuell fullgörelse, när det i det konkreta fallet inte finns någon risk för att boet skulle vara oförmöget att betala massaskulderna.

Almén menade att det i konkursfallet inte finns lika starka skäl för ett krav på säkerhet som i de andra fall som 39 § KöpL nämner.[84] Genom boets inträde får ju säljaren en massafordran, som har bättre rätt än borgenärer med förmånsrätt. Det kunde då på goda grunder ifrågasättas, om inte säljaren borde vara skyldig att utge varan så snart boet förklarade sig inträda och betala avtalsenligt. Enligt äldre rätt torde säljaren inte ha kunnat kräva regelrätt säkerhet men förmodligen förtida betalning. KöpL intog enligt Almén en förmedlande ståndpunkt genom att inte tillåta säljaren rätt till förtidsbetalning men däremot krav på säkerhet. Det framhölls att "man trott, att säljarens rätt icke vore tillräckligt betryggad, därest han skulle behöva utgiva godset utan annan säkerhet än den, som ligger däri, att han för köpeskillingen är konkursboets borgenär. Erfarenheten visar nämligen, att konkursboets tillgångar understundom icke ens förslå till betalning av dess egen gäld...och i sådana fall skulle säljaren lida förlust på att hava behövt släppa godset ifrån sig utan betalning eller säkerhet. Av dessa skäl är det, som man i köplagen även för sådana fall, då köparen gjort konkurs, upprätthållit fordringen på säkerhets ställande."[85] Den passiva skrivningen tyder möjligen på att Almén själv inte var övertygad om argumentens bärkraft.

Bör man nu inte bättre utnyttja den distinktion mellan massa- och konkursfordringar som finns i konkurslagen och som just syftar till att konkursboet inte ska behöva betala kontant eller ställa säkerhet i alla sina rättsliga relationer?[86]

Anta t ex att gäldenären är ett tillverkningsföretag som slutit avtal med en rad leverantörer om leverans av halvfabrikat till en fortlöpande produktion. När konkurs utbryter kräver leverantörerna säkerhet av konkursboet för att *dels* fortsätta den mindre bearbetning av produkterna som sker hos dem, *dels* utge produkterna på avtalad tid. Skulle boet här tvingas säkerställa leverantörernas fordringar på betalning för produkter, som kan behövas i stora mängder om verksamheten en tid drivs vidare av konkursförvaltningen, skulle det innebära ett avsevärt avbräck för borgenärskollektivet. Ibland skulle kanske den normalt mest gynnsamma formen för tillgodogörande av gäldenär tillgångar – vidaredrift – helt omöjliggöras.

Å andra sidan finns givetvis inget tvång att utnyttja en rätt att kräva säkerhet. Om leverantörerna hyser tilltro till företaget och boets ekonomiska ställning inte är alltför svag, kan de låta nöja sig med den relativa säkerhet massakravet ger. Möjligheterna att efter en rekonstruktion av verksamheten även fortsättningsvis få avsättning för produkterna, kan kanske avhålla leverantörerna från att pressa boet alltför hårt.

[84] Se för detta stycke Almén § 39 vid 142–154.

[85] A a § 39 vid not 154.

[86] Jfr Sandvik, Materiell konkursrett s 93 som menar att befogenheten för medkontrahenten att kräva säkerhet då han presterar på kredit kan diskuteras.

Intressanta i sammanhanget är de tyska reglerna, som innebär att säkerhet inte kan avkrävas boet förrän dess ekonomi försämrats så att medkontrahentens massafordran på motprestationen är i fara.[87] Dessa regler är dock dispositiva, vilket borde beta värdet av dem åtskilligt. Ska liknande regler införas i Sverige, bör de i så fall insorteras bland tvingande reglerna om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs.

Frågan om boet bör vara skyldigt att ställa säkerhet hänger samman med andra regler, såsom de *om* företrädesordningen mellan konkurskostnader och massagäld, *om* avskrivning av konkurs vid bristande tillgångar för betalning av sådana skulder, *om* vad som närmare gäller då konkursboets försätts i konkurs, *om* förhållandet mellan reglerna om avskrivning av konkurs och boets försättande i konkurs *och om* konkursförvaltarens skadeståndsansvar mot en massaborgenär vid felaktigt inträdesbeslut. Även utan några ändringar av dessa regler bör dock konkursboets skyldighet att ställa säkerhet för kreditprestation kunna avskaffas, jfr avsnitt 2.2 (mot slutet) ovan.

2.5 Får säljaren häva på grund av köparens kontraktsbrott före konkursen?

2.5.1 Inledning

Om säljaren redan före köparens konkurs hävt avtalet därför att den blivande konkursgäldenären inte betalat i tid, kan köparens konkursbo självfallet inte inträda och fullfölja avtalet. Detsamma gäller förstås ifall köparen/gäldenären själv före konkursen hävt avtalet på grund av säljarens kontraktsbrott. Men vad gäller om säljaren i det förstnämnda fallet inte hävt avtalet före konkursen, trots att ett hävningsgrundande betalningsdröjsmål förelåg vid konkursutbrottet? Kan säljaren då häva även "mot boet" utan att han först behöver fråga boet om det vill inträda? Eller förhåller det sig kanske så, att boets rätt att inträda i avtalet "går före" säljarens hävningsrätt på grund av den blivande konkursgäldenärens dröjsmål före konkursen, om inte säljaren hunnit häva köpet dessförinnan – normalt genom att hävningsförklaringen kommit gäldenären till handa före konkursutbrottet?

87 Se närmare 2.3 ovan.

I svensk rätt har den principella frågan om konkursboets bundenhet av gäldenärens "gamla" kontraktsbrott inte diskuterats närmare.[88] Huruvida den ena eller den andra lösningen är bäst förenlig med gällande rätt återkommer jag strax till. Det magra svenska materialet ska först berikas med en redogörelse för relevanta delar i dansk, norsk och tysk rätt.

2.5.2 Dansk rätt

I den danska konkurslagen stadgas i 58 § 2 st att medkontrahenten får häva avtalet om han bortsett från konkursen hade rätt därtill. Detta innebär helt enkelt att medkontrahenten får häva även i konkursen, om gäldenärens kontraktsbrott gav honom rätt att häva före konkursen. I de danska förarbetena sägs visserligen att många av gäldenärens kontraktsförpliktelser redan innan konkurs inträffat ofta är så försummmade, att medkontrahenten är berättigad att häva.[89] Likväl ville man inte beskära medkontrahentens hävningsrätt, trots att hävningsbefogenhetens betydelse som incitament för riktig fullgörelse inte angavs kräva att kontraktsbrott från tiden före konkursen ger rätt att häva även sedan konkurs utbrutit.[90] Medkontrahenten ansågs i stället kunna ha rimlig anledning att häva avtalet, och det skulle enligt den danska utredningen vara orimligt om hävningsrätten var beroende av den ganska slumpartade omständigheten, att medkontrahenten hunnit underrätta gäldenären om hävningen före konkursen.

Munch har i en tidskriftsartikel framhållit att om det med säkerhet kan fastslås, att boet inte kommer att fullgöra avtalet utan ett sådant dröjsmål som berättigar medkontrahenten att häva, då följer av 58 § 2 st DKL att hävning får ske på grund av *anteciperat kontraktsbrott*.[91] Konkursen i sig innebär däremot inte anteciperat kontraktsbrott. Hävningsrätten i det första fallet grundas nämligen varken på konkursen som sådan eller på den bristande betalningsförmågan, utan på den omöjlighet som bl a orsakas av konkursen. Regeln i 53 § DKL, som säger att inträdesrätt ibland är utesluten på grund av det aktuella rättsförhållandets beskaffenhet, anges dock inte handla om sådan anteciperad omöjlighet utan om aktuell omöjlighet, eller i vart fall om en väsentlig försämring av med-

[88] Jfr dock Almén, rubriken till §§ 39–41 not 5a, § 39 not 198 och § 41 not 35, som utan vidare förefaller avvisa bättre rätt för boet än för gäldenären i denna fråga.

[89] Se härtill och för det följande betænkning nr 606/1971 s 126.

[90] Se vidare nedan i 2.6.2 för det danska rättsläget ang s k "utpressningshot" från leverantörer som presterar successivt eller kontinuerligt.

[91] Munch, Diskrimination s 163 vsp.

kontrahentens ställning som gör att ett inträde utan vidare är uteslutet. Detta undantag blir dock inte aktuellt vid köparens konkurs (min anm).

I tredje upplagen av konkurslagskommentaren menade Munch vidare, att *inte heller insolvens ger rätt att häva sedan konkurs utbrutit.* Medkontrahenten har då möjlighet att skaffa sig en säkrad ställning genom boets inträde och säkerställande. Även om medkontahenten kunnat häva på grund av insolvensen bör rätten bortfalla då konkurs inträffar. Har konkursen däremot lett till en väsentlig betalningsförsening kan hävning givetvis ske.[92]

Munch reviderade sin uppfattning en del i fjärde upplagan av kommentaren. Liksom tidigare framhålls först att allmänna regler om anteciperat kontraktsbrott är tillämpliga också i en konkurssituation. Ska gäldenären vidare betala i rater och föreligger det ett hävningsgrundande dröjsmål med "ratebetalingen" enligt allmänna regler, så kan inte boet hindra en hävning genom att inträda i avtalet. På samma sätt sägs medkontrahenten kunna häva mot boet, då fel i en delprestation före konkursen gav honom rätt att häva mot gäldenären. När det gäller insolvens som hävningsgrund i en efterföljande konkurs uttalar sig Munch här, och även i femte upplagan, mera försiktigt:[93]

> "Hævereglen i stk.2 må imidlertid yderligere underkastes visse indskrænkninger. Når konkurs ikke giver adgang til at hæve, må det samme formentlig gælde insolvens eller andre med konkurs uløseligt forbundne omstændigheder."

Gomard skriver att boets ställning blir svag om det endast med medkontrahentens samtycke kan inträda i som avtal gäldenären försummat före konkursen.[94] Så anges dock rättsläget vara enligt 58 § 2 st DKL. Han menar att det många gånger skulle vara orimligt att tvinga kvar medkontrahenten i avtalet då gäldenären redan gjort sig skyldig till kontraktsbrott.

Boets ansvar för fordringar på *dröjsmålsränta* från tiden före konkursen torde följa de regler som bestämmer omfattningen av boets kontraktsansvar vid inträde i allmänhet. Vid inträde i ett vanligt köp med leverans i ett sammanhang innebär det att boet måste betala räntan som massagäld, 56 § 1 st DKL.[95] Som framgått behöver dock säljaren över huvud taget inte låta boet inträda om han var hävningsberättigad på grund av köparens dröjsmål före konkursen.

92 Munch, 3 uppl s 275 f.

93 Munch, 4 uppl s 359 f och 5 uppl s 367. Ang samordningen mellan hävningsregeln i 58 § 2 st DKL och regeln om partiellt inträde vid avtal om löpande prestationer till gäldenären i 56 § 2 st samma lag, se 2.6.2 nedan.

94 Gomard s 19 f.

95 Se särskilt Gomard s 61 not 79, jfr Munch s 359. För läget vid successiv leverans, se 2.6.2 nedan.

2.5.3 Norsk rätt

I Norge är läget något annorlunda än i Danmark. § 7–7 st 1 p 2 LFD föreskriver att medkontrahenten kan göra kontraktsbrott gällande som hävningsgrund enligt de regler som gäller för det aktuella avtalet, *om kontraktsbrottet inte har ett direkt samband med insolvensen*. Regeln ska tolkas e contrario. Ett kontraktsbrott som *har* ett direkt samband med insolvensen kan alltså inte åberopas som hävningsgrund mot boet.[96]

Liksom i det danska framhålls i det norska betänkandet, att gäldenären ofta väsentligt brutit mot sina förpliktelser när konkurs utbryter. Då kontraktsbrottet inte har ett direkt samband med insolvensen, utgår utredningen utan vidare ifrån att medkontrahentens hävningsrätt kan göras gällande även mot boet. Typexempel på sådana kontraktsbrott är då *fel* förelegat i de prestationer som gäldenären fullgjort.

Beror kontraktsbrottet i stället typiskt sett på *gäldenärens dåliga ekonomi*, framför allt då han kommit i betalningsdröjsmål, anses läget mera svårbedömt. Har hävningsförklaringen redan avgetts är situationen visserligen klar: boet är bundet härav.[97] Om hävning ännu inte skett vid konkursutbrottet, menar den norska utredningen däremot att den danska 58 § 2 st DKL skulle ge boet en alltför svag ställning. Den sista tiden före sammanbrottet är gäldenärens likviditet normalt mycket dålig. Åtskilliga av hans förpliktelser har försummats. I vissa fall reagerar medkontrahenterna då snabbt och häver avtalen. Men i åtskilliga fall avvaktar de och hoppas att krisen är övergående. De vill kanske inte heller "sänka" en bra kund genom en onödig hävning. När konkurs inträffar förändras läget. Gentemot boet tas inte samma hänsyn, skriver utredningen, och om hävningsrätten skulle bevaras efter konkursutbrottet skulle boets rätt att utnyttja gäldenärens avtal inskränkas drastiskt. Det ansågs därför vara rimligt att låta boets rätt att inträda få företräde framför medkontrahentens hävningsrätt:

> "Medkontrahentenes opptreden har jo vist at de ikke (før boåpningen) har lagt avgjørende vekt på forsinkelsen; det at boet trer inn (og eventuelt stiller sikkerhet), gir på den annen side en rimelig betryggelse mot et fortsatt mislighold."[98]

De hävningsgrunder som på detta sätt prekluderas genom boets inträde är först och främst sådana som orsakats av den akuta likviditetskrisen före konkursutbrottet.

96 Se härtill och för det följande NOU 1972:20 s 319 hsp f. Jfr Brækhus s 173.

97 Undantag till boets favör redan i detta avseende görs då gäldenären är en lokalhyresgäst som försummat att betala hyra för en lokal som han hyrt i sin rörelse. Boet blir här bundet först om vräkning hunnit begäras hos exekutionsmyndigheten före boöppningen, se § 7–10 st 3 LFD och närmare i kap V 2.1.2 nedan.

98 NOU 1972:20 s 320 vsp.

Under remissbehandlingen framfördes en del kritik mot det just sagda, men i propositionen fastslogs ändå utredningens mening.[99] Det sas därvid att alla borgenärer som berörs av insolvensen så långt möjligt bör behandlas lika då det är insolvensen som orsakat såväl kontraktsbrottet som "bobehandlingen". Den danska regeln syntes kunna leda till olikheter angående rätten att använda insolvensen som hävningsanledning allt efter om gäldenären försätts i konkurs eller inte. Och det angavs ofta bero på tillfälligheter om konkurs öppnas eller inte.

Sandvik har senare framhållit att § 7–7 st 1 p 2 LFD nog kan bjuda på intressanta tolknings- och bevisproblem.[100]

Vid köparens konkurs gäller gäldenärens kontraktsbrott framför allt dröjsmål med betalningen. Då detta dröjsmål regelmässigt beror på den dåliga ekonomin innebär den norska regleringen här att säljaren inte kan beskära boets rätt att inträda under åberopande av gäldenärens kontraktsbrott.

Huruvida boet vid inträdet blir ansvarigt för eventuell *dröjsmålsränta* har inte direkt uttalats i förarbetena. Då partiellt inträde enligt § 7–4 st 2 och 3 LFD endast kommer i fråga när delprestation utgetts från endera sidan,[101] torde boet svara för räntan enligt huvudregeln i § 7–4 st 1 LFD, där det sägs att boet inträder på avtalets (alla) villkor.

2.5.4 Tysk rätt[102]

I Västtyskland finns inga uttryckliga lagbestämmelser om förhållandet mellan medkontrahentens – här säljarens – hävningsrätt på grund av kontraktsbrott hänförliga till gäldenären och boets inträdesrätt. Stor enighet råder trots detta om rättsläget.

Utgångspunkten är att boet endast kan inträda i avtalet sådant det föreligger när konkursen beslutas. Detta innebär till en början att boet naturligen inte kan inträda i avtal som redan hävts före konkursen, t ex då en säljare anmanat köparen/gäldenären att betala inom en skälig "Nachfrist" enligt § 326 st 1 BGB och denna tid försuttits.

Om en uppställd "Nachfrist" ännu inte löpt ut vid konkursutbrottet, men väl före det att boet hunnit förklara att det inträder i avtalet, är boets rätt att inträda i avtalet likaledes avskuren. En "Nachfrist" som ännu löper vid egendomsavträdet anses alltså löpa vidare även mot boet.

99 Ot prp nr 50(1980–81) s 187 f.

100 Sandvik, Materiell konkursrett s 91.

101 Se närmare i 2.6.3 nedan.

102 Se för detta avsnitt Jaeger/Henckel s 539 f, Kuhn/Uhlenbruck s 447 f och Kilger s 105. Jfr även Jaeger/Lent s 280 f.

Boet anses emellertid inte i alla lägen vara skyldigt att inträda inom den utsatta fristens ram. Tiden kan förlängas så att konkursförvaltningen ges rimlig tid att överväga sitt beslut. Om en ännu icke utgången "Nachfrist" löper vid konkursutbrottet så kan boet således fullfölja avtalet om en förklaring om detta hinner avges innan fristen och en skälig "Überlegungsfrist" gått till ända.

Hur förhåller det sig då i de fall där hävningsrätt på grund av dröjsmål inte kräver "Fristsetzung"? Dessa har inte berörts särskilt i den konkursrättsliga litteraturen. I linje med rättsläget i de fall där "Nachfrist" måste uppställas ligger dock, att hävning inte får ske om boet hinner vidta rättelse före medkontrahentens avgivande av hävningsförklaring. Boet måste då prestera det fördröjda och eventuell dröjsmålsränta.[103] Medkontrahenten torde inte vara skyldig att interpellera boet enligt § 17 st 2 KO innan han häver.

Sammanfattningsvis kan då sägas, att den tyska rätten i princip inte tillerkänner konkursboet några nya befogenheter som inte gäldenären/köparen hade mot en hävningsberättigad säljare. Liksom gäldenären själv kunnat om han inte varit försatt i konkurs, kan boet förekomma hävning genom att vidta rättelse,[104] men boet måste i princip respektera att säljarens hävningsrätt på grund av gäldenärens/köparens kontraktsbrott bevaras.[105]

2.5.5 Svensk rätt

Liksom i Västtyskland saknas i Sverige lagbestämmelser om förhållandet mellan medkontrahentens rätt att häva på grund av kontraktsbrott före konkursen och boets rätt att inträda.

I köplagsutredningens förslag till köplag 1976 upptogs dock i 40 § 2 p en regel som rör förhållandet mellan säljarens rätt att häva på grund av *anteciperat dröjsmål* med betalningen och boets rätt att inträda i köpet.[106]

[103] Se Jaeger/Henckel s 508.

[104] Om boet betalar inom en "Nachfrist" måste alltså säljaren godta detta. Vid andra dröjsmålsfall, t ex enligt § 326 st 2 BGB, kan man fråga sig om säljaren kan avvisa betalningen och om han i så fall måste göra det inom viss tid för att inte förlora hävningsrätten, jfr 32 § KöpL. Almén menade att säljaren enligt tysk rätt torde kunna avvisa betalningen utan att meddela köparen detta, se Almén § 27 not 24, jfr § 32 inledande noten. Boet torde dock åtminstone i en del fall kunna åberopa generalklausulen i § 242 BGB, jfr Cervin s 82. Något uttalande i den bestämmande tyska konkursrättsliga litteraturen har jag inte funnit.

[105] Inte heller 1985 års insolvensrättsförslag inrymmer någon allmän regel i annan riktning. Jfr däremot ang hyra och andra varaktiga avtal, se kap V 2.1.3 mot slutet och kap VI 2.2.2.

[106] Se SOU 1976:66 s 300.

Om avtalet hunnit hävas före konkursen skulle boet få nöja sig härmed. I den delen föreligger inget anmärkningsvärt. Men om inte hävning på grund av anteciperat dröjsmål hunnit ske före konkursen, skulle boet tillfrågas om inträde innan giltig hävning kunde äga rum. Boets inträdesrätt föreslogs alltså få företräde framför säljarens rätt att häva på grund av ett föregripet dröjsmål. Förslaget reglerade däremot inte vad som skulle gälla om hävningsrätten grundas på ett redan inträffat dröjsmål före konkursen.

Huruvida den föreslagna regeln i 40 § 2 p avvek från gällande rätt angavs inte i betänkandet. Den anknyter dock till en i samma förslag upptagen allmän regel om köparens anteciperade betalningsdröjsmål. En nyhet med denna var att köparen generellt skulle ges rätt att förekomma hävning på grund av anteciperat dröjsmål genom att betala eller ställa säkerhet.[107] Boets möjligheter att i konkursen förekomma hävning kunde således ses som en konsekvens av köparens egen rätt därtill, låt vara att boet hade en något längre tid på sig för att överväga sitt beslut, jfr "genast" med "utan oskäligt uppehåll".[108]

Resonemanget haltar emellertid något. Utredningen uttalade nämligen att boet har rätt att förekomma hävning även då köparen vid tiden för konkursen inte längre själv kunnat hindra att säljaren hävt avtalet.[109] Å andra sidan kan detta ses som en konsekvent följd av att hävningsgrunden är *anteciperat* dröjsmål, där det avgörande inte är risken för att inte *köparen själv* betalar utan att inte *någon* person betalar.[110] Att boet då ges en chans att "rädda" avtalet även då köparen själv försatt sin är följdriktigt.

Men vad är då gällande rätt på området? När det först gäller hävningsrätt grundad på *anteciperat dröjsmål* bör, som antytts, det just nämnda lagförslaget överensstämma med gällande rätt. I och med att köparen går i konkurs, kan säljaren inte längre med tillräcklig säkerhet säga att ett hävningsgrundande dröjsmål kommer att föreligga. Och föreligger inte längre hävningsgrunden får säljaren givetvis inte häva. Han måste alltså först ge boet en möjlighet att inträda i avtalet. Vanliga regler om anteciperat dröjsmål gäller visserligen även för boets del under konkursen, men det torde finnas mycket litet utrymme för att direkt vid konkursutbrottet antecipera dröjsmål för boets eget vidkommande, utan att boets avsikter först klarlagts genom en förfrågan till konkursförvaltaren. Har köparen före konkursen meddelat att han inte

107 Jfr den allmänna regeln om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott i 62 § i den kommande propositionen till ny köplag.

108 Se SOU 1976:66 s 300.

109 A st.

110 Jfr Arnesdotter s 203 med vidare hänv.

kommer att betala, bör säljaren möjligen kunna lita på detta besked. Jag menar dock att boet även i ett sådant fall bör kunna avvärja hävning, om inte säljaren redan före konkursen hävt köpet på grund av köparens meddelande.

Det fall av anteciperat dröjsmål har också nämnts, "att den desorganisation i köparens rörelse som hans insolvens medför hindrar honom från att fullfölja köpeavtal, även om det skulle vara möjligt för honom att uppbringa medel för betalningen."[111] Enligt köplagsutredningen skulle säljaren här kunna åberopa den föreslagna allmänna regeln om anteciperat dröjsmål, med möjlighet för köparen att avvärja hävning genom att betala eller ställa säkerhet. Konkursboet bör på motsvarande sätt kunna rädda avtalet enligt gällande rätt. Om köpet bara är gynnsamt ur boets synvinkel, torde det ofta gå att få fram likvida medel i tid.

Vad som nu sagts om anteciperat dröjsmål bör utan vidare vara överförbart till fall där *insolvens* avtalats (eller annars anges) som hävningsgrund. Typiskt sett beror en antecipering just på att köparen är insolvent, jfr 39 § 1 p KöpL. Av detta lagrum framgår också, att om ett köparföretag exempelvis inställt betalningarna, får säljaren häva först då tiden för avlämnandet är inne och köparen dessutom getts en möjlighet att ställa säkerhet. Vid antecipering av betalningsdröjsmål före köparens konkurs är säljarens hävningsbefogenheter m a o ganska små. Som framhölls i avsnitt 2.3 kan visserligen med giltig verkan avtalas om vidare hävningsrätt på grund av insolvens än vad 39 § KöpL föreskriver. Detta gäller dock bara i förhållande till *köparen själv*, dvs så länge inte konkurs beslutats. Gentemot *konkursboet* är avtal som ger säljaren bättre hävningsmöjligheter än som följer av 39 § KöpL i princip utan verkan. Detta innebär att ett avtal som t ex föreskriver, att säljaren utan inskränkning får häva köpet då köparen går i konkurs, inleder ackordsförhandling eller inställer betalningarna, kan göras gällande genom hävning så länge köparen inte gått i konkurs. Har inte hävningsklausulen utnyttjats då konkurs beslutas, är det däremot för sent att göra det. Hävning får då ske bara i den mån inte konkursboet inträder eller/och ställer säkerhet enligt 40 § resp 39 § sista punkten KöpL.

Hur förhåller det sig då om säljaren vill häva på grund av *ett redan uppkommet dröjsmål* före konkursen?

Varken nu gällande köplag eller något av köplagsförslagen gör uttryckligt undantag för konkursboets del när det gäller säljarens rätt att häva på grund av kontraktsbrott sedan konkurs utbrutit. Frågan är då om boet i brist på särregler får nöja sig med att inträda i avtalsförhållandet sådant det förelåg för köparen/gäldenären vid konkursutbrottet. Och då denne svarade för sina kontraktsbrott binder dessa i så fall också boet.

[111] SOU 1976:66 s 270

Boet skulle visserligen, liksom köparen själv kunnat så länge säljaren inte avgett hävningsförklaring, kunna verkställa en försenad betalning, men säljaren skulle ändå inte förlora rätten att häva om han reklamerar i tid enligt 32 § KöpL. Boet skulle således inte slutgiltigt kunna rädda köpet genom att vara "först till kvarnen" (åtminstone inte om principen i 32 § KöpL gäller mellan parterna).

Är då detta en riktig beskrivning av rättsläget? Frågan är, menar jag, mycket tveksam. Som närmare utvecklas i nästföljande avsnitt 2.5.6, kan åtminstone goda sakskäl anföras för att boet bör ha en möjlighet att få fullfölja avtalet om inte säljaren hävt före konkursen. Redan idag anser jag dock att domstolarna både *kan och bör* följa denna linje utan att det strider mot köplagen eller det avtal som kan gälla mellan parterna. Kort kan här sägas, att köparens betalningsdröjsmål före sin konkurs så gott som alltid är en följd av den insolvens som sedan ligger till grund för konkursbeslutet. När så konkursboet träder in i handlingen förändras läget. Även om boet i konkursens inledningsskede kan ha svårt att omedelbart få fram likvida medel, så är säljarens utsikter att få betalt ofta goda. Genom den statliga lönegarantin slipper boet att självt stå för eventuella lönekostnader, och boet måste genast betala det försenade efter att inträdesförklaringen avgetts. Betalar inte boet kan säljaren häva som vanligt och kräva skadestånd av boet som massafordran (och eventuellt ta en av boet ställd säkerhet i anspråk). Boet bör vid ett inträde också, liksom enligt dansk, norsk och tysk rätt, vara skyldigt att som massafordran utge eventuella krav på dröjsmålsränta för köparens försening före konkursen. Säljaren bör alltså inte vara hänvisad till att bevaka sitt räntekrav som en konkursfordran. Den starka konnexitet som här föreligger mellan upplupen ränta och köpt vara bör utesluta en sådan begränsning av boets ansvar.

Säljaren kan alltså, vid boets inträde i ett avtal som gäldenären försummat, enligt min uppfattning kräva full täckning för sina krav. Att han trots detta skulle ha en ovillkorlig, kvarstående hävningsrätt, utan möjlighet för boet att rädda ett gynnsamt avtal, saknar enligt min mening skäl för sig.

För tydlighetens skull ska sägas att det sagda självfallet förutsätter att säljaren verkligen hade *en kontraktsrättsligt giltig rätt att häva* före konkursen. I annat fall har boet samma möjlighet som köparen/gäldenären själv att prestera innan kontraktsbrottet blivit så allvarligt att hävningsrätt uppkommit. Några särskilda skyddsregler för konkursbon behövs då knappast. Möjligen bedöms också frågan om hävningsrätt föreligger med hänsyn tagen till den besvärliga arbetssituation konkursförvaltningen kan befinna sig i den närmsta tiden efter konkursutbrottet.

Sammanfattningsvis måste trots allt sägas, att det är osäkert om köparens konkursbo enligt svensk rätt har rätt att, mot säljarens vilja att häva på grund av köparens/gäldenärens betalningsdröjsmål före konkursen, inträda i avtalet. Enligt min mening finns det i alla fall goda skäl som talar för att så bör få ske. Grundas säljarens hävningsrätt däremot inte på ett redan uppkommet betalningsdröjsmål utan på ett anteciperat sådant, är läget något klarare. Även om det har rätt stor betydelse, på vilken närmare grund anteciperingen sker, kan ändå generellt fastslås att säljaren saknar rätt att häva i konkursen om inte dröjsmål kan föregripas också för konkursboets egen del, vilket normalt först kan göras sedan boet förklarat att det inte vill inträda i avtalet. Detsamma gäller då hävningsgrunden är det obestånd som gett upphov till konkursen.

2.5.6 Några synpunkter de lege ferenda

Vid en konkursrättslig reform om ömsesidigt förpliktande avtal bör lagstiftaren ta ställning till frågan om förhållandet mellan boets rätt att inträda i ett ömsesidigt oavvecklat avtal och en medkontrahents hävningsrätt på grund av kontraktsbrott före konkursen. Här ska nu diskuteras läget vid köparens konkurs, men förhållandena vid andra kontraktstyper kan redan erinras: möjligheterna att anlägga ett generellt perspektiv på problemet är väsentligt för frågan om ett lagstiftningsingripande alls bör ske. Resonemanget för köparens konkurs är dock i första hand överförbart på situationer, där den konkursdrabbade parten ska prestera pengar.

Den diskussion som förts vid tillkomsten av de danska och norska reglerna visar, att det inte alls är självklart att säljarens rätt att häva på grund "gamla" kontraktsbrott ska kvarstå mot hans konkursbo. Tvärtom är det tydligen så, att konkursboets rätt inträda i gäldenärens avtal inskränks avsevärt om säljaren får utöva en före konkursen uppkommen hävningsrätt. Som framhållits i Danmark och Norge, torde gäldenären på konkursdagen ofta ha brutit mot åtskilliga av sina kontraktsförpliktelser. Och att då låta medkontrahenterna, som inte före konkursen sett till att avbryta förbindelserna med gäldenären, försämra möjligheterna att på ett någorlunda affärsmässigt sätt avveckla konkursboet, är betänkligt. Det bör heller inte finnas några principiella invändningar mot att ge konkursboet bättre rätt än vad gäldenären själv hade.[112] Som framhölls i föregående avsnitt inskränks inte heller säljarens intresse väsentligt av att boets rätt tillåts "gå före" säljarens före konkursen uppkomna hävningsrätt.

[112] Jfr Hellner II s 257.

Vill man införa en generell lagstiftning med denna inriktning stöter man på en del avgränsningsproblem. Det gäller först att avgöra *vilka gäldenärens kontraktsbrott som inte ska få åberopas som hävningsgrund mot boet.*[113] För att tillgodose syftet med reformen är det tillräckligt att regeln endast omfattar kontraktsbrott som uppkommit till följd av det obestånd som lett till konkurs. I Norge har detta som vi sett resulterat i en regel som innebär, att *endast kontraktsbrott som inte står i ett direkt sammanhang med insolvensen kan åberopas som hävningsgrund mot boet.*[114] Som framgått har Munch tolkat den danska 58 § 2 st DKL på ett liknande sätt, något som dock förefaller sakna stöd såväl i lagtexten, förarbetena som i övrig doktrin.[115] Oavsett hur det förhåller sig med detta, är den uppenbara svårigheten med en regel som den norska, att bedöma vilka kontraktsbrott som måste anses direkt orsakade av insolvensen och vilka kontraktsbrott som inte är det. De senare måste medkontrahenten rimligen få åberopa mot boet utan begränsningar: dessa skulle ju ha uppkommit även om gäldenärens affärer blomstrat.

Det fall som det här avsnittet omedelbart tar sikte på, alltså det då *en köpare* inte betalat eller betalat för sent före sin konkurs, är förhållandevis oproblematiskt. Att betalningsdröjsmål så gott som alltid beror på insolvens när konkurs följer en tid därefter bör vara klart. Här skulle kunna uppställas en tvingande regel som direkt utsäger att *köparens betalningsdröjsmål inte kan göras gällande som hävningsgrund mot köparens konkursbo om inte hävning skett före konkursen.* Bättre är nog ändå att ge utrymme för säljaren att i det enskilda fallet försöka visa, att dröjsmålet uppstått utan direkt anknytning till köparens insolvens. Betalningsdröjsmål före en konkurs får dock även enligt en sådan regel presumeras utgöra en följd av insolvens, varför säljarens bevisläge blir ganska svårt, vilket emellertid också bör vara avsikten.

När konkursgäldenären ska prestera *in natura* blir bedömningen mera oviss. Fördelen med den nyss förordade, flexibla regeln framträder då tydligt. Gäldenärens dåliga ekonomi behöver ju inte nödvändigtvis inverka på hans naturaförpliktelser, men insolvensen *kan* ändå innebära en avsevärd risk för att dröjsmål och fel uppkommer. Omständigheterna i det enskilda fallet får här troligen stor betydelse.[116] Till dessa frågor

[113] I det följande bortses från anteciperade kontraktsbrott. Som framhölls i föregående avsnitt (2.5.5) bör det redan idag vara klart, att antecipering av dröjsmål före konkursen inte kan brukas som hävningsgrund mot boets vilja att kvarstå vid avtalet.

[114] § 7–7 st 1 p 2 LFD.

[115] Se 2.5.2.

[116] Jfr Arnesdotter s 204, 208 och 225 och Hellner, Verkan av insolvens s 252. Jfr även NU 1984:5 s 340.

återkommer jag mera ingående vid behandlingen av säljarens konkurs nedan.[117]

En allmän fråga som uppkommer i detta sammanhang är, om inte penningborgenärerna med en regel liknande den norska kommer att behandlas oförmånligare än naturaborgenärerna: det är ju framför allt gäldenärens betalningsförsummelser som kan hänföras till obeståndet. Det blir alltså i första hand penningborgenärens – här säljarens – hävningsrätt som kommer att beskäras. En olikartad behandling av natura- och penningborgenärer görs emellertid redan enligt de grundläggande reglerna om boets inträde i gäldenärens avtal: boets övertagande av gäldenärens prestationsskyldighet är ju betydligt mera invändningsfritt då prestationen går ut på betalning än på naturaprestation, jämför att boets rätt lagfästs endast för *köparens* konkursbo.[118] Som vi kommer att se längre fram i boken, behandlas inte heller penning- och naturaborgenärerna helt lika vid s k partiellt inträde. Här gynnas snarast naturaborgenärerna. Dessa olikheter beror dock ytterst på grundläggande skillnader i prestationernas karaktär. Detta är oundvikligt och måste accepteras.[119]

Slutligen bör framhållas att reglerna om förhållandet mellan boets rätt att inträda i gäldenärens avtal och före konkursen uppkommen hävningsrätt bör samordnas med regler, om rätt för borgenärerna att fullfölja avtal även vid andra insolvensuppgörelser än konkurs. Idag är det väl endast *offentlig ackordsförhandling* enligt ackordslagen som kan komma ifråga. Reglerna om konkursboets inträde etc bör m a o kompletteras med motsvarande regler för "ackordsbon". Risken för att medkontrahenterna – här säljarna – skyndar sig att häva strax innan beslutet om konkurs resp offentlig ackordsförhandling kan dock aldrig helt undanröjas, ens om man inför en så pass heltäckande insolvensrättslig lagstiftning som i Norge. De praktiska vinsterna med en sådan reglering kan nog också diskuteras. Däremot bör en hävning strax före konkursutbrottet/dagen för beslutet om offentlig ackordsförhandling redan idag kunna angripas med hjälp av återvinningsregeln i 4:5 KL.

117 Se 3.4.

118 Motsvarande förhållande gäller vid hyra och arrende, jfr 12:31 och 9:30 JB med 12:30 och 8:16 JB.

119 Jfr även den olikhet som består i att köparen men inte säljaren (om inte förbehåll gjorts) kan häva köpet efter det att prestationen utgetts, 28 § jfrd med 21 § KöpL. Detta förhållande har i den norska § 7–7 st 2 LFD lagfästs som en generell skillnad mellan penning- och naturaprestationer.

2.6 Har boet partiell inträdesrätt?

2.6.1 Inledning

I avsnitt 2.5 påstod jag att köparens konkursbo inte behöver acceptera att säljaren häver köpet på grund av dröjsmål med betalningen före konkursen, om inte hävning redan hunnit ske. Boet måste först ges tillfälle att inträda. Men väljer boet att inträda måste det fullgöra allt det som köparen/gäldenären åtagit sig enligt avtalet, t ex att betala ränta vid betalningsdröjsmål.

Dessa principer gäller såväl då säljarens prestation ska fullgöras i ett sammanhang ("momentant") som då successiv leverans avtalats. Vid avtal om successiv leverans måste emellertid ytterligare en aspekt beaktas. Förhållandet är här ofta det, att några men inte alla utlovade leveranser fullgjorts av säljaren när köparen går i konkurs. Säljaren har kanske utgett tre av sex beställda varor när konkurs beslutas hos köparen, samtidigt som betalning endast erlagts för två. Konkursförvaltaren måste då ta ställning till *vad konkursboets inträde skulle omfatta*, dvs vilka leveranser boet måste betala för: endast de tre som vid konkursutbrottet återstår för säljaren att fullgöra eller dessutom även den före konkursen utgivna men icke betalda leveransen?

Även om köparens konkursbos inträdesrätt "går före" säljarens före konkursen uppkomna hävningsrätt, måste således därutöver bedömas *vilka köparförpliktelser inträdet för med sig för boets egen del*. Ifall boet då har rätt att inträda partiellt, med verkan endast fr o m konkursdagen, kan leverantören inte med framgång hävda att boet, för att få återstående leveranser, måste betala även för de leveranser som fullgjorts före konkursen.

Särskilt vid avtal av offentligrättslig karaktär om leverans av/försörjning med vatten, gas, telefon och liknande har detta problem aktualiserats i den praktiska tillämpningen.[120] Leverantören (eller distributören) har här ofta en rättslig eller faktisk *monopolställning*, vilken ger honom en särskilt stark position gentemot beställarens (eller abonnentens) kon-

[120] Vissa av dessa avtal utgör inte köp i köplagens mening. På vatten och gas torde köplagen visserligen vara direkt tillämplig, se Almén, rubriken till lagen not 4, jfr Strömberg s 71. Men el- och telefonabonnemang anses inte vara köp av lös egendom, se t ex Westman I s 59 f, II s 81 ff, III s 10 och Strömberg a st. I den mån avtalet eller det reglemente som reglerer rättsförhållandet mellan distributör och abonnent inte ger uttömmande besked, är köplagens regler dock analogt användbara med de jämkningar abonnemangsavtalens speciella natur föranleder. I det följande diskuteras även dessa abonnemangsavtal, trots att de alltså inte utgör köp av lös egendom i egentlig mening.

kursbo. Denna starka position har också utnyttjats av leverantörer för att under hot om avstängning av de fortlöpande leveranserna tvinga fram betalning för allt det gäldenären är skyldig dem, dvs även för leveranser före konkursen.[121] En motsvarande stark ställning för leverantören kan emellertid föreligga även vid "vanliga" köp med successiv leverans, framför allt om fortsatta leveranser är av avgörande betydelse för konkursboets möjligheter att fortsätta en av gäldenären bedriven rörelse, t ex om leveranserna avser nyckelkomponenter för ett gäldenärsföretag inom tillverkningsindustrin.

2.6.2 Dansk rätt

I den danska konkurslagens 56 § 2 st står, att boet vid inträde i *ett avtal om en löpande prestation till gäldenären* endast är skyldigt att utge vederlaget *för tiden efter konkursutbrottet* som massafordran.

Enligt förarbetena faller härunder bl a de avtal som förser gäldenären med el, gas, vatten, fjärrvärme och andra liknande avtal av abonnemangskaraktär.[122] Det sägs vidare att gäldenären inte sällan försummat att betala avgifterna enligt dessa avtal den sista tiden före konkursen och att fråga då uppkommer om boet vid sitt inträde måste betala också dessa, redan före konkursen förfallna skulder, som massagäld. Är avgiftsskulden betydande skulle det sällan vara lönsamt för boet att inträda. Detta skulle då bara ske när leverantörens prestation är oumbärlig för boet och inte kan erhållas från någon annan. För medkontrahenten blir boets inträde i allmänhet inte mera betungande bara därför att redan förfallna krav endast kan bevakas som konkursfordringar, på samma sätt som när boet inte inträder. Den danska utredningen ansåg det varken vara rimligt eller överensstämmande med den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen, om medkontrahenten i kraft av ett tvångsläge för boet då kunde tillskansa sig full betalning av avgiftsrestantier.

Boet är således inte skyldigt att betala för el, vatten, gas etc som avser tiden före konkursen. Vad som ska gälla vid *"vanliga" köp med successiv leverans*, där en del av det köpta levererats men inte betalats före konkursen, ville den danska utredningen inte ta ställning till.[123] Frågan har inte heller avgjorts i rättspraxis. Om det är fråga om flera beställningar, anser Munch att varje beställning bör behandlas separat även om de

[121] Jfr SOU 1968:41 s 75 vsp och Walin/Gregow, Ackordslagen s 51 f.

[122] Se härtill och för det följande betænkning nr 606/1971 s 123, Munch s 358 ff, Ørgaard s 94 f och Gomard s 60 ff.

[123] Betænkning nr 606/1971 s 124 vsp.

grundas på samma "sæt af kontraktsregler".[124] Motsatsen skulle däremot gälla om avtalet rör en sammanhängande prestation, t ex enskilda maskindelar till en samlad anläggning. Vid avtal om leverans av en viss mängd varor i poster, mellan vilka det inte finns något särskilt samband, bör varje post åter i allmänhet behandlas för sig, skriver Munch. Härvid hänvisas till köplagens regler om hävning vid successiv leverans, se 22, 29 och 46 §§.

Gomard framhåller att kontraktsbrott hänförligt till en delprestation enligt ett avtal om successiva prestationer i allmänhet inte får verkningar på hela avtalet utan endast för den del kontraktsbrottet gäller. Liksom Munch hänvisar han till reglerna i 22, 29 och 46 §§ KöpL och menar att grundsatsen att varje post ska behandlas för sig även gäller när en av avtalsparterna går i konkurs. Frågan om konkursboets inträde skulle således kunna avgöras för varje post för sig.[125]

Ørgaard poängterar att boet enligt huvudregeln i 56 § 1 st DKL måste inträda i alla gäldenärens förpliktelser enligt avtalet. Härmed åsyftas dock i första hand avtal med *engångsleverans* till gäldenären. Om boet endast vill fullfölja en del av ett sådant avtal, t ex utnyttja en bestämmelse om köp av reservdelar i ett kontrakt om köp av maskiner och maskinerna har levererats men inte betalats före konkursen, anser han det vara nödvändigt att leverantören ger sitt samtycke till att boet endast inträder och betalar vad gäller reservdelarna. Om boet, i stället för att på detta sätt förhandla om ett nytt avtal, utan vidare "påberoper sig" medkontrahentens förpliktelse enligt en enskild bestämmelse i ett kontrakt, kan detta beroende på omständigheterna jämställas med att boet trätt in i hela avtalet, slutar Ørgaard.[126] Själv har jag dock svårt att se varför inte köparens bo i Ørgaards exempel skulle få inträda endast vad avser reservdelarna. Säljaren är ju inte bättre ställd genom att bli kvarsittande med reservdelarna, kanske utan möjlighet att företa en täckningsförsäljning, än om han måst leverera dem till boet mot avtalat pris. Alternativet är här att boet helt avstått ifrån att inträda, varvid säljaren givetvis inte kunnat avtvinga boet betalning får de redan före konkursen utgivna maskinerna.

Under rubriken *avtal om successiv leverans* anser Ørgaard, med hänsyn till de synpunkter som ligger bakom regeln för avtal om löpande prestationer i 56 § 2 st DKL, att konkursboet kan inträda med verkan endast

[124] Munch s 361.

[125] Gomard s 44 not 51. Jfr rättsfallet UfR 1955.1009H, vilket dock avsåg en tillverkares konkurs och därför behandlas i 3.5.2 nedan.

[126] Ørgaard s 93 f.

för tiden efter konkursutbrottet. För *köparens* konkurs anser han detta gälla utan inskränkningar.[127]

Sammanfattningsvis kan således konkursboet i Danmark inträda med verkan endast för tiden efter konkursutbrottet först och främst vid alla avtal om en löpande prestation till gäldenären. Detsamma torde gälla vid köp med successiv leverans, då det inte föreligger ett starkt samband mellan de enskilda leveranserna. Då regeln om partiell inträdesrätt vid avtal om successiv leverans varken är lagfäst eller fastslagen i rättspraxis, får rättsläget ändå betecknas som något osäkert i denna del.

Reglerna om partiellt inträde måste emellertid också sammanställas med den tidigare beskrivna regeln i 58 § 2 st DKL.[128] Enligt den senare kan alltså medkontrahenten häva avtalet vid konkurs om hävningsrätt förelåg mot gäldenären dessförinnan men inte utnyttjats. 58 § 2 st DKL innehåller inga begränsningar i denna "kvardröjande" hävningsrätt för fallet att boet enligt 56 § 2 st DKL endast svarar från konkursutbrottet. Frågan blir då om medkontrahenten kan åberopa 58 § 2 st DKL och häva avtalet på grund av det hävningsgrundande dröjsmålet före konkursen, trots att boet i princip har rätt att inträda partiellt enligt 56 § 2 st samma lag, och alltså egentligen inte svarar för den prestation som kontraktsbrottet avser och hävningsrätten grundas på?

I motiven anges uttryckligen att hävningsrätten enligt 58 § 2 st DKL kan leda till att medkontrahenten missbrukar denna rätt för att tvinga boet att betala även fordringar från tiden före konkursen. Det framhålls också att kontraktsbrott före konkursen i allmänhet inte ger skäl att antecipera kontraktsbrott för senare prestationers del när boet väljer att inträda i avtalet. Trots det infördes alltså den generellt avfattade hävningsregeln.[129]

I litteraturen tycks Gomard, som var ordförande i utredningen, anse att 58 § 2 st DKL "går före" regeln om partiellt inträde i 56 § 2 st samma lag. Han skriver att en medkontrahent som ska prestera en varaktig eller löpande prestation oftast har rätt och efter omständigheterna också plikt att räkna av mottagna betalningar på den äldsta delen av sin fordran. Och medkontrahentens rätt att häva på grund av utebliven betalning avskärs inte därför att gäldenären eller hans bo betalar ett belopp med angivande av att betalningen avser den vid konkursutbrottet löpande perioden.[130]

127 Ørgaard s 95 f.

128 2.5.2.

129 Se betænkning nr 606/1971 s 126.

130 Gomard s 60 f. Påståendet om ordningen för avräkning torde inte vara riktigt. Se om avräkningsordningens betydelse för frågan om en betalning från boet innebär inträde i ett avtal om successiv leverans, avsnitt 2.9 nedan.

Också Ørgaard utgår ifrån att medkontrahenten på detta sätt får hindra boet från att inträda med verkan från konkursutbrottet.[131] Munch torde tidigare ha varit av samma åsikt.[132] Numera skriver han dock att hävningsrätten i 58 § 2 st DKL möjligen måste antas inte omfatta fall, där hävningen av ett löpande avtal grundas på kontraktsbrott avseende prestationer före konkursen, "således at en ophævelse for de senare ydelser kan hævdes at være støttet på synspunkter beslægtet med anteciperet misligholdelse." En annan möjlighet sägs vara *att ge konkursboet rätt att återkräva betalning som skett under hot om hävning.*[133]

Munch hänvisar här till ett färskt rättsfall, där han själv satt med i Højesteret:

UfR 1984.379H. Ett bolag som bedrev kioskrörelse hade försatts i konkurs. Konkursboet fortsatte driften av gäldenärens kiosker, däribland en kiosk med två telefoner enligt abonnemangsavtal med ett telefonbolag. Den ena telefonen var en mynttelefon för kioskens kunder och den andra en allmän telefon kopplad till kioskens tjuvlarm med förbindelse till polis och vaktbolag. På anmodan av konkursboet gjordes en avstämning av obetalda teleavgifter på konkursdagen. Enligt abonnemangsavtalet kunde abonnemanget endast överlåtas på annan "ved selskabets mellemkomst" och alla överlåtarens rättigheter och förpliktelser skulle då övergå på förvärvaren, bl a eventuella avgiftsrestantier. Några månader efter konkursutbrottet överlät boet kioskrörelsen till nya ägare. Telefonbolaget krävde som villkor för de nya ägarnas övertagande av abonnemangen för kiosken, att de betalade restantierna från tiden före konkursen. För att få upprätta nytt abonnemang krävdes däremot inte betalning av restantierna. Köparna av kioskrörelsen vägrade dock att betala, vilket fick till följd att *konkursboet i stället gick in och betalade under protest.* Boet väckte sedan *talan om återbetalning* av de pengar som erlagts.

Konkursförvaltaren hävdade i målet att han tagit kontakt med telefonbolagets "restancekontor" och då blivit upplyst att det på grund av arbetskonflikt kunde dröja fyra till sex veckor innan ett nytt abonnemang kunde upprättas. Telefonbolaget menade däremot att expeditionstiden i särskilda fall kunde nedbringas till fyra dagar. Som grund för sin talan anförde boet att telefonbolagets krav från tiden före konkursen endast utgjorde en konkursfordran och att regeln om partiellt inträde i 56 § 2 st DKL hindrade bolaget att förbehålla sig bättre ställning på bekostnad av boets övriga borgenärer och till skada för boets möjligheter att överlåta en igångvarande verksamhet. Syftet med 56 § 2 st DKL angavs just vara att säkra boets fortsatta drift och en senare avyttring av en igångvarande verksamhet. Tredje mans övertagande av abonnemanget kunde inte omvandla avgiftsrestantierna till massafordringar. Boets framhöll också att kioskerna inte kunde drivas vidare utan mynttelefon och en telefon för larmsystemet. Förutom de tidsmässiga olägenheterna vid en nyteckning av abonnemanget, skulle en sådan i vissa fall även kunna medföra förlust av den särskilda good-will som kan vara knuten till ett visst telefonnummer.

Telefonbolaget invände att 56 § 2 st DKL inte tar ställning till frågan om avgiftsrestantiernas prioritet efter abonnemangets övergång till tredje man, utan endast dess ställning i förhållande till konkursboet. Syftet med regeln är endast att underlätta boets egen drift av en igångvarande verksamhet. Om boets extensiva tolkning däremot erkändes, skulle detta leda till ingripanden i en rad andra rättsför-

131 Ørgaard s 95.

132 Munch, 3 uppl 1983 s 269 och 275 f.

133 Munch s 368.

hållanden, t ex på hyres- och leasingområdet. Bolaget kunde inte heller instämma i det generella påståendet att ett övertagande av existerande telefonabonnemang skulle vara avgörande för boets avyttring av verksamheten. Dels kunde ju tecknandet av nytt abonnemang påskyndas, dels kunde det uppnås en särskild överenskommelse ifall det undantagsvis skulle finnas good-will knutet till ett bestämt telefonnummer. Bolaget framhöll också att dess faktiska monopolställning inte haft någon inverkan på den aktuella tvisten.

Østre Landsret skrev att varken 56 § 2 st DKL:s ordalydelse, ändamål eller förarbeten gav stöd för antagandet, att boets medkontrahent inte skulle kunna göra tredje mans inträde i avtalet villkorat av att restantierna från tiden före konkursen erläggs. Telefonbolagets villkor för övertagandet ansågs alltså inte strida mot konkurslagen.

I *Højesteret* fick boets talan däremot framgång. Domstolen uttalade inledningsvis att parterna var eniga om att ett konkursbo kan inträda partiellt i ett telefonabonnemang. Därefter fastslogs att syftet med 56 § 2 st DKL enligt förarbetena är att förhindra att borgenärernas likställdhet förrycks till följd av boets behov av att kunna inträda endast för framtiden i ett löpande avtal. Boet och köparna av kioskrörelsen, vilka endast hade kunnat erhålla telefonabonnemang hos det aktuella telefonbolaget, hade ett väsentligt intresse av att överta kioskens telefoner. Ett krav på betalning av restantier antogs komma att påverka villkoren vid en överlåtelse av en rörelse som den i målet aktuella, och kravet skulle därmed få till följd att borgenärernas likställdhet åsidosattes. Telefonbolaget var därför inte berättigat att göra köparnas inträde i telefonabonnemanget villkorat av restantierna från tiden före konkursen betalades.[134]

Det bör direkt sägas, att rättsfallet inte avgjorde frågan huruvida fordringar från tiden före konkursen kan under hot om hävning tvingas betalda av *ett konkursbo* som är berett att inträda med verkan endast fr o m konkursutbrottet. Som Munch framhållit så uttalade ju Højesteret inledningsvis att parterna var ense om att detta inte kunde ske.[135] Domstolen hade därefter att utgå ifrån detta vid bedömningen av telefonbolagets villkor för att låta *tredje man* ta över avtalet. Här menar Munch, på ett mera direkt sätt än Højesteret, att ett hot om hävning mot tredje man är rättsstridigt i samma utsträckning som då det riktas direkt mot boet.[136] Även om frågan hur en direkt konflikt mellan 56 § 2 st DKL och 58 § 2 st samma lag ska lösas fortfarande är obesvarad i rättspraxis, torde utgången i UfR 1984.379H ändå tala för Munchs mening, att regeln om medkontrahentens "kvardröjande" hävningsrätt på grund av gäldenärens kontraktsbrott inte bör omfatta fall, där partiell inträdesrätt är tillåten. Boet bör m a o kunna inträda partiellt även om medkontrahenten före konkursen kunnat avbryta leveranserna till gäldenären och häva på grund av dennes betalningsdröjsmål.

Det hittills sagda har uteslutande rört rättsläget enligt de konkursrättsliga reglerna. För att skydda boet kan emellertid även *monopollagstiftningens regler* tillgripas. I betänkandet till konkursloven togs visserligen inte direkt ställning härtill, utan utred-

134 Jfr det snarlika landsretsmålet UfR 1987.183(VL), med samma utgång.

135 Munch s 360.

136 A a s 361.

ningen hänvisade utan kommentar bl a till den ledande kommentaren till den danska "monopolloven".[137] I den konkursrättsliga doktrinen framhåller Ørgaard, att boet kan välja att sluta ett helt nytt avtal mot leverantörens vilja om denne har *kontraheringsplikt* enligt monopollagstiftningen.[138] Gomard skriver att offentliga "forsyningsvirksamheder", som har monopol på leveranser av vatten, el, telefon, fjärrvärme och liknande, har leveransplikt och därför inte kan göra framtida leveranser avhängiga av att boet betalar gäldenärens restantier. Han hänvisar därvid till 12 § 3 st monopolloven.[139] Munch hävdar, med hänvisning just till Gomard och kommentaren till monopollovens 12 § 3 st, att en koncessionshavare förmodligen är skyldig att leverera utan täckning för äldre restantier.[140]

12 § 3 st monopolloven har följande lydelse.

> I tilfælde, hvor en konkurrencebegrænsning medfører en urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse, og dette ikke kan imødegås efter lovens øvrige bestemmelser, kan tilsynet pålægge en virksomhed at sælge til nærmere angivne købere på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg. Virksomheden kan dog altid kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed.

Denna bestämmelse anses tillämplig, om en monopolproducent eller ett dominerande företag på osakliga grunder vägrar att leverera till annan, som därmed i väsentlig grad hämmas i sin näringsverksamhet. Det krävs vidare att den kränkte har ett väsentligt affärsmässigt intresse av leveranserna, varmed bl a förstås att han inte kan skaffa motsvarande varor på annat håll.[141] I den ledande kommentaren till bestämmelsen sägs också, att om köparen (eller beställaren) gjort sig skyldig till kontraktsbrott, kan leverantören givetvis stoppa sin prestation enligt köplagens principer men att detta inte berättigar leverantören att för framtiden helt vägra leverera till köparen. Har köparen kommit i *ekonomiska svårigheter*, anges leverantören vara berättigad att som villkor för nya leveranser kräva kontant betalning.[142] I en annan, nyutkommen kommentar till monopolloven nämns också, att leverantören normalt inte kan göra framtida leveranser betingade av att tidigare förfallna skulder först betalas.[143] Detta lär även ha stöd i dansk konkurrensrättspraxis.

Det sagda torde vara generella regler, som gäller vare sig köparen är försatt i konkurs eller inte. Reglernas tillämpningsområde är dock begränsat i ett annat avseende. Enligt 2 § monopolloven är de nämligen tillämpliga endast på privat näringsverksamhet. Detta innebär att kommunala el-, vatten och gasverk faller utanför. Har en offentlig verksamhet "rent forretningsmæssig karakter", torde lagen däremot vara tillämplig.[144] Huruvida regler om koncession och den därmed ofta följande leveransplikten innebär, att exempelvis ett kommunalt elverk på offentligrättslig eller kommunalrätts-

137 Se betænkning nr 606/1971 s 123 hsp, Lov (nr 102 1955) om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger och Jensen/Schlichtkrull/Thomsen, Monopolloven. Jfr numera även Sølvkjær, Monopolloven. Se vidare hänvisningar i UfR 1984.379H not 1.

138 Ørgaard s 95.

139 Gomard s 61.

140 Munch s 360.

141 Jensen/Schlichtkrull/Thomsen s 219 ff, jfr Sølvkjær s 197 ff.

142 Jensen/Schlichtkrull/Thomsen s 235.

143 Sølvkjær s 200.

144 Jensen/Schlichtkrull/Thomsen s 36 f, jfr Sølvkjær s 33 ff, särskilt 39 ff, Bernitz, Konkurrens och priser s 47 f samt Koktvedgaard, Kontraheringspligt s 253.

lig väg kan förpliktas att leverera till en abonnents konkursbo, utan täckning för avgifter som avser tid före konkurs, skulle i detta sammanhang föra för långt att utreda.[145] Som nämnts har det i vart fall i den konkursrättsliga litteraturen antagits att så skulle vara fallet.

Som sagt har det inte i lag, förarbeten eller rättspraxis klarlagts vad som i Danmark gäller om en leverantör, som inte är kontraheringspliktig på offentligrättslig eller konkurrensrättslig grund, i strid med 56 § 2 st DKL söker framtvinga full betalning av skulder från tiden före konkursen. Tidigare antog man i doktrinen att leverantören kunde hindra boet från att inträda med verkan från konkursutbrottet, under åberopande av 58 § 2 st DKL, men Munch har senare som framgått menat att detta inte bör få ske. Rättsfallet UfR 1984.379H utgör ett visst stöd för att boet har rätt att återkräva vad det betalt under hot om hävning.[146] Saknas kontraheringsplikt är det i varje fall klart att medkontrahenten har *rätt att vägra sluta nytt avtal* med boet.

Eftersom den konkursrättsliga regeln är oklar har även andra vägar diskuterats för angripande av fallet, *då medkontrahenten/leverantören faktiskt lyckats utnyttja boets behov av hans prestation* och tvingat konkursförvaltaren att sluta avtal om täckning av äldre krav eller leverantören lyckats få fullt betalt enligt det ursprungliga kontraktet. Ørgaard menar att 36 § i den danska avtalslagen – vilken i stort motsvarar den svenska generalklausulen – kan tillämpas för att åsidosätta ett sådant avtal.[147] Munch är mera tveksam. Han framhåller att de aktuella dispositionerna ligger långt ifrån de transaktioner på den penningmarknad som 36 § har för ögonen. Ska medkontrahentens tilltvingande av full betalning ogiltigförklaras, anser han det vara närmare till hands att åsidosätta avtalet som stridande mot konkurslagens tvingande regler om täckning av fordringar. "Dette vil imidlertid ikke medføre, at medkontrahenten pålægges at opfylde sin oprindelige forpligtelse."[148] Munch synes, på liknande sätt som Højesteret i UfR 1984.379H angående betalningskrav mot tredje man, mena att boet direkt på konkursrättslig grund kan angripa avtalet och att en betalning som skett under protest kan återkrävas med stöd av 56 § 2 st DKL och likabehandlingsprincipen.

145 Se om danska offentliga myndigheters kontraheringsplikt, Koktvedgaard a a s 251 ff.
146 Så Munch s 368.
147 Ørgaard s 95 f.
148 Munch s 360 f.

2.6.3 Norsk rätt

I Norge stadgas i § 7–4 st 2 LFD att om avtalet är delvis fullgjort vid konkursutbrottet, kan boet kräva att få träda in endast för den icke fullgjorda delens vidkommande. Detta gäller dock inte om den solventa partens eller gäldenärens prestation är *odelbar eller på grund av sammanhanget mellan de enskilda delarna bör betraktas som en enhet.*

För *löpande prestationer till gäldenären* ges i § 7–4 st 3 LFD samma regel som i Danmark: boet blir vid inträde endast skyldigt att utge vederlaget för tiden efter konkursutbrottet som massafordran.

Om vi börjar med den sistnämnda bestämmelsen, innefattar den enligt motiven bl a avtal om leverans av vatten, gas, el och liknande avtal med kontinuerlig leveransskyldighet till gäldenären. Huruvida vederlaget beräknas efter tid, levererad kvantitet eller efter en kombination av tid och kvantitet saknar betydelse. Medkontrahentens prestation är i dessa fall alltid fullt delbar, och boets förklaring om inträde ska utan vidare förstås som en förklaring om inträde med verkan från konkursutbrottet.[149]

Till skillnad från i Danmark uttalas i de norska motiven, att en klausul i ett avtal, som innebär att medkontrahenten ska ha rätt att avbryta sina leveranser om han inte får betalt för tidigare leveranser, inte kan göras gällande mot boet. Detta anses utan vidare följa av reglernas tvingande karaktär. Medkontrahenten kan inte heller, oavsett avtal, göra fortsatta leveranser betingade av att boet betalar gäldenärens skulder enligt leveransavtalet.

Redan före den nya konkurslagstiftningens införande 1986 torde det ha varit klart, att leverantörer av vatten, gas, el etc inte kunde tvinga fram betalning av äldre krav genom att vägra prestera framöver. Av rättsfallet NRt 1931.882 framgår att ett kommunalt elverk inte hade rätt att stänga av strömmen som medel för att framtvinga betalning av tillgodohavanden från tiden före öppnande av *ackordsförhandling* i gäldenärens bo. I samma riktning går följande, ofta citerade underrättsavgörande.

> *RG 1958.327.* Gäldenären var i dröjsmål med elavgifter enligt ett abonnemang för sin privata bostad. Då konkurs utbröt beslutade elverket att koppla från strömmen om de oguldna avgifterna inte betalades inom viss tid. Gäldenären väckte talan vid allmän domstol och anförde att elverket inte hade rätt att genom specialexekution indriva avgiften så länge konkursen varade och därmed också var förhindrat att använda hot om frånkoppling som tvångsmedel för att få beloppet täckt. Elverket gick med på att inhibera verkställandet av avstängningen tills tvisten avgjorts. I domen framhölls att det inte var någon tvekan om att den fordran elverket sökt driva in var en konkursfordran och att konkursfordringar inte kan drivas in under konkurstiden. Härav följde att elverket under konkursen saknade rätt att använda något tvångsmedel för att driva in fordringen och att bestämmelserna i de allmänna leveransvillkoren inte kunde åberopas i detta fall. Rätten kunde inte heller se att 39 § KöpL skulle ha någon betydelse för utgången i målet.

[149] NOU 1972:20 s 315 vsp, jfr Ot prp nr(1980–81) s 185 vsp och Brækhus s 175.

Skälet till att avstängning inte ansågs rättsenligt i detta mål var således, att åtgärden skulle strida mot principen om likabehandling av konkursborgenärer och mot det därpå grundade förbudet mot särexekution under konkurs. Att fordringen var en konkursfordran ansågs utan vidare givet. Detta synsätt kritiserade Krüger ingående i en tidskriftsartikel, främst i polemik med Brækhus, vilken sedan blev ordförande i det norska konkurslovutvalget och vars ståndpunkter på de flesta punkter drevs igenom i lagstiftningsarbetet.

Enligt Krüger är regeln, om att medkontrahenten inte har rätt att innehålla framtida prestationer som säkerhet för betalning för tidigare, ingen specifik konkursrättslig regel, utan tvärtom endast en allmän och generell begränsning av den civilrättsliga detentionsrättens[150] omfattning.[151] Ett grundläggande krav för att en part i ett ömsesidigt avtal ska få innehålla sin prestation är att det föreligger en viss grad av *konnexitet* eller ett visst samband mellan den fordran som ska säkras och den prestation som avses att innehållas. Särskilt vid löpande och successiva prestationer visar praxis, enligt Krüger, att man i mindre grad än annars är beredd att erkänna ett tillräckligt samband mellan fordringen och det innehållna, när det gäller att säkra äldre och förfallna restantier. Vad gäller offentliga eller halvoffentliga leverantörer med monopol på essentiella prestationer som vatten, el, telefon, etc visar också praxis en tendens att se konkursboet som en *ny part*. Detta synsätt leder i sin tur till frågan om den offentliga myndigheten har *kontraheringsplikt* gentemot boet och om myndigheten i så fall har rätt att åberopa gäldenärens kontraktsbrott från tiden före konkursen. Som Krüger framhåller har konkursbon på den vägen fått framgång med sitt krav på fortsatta leveranser.

Det lagrum som då har tillämpats är 23 § i loven (1953 nr 4) om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven). Här står följande.

> Prisrådet kan forby en ervervsdrivende å nekte forretningsforbindelse med en annen ervervsdrivende eller med en forbruker, hvis det finner at nektelsen vil skade almene interesser eller virke urimelig overfor den annen part. Det anses som en nektelse at en ervervsdrivende bare er villig til forretningsforbindelse på vilkor som rådet finner uvanlige eller urimelige.

Bestämmelsen, liksom lagen i övrigt, är enligt 2 § tillämplig på "ervervsvirksamhet av enhver art...uten hensyn til hva slags ting, ytelser eller rettigheter virksamheten gjelder og uansett den er privat eller drives av stat eller kommune." I 60 § 4 p definieras "ervervsvirksamhet" som "all slags varig eller leilighetsvis økonomisk virksamhet som drives mot vederlag."[152] I sin praxis har den beslutande myndigheten, prisrådet, förbjudit både vattenverk och elverk att bruka leveransvägran mot ett konkursbo och en ny fastighetsägare för att tvinga fram betalning för konkursgäldenärens resp den förre fastighetsägarens obetalda skulder.[153] Rådet har vidare beslutat om förbud mot vägran att leverera elström till en abonnent som vägrade betala en omtvistad räkning för tidigare leveranser. I ärendet sas att det principiellt är betänkligt att låta verket bruka sin monopolställning för att säkra sina krav mot abonnenten på ett helt annat

150 Se om termen Rodhe, Obligationsrätt s 391, jfr Krüger s 73.

151 Se för det följande Krüger s 74 ff.

152 Se närmare Eckhoff/Gjelsvik s 19 ff, jfr Bernitz, Konkurrens och priser s 43 och 47.

153 Se Pristidende 1959.508 och 1959.513, jfr Frihagen, Fra prisrådets praksis s 69, densamme, Avstengning av vann og strøm som tvangsmiddel overfor konkursbo i LoR 1964 s 281 f, Eckhoff i TfR 1963 s 271 f och 281 samt Krüger s 75 f med noter.

och hårdare sätt än vanliga leverantörer kan göra mot kunder som inte betalar. Elverket får vid indrivning av sina fordringar i stället skaffa sig ett "tvangsgrunnlag" på vanligt sätt som andra borgenärer.[154] I ett annat ärende uppställdes förbud mot vägran att leverera elström till klagandens privata bostad då denne underlåtit att betala för elleveranser till en rörelselokal som han hade uthyrd.[155] Frihagen har generellt framhållit, att den som vägras leverans i sådana fall bör överväga om han, i stället för att gå till allmän domstol, inte bör pröva saken inför prisrådet.[156] Det kan här slutligen tilläggas, att 23 § prisloven torde kunna användas både då det gäller vägran att uppta ny affärsförbindelse och avstängning av fortsatta leveranser i ett redan etablerat rättsförhållande. Det synes således inte finnas behov av att se ett konkursbo som en "ny part" i förhållande till gäldenären.

Även om de konkurrensrättsliga reglerna numera, efter införandet av reglerna om konkursboets rätt till partiellt inträde i § 7–4 LFD, saknar större betydelse för konkursfallet, är det ur svensk synvinkel ändå intressant att ett konkursbo enligt allmänna regler på andra rättsområden kan erhålla ett ganska gott skydd.

Vad gäller då vid *ett "vanligt" köp med successiv leverans* till gäldenären i det fall, då denne vid konkursutbrottet är i dröjsmål med betalningen för post(er) som säljaren redan utgett? Enligt § 7–4 st 2 LFD kan köparens konkursbo som inledningsvis framhölls även här inträda med verkan från konkursutbrottet, om boet kräver det och varan är delbar och sammanhanget mellan de enskilda delarna inte gör att den bör betraktas som en enhet. I förarbetena sägs att enhetsregeln grundas på "oppgjørstekniske hensyn" och att partiellt inträde kan ske om avtalet gäller flera enskilda prestationer som inbördes är oavhängiga, t ex köp av en viss kvantitet av en vara som köparen inom viss tid ska ta ut i partier som det passar honom.[157] Brækhus exemplifierar med en leverans av 5 000 ton brännolja i partier efter köparens närmare order.[158] Det norska "Køpslovutvalget" anförde i ett remissyttrande exemplet löpande leveranser av timmer till en massafabrik.[159] Angående enhetsrekvisitet kunde ledning enligt utredningen ges av praxis och doktrin för 22 och 46 §§ KöpL in fine.[160] Sandvik framhåller för sin del den konkursrättsliga regelns överensstämmelse med 29 § KöpL.[161] Vid köparens konkurs är väl sistnämnda analogi också mera träffande. Då någon antecipering av ytterligare dröjsmål inte utan vidare kan ske då konkursboet inträder och några egentliga delbarhetsproblem inte finns vid köparens konkurs, jfr avsaknaden av

154 Se Pristidende 1962.240, särskilt s 244, jfr Krüger s 76 och Frihagen i LoR 1964.282.
155 Pristidende 1963.310.
156 Frihagen a st.
157 NOU 1972:20 s 314 f.
158 Brækhus s 175.
159 Ot prp nr 50 (1980–81) s 184 hsp.
160 NOU 1972:20 s 315 vsp.
161 Materiell konkursrett s 91.

förfångsregel i 29 § KöpL, bör det betyda att köparens konkursbo alltid kan inträda partiellt enligt § 7–4 LFD.

2.6.4 Tysk rätt[162]

I tysk rätt gjordes i vart fall till helt nyligen en grundläggande distinktion mellan *avtal om successiv leverans* och s k *"Wiederkehrschuldverhältnisse"*. Endast om den senare avtalstypen förelåg var man beredd att erkänna att konkursboet till en köpare (beställare/avnämare) hade rätt att inträda i avtalet endast med verkan från konkursutbrottet och hänvisa säljaren (leverantören/distributören) till att bevaka fordringar för vad han före konkursen utgett som konkursfordran. Med ett "Wiederkehrschuldverhältnis" skulle då förstås ett rättsförhållande, "das kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte und Bezugsmengen neu entsteht, also nicht ein für allemal begründet ist".[163]

Avtalsslutet skulle alltså anses upprepas allt eftersom nya leveranser fullgörs. Var den närmare gränsen mot ett successivleveransavtal, som ansågs och fortfarande anses utgöra ett enhetligt och odelbart avtalsförhållande, skulle dras var och är omstritt. Enligt en uppfattning föreligger ett "Wiederkehrschuldverhältnis" redan *när den samlade leveransmängden är obestämd över en längre tidsperiod*. Härunder skulle bl a falla, förutom löpande gas-, vatten- och elabonnemang, ett ölleveransavtal med en "Gastwirt" och ett avtal om leverans av 100 ton kol varje månad "bis auf weiteres".[164] Boet skulle sålunda inte svara för tidigare obetalda leveranser i dessa fall. Enligt en annan uppfattning anses exemplena i stället innefatta enhetliga avtal, vars avtalsvillkor är avpassade för långvariga affärsförhållanden med prestationsdugliga gäldenärer. Öl- eller kolleverantören, som med hänsyn till rättsförhållandets långvariga karaktär kanske gett gäldenären ett gynnsamt pris, ska då inte behöva tåla att konkursboet fullföljer avtalet till det låga priset samtidigt som leveran-

[162] Se för detta avsnitt: Jaeger/Lent s 266 ff, Jaeger/Henckel s 515 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 417–419, 440 och 445, Henckel i ZZP 84 s 461 f, Häsemeyer s 9 f, Offtermatt s 130 ff, Baur/Stürner s 403 f och 405, Kilger s 100 f och Fuchs/Wissemann i NJW 1984 s 27 f. Jfr även Hess/Kropshofer s 120 f och 123 f.

[163] Kuhn/Uhlenbruck s 445, jfr Jaeger/Henckel s 517, Offtermatt s 133 och t ex Schmidt i JS 1981 s 927. Se även Larenz, Lehrbuch I s 31 not 45.

[164] Baur/Stürner s 405, jfr Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 212 men numera Kuhn/Uhlenbruck s 445 f.

tören endast får en värdelös konkursfordran för de leveranser som han fullgjort före konkursen.[165]

På senare tid har det som sagt alltmer ifrågasatts, om konstruktionen "Wiederkehrschuldverhältnis" behövs och därför bör utmönstras.[166] För de avtal begreppet ursprungligen var avsett, nämligen avtal om försörjning med gas, vatten, el och fjärrvärme, ges konkursboet nu i energilagstiftningen skydd mot att behöva betala gäldenärens avgiftsskulder. Enligt § 6 Energiwirtschaftgesetz har energiförsörjningsföretag *kontraheringsplikt*. Boet kan då avstå från att inträda i gäldenärens energiavtal och sluta ett nytt för konkurstiden. Enligt § 5 Energiversorgungsgesetz har energileverantören inte heller rätt att, som villkor för att ingå nytt avtal med boet, kräva att boet betalar gäldenärens avgiftsskulder. För kommuner och "Landkreise" finns motsvarande regler i särskild lagstiftning. I fall där reglerna om kontraheringsplikt för monopolföretag *inte* är tillämpliga, menar Henckel att § 826 BGB kan användas. Bestämmelsen innehåller en regel om skadeståndsansvar vid uppsåtligt tillfogande av skada i strid med goda seder.[167] Slutsatsen blir sålunda att begreppet "Wiederkehrschuldverhältnis" inte längre behövs för att skydda boet. Detta tycks numera vara den dominerande uppfattningen i doktrinen.

Energiavtalen anses därmed kunna inordnas under successivleveransavtalen. Väljer konkursboet då att inträda i gäldenärens avtal, ådrar sig boet ansvar även för tiden före konkursen, liksom vid "vanliga", enhetliga successivleveransavtal. En viss risk föreligger alltså för att boet försummar att säga upp gäldenärens abonnemang och därmed blir bundet av hela avtalet genom konkludent handlande, t ex genom fortsatt stillatigande elförbrukning i konkursen. Frågan när sådan konkludent bundenhet uppkommer har på senare år varit uppe till upprepad bedömning i rättspraxis, se strax nedan. Först ska bara sägas, att vad som nyss sagts om kontraheringsplikt och obehövlighet av begreppet "Wiederkehrschuldverhältnis" inte gäller för ett s k "Sonderabnehmervertrag". Här är det inte fråga om ett abonnemangsavtal i egentlig mening. Bl a är avtalstiden och energimängden bestämd i förväg och en lägre tariff tillämpas än den vanliga. Avtalet anses med hänsyn till dessa förhållanden utgöra ett enhetligt successivleveransavtal, där boet vid ett inträde således måste betala även för avgifter som avser tiden före konkursen. Om boet vill slippa ifrån det fullständiga ansvaret bör det säga upp "der Sonderabnehmervertrag" och sluta ett nytt, vanligt abonne-

[165] Jaeger/Henckel s 517, så också Jaeger/Lent s 268, Häsemeyer s 10 f och Henckel i ZZP 84 s 461.

[166] Jaeger/Henckel s 518, Henckel a a s 462, Kuhn/Uhlenbruck s 446, Larenz a st, Kilger s 100, Häsemeyer s 11 och Schmidt a st.

[167] Henckel s 518. Jfr instämmande Kuhn/Uhlenbruck s 440 och 444 f.

mangsavtal till normaltariff. Leverantören har som sagt inte någon skyldighet att sluta avtal till den särskilda, låga tariffen, utan endast till normaltariff.

Jag övergår då till *rättspraxis* från senare år angående frågan om konkursboets ådragande av fullständigt massaansvar genom konkludent handlande:

BGH 19.10.1960 (BB 1960.1352). Ett avtal om leverans av en viss mängd elström mot årlig grundavgift och avgift för förbrukad elström hade ingåtts. Efter det att avnämaren försatts i konkurs krävde elleverantören besked av boet, huruvida det ämnade inträda i avtalet, varpå inträdesförklaring gavs. Fråga uppkom om boet var skyldigt att betala också fordringar från tiden före konkursen som massafordran. BGH ansåg avtalet vara ett enhetligt successivleveransavtal och att även fordringar från tiden före konkursen därmed blev massafordringar vid boets inträde. (Avtalet torde ha utgjort ett "Sonderabnehmervertrag).

OLG Zweibrücken 2.6.1971 (KTS 1972.116). Ett "Sonderabnehmervertrag" hade ingåtts om leverans av elenergi. Efter det att avnämaren försatts i konkurs drevs rörelsen vidare av konkursboet, varvid förbrukningen av elström fortsatte som tidigare. Fem dagar efter konkursutbrottet utarrenderades rörelsen till ett annat företag. I upplåtelseavtalet föreskrevs att arrendatorn övertog ansvaret för elanslutningen fr o m samma dag. Detta meddelades elleverantören, vilken sedermera krävde ut oguldna avgifter från tiden före konkursen som massafordran. Leverantören hävdade att boet genom "schlüssiges Handeln" eller stillatigande trätt in i avtalet och att boet genom att motta elström kunnat hålla rörelsen funktionsduglig för att sedan kunna arrendera ut den. Boet menade å sin sida att avtalet upphört vid tidpunkten för utarrenderingen och att boet billigtvis måste ges en frist för att kunna överväga sina beslut och att fristen inte överskridits. Konkursförvaltaren hade vidare inte känt till avtalet förrän elleverantören krävt boet på betalning ca fyra månder efter konkursutbrottet. – Domstolen slog först fast, att avtalet i och för sig var sådant, att boet om det inträtt hade måst svara för vederlaget fullt ut. I det aktuella fallet ansågs inträde dock inte ha ägt rum. Det kunde inte krävas av förvaltaren, att han inom ett par dagar efter konkursutbrottet löser alla uppkommande frågor. Liksom i föregående mål framhölls att boet har en viss överläggningsfrist på sig. Längden av fristen var i det förevarande fallet, bl a med hänsyn till gäldenärsföretagets storlek (250 anställda) åtminstone tio dagar. Även med beaktande av vad som i övrigt förevarit kunde inte anses att boet trätt in i avtalet.

OLG Düsseldorf 9.11.1979 (ZIP 80.174). Målet gällde löpande leveranser av el, gas, och vatten enligt flera olika avtal. Konkursförvaltaren slöt här i egenskap av ackordsförvaltare före konkursen avtal med en energiförsörjningsentreprenör, innebärande att vidareleverans skulle ske av el, gas och vatten mot ett skönsmässigt beräknat vederlag som skulle betalas varje vecka. Leveranserna skulle fortsätta "bis auf Widerruf". Efter att konkurs utbrutit och leveranserna då fortsatt uppkom frågan, om boets mottagande av energi inneburit en konkludent inträdesförklaring. – Domstolen framhöll bl a att då leveranserna också i konkursen skett på grundval av det under ackordstiden ingångna avtalet, enligt vilket leveranserna alltså skulle fullföljas "bis auf Widerruf", så saknade konkursförvaltaren anledning att avge inträdesförklaring enligt § 17 st 1 KO. Tvärtom hade han haft anledning att utgå från att medkontrahenten utnyttjade sin rätt att få klarhet om rättsläget genom att fråga boet enligt § 17 st 2 KO. En förfrågan kom dock först en månad efter konkursutbrottet, och boet avstod då uttryckligen från att inträda. Boets mottagande av energi efter konkursutbrottet kunde därför inte ses som en konkludent inträdesförklaring.

OLG Köln 16.11.1979 (ZIP 80.100). Ett femårigt "Sonderabnehmervertrag" för elström gällde för gäldenären. Endast några timmar efter konkursbeslutet såldes gäldenärens rörelse. Förvärvaren meddelade några dagar senare att han trädde in i elavtalet. Tvisten kom dock att gälla om konkursboet trätt in i avtalet och om boet i så fall skulle betala avgifter från tiden före konkursen. – Domstolen framhöll inledningsvis att avtalet utgjorde ett successivleveransavtal och att inträde i ett sådant får verkan även för tiden före konkursen. Det var ostridigt att boet inte för egen del mottagit ström under konkursen. Trots det ansågs boet ha trätt in med fullständigt ansvar. Visserligen sas boet ha en överläggningstid på sig för att besluta om verksamheten ska fortsättas och om utestående avtal ska fullföljas. Konkursförvaltaren hade emellertid varit ackordsförvaltare i ett konkursen föregående ackordsförfarande, och han hade därför redan en månad före konkursutbrottet varit väl förtrogen med gäldenärens affärsläge och dessutom känt till, att verksamheten redan samma dag som konkurs utbröt skulle överlåtas till ett annat företag. Om förvaltaren inte hade velat fullfölja avtalet hade han därför måst meddela detta utan dröjsmål ("unverzüglich"). Att förvärvaren meddelade elleverantören att han trädde in i avtalet ansågs inte inverka på detta förhållande, och en cession av avtalet hade endast kunnat ske med de ursprungliga parternas samtycke. Ett ensidigt inträde i ett "Sonderabnehmervertrag" kunde förvärvaren, även om boets samtycke förelåg, inte tilltvinga sig, då medkontrahenten inte har kontraheringsplikt beträffande dessa avtal. Boet ansågs också ha ett objektivt intresse av att kunna avyttra rörelsen i "affärsberett" skick med den gynnsamma eltariffen. Medkontrahenten kunde därför uppfatta det fortsatta mottagandet av elström efter konkursutbrottet som en förklaring om att boet ville fortsätta avtalsförhållandet. Boet hade slutligen inte ens gjort gällande, att medkontrahenten redan vid förvärvarens övertagande av avtalet ingått nytt avtal, genom vilket det tidigare avtalet upphört att gälla. Medkontrahenten hade heller inte, eftersom han varit ovetande om innehållet och varaktigheten av överlåtelseavtalet, haft anledning att inse att boet, trots fortsatt uttag av elström, inte självt efter överlåtelsen av rörelsen hade något intresse av elleveranser.

OLG Kölns avgörande kritiserades ingående av *Kübler* i en tidsskriftsanmälan.[168] Han menade att utgången innebar att boets valrätt enligt § 17 KO i realiteten omvandlats till en förklaringsplikt, vars förbiseende medför att en inträdesförklaring fingeras. Han framhöll också att en konkursförvaltare har många uppgifter att ta itu med strax efter konkursutbrottet och att det inte är rimligt att det "automatiska" uttaget av elström då ges innebörd av en inträdesförklaring. Det är då riktigare att anse en inträdesförklaring föreligga först och endast *om särskilda yttre omständigheter tvingar konkursförvaltaren att besluta sig för om fortsatt eluttag ska ske*, t ex om energileverantören omedelbart vid konkursutbrottet kräver honom på betalning eller om han för erhållande av energi måste företa en konkret handling. Küblers synpukter skulle snart vinna gehör i högsta instans:

BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.190). Även detta avgörande gällde ett "Sonderabnehmervertrag" för elström. Gäldenären hade försatts i konkurs 3/4 1979, och 6/4 meddelade konkursboet i ett allmänt utskick till olika medkontrahenter enligt ännu inte avvecklade kontrakt, att boet avstod från att fullfölja kontrakten. Elleverantören hävdade att han inte fått del av något sådant meddelande. Han skickade vidare en elräkning till boet 11/4 1979 avseende såväl tiden före som efter konkursutbrottet. 7/5 1979 meddelade boet elleverantören särskilt att det inte trädde in i avtalet. Leverantören gjorde ändock gällande att boet trätt in genom konkludent handlande med fullt ansvar för avgiftsskulden. – BGH menade till en början att avtalet utgjorde ett successivleveransavtal och att inträde i ett sådant omfattar också tiden före konkursen. Inträde ansågs dock inte ha skett i detta fall. Vid boets besked 7/5 1979 hade alltså valrätten enligt § 17 KO ännu funnits kvar,

168 Se ZIP 1980 s 101.

och detta boets besked var då att bedöma som ett regelrätt inträdesavstående enligt samma lagrum. Beslutet motiverades på följande sätt.

Det har inte visats att elleverantören fått del av utskicket 6/4 1979, men meddelandet 7/5 samma år medför ändå att inträde inte ägt rum. Lagstiftaren har inte ålagt boet någon förklaringsplikt (hänvisning till Kübler) utan en valrätt. Utövandet av denna valrätt innebär ofta en svår fråga, som hänger samman med ett spörsmål som inte kan avgöras omedelbart efter det att konkurs utbrutit, nämligen om verksamheten ska fortsättas. Detta avgörande grundas i sin tur på en rad omständigheter, varibland gynnsamheten hos ingångna, icke avvecklade kontrakt ingår. Vad gäller leveranserna av elström måste avgöras om det är mer fördelaktigt för boet att fullfölja avtalet till den gynnsamma särtariffen, med fullt ansvar även för tiden före konkursen, än att sluta ett nytt avtal till den ogynnsammare normaltariffen. Mot boets berättigade intresse av att noga kunna överväga sitt beslut, står medkontrahentens intresse av att så snart som möjligt få besked. Detta medkontrahentens intresse tillgodoses genom förfrågningsrätten enligt § 17 st 2 KO, och om medkontrahenten inte frågar boet och boet inte heller ger besked på eget initiativ, så är det svävande rättstillståndet i princip tidsmässigt obegränsat. Huruvida boets tvekan i vissa fall ändå kan ses som en inträdesförklaring får bedömas efter omständigheterna i det enskilda fallet. I det föreliggande målet är antagandet om en stillatigande inträdesförklaring näraliggande. Det är emellertid att beakta att boet – oavsett vilket beslut det tar angående det bestående avtalet – kan erhålla ström enligt reglerna om kontraheringsplikt i energilagstiftningen. Boet kan således kräva att ett nytt avtal sluts, låt vara inte på lika gynnsamma villkor som i det aktuella avtalet.

Med hänsyn till tro och heder kan en konkludent inträdesförklaring inte föreligga, om det inte *finns särskilt anledning för boet att fatta position* och utöva sin valrätt. Någon sådan anledning har inte förelegat i det aktuella fallet: strömmen levererades "automatiskt" till boet och elleverantören skickade en elräkning först 11/4 1979, vilket ändå inte gav boet någon anledning att ge besked, eftersom boet redan genom utskicket 6/4 samma år meddelat att det avstått från att inträda i gäldenärens alla avtal. Trots allt, skrev BGH, har boet i detta fall mottagit elström i mer än en månads tid utan att elleverantören fått något besked. Tidigare praxis (se ovan) och härskande doktrin hävdar att boet har en kortare överläggningsfrist till sitt förfogande och att fristens utlöpande i princip innebär en stillatigande inträdesförklaring, även då boet inte först tillfrågats av medkontrahenten. Dessa tidigare teser ansåg nu BGH inte stå i överensstämmelse med principen i § 17 st 2 KO. Enligt detta lagrum är det nämligen medkontrahentens sak, inte boets, att göra slut på det svävande läget. I det förevarande fallet hade medkontrahenten kunnat få upplysning om att konkurs inträffat via dagstidningarna och energiförsörjningsavtal berörs regelmässigt av en konkurs. Det är därför rimligt att elleverantören tar kontakt med konkursförvaltaren och kräver besked. Underlåts detta och föreligger inga särskilda omständigheter, kan inte antas att boet stillatigande förklarat sig träda in i avtalet.

BGH 21.4.1982 (BGHZ 83.359). Här kompletterades grundsatserna från föregående prejudikat. Ett avtal om försörjning med elenergi för industriellt syfte hade slutits till normaltariff. För att avvärja konkurs föreslogs 3/2 1978 att ett ackordsförfarande skulle inledas. 3/3 1978 skrev ackordsförvaltaren till energiverket och påpekade att elavgifter avseende förbrukning fram till 2/2 1978 skulle omfattas av ackordet och förbrukning därefter betalas ur massan. 21/4 försattes gäldenären i konkurs. Ackordsförvaltaren utsågs till konkursförvaltare. Företaget mottog även därefter elström från energiverket. 24/4 1978 meddelade verket att det med hänsyn till ackordsförvaltarens brev 3/3 1978 hade rätt att utfå elavgifterna av konkursboet för tiden från öppnandet av ackordsförfarandet till konkursutbrottet. Konkursförvaltaren påminde å sin sida om att konkurs numera hade utbrutit och att han själv utsetts till konkursförvaltare. Förvaltaren bad vidare energiverket att översända en detaljerad redovisning av de oguldna avgifterna. Detta gjordes

17/10 1978. Saken i målet kom att gälla om elavgifterna från dagen för ackordsförslagets avgivande fram till konkursutbrottet skulle betalas av boet som massagäld.

BGH framhöll först att ett avtal om levererans av elström till normaltariff till skillnad från ett "Sonderabnehmervertrag" ansetts utgöra ett "Wiederkehrschuldverhältnis", där fordringar från tiden före konkursen endast är konkursfordringar. Det sas också att boet varken uttryckligen inträtt eller avstått från att inträda i det förevarande fallet men att inträde ibland kan ske stillatigande eller konkludent. De tidigare uttalandena, om när en konkludent inträdesförklaring kan anses föreligga, upprepades. Dessa teser gällde dock endast för "Sonderabnehmerverträge". Vid sådana avtal kan boet ha ett intresse av att få fortsätta avtalsförhållandet till den gynnsamma särtariffen även om boet därmed också måste betala avgifter från tiden före konkursen. Om det däremot, såsom i det aktuella fallet, är fråga om ett vanligt elabonnemangsavtal ("Strombezugsvertrag"), är det bättre för boet att säga upp det gamla avtalet och sluta ett nytt. Elförbrukningen efter konkursutbrottet måste då betalas fullt till normaltariff, men för tiden dessförinnan får elleverantören endast en konkursfordran. Skulle konkursförvaltaren däremot besluta sig för att inträda i det redan bestående avtalet och därmed ådra boet ansvar också för tiden före konkursen, skulle det strida mot borgenärernas bästa. Förvaltaren bör m a o inte välja att inträda i egentlig mening i ett sådant avtal. Därför finns ingen anledning att uppfatta boets mottagande av elström som en inträdesförklaring i ett sådant fall. Boets fortsatta förbrukning bör här i stället ses som att *boet kräver att få sluta ett nytt avtal som energiverket enligt energilagstiftningen är skyldigt att ingå. Förhållandet, att elström levereras under en längre tid utan att boet avger någon förklaring, betyder alltså att ett nytt avtal kommit till stånd.* Boet ansågs således inte ha trätt in i det bestående avtalet.[169]

Försök till sammanfattning av det tyska rättsläget: Vid *ett "vanligt" köp med successiv leverans* medför boets inträde massaansvar även för fordringar på betalning för leveranser före konkursutbrottet. Huruvida något undantag skulle gälla då den samlade leveransmängden lämnats obestämd är tveksamt. Vid *abonnemangsavtal för gas, vatten, elström och liknande energiförsörjningsavtal till normaltariff* kan och bör boet säga upp avtalet och på grund av leverantörens kontraheringsplikt tvinga honom att sluta ett nytt avtal för konkurstiden. Om boet inte säger upp avtalet och inte heller meddelar att det avstår från att inträda samt fortsätter att

[169] Jfr även rättsfallet *OLG Hamburg 22.2.1985 (ZIP 85.295)*, där boets betalning för leveranser av elström *före* konkurs ansågs innebära en konkludent inträdesförklaring med verkan även för tiden före konkursutbrottet. Avtalet utgjorde ett "Sonderabnehmervertrag", som ju ses som ett enhetligt successivleveransavtal, där partiellt inträde *inte* anses kunna äga rum. Se närmare om *inträde genom betalning* i 2.9 nedan. – Här kan också nämnas rättsfallet *BGH 30.1.1986 (ZIP 86.448)*. Målet gällde *återvinning* av en betalning som skett under tiden mellan konkursansökan och konkursbeslut. Betalningen gällde elavgifter enligt ett "Sonderabnehmervertrag" och som belöpte sig på tiden före konkursbeslutet. En elentreprenör hade utkrävt avgifterna under hot om avstängning av strömmen. Den syssloman (s k "Sequester), som utsetts vid konkursansökan och som sedan också blev konkursförvaltare, hade betalt restantierna under förbehåll för de rättigheter en senare konkursförvaltare kunde ha. Konkursboet avstod från att inträda i avtalet. Återvinning av betalningen ansågs kunna ske enligt § 30 Nr 1 Alt 2 KO. I lagrummet står att återvinning av rättshandlingar, företagna efter betalningsinställelsen eller konkursansökan, kan ske, om borgenären genom rättshandlingen fått säkerhet eller fullgörelse och känt till betalningsinställelsen eller konkursansökan. Jfr även telefonfallet BGH 22.12.1982 (BGHZ 86.190), se not 174 nedan.

motta leveranser i konkursen, innebär detta att ett nytt avtal anses ingånget, varvid boet inte svarar för avgifter som belöper sig på tiden före konkursen. För s k *"Sonderabnehmerverträge"* avseende elström, som bl a kännetecknas av att en lägre tariff tillämpas än vid vanliga abonnemangsavtal, innebär ett inträde av boet däremot – liksom vid ett vanligt köp med successiv leverans – att *hela* gäldenärens avgiftsskuld måste betalas som massaskuld. I detta fall kan också båda sidornas passivitet under konkursen, under det att fortsatt eluttag sker, innebära att boet stillatigande anses ha inträtt i avtalet med fullständigt ansvar även för tiden före konkursen. För att ett sådant fullständigt konkludent inträde ska anses föreligga krävs emellertid att särskilda omständigheter medfört att boet haft anledning att ta ställning till om det ska inträda eller inte. Boet kan inte kräva att elleverantören sluter ett nytt avtal till gynnsam särtariff utan får välja mellan att inträda i gäldenärens avtal till den lägre tariffen med fullt ansvar även för tiden före konkursen och att säga upp det tidigare avtalet (och därigenom undvika ansvar för gäldenärens gamla skulder) och sluta ett nytt avtal till normaltariff.[170]

Vid vanligt köp med successiv leverans måste ett inträdande konkursbo således betala allt det som gäldenären/köparen är skyldig säljaren. Ett visst skydd ges dock boet av allmänna regler om ogiltighet på grund av villfarelse.[171] Om gäldenären exempelvis erhållit 24 poster av 25 före konkursen men inte betalat för någon av dessa och boet sedan träder in i avtalet, måste boet enligt de beskrivna reglerna i princip betala för samtliga 25 leveranser trots att boet endast erhåller en post för egen del. I detta läge kan konkursförvaltaren inte med framgång hävda att han trodde att inträde kunde ske endast för den 25:e och sista postens del: sådan rättsvillfarelse är ju inte ursäktlig. Invänder konkursförvaltaren i stället – i och för sig med fog – att han trodde att gäldenären redan

[170] Dessa tämligen komplicerade regler vid konkurs kan jämföras med den betydligt enklare regeln vid *ackord*, se § 36 st 2 Vergleichsordnung (VO) som stadgar, att om en borgenär delvis utgett sin prestation vid öppnandet av ackordsförfarandet, så omfattas ett belopp motsvarande det utgivna av ackordet om prestationen är delbar. Jfr rättsfallen BGH 24.2.1969 (BGHZ 51.350, särskilt s 355) och BGH 21.10.1976 (BGHZ 67.242, särskilt s 246 f), jfr Böhle-Stamschräder/Kilger II s 90 f. – I *Österrike* finns en identisk delbarhetsregel för konkursfallet i § 21 st 4 ÖKO. Avgifter enligt ett elleveransavtal för tid före konkursutbrottet anses utan vidare delbara i detta lagrums mening, se Petschek m fl s 279 f med not 21. – I *det tyska förslaget till ny insolvenslag* har för reorganisationsförfarandets del upptagits en "Leitsatz" (2.4.1.10, se Insolvenzrecht I s 226) som motsvarar § 36 st 2 VO:

> "Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der Vertragspartner des Schuldners die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so nimmt er mit seinem Gegenleistungsanspruch für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistung am Reorganisationsverfahren teil."

[171] Se för det följande främst Jaeger/Henckel s 533 ff, jfr Jaeger/Lent s 275 ff och Kuhn/Uhlenbruck s 440 och 444 f.

betalat fullt och att avsikten endast var att driva in den sista delen av motprestationen så är frågan mera osäker. Meningarna i doktrinen är delade. Henckel anser i vart fall att villfarelsen med framgång kan åberopas av förvaltaren.[172] Detsamma gäller då boet inträder i tron att medkontrahenten ännu inte presterat fast detta delvis redan skett. Liknande fall föreligger då medkontrahenten döljer eller svikligen uppger en för inträdesbeslutet viktig omständighet eller då han tiger när han vet att konkursförvaltaren är hänvisad till hans uppgifter, t ex därför att gäldenären försnillat bokföringen. Om inträdesförklaringen i dessa fall ogiltigförklaras och medkontrahenten redan har presterat till boet, anses han kunna återkräva sin prestation och åberopa regler om obehörig vinst om återlämnande inte sker. Ett sådant anspråk kan fås ut som massafordran, § 59 st 1 p 4 KO. Å andra sidan har det sagts att boet kan avräkna den obehöriga vinst medkontrahenten anses göra då hans konkursfordran genom förvaltarens misstag upphöjs till en massafordran.

I litteraturen har man inte ansett § 17 KO vara tillämplig på *telefonabonnemang*. I stället skulle §§ 19 och 20 KO gälla analogt. En tillämpning av dessa paragrafer, som behandlar nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra och arrende, leder till att båda sidor kan säga upp abonnemanget med den uppsägningstid som stadgas i telelagstiftningen. Har gäldenären ännu inte fått telefon installerad hos sig när han går i konkurs, kan upplåtaren t o m säga upp abonnemanget med omedelbar verkan. Boet kan dock fråga medkontrahenten om dennes avsikt och kommer inte svaret utan dröjsmål, får konkursboet valrätt mellan att inträda och att avstå på vanligt sätt enligt § 17 KO, se § 20 KO. För den tid abonnemanget faktiskt fortsätter i konkursen är teleavgiften en massafordran, men för tiden före konkursen svarar boet inte.[173]

Till sist ska några förvaltningsrättsliga avgöranden angående telefonabonnemangs behandling vid konkurs redovisas. Dessa torde visa att teleabonnentens konkursbos rättsställning inte är så dålig som den konkursrättsliga litteraturen anger.

OVG Nordrhein-Westfalen 7.12.1984 (KTS 1985.569). Ett intressant förvaltningsrättsligt avgörande. Här hade /televerket/ vid abonnentens konkurs gjort bruk av § 20 st 2 Fernmeldeordnung, där det står att teleanslutningen kan avstängas med kortfristigt varsel om televerket får kännedom om omständigheter som medför risk för avgiftsbortfall. Avstängningen kan dock hävas genom utgivande av förskott eller säkerhet. Då konkursförvaltaren på televerkets begäran utgav förskott, avräknade verket förskottet på avgiftsfordringar hänförliga till tiden före konkursen och vidhöll avstängningen i avvaktan på förskott eller säkerhet för förbrukningen i konkursen. I domen framhålls bl a att risk för avgiftsbortfall helt allmänt uppkommer vid abonnentens konkurs. Restantier från tiden före konkursen är då utan vidare förlorade enligt konkursrättsliga principer, och det är inte heller otänkbart att de avgifter som uppkommer efter konkursutbrottet endast delvis kan betalas. Endast risken för avgiftsbortfall efter konkursutbrottet är dock relevant i denna bedömning. I den delen måste göras en intresseavvägning. På den ena sidan står då konkursboets berättigade intresse av att på ett smidigt sätt kunna avveckla gäldenärens rörelse och driva den vidare i utsikt att ge borgenärerna så stor utdel-

172 Se § 119 BGB och Jaeger/Henckel s 534.

173 Se Jaeger/Henckel s 481 och 596, Kilger s 112 och 116 samt Kuhn/Uhlenbruck s 414, 446, 459 och 467. För ingående redogörelse, se Mohrbutter i KTS 1984 s 401 ff.

ning som möjligt. Boet har ett intresse av att undvika ränteförluster, utgivande av säkerheter och förskott samt även att dess prestationer avräknas på förskott som utgetts före konkursen. På den andra sidan står televerkets intresse av att skydda sig mot avgiftsbortfall. Det senare intresset anges vara av mindre vikt i detta läge. Faran för avgiftsbortfall är inte så överhängande vid konkursutbrottet, att en omedelbar avstängning är berättigad. Och överstiger inte risken för avgiftsbortfall i konkursen den normala risk varje borgenär måste vara beredd att ta, så är en omedelbar avstängning inte rättsenlig. I det konkreta fallet var farhågorna för att avgifterna efter konkursutbrottet skulle utebli inte akut överhängande. Att beakta var därvid, att det inte är gäldenären utan konkursboet som svarar för avgifterna under en konkurs. Inträder boet enligt § 17 KO, vilket skett i det aktuella fallet, uppstår ett rättsförhållande med konkursboet som sådant. Avgifterna efter konkursutbrottet blir massafordringar med bästa rätt. Det relevanta blir i det läget om boets medel räcker för tillgodoseende av avgiftsfordringarna. Beaktas bör därvid även att konkurs beslutas endast om gäldenärens egendom förslår till täckning av massakostnaderna. En prognos ska alltså göras. Det är inte säkert att massan räcker för massaskulderna. Enligt tysk konkursrätt ska dock de massafordringar som grundas på boets inträde betalas först av alla boets skulder, alltså även före konkurskostnaderna, se § 59 KO. Dessutom handlar förvaltaren under skadeståndsansvar enligt § 82 KO. – *Sammantaget* bedömdes risken för förluster efter konkursutbrottet varit osannolik i det föreliggande fallet. Televerket befanns inte heller varit berättigat att avräkna boets förskott på avgiftsfordringar som belöpte sig på tiden före konkursen. Tillåts en sådan avräkning skulle det nämligen innebära ett otillåtet tillgodoseende av en vanlig konkursborgenär. Konkurslagens regler om gäldenärens förfogandeförlust, förbudet mot specialexekution samt kvittningsregeln i § 55 st 1 p 1 KO angavs också tala emot den gjorda avräkningen.[174]

I *OVG Nordrhein-Westfalen 22.10.1982 (KTS 1984.143)* fastslogs motsvarande principer för *ackord*. Detta innebär främst att avstängning av teleanslutningen inte är tillåten för utfående av avgiftsfordringar från tiden före öppnande av ackordsförhandling. Även i konkursfallet *OVG Nordrhein-Westfalen 17.4.1985 (KTS 1985.574)* har denna linje följts.

2.6.5 Svensk rätt

2.6.5.1 Vanliga köp med successiv leverans

39–41 §§ KöpL ger ingen ledning för frågan om köparens konkursbo har rätt att betala endast för leveranser som inte utgetts till gäldenären/köparen vid konkursutbrottet och hänvisa leverantören till att göra gällande krav på grund av tidigare leveranser som konkursfordran. Lagtexten be-

[174] Avslutningsvis framhölls i detta mål också att avräkning på äldre avgiftskrav är *återvinningsbart* enligt § 30 KO, även om förskottet krävts efter konkursutbrottet. – I rättsfallet BGH 22.12.1982 (BGHZ 86.190) var det på ett liknande sätt fråga om *återvinning* av en förskottsbetalning för teleavgifter som på krav från televerket utgetts tre veckor efter konkursansökan. Då verket avräknat förskottet på fordringar som uppkommit före den konkurs som sedermera beslutades, kunde återvinning ske enligt § 30 Nr 1 Alt 2 KO, som handlar om återvinning av kongruent täckning av konkursfordringar efter en konkursansökan eller en betalningsinställelse som borgenären kände till, jfr not 169 ovan. Ang lagrummet i allmänhet, se Kilger s 160–163. – Att avräkning på äldre avgiftskrav är otillåten framhålls också av Mohrbutter i KTS 1984 s 401 och 404.

handlar visserligen bara varor som ännu inte utlämnats när konkurs beslutas, men häri ligger knappast något ställningstagande till fallet då andra varor redan utgetts vid den kritiska tidpunkten. Inte heller 38 § i 1862 års konkurslag, föregångaren till köplagens regler om köparens insolvens, gav något svar. I doktrinen har man däremot haft åsikter i frågan.

Nordling hävdade 1875 att boet måste betala fullt även då säljaren utgett en del av sin prestation.[175] Ekeberg skrev trettio år senare att en insolvent köpare inte kan utkräva vad som återstår för säljaren att leverera annat än mot full betalning för helheten.[176] Även efter köplagens införande har det påstått att boet måste ta på sig ett fullständigt ansvar. Hillgård framhåller sålunda att säljaren kan häva köpet enligt 39 § KöpL för resterande, ännu inte utgivna delar, om inte boet ställer säkerhet för köpeskillingen i dess helhet.[177]

Den dominerande uppfattningen efter köplagens ikraftträdande är dock att köparens konkursbo kan inträda med verkan från konkursutbrottet. Denna uppfattning hävdas av Almén men även av Hasselrot och Winroth.[178]

Vad säger man då i nyare litteratur? Hellner menar helt allmänt att det inte finns något principiellt hinder mot att konkursborgenärerna har bättre rätt än vad den insolventa parten själv hade.[179] Håstad är något konkretare och har i ett sammanhang framhållit, att det möjligen finns rätt till begränsat inträde vid alla delbara prestationer, om medkontrahenten före konkursen presterat en del av sitt vederlag. Inträdet skulle då kunna begränsas till återstoden.[180] Senare har han allmänt menat, att om man önskar "förbättra förutsättningarna för konkursboet att avveckla gäldenärens rörelse på ett någorlunda gynnsamt sätt genom att ge konkursboet en inträdesrätt, där det inte skulle skada medkontrahenten, synes det följdriktigt att boet kan begränsa sitt inträde till vad boet får nytta av eller själv presterar efter konkursbeslutet, där en sådan uppdelning lätt kan göras."[181] Ännu senare har Håstad skrivit att Alméns ståndpunkt är välgrundad, "eftersom säljaren vid konkursutbrottet...stod utan säkerhet för betalningen av det som levererats och hans position inte försämras ytterligare om boet åtar sig att svara för betalningen av

175 Nordling s 659.

176 Ekeberg s 29, jfr Ekeberg/Benckert s 99.

177 Hillgård s 176 not 2, jfr s 161 not 1.

178 Se Almén § 39 not 145, Hasselrot HB 2 uppl s 232 not 4, densamme, Juridiska skrifter VII s 296 not 3 och Winroth s 210.

179 Hellner II s 257.

180 Håstad, PM s 8 och 26.

181 Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 273.

senare leveranser."[182] Den nämnda uppdelning kan tydligen göras utan större problem vid köparens konkurs, då den prestation som boet önskar fullgöra endast partiellt innebär betalning.

Sammanfattningsvis ger således den övervägande meningen i svensk doktrin stöd för antagandet, att köparens konkursbo kan inträda beträffande de varor som säljaren inte traderat till köparen före konkursen, alltså utan betalningsansvar för vad som redan kan ha utgetts: boet skulle ha rätt till partiellt inträde. Något undantag från denna regel, liknande vad Ørgaard antytt i dansk rätt för fallet då kompletterande saker köpts enligt samma kontrakt och den ena saken levererats, torde inte gälla.

Skälen för en regel om partiell inträdesrätt har inte diskuterats särskilt ingående i litteraturen. Från konkursrättslig synpunkt kan regeln, vilket också gjorts angående en del offentligrättsliga abonnemangsavtal (se 2.6.5.2 nedan), motiveras med att fordringar som avser tid före en konkurs endast är konkursfordringar och om boet betalade även dessa skulle det innebära ett gynnande av en enskild konkursborgenär framför de övriga, vilket strider mot den likabehandlingsprincip som är helt grundläggande inom konkursrätten. Enligt min mening innefattar argumentationen dock ett cirkelresonemang. Den förutsätter vad som ska visas, nämligen att fordringar enligt ett ömsesidigt avtal som inte brutits av boet och som avser tid före konkursen endast är konkursfordringar. Att fråga sig om boet vid inträde svarar för tiden före konkursen är detsamma som att fråga, om fordringar avseende denna tid är massa- eller konkursfordringar *även efter det att boet inträtt i avtalet*. Och svaret på den senare frågan kan inte gärna vara: "Sådana fordringar är konkursfordringar därför att de är konkursfordringar och konkursfordringar får inte ges full täckning i strid med likabehandlingsprincipen."

Nu kan häremot hävdas, att om boet i stället avstått från att inträda och säljaren hävt avtalet, så hade säljarens fordran på betalning för vad som utgetts före konkursen endast varit en konkursfordran. Frågan blir därefter, varför säljaren vid boets inträde i hans avtal ska gynnas jämfört med vad som gällt om boet valt att avstå från att inträda?

Ja, varför inte? Att boet fullföljer ett ömsesidigt avtalsförhållande är något helt annat än att boet avbryter detsamma och får fordringens status fastställd enligt sakrättens regler. Att boet valt att inträda i stället för att påkalla en tillämpning av de rent sakrättsliga reglerna betyder väl att boet också avstått från att åberopa den rätt att bryta avtal som följer just av de sakrättsliga reglerna? Och boets inträde innebär ju trots allt en risk för att säljarens förlust på grund av konkursen blir större än vad resultatet blivit om avtalet hävts på konkursdagen. Bör nu inte denna riskökning, vilken de borgenärer inte behöver underkasta sig, som

[182] Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 307 f.

"slipper bli utsatta" för boets inträde, motivera att boet får tåla att betala även skulder från tiden före konkursen? Jämför den tyska uppfattningen, att även ett köp med successiv leverans är odelbart och därmed inte kan bli föremål för partiellt inträde.

Till detta kan sägas, att risken för ytterligare förluster inte är särskild stor just för en säljare. Visserligen kan boet bli insolvent för massaskulderna och massaborgenären kan då bli nödlidande. Men en kreditsäljare kan vid tiden för avlämnandet kräva säkerhet enligt 39 § KöpL och en säljare i allmänhet kan – för det fall säkerhet inte krävts eller får krävas – dessutom häva avtalet på grund allmänna regler om anteciperat dröjsmål om *boets* solvens är så dålig att ett hävningsgrundande betalningsdröjsmål kan anteciperas för boets egen del. Risken för att boet ska vara oförmöget att betala och därigenom för ytterligare förluster för säljaren motiverar således inte ett allmänt förbud mot partiella inträden.

En beaktansvärd risk för ytterligare förluster uttrycks emellertid nu också – med utgångspunkt från en konkurs- eller sakrättslig grundprincip om frysning eller låsning av konkursborgenärers inbördes förmögenhetsläge på konkursdagen – av den, låt oss säga obligationsrättsligt grundade, principen om *avtalets odelbarhet*. De danska och norska reglerna om partiell inträdesrätt för konkursbon kan sägas ge uttryck för just detta. Endast i den mån en konkursrättsligt motiverad delning eller "partiell frysning" av det ömsesidiga avtalet leder till beaktansvärda skador för medkontrahenten just på grund av själva delningen, bör ett förbud mot partiellt inträde uppställas. Därtill måste framhållas, att frågan om partiellt inträde i första hand uppkommer vid avtal om successiv leverans. För sådana avtal bygger de nordiska köplagarna emellertid på grundtanken, att varje post i princip är att se som ett avtal för sig.[183] Därmed föreligger egentligen ingen grundläggande "systemkonflikt" i delbarhetsfrågan mellan obligationsrätten å den ena och sak- eller konkursrätten å den andra sidan. Köplagens regler kan dock avtalas bort. En konkursrättslig regel om partiell inträdesrätt vid köp kan då sägas innebära, att den dispositiva köprättens grundtes blir tvingande till parternas konkursborgenärers förmån. I den mån en avtalad avvikelse från 22, 29 och 46 §§ KöpL är från "delbarhetssynpunkt" sakligt välmotiverad, kommer dock åter den konkursrättsliga bedömningen att åtminstone i stort sett sammanfalla med den obligationsrättsliga.

Den partiella inträdesrättsregeln bör även vara väl förenlig med de rättspolitiska värderingar som får anses råda vid (särskilt) företagskonkurs. Som Håstad antytt kan en regel om partiell inträdesrätt för konkursbon baseras på resultatet av en avvägning mellan de olika intressen som gör sig gällande vid en konkurs. Konkursförvaltningens möjligheter

[183] Se Almén § 22 vid not 3 ff.

att i borgenärskollektivets, samhällets och arbetstagarnas intresse – jämför numera 7:8 2 st KL om hänsynstagande till det långsiktiga sysselsättningsintresset – en tid kunna fortsätta gäldenärens rörelse i någorlunda affärsmässigt gynnsamma former, med det primära syftet att ge konkursborgenärerna optimal utdelning, helst via en samlad avyttring av rörelsen eller delar därav, bör då ytterst vara utslagsgivande. Som jag sa i kap II 7 bör detta borgenärsflertalets intresse tillgodoses så långt den enskilde kontraktsmotparten inte åsamkas en icke obetydlig ytterligare förlust än vad han gjort, om avtalsförhållandet avbrutits i det läge det förelåg vid konkursutbrottet. Och vid köparens konkurs gör inte säljaren sådana ytterligare förluster genom ett partiellt inträde. Slutsatsen bör då bli att en rätt till partiellt inträde för köparens konkursbo ligger helt i linje med resultatet av den övergripande intresseavvägningen.

Även om en regel om partiell inträdesrätt således poneras gälla, kan man med det danska rättsläget i minnet fråga sig, om en säljare ändå inte, genom att hota med hävning på grund betalningsdröjsmål före konkursen, kan framtvinga full betalning av gäldenärens restantier. Visserligen bör en given konsekvens av en regel om partiellt inträde vara, att *en före konkursen uppkommen hävningsrätt* inte kan åberopas mot boet, i vart fall inte om hävningrätten beror på den insolvens som lett till konkursen. Enligt gällande svensk rätt är frågan dock ganska osäker. Det är alltså långtifrån säkert att en medkontrahents hävningsrätt skulle prekluderas därför att boet i princip endast behöver betala för leveranser som äger rum efter konkursutbrottet. En hävningsrätt är ju – teoretiskt uttryckt – inte någon fordran som utan vidare kan tilldelas ett visst prioritetsläge i konkurrens med andra fordringar i en konkurs. Hävningen är inriktad på att det ömsesidiga fordringsförhållandet ska upphöra. Och det är just detta fordringsförhållande som boet är intresserat av att bevara. Det är således inte uteslutet att samma problem som i Danmark här skulle kunna uppstå, dvs att boet i och för sig kan begränsa sitt ansvar till tiden efter konkursutbrottet men kanske ändå inte kan hindra att medkontrahenten häver avtalet på grund av ett hävningsgrundande dröjsmål före konkursen. Dessutom är även regeln om partiell inträdesrätt som sådan rätt löst grundad i svensk rätt. Det kan mot denna bakgrund vara av intresse av att uppmärksamma vissa *regler utanför konkursrättens område*, vilka även ett konkursbo kan vara betjänt av att åberopa.

För att säljarens påtryckningsåtgärder ska vara rättsligt effektiva krävs till en början att han har rätt att tillgripa dem enligt vad som *kontraktsrättsligt* gäller mellan parterna. Har inget särskilt avtalats får säljarens möjligheter att *häva* beträffande ännu inte fullgjorda leveranser, på grund av utebliven betalning för redan fullgjorda leveranser, bedömas

enligt 29 § KöpL. Säljaren ges där rätt att häva för framtida leveranser/poster (oavsett om den post betalningsdröjsmålet avser redan utgetts och hävningsrätt i den delen därför saknas på grund av 28 § 2 st KöpL[184]), om det inte saknas all anledning att befara dröjsmålets upprepande.[185] Säljarens möjligheter att häva enligt denna regel beror således på om dröjsmål kan anteciperas för boets egen del. Jag har ovan framhållit att en före konkursen uppkommen hävningsrätt, grundad på den allmänna regeln om anteciperat dröjsmål, inte kan utövas mot boet om inte boet först beretts tillfälle att inträda i köpet.[186] Även om anteciperingsregeln i 29 § KöpL är betydligt strängare mot köparsidan än den allmänna anteciperingsregeln, bör samma princip gälla också här. Konkursen som sådan ger alltså inte säljaren rätt till totalhävning enligt 29 § KöpL, utan boet kan avvärja en sådan genom att förklara sig inträda (och eventuellt på säljarens anfordran ställa säkerhet) för *kommande* leveransers del. En annan sak är att dröjsmål givetvis kan anteciperas mot boet självt även då det tagit på sig ansvar för resterande leveranser, om bara rekvisiten i 29 § är uppfyllda.

Det som nu sagts gäller även om boet enligt de konkursrättsliga reglerna skulle anses sakna rätt till partiellt inträde. Även om boet måst inträda med ansvar för alla leveranser, leder detta alltså inte till att säljaren haft rätt att häva för framtida leveransers del. Han skulle i stället varit hänvisad till att hos boet söka ut massafordringen för leveranserna före konkursen. Ett hot om hävning hade m a o varit rättsstridigt enligt dispositiv rätt även om inte partiellt inträde erkänts.

29 § KöpL reglerar endast rätten att häva, inte *rätten att innehålla framtida leveranser* som påtryckningsmedel för att få köparen att betala för leveranser som redan utgetts. Som nämnts har Krüger i Norge hävdat att allmänna regler om detentionsrätt inte ger en säljare rätt att hålla inne senare leveranser på grund av utebliven betalning för tidigare. Kravet på konnexitet mellan krav och täckningsobjekt anser han oftast inte vara uppfyllt.[187] Ungefär detsamma gäller enligt svensk rätt. Vid avtal om successiv leverans ska varje post i princip ses för sig, och dröjsmål med betalning av en post berättigar inte säljaren att innehålla en annan. Detentionsrätten enligt gällande dispositiv rätt torde t o m vara snävare än hävningsrätten enligt 29 § KöpL, eftersom den särskilda anteciperingsregeln inte anses ha någon motsvarighet för detentions-

184 Se Almén § 29 vid not 2b.

185 Jfr den kommande köplagspropositionens 56 § 2 st:"Säljaren får även häva köpet i fråga om en senare post, dock inte om det saknas anledning att anta att dröjsmål med betalningen som ger rätt till hävning kommer att upprepas."

186 Se 2.5.5.

187 Krüger s 77 f.

rätten.[188] Christensen har i sin avhandling kritiserat detta förhållande och menat, att detentionsrätten åtminstone bör vara lika omfattande som hävningsrätten.[189] De lege ferenda har hon föreslagit att detentionsrätten bör utvidgas än mer, så att en post skulle kunna innehållas till säkerhet för samtliga köparens förpliktelser som bort fullgöras före den prestation som innehålls.[190] Kritiken har inte lett till några sakliga förändringar i den proposition till ny köplag som snart kommer att läggas.[191] Det kan alltså konstateras, att säljaren inte heller har rätt att *innehålla* framtida leveranser till konkursboet för framtvingande av betalning för leveranser före konkursen om dispositiv köprätt tillämpas. Detta gäller även om boet skulle sakna rätt att inträda partiellt enligt den konkursrättsliga regeln.

I det föregående, vid genomgången av dansk och norsk rätt, framkom, att man där i viss utsträckning kan angripa utpressningskrav mot konkursbon med *konkurrensrättsliga regler*. Den danska monopollovens 12 § 3 st torde t ex vara av värde för ett konkursbo som befinner sig i ett tvångsläge gentemot en leverantör och boet i väsentlig grad skulle hämmas i sin näringsutövning om inte fortsatta leveranser erhölls. Inte ens kontraktsbrott eller ekonomiska svårigheter hos köparsidan ger säljaren rätt att som villkor för fortsatta leveranser kräva att köparen först betalar för tidigare leveranser. Däremot kan leverantören kräva säkerhet eller kontant betalning för kommande leveranser.[192]

I Sverige får motsvarigheten till dessa regler sökas i konkurrenslagen (1982:729) (KKL).[193] Följande bestämmelser är här av intresse.

> *2 §:* Om en konkurrensbegränsning har skadlig verkan inom landet, kan marknadsdomstolen för att förhindra sådan verkan besluta om åtgärder enligt denna lag. En sådan åtgärd får riktas mot en näringsidkare som föranleder den skadliga verkan.
>
> Med skadlig verkan förstås att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt...försvårar eller hindrar annans näringsutövning.
>
> *3 §:* Marknadsdomstolen kan meddela näringsidkaren...åläggande att tillhandahålla en annan näringsidkare en viss vara, tjänst eller annan nyttighet på villkor som motsvarar vad han erbjuder andra näringsidkare (säljåläggande)...

Enligt 4 § ska marknadsdomstolen (MD) innan åtgärd enligt 3 § vidtas söka förhindra den skadliga verkan genom förhandling, om inte särskilda omständigheter talar mot det.[194]

188 Se NJA 1920 s 1, Rodhe, Obligationsrätt s 402, Almén § 29 vid not 8 f och Christensen s 101 ff och 154 ff.

189 Christensen s 103 ff och 158 f. Instämmande: Roos i SvJT 1971 s 45.

190 A a s 159.

191 Se 10 och 56 §§.

192 Se 2.6.2.

193 Motiv: SOU 1978:9 och prop 1981/82:165.

194 I 10 § föreskrivs att åläggande enligt 3 § kan förenas med vite, och 11 § ger NO rätt att, då förutsättningarna enligt 3 § 1 st föreligger och fallet inte är av större vikt, vid vite förelägga bl a säljåläggande för godkännande omedelbart eller inom viss tid. Om särskilda skäl föreligger kan MD besluta om interimistiskt säljåläggande, se 18 §.

För att en säljare, som vägrar att leverera till köparens konkursbo annat än mot full betalning för vad köparen själv är skyldig honom på grund av leveranser före konkursen, ska kunna åläggas att leverera till boet enligt 3 § KKL, krävs till en början att hans vägran att leverera innebär *en konkurrensbegränsning* i lagens mening. Detta bör inte utgöra några större problem, då begreppet har en mycket vid innebörd och säljvägran (leveransvägran) är en av de vanligaste konkurrensbegränsande åtgärderna.[195] Att boet faller under det vida näringsidkarbegreppet utgår jag här utan vidare ifrån. Därefter gäller det att bedöma om den aktuella leveransvägran har *skadlig verkan* enligt KKL:s legaldefinition. Enligt ännu aktuell rättspraxis lär beviskravet härför vara uttunnat: det räcker att NO kan visa att påtaglig risk för skadlig verkan föreligger.[196] Enligt lagtexten har som synes en vägran att leverera skadlig verkan, om den på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt försvårar eller hindrar annans näringsutövning. Att säljarens leveransvägran i konkursfallet avsevärt kan försvåra boets näringsutövning bör vara klart i den tvångssituation för boet som enligt premisserna för resonemanget poneras råda. Därutöver lär krävas att ett ingripande är befogat från allmän konkurrenssynpunkt.[197] Säljarens vägran måste som sagt även medföra att verkningarna är otillbörliga från allmän synpunkt. Häri ligger dels ett väsentlighetskrav, dvs att den skadliga verkan är av ekonomisk betydelse, dels att en helhetsbedömning ska göras, där en avvägning mot andra skyddsvärda intressen, som kan göra konkurrensbegränsningen berättigad, ingår.

Ett grundläggande krav är vidare att inte i stort sett *likvärdiga varor* kan köpas från annat håll på samma eller liknande villkor. En alternativ leverantör finns inte om leverantören har en marknadsdominerande ställning och inte i det fall som här diskuteras: boets utsatta position beror just på att en ersättningsvara inte kan erhållas från någon annan leverantör.

Om vi nu antar att boet i ett visst konkret utpressningsläge i och för sig med framgång kan åberopa 2 och 3 §§ KKL enligt det sagda, kan det ändå ifrågasättas om inte avsaknaden av en regel motsvarande 12 § 3 st in fine i den danska monopolloven – om leveransplikt mot kontant betalning eller betryggande säkerhet – innebär att säljarens leveransvägran skulle anses berättigad: att betalning inte sker för en delleverans före konkursen innebär ju ett *kontraktsbrott*, som enligt parternas avtal kan ge hävningsrätt och/eller detentionsrätt för hela avtalet. Kan det då verkligen vara riktigt att konkurrenslagen ändock kan användas för att ålägga säljaren leveransskyldighet? Svaret är inte givet. Det kan sägas att den konkurrensrättsliga bedömningen i princip är fristående från den civilrättsliga.[198] Huruvida säljaren har en kontraktsrättsligt giltig detentions- eller hävningsrätt torde då sakna betydelse, om nu 2 § KKL sedd för sig får anses uppfylld på en aktuell vägran att leverera. På liknande sätt bör den konkurrensrättsliga bedömningen kanske vara fristående från den *konkursrättsliga*?

I sammanhanget kan noteras att Bernitz, i en översikt över de principer som i dansk, norsk och svensk konkurrensrätt utvecklats beträffande säljvägran, hävdat att säljvägran gentemot en återförsäljare som kan bedömas vara en *osäker betalare* kan

[195] Se härtill och för det följande SOU 1978:9 s 111 ff och 233, prop 1981/82:165 s 52 ff, 83 ff och 249 ff, Bernitz, Svensk marknadsrätt s 56 ff, särskilt s 79 ff, densamme, Konkurrens och priser s 173 ff, Pehrson, Kontraheringsplikt s 41 ff och Martenius s 44 f, 69 ff, 98 f och 201 ff.

[196] Bernitz, Svensk marknadsrätt s 59.

[197] A st.

[198] Se a a s 101.

vara rättsenlig, "men här finns alltid möjligheten att kräva kontant betalning". Hänvisning görs sedan till 12 § 3 st monopolloven.[199] Senare har han, nu endast för svensk rätts del, menat att leverantörens säljvägran i detta fall torde "betraktas som legitim, åtminstone när kontant betalning inte erläggs".[200] Martenius skriver på ett liknande sätt att man inte får anta, "att en försäljningsvägran i förhållande till en svag betalare alltid kan godtas även om denne erbjuder kontant betalning. I många fall kan nämligen olägenheterna för säljaren av att ta emot kontant betalning framstå som så begränsad att leveransvägran med hänsyn till övriga omständigheter ej kan anses tillbörlig."[201]

Dessa uttalanden berör (endast?) fallet då det fortfarande är *köparen/gäldenären själv* som är motpart och dennes tidigare eller nuvarande betalningsförmåga kan ifrågasättas. Om man redan i detta läge är beredd att ålägga säljaren att leverera mot kontant betalning, förefaller det vara föga äventyrligt att påstå att åtminstone detsamma bör gälla gentemot köparens konkursbo, om konkursförvaltaren uttryckligen anger sig vara beredd att ta på sig ansvaret för framtida leveranser och säljaren vid tiden för avlämnandet kan kräva säkerhet enligt 39 § KöpL då kreditköp avtalats. För att ålägga säljaren leveransskyldighet enligt 3 § KKL mot köparens bo bör inte finnas behov av att se boet som en ny part i förhållande till gäldenären. Reglerna om säljvägran anses tillämpliga oavsett om säljaren tidigare levererat till köparen/gäldenären eller det är fråga om en ny affärsförbindelse. Avstängning av en tidigare kund från ytterligare leveranser lär f ö bedömas strängare än annan leveransvägran, bl a därför att den då kan uppfattas som en sanktion – vilket är en träffande beskrivning i konkursfallet – och att MD kan tänkas bedöma ett säljåläggande i ett redan upprättat affärsförhållande som mindre ingripande.[202]

Sammanfattningsvis menar jag sålunda att en säljare/leverantör, som vägrar att leverera till köparens konkursbo annat än mot full betalning för leveranser fullgjorda före konkursen, bör kunna åläggas att leverera till boet då rekvisiten i den konkurrensrättsliga generalklausulen 2 § KKL är uppfyllda och boet är berett att antingen betala kontant för kommande leveranser eller ställa säkerhet för dem. Med tanke på att den *konkursrättsliga* regeln de lege lata står på något bräcklig grund och att de civilrättsliga reglerna om detentions- och hävningsrättens omfattning vid successiv leverans är dispositiva, kan detta vara av ett visst värde för boet.

Ytterligare en angreppsvinkel har antytts i litteraturen. Håstad anger ett exempel där *säljaren inte är avtalsbunden att leverera* till köparen när konkurs inträffar (och den rena inträdesrättsfrågan därför inte blir aktuell)

199 Bernitz, Konkurrens och priser s 179 f.

200 Bernitz, Svensk marknadsrätt s 81, där jämförelsehänvisning görs till NFR 1970:4. I detta mål yrkade en detaljist att en tillverkare mot kontant betalning skulle förmås att leverera idrottsbyxor som inte kunde fås på annat håll. Parterna hade tidigare haft affärsförbindelse, vilken dock avbrutits genom den dåvarande affärsinnehavarens konkurs. I konkursen hade tillverkaren inte fått full täckning för fordringar pga sålda varor. Resterande krav hade avskrivits. Tillverkarens säljvägran, under åberopande av den tidigare och nuvarande innehavarens uppträdande vid tidigare affärsförbindelse, föranledde inte åtgärd enligt den då gällande konkurrensbegränsningslagen (1953:603).

201 Martenius s 206 f.

202 Se Bernitz, Konkurrens och priser s 180 (avser generellt dansk, norsk och svensk rätt) och Pehrson, Kontraheringsplikt s 47 och 63.

men "brukar" leverera till gäldenären. Köparens konkursbo kan då naturligtvis inte kräva leverans enligt reglerna om konkursboets inträdesrätt eller på kontraktsrättslig grund. Därefter sägs:[203]

> "Ifall en enhet av varan brukar kosta 1 000 kr och gäldenären är skyldig leverantören 100 000 kr, kan det hända att leverantören av konkursboet kräver 101 000 kr för nästa enhet, om varan fyller en nyckelfunktion i gäldenärens tillverkning och leverantören därför anser sig ha en god förhandlingsposition. Boet torde inte kunna tvinga leverantören att lämna ett lägre anbud rent konkursrättsligt, men ett träffat avtal mellan leverantören och boet om ett dylikt överpris kan möjligen angripas med avtalslagens ogiltighetsregler om ocker."

Härtill har Karnell menat (och tillagt) att en konkursförvaltare som ingår ett sådant avtal till klart överpris "i syfte att senare kunna åberopa ockerregeln gentemot leverantören" knappast torde kunna räkna med att en domstol skulle stödja förfarandet. Avtalet sägs i vart fall strida mot advokatetiska principer och att boet torde få betala vad leverantören begär eller också avstå från fortsatt tillverkning "i den mån inte allmänna regler om högstprissättning etc kan vara tillämpliga."[204]

Jag ska här inte gå in på frågan om 31 § eller möjligen 36 § AvtL kan användas i den beskrivna och liknande situationer. Jämför i övrigt den danska diskussionen mellan Ørgaard och Munch och boets framgångsrika återkrav på konkursrättslig grund i det danska rättsfallet UfR 1984.379H.[205]

Till sist bör sägas något om betydelsen av en eventuell *allmän civilrättslig regel om kontraheringsplikt*, dvs en plikt att tillhandahålla varor eller tjänster på sedvanliga villkor till var och en som önskar ta del av dem, utanför konkurrensrättens och de rättsliga monopolens område.[206] Det har sagts att en sådan skyldighet under vissa förutsättningar skulle gälla för företag med faktisk monopolställning eller starkt dominerande ställning. Men hur långt regeln i så fall skulle sträcka sig anses ovisst.[207] Ett visst – om än svagt – stöd för en regel om kontraheringsplikt finns i rättspraxis, främst i *NJA 1948 s 513*. Där ansågs en fackförenings vägran att som medlem uppta en person, som inte kunde erhålla arbete utan medlemskap, inte rättsenlig. I litteraturen har rättsfallets tagits till intäkt för en mera generell princip om att "en part som är väsentligen beroende av möjligheten att ingå avtal med en annan part också har rätt att in-

[203] Sakrätt, 2 uppl s 273.

[204] Karnell i SvJT 1984 s 386.

[205] Se 2.6.2. Se också om civilrättslig ogiltighet, bl a enligt 36 § AvtL, av avtal som strider mot konkurrenslagstiftningen, prop 1981/82:165 s 234 ff och Bernitz, Svensk marknadsrätt s 101 ff.

[206] Se närmare om kontraheringsplikt för statliga och kommunala subjekt och rättsliga monopol i nästföljande avsnitt (2.6.5.2).

[207] Se för det följande främst Pehrson, Kontraheringsplikt s 70 ff, Victorin i SvJT 1976 s 436 ff, Bernitz, Svensk marknadsrätt s 106 ff och även Vahlén s 12 f not 16, Rodhe i SvJT 1951 s 597 samt Nial, Minnesskrift s 198 f.

gå detta avtal."[208] På grundval av lagregler om kontraheringsplikt på skilda områden har Pehrson i sin undersökning sökt abstrahera fram de typiska kännetecknen på de fall där kontraheringsplikt gäller. Och efter att ha analyserat rättspraxis samt svensk och utländsk doktrin anser han sig kunna formulera följande regel.[209]

> "Företag och näringsidkare med starkt dominerande ställning på ur allmän synpunkt betydelsefulla marknader är skyldiga att i mån av kapacitet på sedvanliga villkor ingå avtal med av företaget eller näringsidkaren beroende person eller företag."

Den andre som mera ingående undersökt förekomsten av en allmän civilrättslig kontraheringspliktsregel är Victorin. Han är tveksam till om en sådan regel alls låter sig formulera men frågar sig, om en eventuell regel kan grundas på generalklausulen i 36 § AvtL. Han besvarar dock frågan nekande: "Möjligen kan tveksamhet råda om man på den kan stödja en kontraheringsskyldighet i form av skyldighet att förlänga eller förnya kontrakt. Detta får rättspraxis utvisa."[210]

Även om det för ett visst fall antas att en civilrättslig regel om kontraheringsplikt kan åberopas, och då även av ett konkursbo, måste också här bedömas om kontant betalning eller säkerställande avseende kommande leveranser genombryter en kontraktsgrundad befogenhet för säljaren att hålla inne dessa leveranser och/eller häva på grund av utebliven betalning för redan utgivna leveranser. Det är dock enligt min mening ohållbart att hävda, att boet för att kunna utnyttja regler om kontraheringsplikt skulle vara skyldigt att för egen del först avstå från (eller säga upp) gäldenärens avtal och sedan sluta ett nytt avtal, för att få slippa ifrån gäldenärens gamla skulder. Att kräva ett sådant formellt "frikopplande" från gäldenären är inget annat än att motivera en rättspolitiskt önskvärd regel med en juridisk konstruktion. Detta har dock som framgått förekommit i tysk praxis och doktrin och har, som vi ska se i nästa avsnitt, även anförtats i svensk doktrin angående elleveranser till abonnentens konkursbo. Jag återkommer strax till dessa frågor vid behandlingen av vissa kommunala anstalters kontraheringsplikt.

2.6.5.2 Särskilt om abonnemangsavtal med offentligrättsliga leverantörer

Tidigare fanns en lag (1920:474) med vissa bestämmelser om registrering av elektriska anläggningar samt om rätt till elektrisk kraft mm (nedan 1920 års lag). Den innehöll bl a regler om rättsförhållandet mellan upplåtare av elektrisk kraft och den till vilken kraft upplåtits (nedan abonnenten). Lagen avsåg dock endast fallet då elleverantören *i egenskap av fastighetsägare* åtagit sig att leverera (jfr numera 15 kap JB om rätt till elektrisk kraft), vilket i nutida förhållanden torde vara ovanligt. Den normala distributionen från kommunala och privata elverk sker inte på detta servitutsliknande sätt.[211] Jag menar ändå att principerna för de

[208] Pehrson a a s 74, jfr Bernitz a a s 105, Rodhe a st och Nial a st. I övrigt brukar som stöd anges NJA 1946 s 695 (vilket dock Pehrson anser vara ointressant i sammanhanget, se s 75) och JustR Ulvesons särvotum i NJA 1970 s 394.

[209] Pehrson a a s 83.

[210] Victorin a a s 451.

[211] Jfr Westman III s 15 f.

avtal som 1920 års lag reglerade är av intresse vid diskussionen om löpande leveranser till ett konkursbo. I lagen fanns ganska utförliga regler om verkan av abonnentens konkurs. 22 § hade följande lydelse.[212]

> Har den, till vilken elektrisk kraft upplåtits, efter avtalets slutande blivit försatt i konkurs, må tillhandahållandet av kraft avbrytas, intill dess betryggande säkerhet ställes för gäldande av den för kraften utgående avgift och avtalets fullgörande i övrigt.
>
> Underlåter konkursboet att inom en månad efter därom av upplåtaren framställd begäran ställa säkerhet, avseende tiden från det beslutet om egendomsavträde meddelades och intill dess sex månader förflutit från utgången av den för bevakning av fordringar utsatta tid, skall avtalet anses hävt vid utgången av förstnämnda tid. Ställes sådan säkerhet, men varder icke minst en månad före utgången av omförmälda sex månader ny säkerhet ställd, gällande för hela avtalstiden, skall avtalet anses hävt vid utgången av den tid, för vilken säkerhet ställts.

Av andra stycket framgår, att boet på anmodan hade att ställa en säkerhet som täckte tiden från konkursutbrottet till sex månader efter bevakningstidens utgång. Fordringar för kraftleverans som skett *före* konkursen behövde tydligen inte säkerställas.

Det kommittéförslag som låg till grund för stadgandet var mer likt reglerna för arrendatorns konkurs i 1907 års nyttjanderättslag.[213] Detta innebar bl a att abonnentens konkursbo inträdde "automatiskt" om inte boet sa upp abonnemanget inom viss tid. Mot detta förslag opponerade sig lagrådet och menade, att en analogi från reglerna om köp av lös egendom låg närmare till hands en analogin från arrendereglerna. Bestämmelsen om abonnentens konkurs omarbetades därför med utgångspunkt från 39–41 §§ KöpL.

Vid lagrådsbehandlingen berördes även frågan om betalningsskyldighet för kraft som levereras efter konkursutbrottet och kommer boet tillhanda utan att säkerhet först ställts. I betänkandet hade sagts, att även om boet genom underlåten uppsägning blev bundet av avtalet – denna regel om passivt inträde blev alltså inte införd som lag – så var upplåtarens fordran för kraft som levererats före utgången av boets betänketid endast en konkursfordran. För kraftleverans därefter skulle upplåtaren däremot ha en massafordran. Lagrådet ansåg i denna del att det inte kunde komma ifråga att ålägga konkursboet betalningsskyldighet för kraft varav det "måhända ej varit i behov eller ens kunnat använda sig".[214] Det framhölls även att boet enligt köplagen inte behöver besluta sig i inträdesfrågan förrän efter anfordran. Det slogs därför fast att kraft som kommer konkursboet till godo efter konkursutbrottet utan att säkerhet ställts, t ex därför att upplåtaren saknar kännedom om konkursen,

[212] 23 § innehöll detaljerade bestämmelser om beskaffenheten av den säkerhet som kunde krävas. Reglerna framstår idag som föråldrade och förbigås här.

[213] Se för det följande NJA II 1920 s 613 ff.

[214] A a s 615.

bör betalas av boet utan att boet därför får anses ha ådragit sig ansvar för avtalet i dess helhet. En uttrycklig bestämmelse om detta upptogs i propositionen. Uppenbarligen stod 41 § 2 st KöpL som förebild.[215]

Även vid utskottsbehandlingen framhölls att kraft som kommer boet till godo utan att säkerhet ställts bör betalas av boet. Detta ansågs emellertid följa redan av allmänna rättsgrundsatser, varför det inte behövde utsägas i lagen, "så mycket mer som ett dylikt stadgande skulle kunna giva anledning till den felaktiga uppfattningen, att som det ansetts nödigt att i lagen fastslå konkursboets betalningsskyldighet i förevarande fall, en fordran av ifrågakomna och liknande art ej vore en massafordran. Utskottet föreslår därför, att berörda stadgande utgår ur lagen."[216]

Om vi *sammanfattar* vad som framgår av 22 § i 1920 års lag och dess förarbeten så gällde således *att* leverantören kunde stänga av eldistributionen tills boet ställde säkerhet för abonnentens förpliktelser, *att* säkerheten inte behövde täcka eventuella skulder från tiden före konkursen, *att* boet inte heller blev massaansvarigt för den el gäldenären förbrukat före konkursen, *att* boet var skyldigt att betala elavgifterna som massafordran för den tid i konkursen, då boet efter elleverantörens anmaning övervägde sitt beslut om övertagande av abonnemanget *men att* boets förbrukning under denna tid inte innebar att boet därmed inträtt i avtalet i dess helhet, *utan att* boet tvärtom hade kvar valrätten mellan att kvarstå vid gäldenärens avtal och att avstå därifrån tills betänketiden löpt ut, *samt att* underlåtet besked från boets sida efter leverantörens förfrågan medförde att avtalet utan vidare hävdes.

Enligt 1920 års lag var abonnentens konkursbo alltså inte skyldigt att ställa säkerhet för tiden före konkursen, och massaansvaret för förbrukning av el i konkursen ledde inte heller till massaansvar också för tiden före konkursen. I båda dessa avseenden kunde boet således nöja sig med ett *partiellt ansvar*. Lagen upphävdes emellertid i samband med införandet av nya jordabalken 1972. Endast ett fåtal av lagens regler upptogs i 15 kap JB. Bland de bestämmelser som avskaffades var de som behandlade abonnentens konkurs. I lagberedningens jordabalksförslag 1960 fanns dock konkursreglerna medtagna i väsentligen oförändrat skick.[217]

Varför togs de då bort? Förklaringen ges i betänkandet Eldistributionens rationalisering från 1968.[218] De flesta av reglerna om rättsförhållandet mellan upplåtare och abonnent befanns där vara överflödiga. Konkursreglerna syntes, enligt eldistributionsutredningen, inte ha tillämpats i nämnvärd utsträckning och rättsförhållandet mellan abonnent och distri-

215 Köplagsstadgandet behandlas i 2.8 nedan.

216 NJA II 1920 Nr 5 s 617.

217 Se SOU 1960:24 s 106 f och SOU 1960:25 s 438 (21:8–9).

218 Se för det följande SOU 1968:39 s 155.

butör reglerades normalt i detalj genom avtal. Utredningen framhöll i en utvärdering, att "hithörande frågor oftast regleras avtalsvägen samt att, om koncessionsmyndigheten skulle underställas frågan huruvida en avbruten leverans vore förenlig med distributionsplikten eller ej, myndigheten självfallet ej skulle ålägga distributören att återuppta leveransen, med mindre säkerhet förelåg för att han ej skulle lida ekonomisk förlust av den anledningen att abonnenten kommit på obestånd."[219] I propositionen upprepades dessa uttalanden i stort sett ordagrant.[220] Här var man dock något försiktigare angående distributörens skydd vid motpartens obestånd och skrev bara, att frågor vid konkurs även kunde "beaktas i samband med frågor om distributionsplikt."[221] Några invändningar mot konkursbestämmelsernas innehåll gjordes inte. Och att tolka eldistributionsutredningens uttalande, att distributören ska hållas skadeslös vid abonnentens obestånd, som ett ställningstagande mot ett partiellt ansvar för abonnentens konkursbo, är nog att ge uttalandet alltför stort intentionsdjup.

Mot bakgrund av vad som ovan sagts om *den tvingande karaktären* hos reglerna om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs, är hänvisningen till parternas detaljerade avtal förvånande: ett avtal om dessa frågor är ju i allt väsentligt verkningslöst, då de regler som gäller eller får antas gälla på området inte kan avtalas bort med verkan mot den insolventa partens konkursbo!

Beträffande den angivna *distributionsplikten* kan följande sägas.[222] I lagen (1902:72 s 1) innefattande vissa bestämmelser om elektriska anläggningar (EIL) föreskrivs i 2 § 4 mom, att den som innehar områdeskoncession (dvs tillstånd att framdra eller begagna elektriskt starkströmsledningsnät inom visst område, 2 § 1 mom) för yrkesmässig distribution är *skyldig att tillhandahålla ström åt alla inom koncessionsområdet som behöver det för normalt förbrukningsändamål.* Undantag görs då särskilda skäl föreligger, varmed i första hand avses ekonomiska hinder, t ex att abonnenten bor mycket avlägset.[223] Innehavare av linjekoncession (dvs ledning med en i huvudsak bestämd sträckning) är bl a skyldig att leverera eller överföra ström åt områdeskoncessionshavare enligt 2 § 4 mom 2 st EIL. För beviljande av koncession krävs enligt bl a 2 § 2 mom EIL att anläggningen är behövlig, förenlig med en planmässig elektrifiering och att sökande för yrkesmässig distribition är från allmän synpunkt lämplig att utöva verksamheten. I praktiken innebär det att endast ett distributionsnät finns inom ett visst område. Innehavaren av koncession får m a o en rättsligt skyddad *monopolställning.* Koncession innehas normalt av ett kommunalt elverk. Förutom elverkets kontraheringsplikt enligt 2 § 4 mom EIL måste då även den kommunala lik-

219 A st.

220 Prop 1970:145 s 299 f och 304 (jfr NJA II 1972 s 401).

221 A prop s 300.

222 Se härtill Pehrson, Kontraheringsplikt s 11 f, Westman II s 18 ff och 101 ff, Westman III s 11 ff och SOU 1968:39 s 38 ff. Jfr även prop 1981/82:64 s 19 f och 45.

223 Se även det i detta sammanhang oviktiga undantaget i 2 § 4 mom 2 st EIL.

ställighetsprincipen beaktas gentemot kommunmedlem.[224] Frågor om distributionsplikt enligt 1902 års lag prövas av statens energiverk, medan ett kommunalt elverks kommunalrättsliga överträdelser kan angripas med kommunalbesvär av kommunmedlem, se främst 7 kap kommunallagen (1977:179).

Vad har då distributionsplikten för betydelse *dels* vid utebliven avgiftsbetalning i allmänhet, *dels* för ett konkursbos möjligheter att erhålla elström utan att behöva betala gäldenärens avgiftsskulder från tiden före konkursen?

1902 års ellag innehåller inga regler om rätt för distributören att stänga av strömmen vid betalningsdröjsmål eller abonnentens konkurs. Avstängningsrätt vid betalningsdröjsmål föreskrivs dock i de standardkontrakt som används för elabonnemang. Dessutom ges distributören i vissa fall rätt att kräva säkerhet då han har anledning att befara att abonnenten inte kommer att fullgöra sina förpliktelser. Ställs inte säkerhet kan avstängning ske.[225] Huruvida en sådan avstängningsrätt skulle föreligga redan enligt dispositiv rätt är nog mera tveksamt. Tillämpas *de allmänna reglerna om detentionsrätt vid successiv leverans*, torde som vi sett ett innehållande av kommande leveranser för utfående av betalning för tidigare inte godtas.[226]

Vad gäller då vid andra avtal med löpande distribution till gäldenären? I lagen (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsledningar finns i 8 § en regel om plikt för huvudman för sådan anläggning att låta ägare av fastighet inom anläggningens verksamhetsområde bruka anläggningen, om fastigheten behöver anordningar för vattenförsörjning och avlopp samt behovet inte kan tillgodoses med större fördel på annat sätt. Försummar fastighetsägaren att betala avgift för brukandet och är försummelsen väsentlig, får huvudmannen enligt 30 § *stänga av vattentillförseln* om detta kan ske utan att sanitär olägenhet uppkommer och rättelse inte skett efter anmaning. Avstängningsfrågor prövas enligt 37 § av statens va-nämnd.[227]

Enligt lagen (1981:1354) om allmänna värmesystem är huvudman för ett allmänt värmesystem (varmed förstås en fjärrvärmeanläggning eller ett naturgasnät som enligt lagen allmänförklarats) skyldig att tillhandahålla energi för erforderlig uppvärmning av fastigheter inom värmesystemets verksamhetsområde, om fastigheten behöver anordningar för värme och behovet inte kan tillgodoses på annat sätt, se 12 §. På samma sätt som enligt föregående lag ges huvudmannen i 31 § rätt att *stänga av värmetillförseln* vid väsentligt försummad avgiftsbetalning, om det kan ske utan att sanitär olägenhet uppkommer och anmaning om rättelse varit verkningslös. Även här prövas avstängningstvist av va-nämnden, 37 §.

För *andra gasleveranser än naturgas* finns inga motsvarande bestämmelser om leveranstvång i lag. Ett kommunalt gasverk är dock bundet av den kommunala lik-

224 Detta förutsätter att elverket inte drivs i bolagsform, se närmare Strömberg, Kommunalrätt s 33 f.

225 Se närmare Arnesdotter s 234 f.

226 Jfr också Westman II s 118 och 118–122.

227 Se även lag (1976:839) om statens va-nämnd.

ställighetsprincipen (i den mån det inte är ett bolag) och lär i vart fall enligt allmänna leveransbestämmelser normalt åta sig att i mån av resurser leverera gas till alla som begär det.[228] Avstängningsproblematiken torde vara densamma som för kommunala elverk.

Inte heller *telefonabonnemang* är lagreglerat. I de allmänna villkor som används ges televerket rätt till avstängning av utgående samtal när abonnenten är i betalningsdröjsmål, varvid abonnenten ges en viss tidsfrist innan avstängningen verkställs. Betalar han inte inom tre veckor efter avstängningen kan televerket säga upp abonnemanget och efter ytterligare två veckor montera ned anläggningen.[229] Televerket har troligen kontraheringsplikt, även om det inte finns något uttryckligt författningsstadgande härom.[230]

Det kan således konstateras, att leverantören på grund av lag eller avtal regelmässigt är berättigad att avbryta sin prestation för att tvinga fram betalning av obetalda avgifter. Samtidigt gäller att han har kontraheringsplikt, dvs skyldighet att leverera till envar som begär det om inte hans egna resurser eller särskilda omständigheter lägger hinder i vägen. Liksom vid diskussionen av den konkurrensrättsliga och en eventuell allmän civilrättsliga kontraheringspliktsregel ovan kan man nu ställa frågan, om inte en definitiv avstängning från vidare leveranser för att tidigare leveranser inte betalats innebär ett brott mot kontraheringsplikten och om inte leverantören måste nöja sig med att abonnenten (eller hans bo) betalar kontant eller ställer säkerhet för *kommande* leveranser? Enligt min mening bör kontraheringsplikten på detta sätt inskränka avstängningsrätten. Leverantören bör i stället hänvisas till att söka ut betalningen för tidigare leveranser exekutivt.

Det nyss genomgångna har inte varit särskilt inriktat på konkursfallet, mer än att de allmänna reglerna bör ge abonnentens konkursbo åtminstone lika långtgående skydd som abonnenten själv hade mot oberättigade avstängningar. Från *rättspraxis* kan följande fall refereras.[231]

RÅ 1948 I 144.[232] Ett elverk hade utfört elektriska installationsarbeten i en fabrik som ägdes av ett aktiebolag. Sedan bolaget försatts i konkurs uthyrde konkursboet så gott som omedelbart den fastighet fabriken låg på, inklusive fabriken

[228] Se Pehrson, Kontraheringsplikt s 14 och Strömberg, Offentliga anstalter s 70 f och 125 f.

[229] Se för det sagda Arnesdotter s 234.

[230] Se Pehrson, Kontraheringsplikt s 8 f, Victorin i SvJT 1976 s 438 f not 9, Strömberg, Offentliga anstalter s 300 ff, Nial, Minnesskrift s 198 f och Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I s 98.

[231] Ytterligare rättsfall om telefon- och elabonnemang vid konkurs återfinns i NJA 1911 s 520 och SvJT 1924 rf s 53. Ingetdera fallet gällde dock direkt konkursboets ställning till abonnemangen, varför jag här avstår från att redovisa dem, även om omständigheterna i målen i och för sig var intressanta.

[232] Jfr Strömberg, Offentliga anstalter s 310 not 256 in fine, som anser att rättsfallet inte ger någon ledning angående konkursboets ansvar, därför att det överklagade beslutet riktades mot en underabonnent och inte direkt mot boet.

med tillhörande lösöre, till ett annat bolag. Elverket beslöt ca tre veckor efter konkursutbrottet att leveranserna av elström till konkursboets fabrik skulle avbrytas om ingen uppgörelse beträffande återstående skuld för installationsarbetena kunde träffas med det "hyrande" bolag som drev fabriken. Detta bolag och konkursboet anförde *kommunalbesvär* och hävdade, att elverkets beslut dels stred mot allmän lag och författning, dels kränkte boets och dess rättsinnehavares enskilda rätt samt dels vilade på orättvis grund. Avstängningsbeslutet yrkades därför upphävt. *LSt:n* redogjorde till en början för det reglemente som gällde för elverket, enligt vilket verket bl a ägde vägra leverans då motparten inte fullgjorde sina förpliktelser. Det framhölls vidare att det bolag som hyrde fastigheten med fabriken inte träffat något avtal med elverket om leverans av elström. På grund härav och då det inte förebragts någon omständighet, som enligt den relevanta kommunalrättsliga regeln kunde föranleda upphävande eller ändring av elverkets beslut, lämnade LSt:n besvären utan bifall. Det tillas dock att det var klaganden "obetaget att vid allmän domstol föra den talan, vartill fog må finnas."[233] *RegR:n* lämnade besvären utan bifall.

Prövningen i målet var således begränsad till de särskilda *kommunalrättsliga besvärsgrunderna,* se numera 7:1 kommunallagen. Hur tvisten skulle avdömts vid allmän domstol är m a o en öppen fråga. Som framgått talar såväl 22 § i 1920 års ellag, från vars innehåll lagstiftaren inte tagit avstånd, som den ovan refererade köprättsliga litteraturen angående 39 och 40 §§ KöpL *för* konkursboets ståndpunkt. Samma intresse- och ändamålsskäl kan givetvis också anföras för en partiell inträdesrätt i detta sammanhang, som de som anfördes för vanliga köp ovan.[234] När det gäller *uppdelbarheten* av leverantörens prestation, finns här inga som helst obligationsrättsligt grundade betänkligheter, som kan motivera att den konkurs- eller sakrättsliga grundprincipen, om låsning av borgenärernas inbördes förmögenhetsläge på konkursdagen, frångås: den förlust elleverantören etc skulle ha gjort ifall avnämarens konkursbo inte fortsatt gäldenärens rörelse en tid, utan i stället lagt ned den omgående och därför avstått från att inträda i abonnemangsavtalet, blir inte större därför att boet inträder med verkan från konkursutbrottet. Elleveranser från denna tidpunkt är ju säkrade med en massafordran på vederlaget och om avgiften betalas periodvis i efterskott, torde elleverantören kunna kräva säkerhet enligt 39 § KöpL analogt. Och någon särskild skada på grund av själva uppdelningen av elströmmen uppstår som sagt inte. Risken för ytterligare förluster är således obefintlig.

I *litteraturen* är också den övervägande uppfattningen, att boet har rätt till partiellt inträde vid löpande leveranser av el, gas, vatten, telefon etc. Strömberg skriver att 39 § KöpL kan tillämpas analogt vid abonnentens konkurs och att endast fordringar på framtida avgifter blir massafordringar efter ett inträde. Han frågar sig därefter om detsamma gäller sedan dröjsmål med betalningen uppkommit och anstalten då söker

233 Ref s I 38 överst.

234 Se de inledande sidorna i 2.6.5.1.

framtvinga full betalning av det fördröjda genom att göra bruk av sin reglementsenliga rätt att avbryta sin prestation vid bristande avgiftsbetalning.[235] Efter en vägning av motstående intressen blir slutsatsen att anstalten saknar rätt till avstängning även i detta läge. Jfr min egen slutsats de lege lata och de lege ferenda i avsnitt 2.5 ovan, där denna fråga om "kvardröjande hävningsrätt" diskuterades för vanliga köp med successiv leverans. Strömberg anger den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen som grund för sitt ställningstagande: avstängningshotet ska ses som ett försök att tillskansa sig särskilda förmåner på övriga borgenärers bekostnad. Anstaltens faktiska monopolställning gör det också omöjligt för boet att skaffa motsvarande prestation på annat håll. Avstängningshotet är därför ett påtryckningsmedel av särskild styrka.

Även Westman menar att köplagens regler är analogt tillämpbara vid elabonnentens konkurs.[236] Elverket får avkräva boet besked, och konkursförvaltningen kan då *välja mellan att teckna ett nytt abonnemang eller att säga upp gäldenärens abonnemang utan att teckna nytt*. Har nytt abonnemangsavtal träffats kan elverket därefter inte avstänga boet på grund av gäldenärens bristande avgiftsbetalning före konkursen. "Elverksräkningarna böra icke genom avstängningshot beredas förmånsrätt framför andra räkningar", skriver Westman.[237] För egen förbrukning under konkursen anges boet däremot bli betalningsskyldigt. Om boet däremot inte underrättar elverket att det övertagit rörelsen och inte heller begär att nytt abonnemang tecknas, utan i stället övertar gäldenärens abonnemang utan varsel, menar Westman att boet kan avstängas för gäldenärens obetalda räkningar. Håstad skrev på ett liknande sätt i andra upplagan av boken Sakrätt, att leverantörens offentligrättsliga skyldighet att kontrahera med nya abonnenter på fastlagda villkor torde leda till att boet kan frånsäga sig ansvar för gäldenärens abonnemang med omedelbar verkan och hänvisa leverantören till bevakning i denna del. Boet kan sedan sluta nytt avtal för egen räkning. Det anfördes också att de offentligrättsliga leverantörerna numera tycks nöja sig med att boet betalar från och med konkursutbrottet och generellt att boet bör kunna inträda partiellt enligt den delbarhetsregel som diskuterats ovan.[238] I tredje upplagan har Håstad dock – inspirerad av ett utkast till den här boken – ändrat åsikt om de offentligrättsliga reglernas självständiga betydelse: "Skulle ett konkursbo privaträttsligt sakna rätt till partiellt inträde, synes en sådan regel dock berättiga även det allmänna och privata

235 Se härtill och för det följande Strömberg, Offentliga anstalter s 305 ff.

236 Se Westman I s 77 f, II s 124 ff och III s 68 f.

237 Westman I a st och II s 125.

238 Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 272 f, jfr 2.6.5.1 inledningsvis.

monopolleverantörer att villkora fortsatta leveranser av att betalning för gäldenärens skulder sker."[239] Som framgått är jag av motsatt åsikt.

I en enkät som gjordes med anledning av ackordslagens tillkomst framkom vidare enligt lagberedningen, att de affärsdrivande kommunala verken vid ackord i viss utsträckning "avstår från avstängningsåtgärder som syftar till att tvinga fram betalning av fordran som skulle omfattas av ackord, dvs hänför sig till tiden före beslutet om ackordsförhandling."[240] Om beredningen här för egen del tar ställning till frågan, om fordringarna från tiden före men inte efter ackordsförhandlingsbeslutet omfattas av ett ackord, är inte helt klart. Kanske är det bara fråga om ett okommenterat referat av ett enkätsvar.

I boken Rättsliga spörsmål vid eldistribution tar Westman upp följande praktikfall.[241]

> En elabonnent försattes i konkurs med preliminär avgift för fyra månaders förbrukning obetald. Konkursboet fortsatte rörelsen och förbrukade därvid elström "inom abonnentens installation". Nytt abonnemang tecknades inte av boet. Elverket krävde sex dagar efter konkursutbrottet att boet skulle betala gäldenärens avgiftsskuld. Två dagar senare meddelade förvaltaren att boet svarade för fortsatt abonnemang.

Beträffande detta fall framhåller Westman till en början sina nyss beskrivna grundsatser. Han menar sedan att det visserligen inte träffats formellt avtal mellan verket och boet, men att rättsläget ändock är ett annat än om elverket inte känt till konkursen och förvaltaren inte gett något besked om boets villighet att svara för fortsatt abonnemang. Elverket sägs därför inte vara berättigat att stänga av strömmen på grund av gäldenärens betalningsdröjsmål före konkursen i detta fall.[242]

Även Welamson berör frågan om avstängningshot gentemot ett konkursbo från elverks, gasverks och televerks sida.[243] Han tar dock inte direkt ställning till avstängningsfrågan utan framhåller endast, för det fall ett avstängningshot inte framställs eller tillmötesgås, att gränsen mellan konkurs- och massafordran vid kontraktets prolongering brukar dras vid den tidpunkt närmast efter konkursutbrottet, då avläsning sker. Vid fortsatta elleveranser i konkursen skulle boet m a o åtminstone inte svara för tiden före konkursen.[244]

För egen del anser jag, som redan framgått, att avstängning inte bör kunna ske gentemot ett konkursbo som åtar sig att betala för elförbruk-

239 Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 309.

240 SOU 1968:41 s 75 vsp, jfr Walin/Gregow, Ackordslagen s 51 f.

241 Se Westman III s 68 f.

242 Jfr även Westman III s 72 f.

243 Welamson, Konkursrätt s 445 f.

244 Ang monopolistiskt tvång som påtryckningsmedel mot en *förvärvare* av egendom, se Rodhe, Sakrätt s 371 f med hänv.

ning etc fr o m konkursutbrottet och eventuellt även efter anmaning ställer säkerhet för samma tid. Detta bör som ovan sagts gälla redan för avnämaren/gäldenären själv och samma befogenhet ska då tillerkännas boet alldeles bortsett från en eventuell konkursrättlig regel om partiell inträdesrätt.

Det resonemang Westman fört, om att boet endast skulle kunna slippa ifrån gäldenärens avgiftsskuld om det tecknar nytt abonnemang för egen del, övertygar däremot inte. Det bygger på föreställningen att konkursboet är att se som en ny abonnent och om bara denne nye abonnent kräver avtalsslut med leverantören, som regelmässigt har kontraheringsplikt, så slipper han ansvaret för gäldenärens skulder, annars inte. Säger konkursförvaltaren att han tar över gäldenärens abonnemang skulle således partiellt massaansvar inte tillåtas. Säger han däremot att boet vill sluta nytt avtal (och tecknar ett sådant) skulle partiellt ansvar vara uppnått. Detta formalistiska resonemang liknar de teoribildningar man möter i en del tyska rättsfall. Med instämmande av argumenteringen i rättsfallet BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.190) bör mot det Westmanska resonemanget invändas, att det ålägger konkursboet en plikt att reagera som strider mot de grundläggande principer som fastslås i 39 och 40 §§ KöpL, jfr § 17 KO. Boet har ingen förklaringsplikt utan en valrätt mellan att inträda i gäldenärens avtal (eller att kvarstå vid avtalet genom att ställa säkerhet) och att avstå därifrån. Denna valrätt behöver inte utövas på eget initiativ, utan vill medkontrahenten ha besked om boets ståndpunkt får han utnyttja sin förfrågningsrätt och därmed ställa boet mot väggen.

För att slippa ifrån de negativa konsekvenser konstruktionen om "nytt avtal" medför, nämligen att passivitet kan göra boet ansvarigt för gäldenärens samlade skuld till leverantören, tvingas man att konstruera ett konkludent avtal som befriar boet från gäldenärens skulder. I det tyska rättsfallet BGH 21.4.1982 (BGHZ 83.359) görs detta öppet, hos Westman utgör elverkets kännedom om konkursen, parad med konkursförvaltningens besked om att boet är villigt att inträda för framtida förbrukning, de omständigheter som medför att ett nytt avtal anses slutet.

Allt detta bör enligt min mening avfärdas. Knäckfrågan är om konkursboet ska ha rätt att begränsa sitt ansvar för gäldenärens skulder enligt ett före konkursen slutet avtal, när boet avser att fullfölja samma avtal en tid i konkursen. Anses detta, efter en avvägning mellan leverantörens behov av skydd vid abonnentens insolvens och borgenärskollektivets intresse av att gäldenärens rörelse ska kunna avvecklas på ett gynnsamt sätt, vara sakligt motiverat, bör detta klart anges utan att omvägar tas över krystade juridiska konstruktioner. Själv har jag vid behandlingen av en "vanlig" köpares konkurs ovan menat att intresseavvägningen klart ut-

faller till boets fördel och att partiell inträdesrätt bör godtas.[245] Ståndpunkten är än mer motiverad, vilket ju också framgår av den danska och norska regleringen, när det som här är fråga om kontinuerliga eller löpande och fullständigt uppdelbara leveranser till gäldenären. *En partiell inträdesrätt bör alltså utan vidare tillerkännas abonnentens eller avnämarens konkursbo.* Att samma resultat, oavsett vilken konkursrättslig regel som gäller, i vissa fall kan uppnås på offentligrättslig eller konkurrensrättslig väg, gör inte denna rätt för boet nämnvärt mycket mindre värd.

2.7 Har boet partiell avståenderätt?

Om köparens konkursbo *avstår* från att inträda och säljaren häver, kan boet kräva tillbaka belopp som köparen utgett i förskott, men härpå kan säljaren avräkna den skadeståndsfordran han kan ha.

Ifall köparens förskott endast avser en del av betalningen kan man fråga sig, om boet har rätt att *dels* avstå från att inträda för resterande ömsesidiga delar av avtalet, *dels* kräva leverans av säljaren upp till beloppet av det förskott som köparen utgett då konkursen inträffar?[246]

Anta t ex att gäldenären för sin rörelse beställt en större maskin och att de allmänna leveransbestämmelserna NL 85 gjorts tillämpliga på avtalet. Anta vidare att köparen i enlighet med p 17 i NL erlagt en tredjedel av betalningen i förskott vid avtalets ingående och att köparen går i konkurs en kort tid därefter. I det läget kan det visserligen för köparens konkursbo vara av intresse att varken inträda eller att avstå från maskinen i dess helhet och återkräva förskottet efter säljarens hävning utan i stället kräva leverans motsvarande förskottet: att få en för sig oanvändbar maskindel kan faktiskt vara det minst dåliga alternativet.

Till en början kan det ofta finnas goda skäl för boet att *inte inträda*, t ex att resterande likvid bedöms som alltför betungande att betala med hänsyn till övriga tillgångar i boet eller helt enkelt därför att verksamheten lagts ned och boet därför saknar användning för maskinen, vilken kanske heller inte kan säljas till ett pris som är högre vad som återstår att betala i det ursprungliga avtalsförhållandet. Om boet i stället väljer att *helt avstå* från avtalet och därmed från hela maskinen, betyder det i många fall att köparens/gäldenärens förskott på en tredjedel av betalningen går förlorat: boets fordran på återfående av förskottet kan ju säljaren kvitta bort med sin oprioriterade skadeståndsfordran. För att i

[245] Se 2.6.5.1.

[246] Problemet kan också formuleras som ett spörsmål, om säljarens hävningsrätt omfattar endast prestationer som vid konkursutbrottet ännu är ömsesidigt ofullgjorda eller om hävningsrätten också omfattar den del av avtalet som köparens förskott svarar mot.

detta läge ändå få *något* vederlag för vad gäldenären utgett, kan det därför trots allt vara fördelaktigt för boet att få en maskindel, vilken sedan genom försäljning kan omvandlas i reda pengar.

Den givna invändningen mot resonemanget är dock uppenbarligen, att en uppdelning av maskinen framstår som oskälig gentemot säljaren. Han blir sittande med resterande komponenter som kanske är omöjliga att utan stora förluster avsätta på annat håll. Eller också tvingas han kanske att avbryta en pågående tillverkning. Hans skada blir m a o större än om boet helt avstått från maskinen. Dessutom förlorar säljaren den täckningsmöjlighet som kvittningsrätten innebär. Vidare finns det i praktiken sällan några särskilda delar av maskinen som utan vidare kan sägas "svara mot" ett utgivet förskott och risken finns då att säljaren godtyckligt levererar de delar han själv har minst nytta av, låt vara att han enligt allmänna regler i och för sig inte har rätt att "skumma varan". Värdet av de enskilda delarna kan också vara svårt att fastställa. Ett s k partiellt avstående bör således vara uteslutet i detta fall. I analogi med 22 § 3 p KöpL bör bör maskinen i exemplet anses *odelbar*.[247]

För en allt eller intet-regel i detta fall kan också anföras, att partiell hävningsrätt inte erkänns obligationsrättsligt när en del av betalningen fördröjs eller uteblir, så länge det inte är fråga om ett avtal om successiv leverans.[248] Ska varan levereras i ett sammanhang har säljaren alltid rätt till totalhävning om bara det fördröjda utgör en väsentlig del av totalpri-

[247] Enligt den härskande meningen i *tysk doktrin* måste boets avstående från att inträda alltid gälla *hela avtalet*, se Jaeger/Lent s 289 f, Häsemeyer s 7, densamme i NJW 1977 s 739, Schulz/Bourmer i KTS 1975 s 103 ff, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 264 f och, för en diskussion av skälen för den härskande åsikten, Jaeger/Henckel s 509 ff med anförd rättspraxis, se främst BGH 3.12.1954 (BGHZ 15.333). Henckel har ingående pläderat för en annan lösning i den senaste upplagan av Jaegers konkurslagskommentar, se Jaeger/Henckel a st, särskilt s 513 ff. Han menar att grundprincipen måste vara att boets valrätt mellan att inträda och att avstå därifrån endast gäller *vid konkursutbrottet ännu ömsesidiga förpliktelser* och att delprestationer som gäldenären redan fullgjort före konkursen inte längre hör till boet och därmed inte heller står till konkursförvaltarens disposition. För det fall medkontrahentens prestation är *odelbar*, och t ex en säljare inte kan utge en del av varan som svarar mot förskottet, så argumenterar han enligt följande. Då varken boet eller säljaren kan åläggas att fullfölja avtalet, bör reglerna i § 323 st 3 BGB, om avveckling av ett avtalsförhållande där båda avtalsparterna befriats från prestationsplikt på grund av omöjlighet som ingen av dem kan lastas för, användas. Detta leder till att boet kan återkräva den före konkursen utgivna delbetalningen enligt reglerna om obehörig vinst i den mån beloppet överstiger säljarens skadeståndsfordran. Är säljarens prestation däremot *delbar* så kan boet kräva leverans motsvarande den delprestation säljaren uppburit. Är åter denna del av varan med hänsyn till avtalets "Inhalt und Zweck" *oanvändbar för boet*, kan boet avvisa delleverans och i stället återkräva förskottet i avräkning på säljarens skadeståndskrav. Detta, menar Henckel, följer analogt av den uttolkning § 323 BGB getts i civilrättslig rättspraxis. I princip instämmande: OLG Hamburg 22.2.1985 (ZIP 85.295) och numera också Kuhn/Uhlenbruck s 436 f och 450 f.

[248] Se Almén § 28 not 102, Rodhe, Obligationsrätt s 441, Bengtsson, Hävningsrätt s 270 f och Hellner, Köprätt s 129.

set.[249] Är det fördröjda endast en ringa del får säljaren antingen leverera varan och söka ut betalningen och eventuell ränta exekutivt (vilket dock är värdelöst vid konkurs, se 3:7 KL) eller sälja varan enligt 34 § KöpL.

Gränsdragningen mellan de fall där s k *partiellt avstående* ändå bör få ske och de fall, där boet måste välja mellan att inträda och att avstå från det köpta i dess helhet, bör dock inte generellt dras mellan köp med successiv leverans och köp med leverans i ett sammanhang. Om t ex tre maskiner ska levereras samtidigt och gäldenären betalt en av dem i förskott, bör boet kunna kräva leverans av den betalda maskinen och avstå från de andra, om maskinerna är separat användbara och förskottet kan hänföras till just den maskin som boet kräver att få.[250] Att här göra en skillnad gentemot fallet, då maskinerna ska utges successivt och en av dem levererats vid konkursutbrottet, saknar skäl för sig. Utgör de tre maskinerna däremot en bruksmässig eller funktionell enhet, bör boet få nöja sig med att inträda eller avstå från avtalet i dess helhet, oavsett om leverans ska ske successivt eller i ett sammanhang.

För att s k partiellt avstående ska få äga rum bör alltså, liksom i Norge enligt § 7–4 st 2 LFD gälla för partiellt inträde, det avgörande vara, att varan (eller varorna) tekniskt är möjlig(a) att dela upp i mindre självständigt fungerande enheter och att det är möjligt att urskilja vilken av flera speciessaker ett förskott hänför sig till, ifall de köpts in till ett gemensamt pris eller alla köpts till samma pris.[251] Dessa regler kan generellt sammanfattas så, att *säljaren måste acceptera att boet avstår endast partiellt ifall inte detta leder till att han gör en beaktansvärt större förlust än om boet helt avstått från hans prestation*. I denna bedömning bör inte säljarens förlust av kvittningsrätt ingå.

I en del fall är det uppenbart, att ett endast partiellt avstående får anses ha skett, även om boet inte uttryckligen angett det. Anta t ex att den

[249] Vid köp av flera olika speciessaker eller varuslag anses hävningsrätten begränsad till den sak eller det varuslag som berörs av kontraktsbrottet. Kan den hävningsberättigade visa att det finns *ett funktionellt samband* mellan de olika sakerna eller varuslagen, så att han skulle åsamkas skada genom att endast delvis kvarstå vid avtalet, utvidgas hävningsrätten även här till att gälla helheten. Det sagda gäller dock i första hand *köparens* hävningsrätt vid säljarens partiella avtalsbrott, se Almén § 22 vid not 24 och Tillägg till §§ 42 och 43 vid not 60 ff, Rodhe, Obligationsrätt s 441 och Christensen s 74 f med referat av rättspraxis. Christensens framställning innehåller i denna del ingen uttrycklig begränsning till endast köparens hävningsrätt. – *Mot* en rätt till partiellt avstående vid avtal med leverans i ett sammanhang enligt gällande rätt talar även, att också säljarens *detentionsrätt* till säkerhet för sin skadeståndsfordran på grund av boets avstående från att inträda i resterande delar av avtalet gäller det köpta i dess helhet, se särskilt Christensen s 99-101 med hänvisningar.

[250] Jfr Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 273 för ett liknande exempel vid *säljarens* konkurs ang säljarens konkursbos rätt till partiellt *inträde*. Jfr även Sakrätt, 3 uppl s 310 f.

[251] Jfr ang partiell hävning av köp i allmänhet Christensen s 45 ff och 78 not 9 samt Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid not 46.

blivande konkursgäldenären beställt 10 000 ton kol att levereras, mot förskott per leverans, med 1 000 ton varje månad. Vid konkursutbrottet har 3 000 ton levererats, och gäldenären har betalat för dessa tre leveranser samt för en fjärde, som är under transport. På leverantörens förfrågan meddelar konkursförvaltaren att boet avstår från att inträda i leveransavtalet, varefter hävning sker och den fjärde leveransen omdestineras till en annan köpare. Konkursförvaltaren bör häremot med framgång kunna invända, att boets opreciserade avstående från att inträda endast avsåg leveranser som gäldenären inte betalat före konkursen och att boet följaktligen hade rätt till det redan betalda fjärde kolpartiet och därför har rätt till ersättning för den skada som boet åsamkats genom att det fjärde kolpartiet uteblivit.[252] Då skadeståndsfordringen bör anses tillkomma boet som sådant, bör leverantören häremot inte kunna kvitta sin konkursfordran på skadestånd för de merkostnader det kan ha inneburit för honom, att återstående sex kolleveranser inte fullföljts enligt avtalet med gäldenären.[253]

2.8 41 § KöpL

I 41 § KöpL ges regler för ett fall som principiellt skiljer sig från de situationer som jag hittills behandlat. Paragrafen reglerar läget då säljaren – utan att han först använt rätten att innehålla varan eller fått besked om boet vill fullfölja köpet – utger varan till boet i konkursen.[254]

[252] Här kan tilläggas, att det givetvis står leverantören fritt att söka visa att konkursförvaltarens negativa besked av honom med fog uppfattas så, att boet även avsåg att avstå från det fjärde kolpartiet. Bedömningen av boets viljeförklaring får sedan ske enligt allmänt avtalsrättsliga regler. Så länge inget annat visas bör dock boets avstående endast avse vid konkursutbrottet ännu ömsesidigt ofullgjorda prestationer.

[253] Lindskog är såvitt jag förstår av samma uppfattning i kvittningsfrågan, se s 172 f, jfr 168.

[254] Kommer varan i köparens besittning *samma dag* som konkurs beslutas, torde *klockslaget* för konkursbeslutet vara det avgörande, se Almén § 41 not 8, Lennander s 334 f och Munch s 386. Jfr Welamson, Konkursrätt s 108 f. – I NJA 1911 s 407 ansågs 41 § tillämplig också då timmer visserligen märkts för köparens räkning och lagts ned i allmän flottled före konkursen men *kommit fram* till köparsidan först efter konkursutbrottet. Jfr den tyska motsvarigheten till 41 § 1 st KöpL, § 44 KO, som till skillnad från den svenska regeln *kräver* att varan avsänts före konkursen. Den tyska regeln gäller vidare endast försändningsköp. Varan måste alltså vara *på väg* till köparen när konkursen bryter ut, dvs just i den position den befann sig i 1911 års svenska rättsfall, se Jaeger/Lent s 650, Kilger s 228 f och Kuhn/Uhlenbruck s 791, jfr Lennander s 313. 41 § 2 st KöpL motsvaras närmast av § 46 KO om "Ersatzaussonderung". I vissa fall får dessutom en säljare, som utger en vara till köparens bo i konkursen, en massafordran på *obehörig vinst* enligt § 59 st 1 p 4 KO om boet tillgodogör sig varan utan att utge någon motprestation, se Jaeger/Henckel s 493 och 494, jfr Kilger s 276 f och Kuhn/Uhlenbruck s 997 f.

Säljaren får då i princip häva köpet med sakrättslig verkan om inte konkursboet utger förfallen betalning.[255] Om inte förfallodagen är inne måste boet på säljarens återkrav, om det vill kvarstå vid avtalet, avge inträdesförklaring och dessutom ställa säkerhet, om säljaren kräver sådan. Boet har alltså även enligt 41 § KöpL valrätt mellan att inträda i avtalet och att avstå därifrån. Liksom enligt 39 och 40 §§ behöver boet inte ge besked om sitt val på eget initiativ. Säljarens återkrav kan avvaktas. Men boet måste när återkravet framställs besluta sig utan betänketid. Detta förebygger enligt Almén att boet låter beslutet bero av "konjunkturernas utveckling och sålunda spekulerar på säljarens bekostnad."[256] Någon uttrycklig anmaning att betala på förfallodagen behöver inte avges utan anses utan vidare ligga i återkravet.[257] Avstår boet från att inträda etc anses köpet hävt och boet förlorar då rätten till varan: den kan separeras av säljaren. Denne får även kräva skadestånd som konkursfordran. Vid återtagandet får säljaren kvitta skadeståndsfordringen mot boets återkrav av betalning som säljaren kan ha uppburit. Utger inte säljaren ett överskjutande belopp så kan boet innehålla varan.[258]

Eftersom konkursboet har valrätt mellan att inträda och att avstå från köpet, kan boet naturligtvis också genom inträdesförklaring, betalning eller säkerställelse kvarstå vid avtalet på eget initiativ. Boet kan även undvika att ådra sig massaansvar enligt 41 § 2 st KöpL genom att återlämna varan till säljaren då denna förhåller sig passiv.[259]

Det krävs dock mer än att boet bara behåller varan för det ska ådra sig massaansvar, nämligen *att boet förfogat över varan så att den inte kan återlämnas i väsentligen oförändrat skick*, 41 § 2 st KöpL. Olyckshändelser och avyttring av en vara som snabbt försämras är inte sådana "facta concludentia" som boet svarar för.[260] Almén menar däremot att boet enligt grunderna för 57 § jämförd med 55 § KöpL svarar för skador på grund av underlåten vård. Boet skulle däremot inte generellt stå faran för varan.[261] Winroth skriver att boet binds av "vad omständighet som helst,

255 Jfr Almén § 41 vid not 25 och Hessler s 193 f.

256 Almén § 41 vid not 36.

257 A a § 41 vid not 37.

258 Jfr a a § 41 vid not 53 ff och 57 § KöpL.

259 Boet anses ha ett berättigat anspråk på att få besked av säljaren, huruvida denne avser att utöva återkravsrätten. Svarar inte säljaren utan oskäligt uppehåll på en förfrågan från boet anses han gå miste om återkravsrätten, se Almén § 41 vid not 59 ff och Hasselrot, HB 2 uppl s 238. Winroth menar dessutom att säljaren går miste om återkravsrätten om han inte på eget initiativ inom rimlig tid framställer förfrågan till boet, se Winroth s 215. Inte heller Almén är främmande för detta, § 41 not 59a. Grundprincipen enligt i 26, 27, 31 och 32 §§ KöpL skulle sålunda vara analogt tillämpbar, jfr Almén § 41 vid not 61. För dansk rätt, se Nørager-Nielsen/Theilgaard s 695.

260 Almén § 41 vid not 55a ff, jfr Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 274 f och 3 uppl s 314 f.

261 Se närmare a a § 41 vid 71 ff, jfr Winroth s 217.

blott att den kan ledas tillbaka till ett avsiktligt eller culpöst handlingssätt av dem som haft att vårda boets rätt".[262]

Kan inte varan utges av boet i väsentligen oförändrat skick, får säljaren således en massafordran på betalningen. Alternativt kan han kräva ersättning beräknad till varans värde, om detta skulle överstiga det avtalade priset.[263]

Ordalydelsen i 41 § KöpL anses emellertid inte återge hela sanningen om återkravsrätten. Tillämpningsområdet har i litteraturen angetts betydligt snävare. Om säljaren *med vetskap om konkursen* låtit varan utges till boet, anses han nämligen sakna återkravsrätt.[264] Grunden för denna inskränkning skulle vara att säljaren då velat åtnöja sig med en konkursfordran på vederlaget. Hellner framhåller att det måste bero på misstag eller praktiska hinder mot ett innehållande att säljaren låtit varan komma i konkursboets besittning.[265] Har säljaren vid försändningsköp fått vetskap om konkursen innan varan framkommit till bestämmelseorten men inte kunnat hindra att den ges ut till boet utan oproportionerliga kostnader och besvär, har man dock ändå velat erkänna återkravsrätt för säljaren.[266]

Håstad har emellertid hävdat att man kan bortse från kravet på ovetskap om konkursen, eftersom detta varken framgår av 41 § eller 1 § KöpL. Han skriver vidare:

> "Vetskap om konkurs bör inte i sig medföra att medkontrahenten får anses ha nöjt sig med en konkursfordran, utan härför bör det krävas att just denna inställning i det konkreta fallet kan uttolkas av leveransen till konkursboet. 41 § KöpL får anses ge uttryck för den dispositiva regeln.[267]

Uttalandet synes inspirerat av dansk och norsk rätt, där man förutom den köprättsliga regleringen har generella konkursrättsliga regler om återkravsrätt i 60 § DKL resp § 7–9 LFD.[268]

[262] Winroth s 217 f. Jfr Bramsjö s 249.

[263] Almén § 41 vid not 38a.

[264] Se NJA II 1906 s 75 f, Almén § 41 vid not 30 ff, Hasselrot, HB 2 uppl s 235 f, Ussing, Køb s 108 och Karlgren, Prestation och "fara" s 42 not 39.

[265] Hellner, Köprätt s 145. Jfr Lennander s 333 f och Hessler s 194.

[266] Se Almén § 41 vid not 34, Karlgren a st och SOU 1976:66 s 302.

[267] Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 282 not 30, jfr 3 uppl hänv på s 311 och densamme, PM s 12 f.

[268] Se närmare betænkning nr 606/1971 (Danmark) s 130 vsp, Ørgaard s 100 not 25, Munch s 386 f, Gomard s 42 ff, NOU 1972 (Norge) s 321 hsp och Ot prp nr 50 (1980–81) s 188 vsp. Se också 16c § DKL, som ger samma regel för det fall motparten presterar till gäldenären då "skifteretten" utsett ett "tilsyn" efter gäldenärens anmälan om betalningsinställelse. Tilsynet kan i princip "inträda" och fullfölja avtalet och blir bundet av gäldenärens förfoganden bl a i den meningen, att säljarens fordran får företrädesställning i en efterföljande konkurs, se Munch s 174 ff. Den norska regeln, liksom hela 7 kap LFD, avser i princip alla former av "bobehandling" som omfattas av den nya insolvensrättslagstiftningen. – I Sverige kommer den nya köplagen att föreskriva återkravsrätt för säljaren även

I de *danska* förarbetena framhålls att återkravsrätt inte kan göras gällande, om medkontrahenten utgett sin prestation till boet med vetskap om konkursen, såvida det inte av de konkreta omständigheterna måste antas att utgivandet skett under ett (stillatigande) förbehåll om att prestationen ska återlämnas om inte boet inträder i avtalet.[269]

UfR 1986.197(VL). Målet avsåg visserligen en leverans som gäldenären mottagit efter anmälan om betalningsinställelse och efter att ett "tilsyn" utsetts av "skifteretten". Men då i princip samma återkravsregel ges vid betalningsinställelse som vid konkurs, jfr 16c § med 60 § DKL, är rättsfallet av intresse också för återkravsrätten vid leverans till ett konkursbo. Ett bolag hade således anmält betalningsinställelse i april 1983, och i september samma år gick bolaget i konkurs. Under tiden häremellan hade verksamheten, vilken bestod i produktion av möbler, fortsatt, varvid företaget bl a använt ett parti läder som mottagits från en leverantör efter anmälan om betalningsinställelse. Vid ett möte endast några dagar efter betalningsinställelsen beslutades att produktionen av lädermöbler skulle fortsätta. Vid mötet var en representant för leverantören närvarande. Med hänsyn till detta fann landsretten att leverantören haft befogad anledning att anta, att lädret skulle komma att ingå i produktionen under betalningsinställelsen och att betalningen för leveransen också skulle erläggas av "betalningsinställelseboet". Då detta bo rått över prestationen så att den inte kunde återlämnas (se 16c § 2 st DKL), blev det efterföljande konkursboet skyldigt att utge vederlaget som en massaskuld med prioritet enligt 94 § 2 p DKL.

Inte heller i *Norge* anses återkravsregeln utan vidare tillämplig om medkontrahenten med öppna ögon presterat till boet. Normalt presumeras dock medkontrahenten leverera under förutsättning att boet inträder.[270]

Vad Håstad anfört beträffande *svensk rätt* överensstämmer uppenbarligen bäst med den klara ordalydelsen i 41 § KöpL. Säljarens leverans till boet bör således kunna återkrävas om det inte visas, eller av utförda handlingar kan uttolkas, att säljaren nöjde sig med en utdelningsrätt.

I avsnitt 2.6 berördes frågan, om boets betalningsansvar för skulder uppkomna före konkursen då varan levereras successivt. Jag hävdade där att boet inte behöver betala för leveranser som gäldenären mottagit före konkursen, utan att boet kan nöja sig med att betala för prestationer som mottas efter konkursutbrottet. Boet har rätt till *partiellt inträde*. I anslutning därtill refererades en rad tyska rättsfall, som bl a berör frågorna om boets "automatiska" mottagande av elström och liknande innebär att massaansvar uppkommit *dels* för skulder från tiden före konkursen, *dels*

då han utlämnar varan till köparen efter att denne ansökt om förordnande av god man enligt ackordslagen, se NU 1984:5 s 134 och 346 samt 63 § 2 st och 3 st i den kommande propositionen. Jfr även SOU 1976:66 s 302. Arnesdotter har framhållit att återkravsrätt skulle vara av värde redan efter det att gäldenären inställt sina betalningar och förordat en sådan regel, se s 212 ff. Jfr Lennander s 334 not 83 med kritik mot argumenten för förslaget. Köplagsförslaget innehåller inga nämnvärda sakliga förändringar i förhållande till 41 § KöpL vad avser återkravsrätt *vid konkurs*.

269 Betænkning nr 606/1971 s 130 vsp. Jfr Gomard s 45 not 52, Ørgaard s 100 not 25, Munch s 386 (jfr 177) och även Nørager-Nielsen/Theilgaard s 693.

270 NOU 1972:20 s 321 hsp.

för sådant som boet självt förbrukat. Endast den senare frågan ska här diskuteras, då ju frågan om partiellt inträde redan besvarats.

Återvänder vi en stund till tysk rätt så fastslogs i rättsfallet BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.90), att boets fortsatta elförbrukning inte i sig innebär en konkludent inträdesförklaring. Först om det föreligger särskild anledning för boet att ta ställning till om elabonnemanget ska övertas blir frågan aktuell. Och eftersom strömmen levereras "automatiskt" är inte uttaget av denna redan i sig en sådan anledning, vilket däremot medkontrahentens betalningskrav eller en förfrågan om inträde är.

I Sverige är 41 § KöpL av intresse när det gäller ett konkursbos automatiska uttag av elström och liknande kontinuerliga leveranser. Konkursboets förbrukning av elström leder enligt 41 § 2 st KöpL till att boet blir ansvarigt att betala den egna förbrukningen som massaskuld. Boet kan ju inte "återställa" den ström som förbrukats.[271] *För det som boet redan förbrukat* finns alltså inget utrymme för valrätt analogt med 41 § 1 st KöpL. Detta överensstämmer med vad som gällde enligt den numera upphävda ellagen från 1920.[272] Av motiven till denna lag framgår att boet som massaskuld hade att svara för egen förbrukning efter konkursutbrottet. I propositionen till lagen fanns t o m en uttrycklig regel härom upptagen, men den slopades vid utskottsbehandlingen då regeln ansågs självklar. Att boet enligt 1920 års ellag hade att betala egen förbrukning som massaskuld innebar emellertid inte att boet därmed definitivt inträtt i avtalet, dvs ådragit sig massaansvar även för *kommande* leveranser. Tvärtom hade boet kvar valrätten mellan att inträda och att avstå tills leverantören krävde besked och boets svarsfrist gått till ända. Avstod då boet eller gav det inget besked ansågs avtalet hävt, varvid medkontrahenten endast kunde göra gällande en konkursfordran på skadestånd för mistade framtida avgiftsintäkter.

Enligt min mening bör konkursboets stillatigande förbrukning inte heller enligt gällande rätt anses medföra att boet definitivt trätt in i gäldenärens löpande leveransavtal i den meningen, att boet härefter inte kan frånträda avtalet utan att medkontrahenten får en massafordran på skadestånd. Eftersom leverantören får sitt vederlagskrav täckt som massafordran under den tid som boet faktiskt utnyttjar hans prestation utan att ha haft anledning att ta ställning till inträdesfrågan, innebär en sådan ordning ingen nämnvärd inskränkning av hans intressen.[273]

271 Jfr betr oåterställbarhet som ett argument *mot* återkravsrätt och massaansvar, nedan kap IV 4.2.4.

272 Se 2.6.5.2 ovan inledningsvis.

273 Betr bedömningen av inträdesfrågan då boet utan kommentar eller anmodan från leverantören betalar för en mottagen vara, se 2.9 nedan.

När det gäller ett "vanligt" köp med successiv leverans blir bedömningen något annorlunda. Anta t ex att köparens bo mottagit och vidareförsålt en av tre persondatorer som före konkursen beställts för gäldenärens verksamhet. Bör detta medföra att boet inträtt med betalningsansvar även för PC nummer två och tre? Gör det någon skillnad om varan är funktionellt odelbar (t ex en maskin som ska monteras ihop hos köparen) eller tvärtom fullt delbar (t ex tio leveranser grus)? 41 § 2 st KöpL utsäger att boet inte kan "draga sig från köpet undan". Den situation som lagrummet omedelbart handlar om rör uppenbarligen det enkla fallet då en enstaka vara mottas och om betalningsansvaret när denna vara förbrukas av boet. Uppenbart är emellertid också, att 41 § 2 st är konstruerad som en regelrätt inträdesregel: genom förbrukningen ska köparen anses ha inträtt i avtalet. Detta är ju uttryckligen angivet. Hade avsikten varit att endast göra boet betalningsansvarigt för vad som faktiskt förbrukats och inget mer, skulle väl denna begränsning ha skrivits ut i lagen. Och har flera leveranser än den som boet konsumerat avtalats, så omfattar kontraktsansvaret givetvis även dessa. Att boet konsumerar en post enligt 41 § 2 st KöpL bör således innebära att boet anses ha trätt in i avtalet i dess helhet. Någon skillnad mellan delbara och odelbara köp är inte relevant i detta fall, då någon grundläggande sakrättslig "frysningsprincip" här inte kan åberopas.

Det som hittills har sagts om 41 § KöpL har genomgående gällt situationen, då säljaren levererar varan efter konkursbeslutet och köparens *konkursbo* får den i sin besittning. Att boet får besittningen bör också vara det normala, då gäldenären själv (med vissa undantag) saknar rådighet över vad som tillfaller honom i konkursen, 3:1 och 3:3 KL. Även för fallet då *gäldenären själv fått sig varan tillsänd* har dock 41 § ansetts tillämplig, om gäldenären därefter redovisar varan till boet eller boet självt efter ett tag omhändertar egendomen.[274] Om varan däremot *inte kommer boet till godo* blir saken mera svårbedömd. Grundregeln är ju att leveransen då inte tillgodoräknas säljaren, 5:1 KL. Är inte betalningen erlagd innebär det att säljaren över huvud taget inte kan framställa något anspråk i konkursen, vare sig som konkurs- eller massaborgenär. 41 § KöpL har emellertid, åtminstone i äldre doktrin, även ansetts kunna tillämpas i ett sådant fall, om köparens förskingrande av varan möjliggjorts genom boets försumlighet eller bristande tillsyn av bomassan.[275] Här skulle alltså *köparens egna förfoganden* tillåtas belasta boet via 41 § 2 st KöpL.

Efter införandet av godtrosreglerna i 3:2 KL 1975 (jfr 21 § i 1921 års KL) är dock försumlighetsregeln enligt min åsikt obehövligt. I vilka fall gäldenärens förfoganden ska tillåtas belasta boet bör numera uteslutande bedömas enligt 3:2 KL: försumlighetsregeln var nödvändig för att skydda säljaren då köparen själv kommer över och förfogar över varan, eftersom det rådde en undantagslös regel som innebar, att säljaren

274 Almén § 41 not 25, Hasselrot HB 2 uppl s 234, SOU 1970:75 s 166 vsp och Walin, Materiell konkursrätt s 105. Jfr Håstad, Sakrätt s 172 och Welamson, Konkurs s 45. Se även Lennander s 332 not 75.

275 Se Almén a st, Winroth s 213 och Hasselrot a a s 234 not 2.

inte kunde göra gällande någon fordran i konkursen om varan aldrig kommit boet till handa. Denna rigorösa regel uppluckras numera i 3:2 KL, vars innebörd ju i korthet är att rättshandlingar företagna efter konkursbeslutet i vissa fall kan göras gällande mot boet.[276]

Anta att leverans[277] sker senast dagen efter den då kungörelse om konkursbeslutet var införd i Post- och Inrikes Tidningar. Konkursboet måste då enligt 3:2 1 st KL visa att det förelåg omständigheter som åtminstone gav säljaren "skälig anledning att anta att gäldenären var försatt i konkurs". Förmår boet inte det är rättshandlingen giltig mot boet. Äger leverans rum senare under konkursen,[278] kan i stället 3:2 2 st KL användas.[279] Även här krävs god tro hos säljaren.[280] Bevisbördan ligger i detta fall på säljaren själv.

Är säljaren enligt det sagda bevisligen i god tro, kan han alltså i konkursen göra gällande sin fordran betalning. Fordringens prioritet avgörs sedan av 41 § KöpL. Anses återkravsrätt då föreligga har säljaren en massafordran på varans värde eller på betalningen, anses återkravsrätt inte föreligga belastas boet endast med en vanlig konkursfordran. Som ovan framhölls bör återkravsrätt kunna göras gällande om inte

[276] Se om 3:2 KL: SOU 1970:75 s 65 ff och 103 ff, prop 1975:6 s 86 ff, 124 ff och 187 ff, Welamson, Konkurs s 43 ff, Walin a a s 105 ff och Håstad a a s 97 f och 192 ff, jfr 2 uppl s 169 ff.

[277] Begreppet "rättshandling" i 3:2 1 st KL torde där tolkas på samma sätt som i 3 kap AvtL, se SOU 1970:75 s 103 hsp jfrt med s 160 not 8. Jfr även prop 1975:6 s 188 och Håstad, Sakrätt 2 uppl s 170 not 100, jfr dock något annorlunda i 3 uppl s 193 med not 100 och 100a. Enligt motiven till avtalslagen innefattar begreppet alla handlingar som sker i syfte att uppfylla någon den handlande åliggande förpliktelse, bl a överlämnande av en sak eller en kvantitet varar till fullgörande av ett köpavtal, se NJA II 1915 s 23, jfr Almén/Eklund s 97 f, vartill lagberedningen hänvisade, och Grönfors, Avtalslagen s 137 f med vidare hänv ang rättshandlingsbegreppet. Det bör härav utan vidare följa, att säljarens leverans under konkursen inbegrips i begreppet "rättshandling" i 3:2 1 st KL. Se även Håstad, Sakrätt 2 uppl s 171, där *gäldenärens* isolerade leverans till en köpare under konkursen anses utgöra rättshandling i 3:2 KL:s mening (se även 3 uppl s 193 f med en i detta sammanhang irrelevant justering), jfr också Karnell i SvJT 1984 s 382.

[278] Avgörande kriterium för gränsdragningen mellan första och andra stycket och därmed för bevisbördans placering är vid vilken tidpunkt rättshandlingen, dvs leveransen, "företas" och när förpliktelse infrias. Huruvida det är köparens/gäldenärens besittningstagande eller säljarens avlämnande som är det relevanta framgår inte uttryckligen av lagtexten eller förarbetena. Som exempel på rättshandling enligt andra stycket nämns i motiven bl a mottagande av betalning och uppsägning. "Åtminstone analogivis" inräknas även meddelande som, trots att det inte nått gäldenären, ändå uppfyllt "de krav som eljest gäller för att det skall få åberopas", se SOU 1970:75 s 103 hsp, jfr Walin a a s 107. Se också SOU 1970:75 s 67 vsp: "då tredje man i god tro och på ett i övrigt korrekt sätt...fullgjort leverans till konkursgäldenären...". Det avgörande synes således vara att säljaren fullgjort sin leveransskyldighet kontraktsenligt och därför rättsenligt kan kräva betalning. Rent språkligt är det också närmare till hands att med "rättshandlings företagande" avse säljarens avsändande av varan, än köparens besittningstagande. En annan sak är att säljaren kan försättas i ond tro då varan är på väg till köparen just genom offentliggörandet i posttidningen men sakna möjlighet att utan stort besvär eller avsevärda kostnader stoppa varan. Att säljaren kan stoppa varan fram till dess den kommit i köparens besittning enligt 39 § KöpL, bör heller inte vara avgörande enligt 3:2 KL, som ju inte avgör frågan om konkurs- eller massafordran ska få göras gällande.

[279] Så uttryckligen SOU 1970:75 s 67 vsp, jfr Welamson, Konkurs s 45.

[280] Innehållet i godtroskravet avses att överensstämma mellan första och andra stycket, se lagrådet i prop 1975:6 s 406 (NJA II 1976 s 155).

boet kan visa att säljaren, genom sin leverans till köparsidan i konkursen, får anses ha nöjt sig med en dividend på betalningen. Detta innebär att återkravsrätt alltid torde föreligga när också rekvisiten i 3:2 KL är uppfyllda. Kraven på säljaren i subjektivt hänseende kan i vart fall aldrig ställas högre i 41 § KöpL än i 3:2 KL. *Slutsatsen* blir därför att en godtroende säljare, även när *köparen själv* mottagit och förfogat över varan, kan kräva ut dess värde eller betalningen som massafordran enligt 41 § 2 st KöpL. Konkursboet har redan enligt 3:2 KL ansetts vara närmare att bära förlusten än en godtroende säljare, och 41 § KöpL bestämmer endast storleken på boets förlust. Det vore dessutom märkligt om det faktum, att köparen själv lyckats förskingra varan (vilket kan bero på en ren tillfällighet) skulle gå ut över säljaren, vilken i den nu behandlande situationen normalt helt saknar kännedom om förhållandena hos köparen. Däremot ingår det i konkursförvaltarens grundläggande plikter att omhänderta boet och se till att gäldenären inte ges tillfälle att undanskaffa egendom, se 7:12 KL, jfr även 7:14, 7:18 och 7:19 KL samt grunderna för kvarstad i 2:11 KL.

Mot den här hävdade uppfattningen kan åberopas i 41 § KöpL:s ordalydelse. "Godset" ska enligt lagtexten vara "utgivet till konkursboet" och boet ska däröver "för egen räkning förfogat".[281] Stadgandets intentionsdjup får dock inte övertolkas. Det får antas att ordalagen helt enkelt avser att uttrycka konsekvenserna av gäldenärens – vid regelns tillkomst undantagslösa – rådighetsförlust, dvs att det endast är boet som rättsligt kan förfoga över de vid konkursutbrottet befintliga och därefter inflytande tillgångarna. För tydlighetens skull vore det ändå önskvärt om lagtexten kompletterades med en hänvisning till 3:2 KL, på samma sätt sätt som gjorts i 5:1 1 st KL och annan lagstiftning.[282]

Slutligen ska sägas att 41 § KöpL utgör en sakrättslig bestämmelse. Liksom reglerna i 39 och 40 §§ KöpL är den därmed *tvingande* till konkursboets förmån. Säljaren kan alltså inte, utöver möjligheterna att uppställa sakrättsligt giltiga återtaganderättsförbehåll, avtala om bättre återkravsrätt/separationsrätt än vad 41 § KöpL ger honom.[283]

2.9 Är betalning inträde?

I föregående avsnitt framkom att köparens konkursbos betalning för en vara som utgetts till boet bör innebära att inträde skett. Frågan om boet inträtt genom betalningen saknar dock betydelse vid ett vanligt, enkelt köp: huruvida boets betalning innebär att avtalet upphöjts till "massa-

[281] I köplagsförslaget ges återkravsrätt om varan utlämnats till "köparen eller hans konkursbo", se SOU 1976:66 s 302, NU 1984:5 s 346 och det kommande departementsförslagets 63 §. Detta torde dock endast bero på att återkravsregeln föreslås gälla även vid ackord. Jfr Lennander s 332 not 75.

[282] Se härom Walin, Materiell konkursrätt s 266 ff.

[283] Se Hellner, Verkan av insolvens s 248, Arnesdotter s 223 och Lennander s 326, jfr även Undén s 106 ff och Hessler s 188 f.

planet" eller inte är ointressant då säljaren fått vad han ska ha.[284] Är *successiv leverans* avtalad får dock frågan om boets betalning innebär inträde större betydelse. I avsnitt 2.8 fastslogs att boets ansvar för en delleverans som konsumerats enligt 41 § 2 st KöpL bör innebära att inträde anses ha skett även *för kommande leveransers del*. Boet blir alltså massaansvarigt även för dessa. Detsamma bör då gälla när boet gör bruk av den modell som 41 § 1 st KöpL anvisar och alltså på säljarens återkrav förklarar sig inträda eller omedelbart betalar vederlaget. Konsumtion, inträdesförklaring och betalning beträffande i konkursen mottagna varor bör alltså ha samma verkan, nämligen att boet definitivt träder in i avtalet. Huruvida den successivt levererade varan är uppdelbar eller inte saknar betydelse.

Jag går härefter utanför tillämpningsområdet för 41 § KöpL ser på boets ansvar i de fall, där det är *boet som presterar först genom att stillatigande betala för en post som säljaren ännu inte utgett*. Även här uppkommer frågan, om boet genom sin betalning får anses ha trätt in i avtalet med verkan även för kommande leveransers del.

Att en betalning för den närmast kommande leveransen bör innebära att boet inträtt i vart fall för den delen bör till en början vara klart. Betalningen är att jämställa med en inträdesförklaring enligt 40 § KöpL. Är den vara som successivt ska levereras odelbar i teknisk och juridisk mening, bör betalningen utan vidare också medföra inträde för hela avtalet, jfr 22 § 3 p KöpL. Men gäller detsamma då leveranserna är oavhängiga av varandra? Ja, säkerligen. Medkontrahenten/säljaren bör kunna lita på att konkursboet fullgör avtalsenligt när boet väl en gång presterat enligt avtalet, och han ska inte behöva tåla den osäkerhet det skulle innebära, om boet för varje enskild post fick välja mellan att inträda och att avstå utan annan påföljd än en konkursfordran på skadestånd. Boets betalning för en ännu icke erhållen post enligt ett avtal om successiv leverans, bör således anses innebära att boet trätt in i avtalet med verkan också för framtida poster. Det finns ingen sakrättsligt motiverad grund för att låta boet dela på avtalet då prestationerna är fullständigt ömsesidigt ofullgjorda vid konkursutbrottet. Bedömningen av det framtida ansvaret blir alltså densamma som enligt 41 § KöpL.

I Danmark skriver Munch på samma sätt att betalning av en rat beroende på omständigheterna kan tolkas som inträde. Och har konkursför-

[284] Jfr däremot motsvarande situation vid *säljarens konkurs*, då boet levererar en felbehäftad vara, se 3.8 och 3.9 nedan. Vid *köparens konkurs* kan boets fullgörelse givetvis inte vara felbehäftad: pengar luktar inte. Från alldeles särskilda fall då myntsamlingar, utgångna mynt eller förfalskade sedlar används som betalningsmedel bortses.

valtaren på förfallodagen ännu inte tagit ställning till frågan om inträde, bör *betalning ske med förbehåll om att den inte innebär inträde.*[285]

Detta avsåg alltså boets ansvar för framtida leveranser. Jag övergår nu till frågan *om boets stillatigande betalning kan avräknas på gäldenärens obetalda skulder.* Anta att säljaren har fordringar på betalning för leveranser som köparen/gäldenären mottagit före konkursen. Säljaren skulle då kunna hävda att han *avräknar* boets betalning på sin äldre fordran och att han därmed inte behöver leverera något ytterligare annat än mot ny betalning.

Enligt min uppfattning bör konkursförvaltaren häremot med rätt kunna invända, *att* boets betalning innebär en konkludent inträdesförklaring för den kommande leveransens del, *att* boet enligt reglerna om partiell inträdesrätt inte behöver betala för vad som utgetts till gäldenären före konkursen, *att* konkursförvaltaren inte heller utan att bli skadeståndsskyldig enligt 17:1 KL får betala denna fordran och på så sätt gynna en viss borgenär framför de övriga *och att* boets krav på leverans i kraft av betalningen därför kvarstår. Utgångspunkten bör således vara att boet inte handlar tvärtemot sitt eget intresse genom att avstå från möjligheten till partiellt inträde. Det är dock säljaren obetaget att söka visa, att konkursförvaltarens avsikt i själva verket var att betala gäldenärens skuld till honom (t ex därför att förvaltaren misstog sig om rättsläget).

I dansk doktrin har dock Gomard hävdat, att bl a en medkontrahent som ska prestera en löpande prestation oftast har rätt att avräkna mottagna betalningar på den äldsta delen av sitt tillgodohavande. Vidare har han menat att medkontrahentens rätt att häva på grund av gäldenärens obetalda leveransskulder inte avskärs genom att gäldenären eller hans bo destinerar ett belopp till den vid konkursutbrottet löpande perioden.[288]

Själv menar jag tvärtom att *allmänna regler om ordningen för avräkning av betalning då en borgenär har flera fordringar på samma gäldenär* inte leder till att leverantören kan avräkna boets betalning på sin äldre fordran. Grundregeln vid frivillig betalning – vilket det här är fråga om, då boet saknar skyldighet att fullfölja gäldenärens avtal – är att den betalande – här boet – har *rätt att välja* vilken skuld han ska betala.[287] Boet har alltså destineringsrätt då det betalar.[288] Denna rätt anses inte behöva utövas uttryckligen utan kan även brukas konkludent, t ex genom att betalningen stämmer med storleken på en av skulderna eller att betalaren har ett

285 Munch s 356.

286 Gomard s 61.

287 Se 9:5 HB, Håstad, Avräkningsordningen s 4 ff, densamme i JFFT 1984 s 511 ff (jfr bl a not 8 varav framgår att denna regel torde gälla också i dansk rätt) samt Rodhe, Obligationsrätt s 162 f.

288 Här bortses från förvaltarens skadeståndsansvar vid gynnande av viss konkursborgenär framför de övriga.

särskilt intresse av att en av dem betalas. Det torde dock krävas att den konkludenta destineringen åtminstone är synbar för mottagaren, så att han inrättar sig efter avräkningen.[289] Först när en destinering enligt det sagda inte kan anses föreligga, ges betalningsmottagaren rätt att välja på vilken fordran betalningen ska avräknas.[290]

Enligt min uppfattning har konkursboet i det här diskuterade fallet ett väsentligt intresse av att dess betalning räknas av på säljarens villkorliga fordran på betalning för den närmast kommande leveransen och inte på äldre fordringar för leveranser som fullgjorts före konkursen. Som sagt behöver inte boet konkursrättsligt betala sådana äldre skulder och förvaltaren får inte heller göra det med hänsyn till övriga borgenärer. *Boets betalning bör därför normalt anses destinerad till skulder som boet självt måste betala när det inträder.* En möjlighet finns dock som sagt för säljaren att påvisa omständigheter, som innebär att destinering inte får anses ha skett. Att säljaren enligt kontraktsrättsliga regler redan före konkursen kunnat häva hela avtalet på grund av dröjsmål bör inte förändra läget, då denna hävningsrätt inte bör tillåtas gå före boets partiella inträdesrätt, om inte hävning skett före konkursen, se avsnitt 2.5 och även 2.6 ovan.[291]

2.10 Rättsläget vid ömsesidig passivitet

I det föregående har köparens konkursbos och säljarens rättigheter och skyldigheter i olika situationer beskrivits. Här ska nu sägas något om fallet då ingen av dem gör bruk av sina befogenheter utan tvärtom förhåller sig passiva. Säljaren utnyttjar alltså inte möjligheten att få besked om boets ståndpunkt och boet meddelar inte heller självmant sin avsikt.[292] Inga handlingar som kan tolkas som konkludenta inträdes- eller andra viljeförklaringar förutsätts företas.

I svensk rätt fanns tidigare bestämmelser för lokalhyresgästens och arrendatorns konkurs som innebar, att deras konkursbon bands av nytt-

289 Se Håstad, Avräkningsordningen s 20 f och densamme i JFFT 1984 s 515 med hänv.

290 Se Avräkningsordningen s 22 ff med sammanfattning av rättspraxis på s 33 och JFFT 1984 s 516 ff med motsvarande sammanfattning på s 527.

291 Det sagda förutsätter alltså att partiell inträdesrätt erkänns. Anses endast *helt inträde* kunna ske är det däremot följdriktigt att säljaren kan avräkna boets betalning på skulder från tiden före konkursen, jfr det tyska rättsfallet OLG Hamburg 22.2.1985 (ZIP 85.295). Se också det i avsnitt 2.6.4 refererade rättsfallet OVG Nordrhein-Westfalen 7.12.1984 (KTS 1985.569) och där angiven litteratur, som utgör stöd för min åsikt.

292 Vad som sägs i detta avsnitt bör hållas isär från frågan när boet genom *konkludent handlande*, t ex betalning för eller konsumtion av en vara, får anses ha inträtt i gäldenärens avtal. Se om dessa fall i 2.8 och 2.9 ovan.

janderättsavtalet om det inte sas upp av konkursförvaltningen senast en månad efter bevakningstidens utgång. Boets underlåtenhet att säga upp innebar således att det trädde in i avtalet. Reglerna upphävdes 1970. Av motiven framgår att avsikten är att varken realhandlingar eller ren passivitet längre ska binda konkursbona. Skälet till detta sägs vara att skydda bona från att bli bundna genom förbiseende.[293] Lagändringen ger dock knappast uttryck för något mera generellt ställningstagande, som medför att konkursbon vid andra avtalstyper inte skulle kunna bindas genom passivitet.

I svensk doktrin har Håstad i allmänna ordalag uttalat, att även ren passivitet kan "tänkas ådra konkursboet ansvar enligt allmänna regler därom".[294]

Vad går det då att få ut av *lagtexten* i 39 och 40 §§ KöpL?[295] Till en början, innan någondera sidans prestationsskyldighet infaller, aktualiseras 40 § KöpL. Till denna bestämmelse är emellertid inga särskilda passivitetsverkningar knutna, utöver att säljaren får häva om inte boet besvarar säljarens förfrågan i tid. Boet behöver inte ta ställning i inträdesfrågan på eget initiativ, och säljaren kan fritt välja att avstå från att fråga. Säljarens innehållanderätt enligt 39 § KöpL innebär vidare att hans underlåtenhet att avlämna varan på avtalad tid inte leder till dröjsmål med avlämnandet även om kreditköp avtalats. Boet kan visserligen avbryta det svävande tillståndet och innehållandet genom att ställa säkerhet men är lika lite som enligt 40 § KöpL skyldigt att göra det på eget initiativ.[296]

Enligt gällande rätt har säljaren inte heller någon skyldighet att underrätta köparsidan om att innehållanderätt utövas. Enligt de nya köplagen kommer en innehållande part däremot att bli skyldig att genast meddela motparten om åtgärden.[297] Gör han det inte har den andra sidan rätt till ersättning för den skada som det uteblivna meddelandet kan ha åsamkat honom. Några rättsverkningar på grund av underlåtenheten utöver detta blir det inte fråga om.

Det är tydligen så, att några speciella passivitetsverkningar inte inträder då boet inte utövar sin valrätt när säljaren inte frågar enligt 39 eller 40 §§ KöpL. Och underlåtenhet att besvara en förfrågan leder till häv-

293 Se för det sagda 2:33 och 3:31 lagen (1907:31 s 1) om nyttjanderätt till fast egendom (NyttjL), jfr 8:17, 9:30 och 12:31 JB. Se också SOU 1969:5 s 188 vsp (jfr 179 hsp), prop 1970:142 s 153, Håstad, Sakrätt s 314 f, Welamson, Konkursrätt s 363 och 443 ff samt, för en ingående diskussion av nyttjanderättsreglerna, kap V nedan.

294 Håstad, Sakrätt s 299.

295 Ang passivitet i anslutning till 41 § KöpL, se 2.8 not 259. Den nya köplagens 63 § medför inga ändringar i det resonemang som förs i texten.

296 Se Alménn § 39 vid not 173 och NJA 1926 A nr 396.

297 Se departementsförslagets 61 § 3 st (citerad i 2.2 ovan).

ningsrätt för säljaren, inte till konkludent inträde. Avtalet får därför anses fortsätta att gälla under konkursen på samma villkor som gällde dessförinnan.[298] Avtalets fortsatta öde blir, om passiviteten består, beroende av *vanliga kontraktsrättsliga regler*.[299]

Säljarens underlåtenhet att utge varan vid tiden för avlämnandet utgör som sagt inget dröjsmål, då häri endast ligger ett utövande av innehållanderätten enligt 39 § KöpL.[300] Som också nämnts saknar gällande köplag bestämmelser om skyldighet för säljaren att lämna underrättelse om att han innehåller varan. Men om nu inte säljarens innehållande innebär dröjsmål med avlämnandet, kommer då inte *köparsidan* förr eller senare i dröjsmål genom att inte betala? Här får man göra skillnad mellan olika fall:

[298] Så förmodligen ännu den härskande meningen i tysk rätt, se Jaeger/Lent s 293 f och Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 216, se dock annan uppfattning i den senaste upplagan, Kuhn/Uhlenbruck s 453. Jfr även Offtermatt s 22 med hänv. Består passiviteten under *hela* konkurstiden anses avtalet i princip från bägge sidor kunna krävas fullföljt enligt sitt ursprungliga innehåll. Se även Jaeger/Henckel s 567 f med den modifikationen, att avtalet upphör om medkontrahenten på ett bindande sätt deltar i konkursen, t ex genom bevakning av ett skadeståndskrav. Instämmande: Kilger s 109 och i stort även Kuhn/ Uhlenbruck s 453 och rättsfallet (som gällde entreprenad) BGH 21.12.1983 (KTS 1984.288). Möjligen får den härskande meningen och även gällande rätt därmed anses ha ändrats i enlighet med Henckels uppfattning. – Jfr det svenska rättsfallet *NJA 1910 s 564*, där en beställare i en byggnadsentreprenörs konkurs villkorligt, för den händelse arbetet inte skulle bli utfört pga konkursen, bevakade en skadeståndsfordran. Efter det att konkursen avslutats genom ackord och entreprenören då fullföljt arbetet, ansågs avtalsförhållandet ha gått oberört genom konkursen/ackordet. Målet gällde dock inte direkt den frågan utan om ett förskott, som beställaren utgett före konkursen, i sin helhet kunde avräknas på entreprenörens vederlagskrav för den efter konkursen färdigställda entreprenaden. Se närmare i kap IV 4.3.2.

[299] Ang förekomsten av en eventuell allmän obligationsrättslig passivitetsregel, se Cervin s 34 som med sin undersökning om passivitet inte vill påstå, "att passivitetsgrundsatsen skulle vara en allmänt erkänd rättsgrundsats inom svensk rätt. Så torde långt ifrån vara fallet". Cervins arbete bygger bl a på förekommande lagregler i svensk rätt, däribland reglerna om reklamationsplikt vid dröjsmål i köplagen. Syftet är, enligt författaren själv, att undersöka om det är möjligt att utarbeta en regel, användbar "i alla de skiftande situationer, som uppkommer på detta område", se Cervin, Passivitetsspörsmålet s 7. Det befintliga materialet, främst rättspraxis och lagregler, används därvid som underlag för uppbyggande av en modell, där den situation där passivitets verkningar blir aktuella beskrivs. Denna modell blir med nödvändighet ganska allmänt hållen, se Cervin s 166. I Karlgrens arbete Passivitet, vilket är begränsat till passivitet vid avtalsslut, används en annan metod vilket beror på en annorlunda uppfattning i den grundläggande frågan om rättsvetenskapens uppgift, se Cervin, Passivitetsspörsmålet s 8 ff, särskilt s 16 ff och Karlgren i TfR 1961 s 326 ff, särskilt s 327 f. Här ska endast sägas, att Karlgren i detta sammanhang utgår från lagregler om s k objektiv passivitetsverkan och från eventuella riktlinjer i rättspraxis, för att därefter undersöka om motiven för dessa har relevans även för icke lagreglerade eller avdömda fall.

[300] Jfr Almén § 39 efter not 98b.

Ska betalningen utges i förskott en tid före avlämnandet och infaller förfallodagen under konkursen,[301] kommer boet[302] vid underlåtenhet att betala i dröjsmål som kan berättiga säljaren att häva. Underlåter säljaren att häva så kan boet – om nu inte parterna särskilt reglerat reklamations/passivitetsfrågan, vilket dock sällan brukar göras – fråga säljaren enligt 31 § KöpL, om denne trots dröjsmålet vill kvarstå vid köpet. Vill säljaren inte kvarstå och kommer svaret utan oskäligt uppehåll, är boets möjligheter att få fullfölja avtalet definitivt förlorade. Kommer svaret för sent eller inte alls förlorar säljaren rätten att kräva att köpet fullgörs. Detsamma gäller om inte boet frågar och säljaren inte på eget initiativ inom rimlig tid meddelar att han vill genomföra köpet. Att säljaren förlorar denna rätt saknar emellertid betydelse för köparens *konkursbo*: säljaren kan ändå aldrig tvinga boet att fullgöra avtalet mot konkursförvaltarens vilja. 31 § KöpL uttrycker i konkurssituationen alltså endast vad som ändå gäller enligt den grundläggande principen om ett konkursbos rätt att avstå från att fullgöra avtal beträffande sakrättsligt oskyddade prestationer.

Intressantare är i stället att *säljarens rätt att häva* på grund av köparsidans dröjsmål bevaras utan att reklamation behöver ske.[303] 31 § KöpL ska tolkas e contrario angående hävningsrätten. Köplagsutredningen diskuterade 1976 om inte reklamationsskyldighet borde införas i 26 § KöpL för köparens rätt att häva efter *säljarens* dröjsmål. Detta ansågs dock inte nödvändigt. I stället sas det ankomma på säljaren att få köparens inställning klarlagd.[304] Motsvarande torde omvänt gälla om 31 § KöpL, som ju är en spegelbild av 26 §.[305]

Det sagda innebär följande för det diskuterade passivitetsläget vid konkurs. Vill köparens konkursbo genomföra köpet så kan säljaren, även sedan "orimlig tid" förflutit enligt 31 § KöpL,[306] åberopa boets tidigare dröjsmål och häva avtalet. Boet kan således inte mot säljarens vilja kräva att avtalet fullgörs sedan säljarens hävningsrätt väl uppkommit. De be-

301 Skulle betalningen ha erlagts redan *före* konkursen och detta även lett till att ett hävningsgrundande betalningsdröjsmål redan då förelegat, uppkommer problemet om denna hävningsrätt kan göras gällande också mot boet, se härom 2.5 ovan.

302 Huruvida det är boet eller köparen själv som kommer i dröjsmål är en rent terminologisk fråga. Köparen saknar visserligen normalt dispositionsrätt under konkursen, men "boets" dröjsmål ger å andra sidan säljaren blott en konkursfordran på skadestånd om avtalet hävs pga dröjsmålet.

303 Se Hasselrot, HB 2 uppl s 181, Hellner, Ipso facto avoidance, särskilt s 92 f, och SOU 1976:66 s 77 och 262. I den nya köplagen får nuvarande 26 och 31 §§ sina närmaste motsvarigheter i 23 § 3 st, 24 § resp 52 § 3 st.

304 SOU 1976:66 s 262.

305 Jfr också Rodhe, Obligationsrätt s 205 med not 35 och s 446 f samt Cervin s 42 f.

306 Enligt Almén § 26 not 48e (jfr § 31 vid not 3) ska tiden i 26 § KöpL räknas "från det köparen vunnit eller bort vinna insikt om att godset icke blivit avlämnat...". Motsvarande torde gälla ang dröjsmål med betalningen enligt 31 § KöpL.

skrivna reglerna medför vidare att säljaren inte kan kräva att avtalet fullgörs av köparen *efter konkursens slut* då "orimlig tid" förflutit" enligt 31 § KöpL. Vill omvänt *köparen själv* efter sin konkurs genomföra köpet, kan säljaren åberopa sin hävningsrätt (om han nu inte uttryckligen eller konkludent gjort det under konkurstiden) på grund av köparsidans dröjsmål under konkursen. Inget hindrar givetvis parterna från att godta motpartens begäran, men någon rättslig skyldighet finns alltså inte.[307] Sammantaget får *avtalet anses hävt*.[308] I fortsättningen är parternas rättsförhållande beroende av nya överenskommelser eller eftergifter, vilka är att jämställa med nya avtalsslut.

Så långt fallet då betalning ska ske i förskott. Om i stället *varan ska tillhandahållas mot kontant betalning*, vilket enligt 14 § KöpL ju är den dispositiva regeln, behöver köparsidan inte betala om inte varan samtidigt utges av säljaren.[309] I detta fall kommer varken säljaren eller boet i dröjsmål genom att förhålla sig passiva under konkursen. Om inte någondera sidan erbjuder den andra sin prestation kommer avtalet därför att gå oberört genom konkursen. Kvarstår köparen som rättssubjekt efter konkursens avslutande, bör det – i vart fall teoretiskt sett – inte finnas något som hindrar att endera parten då kan kräva att avtalet fullföljs. *I praktiken* torde det dock ofta förhålla sig så, att även om exempelvis en enskild firma formellt fortlever efter konkursen, så är möjligheterna att då fullfölja gjorda åtaganden generellt små. Det kan vara uppenbart att den forne konkursgäldenären saknar möjlighet att göra rätt för sig, hans verksamhet har kanske avvecklats, och avtalet får då hävas eller anses hävt på grund av anteciperat dröjsmål eller omöjlighet enligt allmänna regler. Eller också har det kanske gått så lång tid att ingendera sidan längre har något intresse av att köpet genomförs. Under hela konkurstiden torde emellertid som grundprincip gälla, att konkursboets rätt att inträda i avtalet "finns kvar" så länge inte säljaren frågat enligt 39 eller 40 §§ KöpL.[310] Var gäldenären exempelvis ett aktiebolag som upplösts enligt 13:19 ABL, bör konkursens avslutande och bolagets upplösning dock medföra att köpavtalet upphör att gälla eller förfaller.

Vad som här sagts om kontantköp bör ha motsvarande tillämpning *vid kreditköp*, då ett sådant på grund av innehållanderätten i 39 § KöpL av säljaren i princip kan omvandlas till ett kontantköp vid köparens konkurs. Företas inga positiva handlingar, som kan tolkas som konkludenta

307 Jfr Hellner, Ipso facto avoidance s 93.

308 Jfr t ex Rodhe, Obligationsrätt s 205 not 35 och SOU 1976:66 s 262, där köplagsutredningen närmare diskuterar detta uttryckssätt. Jfr även NU 1984:5 s 324.

309 Se närmare Alméns § 14 vid not 1 ff.

310 Jfr uttalandet i BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.90): Om inte medkontrahenten frågar boet enligt § 17 st 2 KO och boet inte heller ger besked på eget initiativ, är det svävande rättstillståndet i princip tidsmässigt obegränsat. För referat av fallet, se i 2.6.4 ovan.

viljeförklaringar, är alltså den principiella utgångspunkten att avtalet går obemärkt genom konkursen.

3 Säljarens konkurs

Några lagbestämmelser för säljarens konkurs ges inte i köplagen och inte heller någon annanstans i lagstiftningen. Den grundläggande frågan blir därför i vilken utsträckning säljarens konkursbo över huvud taget har rätt att kräva att köpet genomförs. Härom handlar det inledande avsnitt 3.1 strax nedan.

Uppläggningen är i övrigt densamma som vid behandlingen av köparens konkurs. Vad som saknar direkt motsvarighet vid köparens konkurs är det kvittningsproblem som behandlas i avsnitt 3.6 och frågan om säljarens konkursbos felansvar, se i första hand avsnitt 3.9.2.

3.1 I vilken utsträckning får konkursboet överta säljarens prestationsskyldighet?

I köplagen finns som sagt inga särskilda bestämmelser om säljarens obestånd och konkurs.[1] Detta beror enligt Almén på att ämnet sammanhängde med frågan om tidpunkten för äganderättens övergång vid köp, en fråga som vid lagens tillkomst var omstridd och inte ansågs mogen för lagreglering. Almén menar ändå att principen om valrätt för ett konkursbo mellan att inträda i ett köp och att avstå därifrån kan åberopas även av säljarens konkursbo. Denna valrätt för konkursboet ser han som ett utflöde av en mera allmängiltig princip för ömsesidigt förpliktande avtal. Han skriver följaktligen att reglerna i 39–41 §§ KöpL torde kunna användas analogt vid säljarens obestånd, då köparens rätt till varan inte är sakrättsligt skyddad mot säljarens konkursborgenärer. Köparens rätt att häva i situationen för 39 § i omvänt perspektiv sägs följa av allmänna grundsatser om anteciperat dröjsmål. 40 § skulle däremot utan vidare ha sin motsvarighet vid säljarens konkurs.[2]

Winroth anser dock att lagstiftarens tystnad om säljarens obestånd bör tolkas så, att köparen inte ansetts vara i behov av något särskilt skydd utöver de vanliga dröjsmålsreglerna.[3] Därefter behandlar han

[1] Inte heller i 1818, 1830 eller 1862 års konkurslagars motsvarigheter till 39 och 40 §§ KöpL fanns regler om säljarens konkurs eller insolvens.

[2] Almén, rubriken till §§ 39–41 med noter.

[3] Winroth s 225, jfr Almén, rubriken till §§ 39–41 not 5a, där Winroths ståndpunkt bemöts.

ändå verkningarna av säljarens obestånd med ledning av 39–41 §§ KöpL och allmänna regler om anteciperat dröjsmål.[4]

Hasselrot tycks utgå från att säljarens konkursbo har en viss inträdesrätt när han skriver, att köparen har hävningsrätt vid säljarens konkurs om konkursboet underlåter att ofördröjligen lämna besked på köparens framställan om säkerhet för *boets förmåga* att fullgöra avtalet,[5] jfr 39 § sista punkten KöpL. Även Karlgren anser att 39–41 §§ KöpL ger uttryck för allmänna förmögenhetsrättsliga principer och att särskilt 39 och 40 §§ bör komma till analog användning vid säljarens konkurs. Undantag ska dock göras om rättsförhållandet är av *personlig natur*.[6] Ekeberg & Benckert menar likaledes att 39–41 §§ KöpL kan tillämpas analogt vid säljarens konkurs,[7] och Hessler skriver i sin sakrättsbok att det är "klart att konkursboet kan välja att stå fast vid köpet; detta kan ju vara en fördel för boet särskilt om köparen inte betalt något av köpeskillingen före konkursen".[8]

Hellner framhåller till en början att det är oklart vad som gäller vid säljarens obestånd.[9] Förutom möjligheten att tillämpa 39–41 §§ KöpL analogt, anges alternativet att tillämpa allmänna regler om anteciperat kontraktsbrott. Beträffande köparens möjligheter att häva vid säljarens konkurs, sägs leveransförmågan vid konkurs vara starkt beroende av om och hur boet vill avveckla rörelsen. Förutsättningarna för hävning bör därför bedömas enligt allmänna regler om anteciperat dröjsmål men med möjlighet för boet att avvärja hävning genom att ställa säkerhet "såvida inte prestationen är av den individuella karaktär att köparen inte bör vara skyldig att godta att någon annan utför den".[10]

Håstad anser att säljarens konkursbo bör ha rätt att inträda i avtalet när säljarens person och yrkesskicklighet saknar nämnvärd betydelse, t ex då han ska prestera en viss kvantitet ved eller olja. Särskild vid tillverkningsavtal enligt 2 § KöpL kan han dock tänka sig olika fall, "där naturagäldenärens personliga kompetens eller där krav på framtida kon-

4 Se Winroth s 225 ff, jfr Almén a st.

5 Hasselrot, Juridiska skrifter VII s 277 not 2 (min kurs).

6 Karlgren, Kollegium s 71 ff.

7 Ekeberg/Benckert s 103 f. Jfr i finsk rätt Palmgren s 172, som anser det vara uppenbart att säljarens konkursbo har rätt att inträda och fullgöra de avtal som säljaren ingått före konkursen, såvitt inte prestationerna kräver personlig verksamhet av säljaren.

8 Hessler s 244.

9 Se för det följande Hellner, Verkan av insolvens s 250 ff och densamme, II s 255 f och 258.

10 För citatet: Hellner II s 256. För rättsläget vid *säljarens betalningsinställelse*, se Arnesdotter s 224 f där hon i allt väsentligt instämmer i vad Hellner skrivit.

tinuerlig service spelar en sådan roll att naturagäldenärens konkursbo inte bör ha rätt att ensidigt besluta om inträde."[11]

Frågan om säljarens konkursbo får fullfölja gäldenärens avtal har inte varit uppe till bedömning i refererad rättspraxis.[12]

Inträdesrättsregeln i den kommande *propositionen till ny köplag* omfattar både köparens och säljarens konkurs.[13] Av 63 § 1 st följer då att säljarens konkursbo får inträda i avtalet om det ställer godtagbar säkerhet. Jag återkommer i nästa avsnitt (3.2) med en detaljanalys av regeln. Här ska bara framhållas inträdesrätten för säljarens bo inte försetts med några uttryckliga undantag på grund av säljarprestationens personliga karaktär etc. Att inträdesrätten är ovillkorlig, om bara godtagbar säkerhet ställs, ska man nog ändå inte göra så stor affär av. Förslaget innehåller till en början följande allmänna regel om hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott.

> *62 §:* Står det klart att det kommer att inträffa ett avtalsbrott som ger en part rätt att häva köpet, får denne häva redan före tiden för fullgörelsen. Hävningen är dock utan verkan om motparten genast ställer godtagbar säkerhet för att han kommer att fullgöra köpet.

Ifall säljarens konkursbo inte har kapacitet eller kompetens att fullgöra säljarens/gäldenärens prestation, kan kontraktsbrott uppenbarligen anteciperas mot boet enligt 62 § 1 p. Och saknar boet fullgörelseförmåga så kan det knappast avvärja hävningsverkan enligt 62 § 2 p genom att ställa godtagbar säkerhet för att köpet kommer att fullgöras. Detsamma bör gälla för den säkerhet som boet är skyldigt att ställa enligt inträdesregelns 63 § 1 st 2 p.

Det är nog också så, att begreppet "ställa säkerhet" i 61, 62 och 63 §§ i förslaget är avsett att tolkas betydligt vidare än vad man vanligtvis brukar göra i vanligt och juridiskt språkbruk. I betänkandets specialmotivering till stoppningsrättsregeln (den kommande propositionens 61 §) sägs följande.[14]

> "I fråga om säljarens förpliktelser kan säkerhet ofta inte erbjudas på samma sätt som för köparens betalningsskyldighet. Vad som kan krävas i detta avseende blir i hög grad beroende av omständigheterna. En försäkran från säljarens sida att

[11] Håstad, Sakrätt s 304, jfr densamme i PM s 4 f och i NJH s 86. Jfr även Lindskog s 182.

[12] Huruvida kvittningsfallet NJA 1916 s 154 indirekt innefattar ett ställningstagande i frågan diskuteras nedan i 3.6.

[13] Det följande bygger på ett inom justitiedepartementet upprättat lagförslag daterat 5/2 1987, jfr den likalydande svenska lagtexten i den norska Ot prp nr 80(1986–87) s 226 ff. Jfr även det finska departementsmotiven (prop nr 93/1986 s 108 ff) till en i stort likalydande lagtext som den svenska. De svenska specialmotiven i betänkandet NU 1984:5 s 339 ff är bara relevanta vad avser innehållanderätten (propositionens 61 §) och i viss mån anteciperingsregeln (62 §). Se vidare den inledande noten i 2.2 ovan.

[14] NU 1984:5 s 343.

köpet kommer att fullgöras i enlighet med avtalet är i regel inte tillräcklig. En sådan försäkran innebär ju endast att säljaren upprepar det åtagande som redan följer av avtalet. Säljaren måste därför kunna frambringa ytterligare belägg för att han faktiskt kan fullgöra avtalet. Som exempel på hur detta möjligen kan ske kan nämnas att säljaren framlägger kvalitetsprov eller andra särskilda bevis för att varan för att varan kommer att vara felfri. Ibland kan det också krävas att säljaren ställer säkerhet för betalningen av eventuellt skadestånd på grund av det förväntade avtalsbrottet."

Under anteciperingsregeln sägs att det kan "vara möjligt för säljaren att avvärja hävning, om han i tid kan lägga fram en sådan utredning om utsikterna för riktig fullgörelse att det inte längre kan anses stå klart att ett avtalsbrott kommer att inträffa."[15] Detta avser visserligen inte direkt konkurssituationen men är ändå av betydelse vid tolkningen av säkerställanderegeln i departementsförslagets 63 § 1 st 2 p. I den finska propositionen till den likalydande finska 63 § sägs också, att inträdesrätten avser även säljarens konkursbo och att det ofta är tillräckligt att konkursboet ställer säkerhet för all den skada som kan förorsakas köparen om avtalet inte uppfylls. Om säljarens prestation är sådan att det är osäkert "huruvida konkursboet har tillräckliga förutsättningar i fråga om kunskap och skicklighet att kunna uppfylla avtalet riktigt, kan köparen ha rätt att kräva också annan utredning om konkursboets prestationsförmåga. I så fall är det inte nödvändigtvis tillräckligt att konkursboet enbart ställer säkerhet som eliminerar köparens ekonomiska risk."[16] Uttrycket "ställa säkerhet" skulle således för säljarens konkursbo i vissa fall betyda såväl presterande av ekonomisk säkerhet som framläggande av bevisning om fullgörelseförmåga.

Som sagt är det dock enligt min mening mycket tvivelaktigt om framläggande av bevisning om fullgörelseförmåga språkligt sett kan – och bör kunna – pressas in under lokutionen "ställa säkerhet". Principiellt sett bör man också hålla isär frågan, om konkursboet över huvud taget får fullgöra konkursgäldenärens förpliktelser med hänsyn till dess särskilda karaktär från den, om konkursboet bör vara skyldigt att särskilt säkra en riktig framtida fullgörelse (utöver den säkerhet massaansvaret ger) i ett fall, där prestation av ett konkursbo i och för sig kan godtas. Så är systemet också upplagt i dansk och norsk rätt.

Den allmänna anteciperingsregel som redan idag anses gälla, kan visserligen tänkas på ett ganska väl avvägt sätt ange *ramarna* för säljarens konkursbos rätt att överta fullgörandet av säljarens prestation i linje med vad Hellner förespråkat. I de fall där en sådan rätt måste anses utesluten därför att säljarens prestation förutsätter hans personliga insats eller yrkesskicklighet eller då boet redan från början får anses vara dåligt

15 A a s 344.

16 Finsk prop nr 93/1986 s 111.

skickat att överta säljarförpliktelserna på andra, strax närmare preciserade grunder, kan det sägas stå klart eller vara till visshet gränsande sannolikt att det kommer att inträffa ett kontraktsbrott som berättigar köparen att häva. Därav följer dock inte att det från systematisk och lagteknisk klarhetssynpunkt är lämpligt att gränserna för konkursboets rätt bestäms enligt den allmänna anteciperingsregeln. Tvärtom menar jag att detta är olämpligt. De särskilda konkursrättsliga befogenheterna bör i stället fastställas enligt speciellt för konkursfallet avpassade regler. Att anteciperingsregeln därutöver kan tillämpas även gentemot ett konkursbo under en konkurs är en annan sak. Den allmänna anteciperingsregeln ger också föga vägledning, när det i ett konkret fall ska avgöras om boet har rätt att fullfölja säljarens åtagande eller inte. Frågan är emellertid om det i en någorlunda generellt utformad konkursregel är möjligt att dra en mera preciserad gräns:

I *Norge* och *Danmark* finns visserligen generella konkursrättsliga lagregler om konkursbons inträdesrätt som gäller även för säljarens konkursbo. Denna boets rätt är dock utesluten om annat följer av rättsförhållandets "egenart" resp "beskaffenhed".[17] Vad innebär då detta? Jo, framför allt att inträdesrätt inte medges då medkontrahenten i ett avtalsförhållande har ett väsentligt intresse av att gäldenärens prestation utförs under hans personliga ledning, med utnyttjande av gäldenärens fackkunskaper eller då prestationen i övrigt förutsätter personlig fullgörelse av gäldenären själv.[18] Som skolexempel brukar nämnas en konstnärs, en konsults och en arkitekts prestationer. Har avtalet och gäldenärens förpliktelse en mera industriell karaktär anses inträdesrätt däremot normalt föreligga. Gäldenärsföretagets personal kan då ofta förmås att stanna kvar i arbete med hjälp av motsvarigheterna till de svenska reglerna om statlig lönegaranti. Därmed betyder inte "personskiftet" på grund av konkursen lika mycket. Inträdesrätt kan dock ändå uteslutas då gäldenärens förpliktelse enligt avtalet sträcker sig över en längre tidsperiod, som går utöver den normala avvecklingstiden för ett konkursbo. Vid ett vanligt köp kanske inte själva leveransförpliktelsen är särskilt långvarig, men om säljaren under ett antal år framöver ska prestera service eller försörjning med reservdelar, torde boets rätt att inträda sättas ifråga. I vissa fall kan ekonomisk säkerhet från boets sida trygga medkontrahenten, med detta hjälper inte alltid. "Skifteretten" kan vidare både i Danmark och Norge besluta att boet ska ställa säkerhet i vidare omfattning än de van-

[17] Se §§ 7–1 och 7–3 LFD resp 53 och 55 §§ DKL.

[18] Se härtill och för det följande för *norsk* rätt NOU 1972:20 s 310 hsp och 313 hsp, Ot prp nr 50 (1980–81) s 180 och 183, Krüger s 68 och Brækhus s 164 ff. Jfr även Sandvik, Materiell konkursrett s 87–89. Se för *dansk* rätt betænkning nr 606/1971 s 121 vsp och 123, Munch s 348, Ørgaard s 104 f och Gomard s 18 f och 65 ff.

liga inträdesreglerna kräver. Detta förutsätter då att domstolen finner att de vanliga reglerna inte ger tillräckligt skydd för medkontrahenten, främst i fall då gäldenärens förpliktelse innefattar åtaganden som kräver stora framtida kapitalinsatser. I de sistnämnda fallen torde därför inte boets relativt sett bristande finansiella resurser utgöra tillräcklig grund för en omedelbar hävningsrätt för medkontrahenten. I den danska doktrinen har Gomard försökt *sammanfatta* det hela så, att ett konkursbo har rätt att inträda i gäldenärens avtal, *om det inte framstår som uppenbart att medkontrahentens ställning blir väsentligt försämrad genom inträdet.*[19] Därmed är vi dock i stort sett tillbaka i de allmänna ordalag som den allmänna anteciperingsregeln uttrycker, låt vara att en rad riktpunkter för tolkningen angetts.

Det bör emellertid framhållas, att det som hittills sagts om dansk och norsk rätt inte särskilt varit inriktat på rättsläget vid just säljarens konkurs utan på inträdesrätt vid i princip alla förekommande avtalstyper enligt den konkursrättsliga regleringen. Mera preciserade riktlinjer kan säkerligen ges om man "bara" siktar in sig på att ange ramarna för *säljarens* konkursbos inträdesrätt. I det norska Kjøpslovsutvalgets betänkande 1976, vilket för köpavtalens del bl a preciserar inträdesrätten enligt konkursreglerna, sägs således följande.[20]

> "Ved kjøpekontrakter vil partenes ytelser normalt ikke ha en slik personlig tilknytning til partene at konkurs m.v. hos den ene bør kunne gi den annen rett til å anullere avtalen. Dette kan stille seg annerledes ved mange andre kontraktstyper.."

Ingen inskränkning i inträdesrätten på grund av prestationens art skulle således normalt gälla vid säljarens konkurs. Särskilt med hänsyn till de problem som kan uppkomma vid garantiförpliktelser, vilka jag strax återkommer till, är uttalandet kanske något förvånande. Det upprepas dock ordagrant i specialmotiven till det nya norska köplagsförslagets inträdesregel (63 §).[21] Av samma motiv framgår också, att begreppet "ställa säkerhet" här inte avser annat än etablering av ekonomisk säkerhet.[22]

Både i det norska och det finska köplagstiftningsarbetet uppkom frågan, om säljarens konkursbo verkligen bör ha inträdesrätt *då säljaren är näringsidkare och köparen konsument.* I Norge ifrågasattes i ett remissyttrande, om inte konsumentköpare borde erhålla ett särskilt skydd eftersom reklamationstiden är två år enligt köplagen och eventuella garantier blir utan värde då motparten är ett konkursbo. Härtill anförde departe-

[19] Gomard s 66, jfr det danska betänkandet s 121 vsp och Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 273 där det sägs, att boet bör ha inträdesrätt där det inte skulle skada medkontrahenten. Jfr även Sakrätt, 3 uppl s 308 och 310.

[20] NOU 1976:34 s 74 vsp.

[21] Se NU 1984:5 s 346, jfr Ot prp nr 80(1986–87) s 113 f.

[22] Se NU 1984:5 s 347 f.

mentet att boets inträdesrätt som utgångspunkt visserligen begränsar konsumentköparens möjlighet att bli fri från köpet på grund av säljarens insolvens. Å andra sidan innebär boets inträde att säljarens förpliktelser blir fullgjorda, varvid köparens behov av att få häva är litet. Boets inträde medför vidare att det i princip övertar alla förpliktelser enligt avtalet. Köparen kan således göra gällande garantibestämmelser i avtalet och sin reklamationsrätt enligt köplagen. Departementet var dock medvetet om att det i praktiken ändå kan vara svårt för köparen att göra gällande dessa rättigheter, t ex när fel upptäcks efter boets avveckling. Problemen ansågs emellertid inte så stora att de motiverade en särregel om ovillkorlig hävningsrätt vid insolvens.[23] I Finland har däremot i 63 § 4 st nya köplagen (nr 355, given Helsingfors den 27 mars 1987) införts ett uttryckligt förbud mot inträdesrätt för säljarens konkursbo vid konsumentköp.

Hur har då frågan om inträdesrättens gränser lösts i *tysk rätt*? I § 17 KO finns liksom i Danmark och Norge en generell regel om inträdesrätt för konkursbon. Härunder anses även säljarens konkursbo falla, och något undantag på grund av prestationernas art, natur eller liknande uppställs inte i lagtexten.[24] Detta torde nu inte medföra någon större skillnad jämfört med den nordiska regleringen. Förpliktelser som endast gäldenären personligen kan fullgöra anses nämligen inte omfattas av § 17 KO. Exempel på sådana "icke utbytbara" förpliktelser är en konstnärs, en specialläkares och en författares prestationer.[25] Vad särskilt gäller en säljares förpliktelser, torde dessa alltså i och för sig omfattade av boets rätt att inträda enligt den *konkursrättsliga* regeln, med de nu nämnda begränsningarna. Allmänna obligationsrättsliga regler gäller vidare givetvis också för konkursboets del. Detta innebär bl a att inträdesrätt inte kan göras gällande då gäldenärssidans prestation framstår som omöjlig för boet att fullgöra i det konkreta fallet, vilket kan bero på att gäldenärens verksamhet lagts ned eller att boet saknar tillräckliga medel för fullgörelsen. Boet har alltså inträdesrätt endast när det är meningsfullt.[26]

[23] Ot prp nr 80(1986–87) s 115.

[24] Se dock § 18 KO som utesluter inträdesrätt vid fixköp av varor med ett bestämt marknads- eller börspris. Avtalet "omvandlas" i och med konkursen till en konkursfordran på skadestånd för köparen. Se närmare Jaeger/Henckel s 582 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 454 ff och Kilger s 109 f. Jfr 21 § 2 st KöpL och Almén § 39 not 184a.

[25] Se Jaeger/Henckel s 527 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 425 samt Jaeger/Lent s 273 f.

[26] Jaeger/Lent s 283, Kuhn/Uhlenbruck s 439 samt Baur i Festskrift till Weber s 46. Denna mening följdes också i rättsfallet OLG Hamm 6.12.1976 (NJW 1977.768), se närmare i kap IV 3.3 nedan. En något annan åsikt hävdas av Henckel, som menar att § 17 KO inte redan är oanvändbar därför att boet inte subjektivt är i stånd att fullgöra gäldenärens prestation, t ex därför att driften lagts ned eller boet saknar medel för att självt fullgöra eller fullgöra via annan för boets räkning. Boets brist på pengar, fackkunskaper eller affärskapacitet anser Henckel inte befria medkontrahenten. Väljer boet att inträda måste

Gränserna för boets inträdesrätt har ganska ingående diskuterats av Henckel i anslutning till frågan om inträdesrätten är tvingande. I princip menar han att ett avtal som berövar boet möjligheten att inträda primärt träffar borgenärerna och därför inte är giltigt mot boet. Emellertid kan det i vissa fall vara särskilt ogynnsamt för den solventa parten att få ett konkursbo som motpart, och detta bör beaktas när klausuler om omedelbar hävningsrätt vid en parts konkurs ska bedömas. Avtalet bör enligt Henckel tolkas så, att gäldenärens medkontrahent vill skydda sig mot de "unzumutbaren Nachteilen" som kan uppstå vid en konkurs. Sådana nackdelar uppstår dock inte redan på grund av konkursen som sådan, utan först då det kan förutses att boet inte är kapabelt att fullgöra det eventuella *felansvar* som kan följa med gäldenärens prestation eller då medkontrahenten har rätt till kontinuerlig *vård eller underhåll* av en köpt vara eller då han behöver *reservdelar* till varan och boet inte kan uppfylla hans krav. Tillämpat på säljarens konkurs innebär Henckels resonemang sammanfattningsvis, att en avtalad hävningsrätt för köparen vid säljaren konkurs är giltig, *om en avtalsavveckling med säljarens konkursbo framstår som "unzumutbar" (ung orimligt betungande) för köparen.*[27] Som synes är denna regel så gott som identisk med Gomards sammanfattande beskrivning av det danska rättsläget.

Även *för svensk del* kan sägas, att säljarens konkursbo som grundregel har rätt att fullfölja säljarens avtal. Den uppenbara svårigheten blir sedan, som framgått, att avgöra hur långt denna rätt sträcker sig. De inskränkningar i boets rätt som kan övervägas med hänsyn till köparens berättigade intresse av skydd, kan grovt sett indelas i två grupper. För det första har vi inskränkningar som är betingade av att säljarens prestation kan innefatta ett mer eller mindre starkt personligt eller individuellt moment, för det andra inskränkningar som beror på att säljarförpliktelserna ibland kvarstår under en längre tid, som kan gå utöver konkursboets livslängd.

Vad först gäller frågan om *konkursboets kompetens*, kan den som nämnts ifrågasättas främst vid tillverkningavtal enligt 2 § KöpL. Intresset av att det finns kvalificerat folk hos gäldenärsföretaget som kan genomföra tillverkningsåtagandena är starkt. För att tillverkningen ska kunna fullföljas behövs kanske en mängd komponenter och halvfabrikat från olika underleverantörer, vars incitament att prestera till boet i sin tur kan vara begränsat, särskilt som underleverantörerna i konkursen ofta har

det emellertid fullgöra avtalsenligt. Är detta omöjligt eller uppkommer hävningsgrundande dröjsmål, kan medkontrahenten dock häva och kräva skadestånd som massafordran. Huruvida detta, väl formalistiska synsätt i praktiken skulle innebära någon skillnad, jfrt med den härskande åsikten, är tveksamt. Se för det sagda Jaeger/Henckel s 528.

[27] Se Jaeger/Henckel s 568 f, jfr Kilger s 108 f, Kuhn/Uhlenbruck s 419 f samt de rättsfall och den litteratur som angavs i 2.3 not 42–47 ovan.

oprioriterade betalningskrav för leveranser fullgjorda före konkursen. Enligt de tidigare beskrivna reglerna om partiell inträdesrätt för *köparens* konkursbo,[28] kan dock tillverkarens konkursbo (som gentemot underleverantörerna är ett "köparbo") tvinga kvar underleverantörerna vid avtalen utan att de äldre betalningskraven behöver tillgodoses. Som vi ska se i kap V och VIII, kan också gäldenärsföretagets lokaler och arbetskraft tas över av konkursboet i varje fall under en övergångstid. De anställda säkras under uppsägningstiden av den statliga lönegarantin och är då skyldiga att arbeta åt boet. Med hänsyn till detta bör boet i regel även vara kapabelt överta gäldenärens tillverkningsåtaganden.

Om tillverkningen sker på licensbasis kan dock upplåtaren av licensen tänkas motsätta sig att denna utnyttjas av ett konkursbo. En ovillkorlig hävningsrätt för licensgivaren vid licenstagarens konkurs brukar regelmässigt föreskrivas i licensavtalen. Frågan om boets möjligheter att mot licensgivarens vilja att häva utnyttja gäldenärens licensrätter behandlas närmare i kap VII 2.2.3 nedan. Redan här kan dock avslöjas att licensgivarens möjligheter att rättsenligt hindra boets utövning av en tillverkningslicens bör vara små. Men oavsett vilken lösning man här kommer fram till, kan licensinvändningen inte utgöra något generellt beaktansvärt hinder mot konkursboets rätt att fullgöra dennes åtaganden just vid köp.

Det sagda gäller främst tillverkning av industriell karaktär. Gäller avtalet ett mera personligt tillverkningsuppdrag, t ex då en konstnär fått en beställning att med eget material uppföra en skulptur eller då en båtbyggare ska bygga en eka, är ett övertagande av boet utan vidare uteslutet. I dessa fall kan i stället tänkas att *gäldenären själv* fullgör avtalet, men hans intresse för detta torde sällan vara stort, då ju konkursboet med undantag för beneficieskyddade belopp lägger beslag på vederlaget, jfr 3:3–5 KL. Konkursboet kan inte heller tvinga gäldenären att fullgöra sina tillverkningsförpliktelser gentemot beställaren för att den vägen få del av vederlaget.

Bör då inte boets inträde på tillverkarens sida generellt anses utesluten vid *personlig konkurs*? Nej, knappast. Även här kan tillverkningen vara av en så pass icke-personlig art att boet bör kunna fullgöra. Man skulle i stället kunna tänka sig att *antalet anställda* hos tillverkaren var utslagsgivande. Understeg arbetsstyrkan exempelvis tio personer skulle det tyda på att det personliga momentet är starkt och konkursboets fullgörelse utesluten. Det är dock uppenbart att sådana regler skulle vara alltför fyrkantiga. Det är nog så att exakta regler av det slaget varken är möjliga eller önskvärda att uppställa.

Utanför tillverkningsavtalens område får det personliga inslaget i säljarprestationen mindre betydelse. Vid *köp av färdiga varor* finns m a o

[28] 2.6.

inga större betänkligheter mot att konkursboet uppträder som säljare på grund av denna synpunkt. Till de ovan nämnda exemplena med leverans av en viss mängd ved eller olja, kan nog läggas de flesta köp av "färdiga" konsumtionsvaror.

Jag övergår nu till att behandla den *andra gruppen* av tänkbara inskränkningar i boets rätt, alltså de som hänger samman med *säljarförpliktelsens varaktighet*. Härunder faller t ex en tillverkares/säljares åtagande att hålla med reservdelar under en viss tid eller i övrigt stå för service och tillsyn av den sålda varan, t ex att utföra reparationer som inte beror på bristfälligt underhåll, felaktig montering eller normal förslitning.[29] Ett näraliggande fall är säljarens garantiåtaganden under viss tid, t ex en tioårig rostskyddsgaranti vid köp av personbilar. När dessa säljarförpliktelser aktualiseras *under konkurstiden* uppkommer inga nämnvärda ytterligare betänkligheter mot ett övertagande av konkursboet, utöver vad som gäller om boets kompetens att fullgöra säljarförpliktelserna i allmänhet. Det stora problemet är i stället att ett konkursbo förr eller senare ska avvecklas. Vid större konkurser kan denna tid vara ganska lång, kanske uppemot fem-sex år, medan avvecklingen i andra fall sker betydligt snabbare. Frågan är då *om boet helt ska berövas rätt att kvarstå vid säljarens avtal då det redan vid konkursutbrottet kan förutses, att boet inte kommer att kunna fullgöra den service avtalet utlovar därför att det beräknas ha avvecklats då tjänsterna aktualiseras?*

Man kan här göra en distinktion mellan villkorliga och andra, icke villkorliga säljarförpliktelser. *En icke villkorlig förpliktelse* är t ex ett åtagande av en hisstillverkare att under de närmsta tio åren efter avlämnandet årligen besikta eller överse sålda och uppmonterade hissar hos beställarna. Här står det från början klart att förpliktelsen kommer att aktualiseras och att boet efter en tid inte kommer att kunna fullgöra den årligen återkommande tillsynsplikten därför att det avvecklats. I analogi med 39 § KöpL bör beställaren därför kunna innehålla betalningen tills boet ställer säkerhet för vad den framtida tillsynen beräknas kosta om den utförs av annan. Var tillsynsplikten av väsentlig betydelse för beställarens intresse av att alls ingå avtalet, vilket nog är fallet i hissexemplet, kan t o m ifrågasättas om han inte bör ges rätt att omedelbart häva avtalet vid tillverkarens konkurs. Det är då uppenbart att det kommer att inträffa ett väsentligt kontraktsbrott som ger beställaren hävningsrätt. Han bör i så fall direkt kunna häva och sluta ett nytt avtal på annat håll eller uppta förhandlingar med konkursförvaltningen om fullföljande på modifierade villkor, t ex så att kontraktet under konkurstiden för boets räkning tas över av ett annat företag som beställaren är villig att acceptera. Vid konkursens slut kan kontraktet slutgiltigt överlåtas på det nya företaget.

[29] Jfr p 33 NL 85.

Eller så får boet gå med på att sälja varan till nedsatt pris och köparen skaffa sig ett serviceavtal på annat håll. Då det besiktningsåtagande som här diskuterats knappast kan anses inrymmas i det egentliga *köpet* av hissen utan får ses som *en självständig tjänst*, jfr 2 § 2 p och 3 p konsumenttjänstlagen (1985:716) e contrario, bör det sagda emellertid inte innebära någon relevant inskränkning av *en säljares* konkursbos rätt att fullgöra gäldenärens avtal.

När det gäller *en villkorlig förpliktelse,* såsom exempelvis en garantiutfästelse som innebär att säljaren ska avhjälpa fel som uppkommer inom en femårsperiod från avlämnandet, bör bedömningen bli annorlunda. Här är det som *ovisst om (garanti-)förpliktelsen alls kommer att bli aktuell att uppfylla för säljarsidan, alldeles oavsett om denna utgörs av ett konkursbo eller inte*. Om konkursboet inträder i avtalet i egentlig mening och levererar den beställda varan, får garantihavarens krav i konkursen ställning av *en villkorlig massafordran*. Regler för sådana fordringar saknas i konkurslagen, jfr 11:1 KL. Däremot finns regler för *suspensivt villkorliga konkursfordringar* i 5:10 KL. Går man utanför konkurslagstiftningen återfinns regler som svarar mot 11:1 KL (som alltså stadgar bl a att massaskulderna ska betalas innan utdelning till konkursborgenärerna äger rum) i 11:13 1 st lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar och i 13:13 1 st aktiebolagslagen (1975:1385). Dessa lagrum anger således att en likviderad förenings resp ett likviderat aktiebolags tillgångar ska skiftas sedan alla kända skulder blivit betalda. Till skillnad från i 11:1 KL klargörs här också, att om någon skuld är tvistig eller oförfallen eller *av någon annan orsak inte kan betalas*, ska erforderliga medel innehållas (och endast återstoden skiftas). Eller, med konkursrättsligt språkbruk: avsättning ska ske så fort en fordran av någon orsak inte kan betalas då utdelning ska till att ske. Något undantag motsvarande vad som står i 5:10 KL för fordringar, vars definitiva uppkomst är osannolik, görs alltså inte. Med hänsyn till lagrummens allmänt hållna formulering (och motivens tystnad) får antas, att alla typer av villkorliga fordringar åtminstone i princip innefattas i 11:13 1 st föreningslagen och 13:13 1 st ABL.

Även handelsbolagslagen (1980:1102) innehåller en motsvarande regel. Enligt 2:34 1 st gäller att tillgångarna inte får skiftas förrän alla kända skulder blivit betalda *eller behövliga medel avsatts för sådan betalning*. Nial skriver uttryckligen att avsättning ska ske även för – förutom oförfallna och tvistiga – villkorliga skulder.[30] Något undantag för fall, där det är osannolikt att villkoret kommer att uppfyllas, nämns inte. Enligt 3:1 och 4:7 2 st HBL gäller samma regel vid likvidation av kommanditbolag resp enkla bolag.

[30] Nial s 304 f.

Sammanfattningsvis har vi alltså regler för likvidation av aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag (inkl kommanditbolag) och enkla bolag, som utan något undantag föreskriver att avsättning ska ske för villkorliga fordringar som en borgenär har mot likvidationsobjektet. För fordringar mot ett konkursbo sägs endast allmänt i 11:1 KL, att massafordringar ska täckas innan utdelning sker. Inte heller vid "likvidation" av fysisk person görs någon distinktion mellan definitiva och villkorliga fordringar mot den döde, se 21:4 1 st ÄB. Slutligen finns då regeln i 5:10 KL, om avsättning för villkorliga konkursfordringar, som är den hårdaste av de nämnda bestämmelserna gentemot en borgenär med en villkorlig fordran.

Det bör direkt framhållas, att 5:10 KL reglerar en principiellt sett annorlunda situation än de övriga lagrummen. I 5:10 KL gäller det att avgöra om man ska erkänna en villkorlig fordran, som en av de utdelningsberättigade borgenärerna gör gällande i strid med andra jämbördiga borgenärers intressen. Det är fråga om en intressekonflikt mellan borgenärer på samma plan. I de övriga fallen står borgenären med den villkorliga fordringen däremot på ett annat och "högre" plan. Han ska i dessa fall alltid ha betalt först, alltså innan en fördelning av tillgångarna mellan borgenärerna på det lägre planet sker. Enligt 13:13 ABL exempelvis, har *bolagets* borgenärer principiell förtur framför aktieägarna, på samma sätt sätt som massaborgenärerna har förtur framför konkursborgenärerna enligt 11:1 KL.

Ska man bedöma villkorliga massafordringars ställning enligt gällande svensk konkursrätt, förefaller det således riktigare att analogisera från 13:13 ABL m fl associationsrättsliga stadganden, än från 5:10 KL.[31] Detta synes innebära *för det första* att avsättning alltid ska ske även då det föreligger mycket låg sannolikhet för att massafordringen definitivt ska uppkomma. *För det andra* bör analogin innebära, att avsättning ska göras med det högsta belopp som den villkorliga massafordringen kan beräknas uppgå till (före preskription). Detta belopp kan dock i många fall vara svårt att fixera, särskilt när det som här rör sig om framtida skador om vars omfattning man inget vet. Har en felgaranti begränsats till ett visst högsta belopp (t ex i procent av priset), bör dock avsättning alltid göras med detta belopp.

Frågan är emellertid om det verkligen är rimligt att även villkorliga massafordringar, vilkas definitiva uppkomst är mycket osannolik, bör beaktas. Speciellt som vi här diskuterar framtida garantifordringar, för vilka det är särskilt svårt att i förväg bedöma såväl *om* de ska uppkomma som *hur stort belopp* de i så fall kommer att uppgå till, förefaller det vara en praktiskt motiverad och tillåten lösning, att trots allt medge undantag

[31] Jfr Håstad, Sakrätt s 306 not 14.

från avsättning i den utsträckning som 5:10 KL anger. Även om en analogi med detta lagrum alltså inte är teoretisk-systematisk försvarbar, menar jag således avsättningsregeln för villkorliga konkursfordringar bör vara användbar även för villkorliga massafordringar.

Detta innebär att boet vid ett inträde inte behöver beakta gäldenärens garantiutfästelser, om inte tillämpningen av 5:10 KL leder till att så ska ske. Och om den villkorliga massafordringen inte ska beaktas enligt denna bedömning, bör boet inte heller vara skyldigt att ställa säkerhet för uppfyllande av garantiförpliktelsen, och köparen bör inte heller få antecipera kontraktsbrott mot boet beträffande förpliktelsen.

Det kan då vara dags att se lite närmare på rekvisiten 5:10 KL och vad motiven till bestämmelsen säger om tillämpningen vid garantiförpliktelser.[32]

Enligt bestämmelsen ska utdelning för en villkorlig konkursfordran beräknas i ett utdelningsförslag, om det inte saknas anledning att anta att villkoret kommer att uppfyllas. Lagberedningen uttalade att avsättning ska ske så snart det inte framstår som mycket osannolikt att villkoret kommer att uppfyllas. En lämplig riktpunkt angavs vara, "huruvida fordringen kan vid tillfället ha något förmögenhetsvärde eller ej."[33]

Frågan om en säljares garantiutfästelser kan göras gällande i hans konkurs behandlades även av lagutskottet 1971 med anledning av en motion, där särskilt garantier vid försäljning av kapitalvaror till konsumenter låg i blickpunkten.[34] I remissyttrandena om köparens bevakningsmöjligheter för ännu vid konkursens avslutande icke inträffade garantifall, framhölls det svåra i att finna en beräkningsmetod som kunde ligga till grund för bestämmande av fordringens belopp och att konsumenterna ändå skulle vara föga hjälpta med en oprioriterad konkursfordran. KO påpekade, med tydlig adress till lagberedningens uttalanden, att säljarens garantiutfästelser ofta representerar ett icke obetydligt förmögenhetsvärde för konsumenten. Hovrätten för Västra Sverige skrev att lagberedningens förslag, den numera gällande 5:10 KL, medger att avsättning sker för ännu inte uppkomna garantifall, om det inte saknas anledning att anta att skada kommer att inträffa. Sedan framhölls dock svårigheten att finns en värderingsregel. Advokatsamfundet påpekade bl a att en fordran måste kunna anges till sitt belopp då slututdelningsförslag (idag:utdelningsförslag) ska framläggas. Med hänsyn till de beräkningsmässiga svårigheterna ansåg lagutskottet för sin del, att lagbe-

[32] Resonemanget för villkorliga konkursfordringar (5:10 KL) blir direkt tillämpligt då boet ställer säkerhet utan att samtidigt ta på sig massaansvar jämlikt modellen i 39 § sista punkten KöpL.

[33] SOU 1970:75 s 208 f.

[34] Se LU 1971:22.

redningens förslag till 5:10 KL inte skulle medföra någon verklig förbättring för garantihavarna.[35] Då garantifordringen, även om den kunde göras gällande, ändå bara skulle vara en oprioriterad konkursfordran, ansågs frågan antagligen inte heller särskilt angelägen.

Vid remissbehandlingen av lagberedningens förslag till 5:10 KL ifrågasatte Göta hovrätt, om inte rätten att åtnjuta avsättning blivit alltför vid. Hovrätten befarade särskilt att en förhållandevis stor avsättning skulle behöva göras för garantiförpliktelser med den av lagberedningen föreslagna formuleringen. Domstolen föreslog att regeln i stället skulle lyda: "finnes anledning antaga att villkoret kommer att uppfyllas...".[36] Depchefen gick dock på lagberedningens förslag med följande motivering.[37]

> "Även om vissa skäl talar för den av hovrätten föreslagna lösningen, kan det å andra sidan te sig stötande att från rätten till utdelning utestänga sådana fordringar för vilka det saknas positivt stöd för antagande att villkoret skall uppfyllas. Beredningens formulering har f ö den fördelen framför hovrättens att den framtvingar egna undersökningar av konkursförvaltaren beträffande sannolikheten av att villkor skall komma att uppfyllas. Det är med hänsyn härtill inte säkert att de båda formuleringarna skulle leda till så olika resultat i den praktiska tillämpningen. Beträffande de av hovrätten åberopade garantiutfästelserna kan avsättning över huvud taget komma i fråga endast om garantifallet eller liknande skada inträffat vid slututdelningsförslagets upprättande så att fordringen kan beräknas. Beredningens formulering torde passa väl för dessa fall. De fall åter då fordringen inte kan beräknas på grund av att garantifallet inte inträffat torde däremot inte behöva beaktas i förevarande sammanhang (jfr lagutskottets uttalande i LU 1971:22 s 8)."

Depchefens uttalande är enligt min åsikt mycket anmärkningsvärt. Först uttalas ett klart ställningstagande *för* den liberala formulering lagberedningen föreslog. Även om det saknas positivt stöd för att anta att villkoret kommer att uppfyllas ska avsättning ske, och förvaltaren ska t o m företa egna undersökningar av sannolikheten för att villkoret kan komma att uppfyllas. När det blir tal om garantiutfästelser görs så en kovändning. Här blir regeln med depchefens tolkning inte ens tillämplig: har garantifallet inträffat när (slut)utdelningsförslag upprättas, är det ju inte alls fråga om en villkorlig fordran utan om en ovillkorlig! Påståendet att beredningens formulering "torde passa väl för dessa fall" framstår i denna kontext som mycket besynnerligt. Hur kan lagtexten passa väl för ett fall som inte ens avses att falla under dess tillämpningsområde?

Det förhåller sig uppenbarligen så, att depchefens uttalande om garantiutfästelser strider mot lagtexten. Detta stöds både av Göta hovrätts tolkning och Hovrätten för Västra Sveriges synpunkter i LU 1971:22. Dessutom har Walin, som var ordförande i lagberedningen, menat att

35 A a s 8. Jfr ang äldre rätt Welamson, Konkursrätt s 454. Lagtexten ålade då (1961) borgenären att visa att villkoret uppfyllts vid slututdelningsförslagets kungörande.

36 Prop 1975:6 s 285.

37 A a s 285 f.

depchefens uttalande om garantiutfästelser skulle föra för långt.[38] Vid bristande överensstämmelse mellan ett motivuttalande och en lagtext bör lagtexten gå före. Man bör alltså kunna bortse från depchefens uttalande och bedöma frågan om avsättning för garantiutfästelser enligt de rekvisit som uppställs i 5:10 KL, liksom för andra suspensivt villkorliga konkursfordringar. Om det inte saknas anledning att anta att fel som omfattas av garantin kommer att uppstå, bör avsättning således ske. Att det kan vara svårt att, utan stöd av en särskild lagregel i ämnet, slå fast en enhetlig grund för beräkning av fordringens belopp, kan jag i och för sig hålla med om. Detta kan dock inte utgöra skäl nog för att helt undanta garantiutfästelser från den avsättningsregel som gäller för andra villkorliga konkursfordringar. Man kan också fråga sig, om det inte hade varit lämpligt att en sådan beräkningsregel upptagits i lagtexten eller åtminstone anvisats i motiven, om nu lagberedningens formulering önskades bli införd som lag?

Lagutskottet angav och avvisade för sin del två metoder för beräkning en garantiutfästelses belopp, nämligen möjligheten att *dels* låta köparen få utdelning beräknad endast på den i priset inbakade garantikostnaden, *dels* låta köparen göra gällande ett belopp motsvarande full skada. Den förstnämnda metoden avvisades därför att garantikostnaden angavs vara svår att särskilja ur totalpriset och därför att en betalningsrätt endast för garantikostnaden skulle vara av ringa värde för garantihavaren. Att låta köparen bevaka full skada ansågs inte heller vara rimligt i ett fall då skadan ännu inte inträffat.[39]

Sistnämnda motivering är inte övertygande. Anta att sannolikheten för garantifallets inträffande i ett visst fall är ungefär "fifty-fifty" och att garantin beloppsmaximerats till säg 10.000 kr. Varför skulle det då vara orimligt att garantihavaren medgavs avsättning för 10.000 kr? Själv har jag i varje fall svårt att se något orimligt i detta. För andra fall kan sägas att ett schablonmässigt bestämt belopp många gånger bör kunna accepteras. Jämför, från ett annat område inom konkursrätten, vad HD säger i NJA 1982 s 900 om tillåtligheten av att använda schabloner vid fastställande av värdet på den egendom, som ska omfattas av företagsinteckning (numera företagshypotek) när ett varulager förädlas under konkurs.[40]

I det danska rättsfallet *UfR 1974.371H* hade säljaren, en glasmästare, lämnat en tioårig garanti som innebar att sålda "termoruder" (värmerutor?) skulle förbli fria

[38] Walin, Materiell konkursrätt s 74. Jfr också det danska rättsfallet UfR 1974.371H som refereras strax nedan. Också Lindskog uttalar sig för ett relativt lågt sannolikhetskrav vid tillämpning av 5:10 KL, se s 167.

[39] LU 1971:22 s 8.

[40] Se ref s 920.

från damm och fuktbildning i mellanrummet mellan glasen.[41] Konkursboet ansågs skyldigt att avsätta ett belopp motsvarande priset för rutorna plus ett 50-procentigt tillägg för prisstegringar. Som skäl anfördes att köparen lagt avgörande vikt vid garantin och att den varit av väsentlig betydelse för rörelsens avsättningsmöjligheter. Utsikterna för att garantin skulle aktualiseras ansågs inte så avlägsna, att en avsättning kunde avvisas.

I detta rättsfall medgavs alltså en konkursborgenär avsättning motsvarande *fullt pris* och dessutom ett belopp för kommande prisstegringar. Härav torde dock ingen bestämd slutsats kunna dras om en eventuell beräkningsregel. I domen sägs nämligen att det i målet inte angetts någon grund, som skulle kunde användas för beräkning av en mindre avsättning än beloppet av de samlade bevakningarna avseende garantin. Av intresse är ändå att avsaknaden av beräkningsgrund ledde till att det yrkade beloppet bifölls avsatt, medan depchefen i Sverige lät avsaknaden av sådan grund gå ut över garantihavaren/borgenären, så att denne över huvud taget inte ansågs ha rätt till avsättning för sitt vid konkursens slut ännu inte definitivt uppkomna felanspråk.[42]

Det senast anförda har alltså gällt frågan om hur avsättningsregeln för villkorliga *konkursfordringar* i 5:10 KL bör tillämpas vid garantiutfästelser. Som sagt bör dessa principer vara användbara även för villkorliga *massafordringar*,[43] och avsättning bör då ske i åtminstone samma utsträckning. Boet bör därför vid inträde i säljarens avtal kunna uppmanas att avsätta medel eller på annat sätt säkerställa köparen för de fel, vars sannolika uppkomst ska komma i beaktande enligt 5:10 KL analogt. Även om inte avsättning etc avkrävts boet vid inträdet, bör konkursförvaltaren vara skyldig att senast vid utdelningsförslagets upprättande självmant göra detta.

Till frågan, om borgenärerna i konkursen kan bli skyldiga att återbetala medel som utdelats och uppburits, därför att en villkorlig massaford-

[41] I den danska motsvarigheten till 5:10 KL, 147 § DKL, nämns inte att avsättning får underlåtas då det saknas anledning att anta att villkoret kommer att uppfyllas. En liknande undantagsregel torde ändå gälla, se Munch s 666 f med angivna motivuttalanden, Gomard s 15, Ørgaard s 219 ff och även SOU 1970:75 s 209 vsp: "Någon skillnad i sak är ej avsedd." Jfr även s 209 not 6.

[42] Ørgaard menar att det av UfR 1974.371H följer, att ett konkursbo inte slutgiltigt kan avvecklas förrän garantitiden för gäldenärens garantiförpliktelser löpt ut. Liksom en minoritet i 1974 års rättsfall skriver han att detta strider mot intresset att inom en rimlig tid nå en slutgiltig avveckling av ett konkursbo. Han framhåller emellertid även att avgörandet helt grundar sig på de särskilda omständigheterna i målet. Någon generell regel anses inte kunna uppställas därav. Tvärtom uttalas stöd för den lösning den svenske depchefen anfört, se Ørgaard s 221 med not 50. Jfr också Munch s 666 som skriver att UfR 1974.371H går mycket långt i riktning mot erkännande av hypotetiska fordringsmöjligheter. Jfr även Hørlyck s 265.

[43] Jfr Welamson, Konkursrätt s 653 som anser att konkursförvaltaren bör reservera medel för massafordringar även om de är *tvistiga*.

ran blivit ovillkorlig efter konkursens avslutande, återkommer jag vid behandlingen av motsvarande garantiförpliktelser vid *entreprenad*.[44]

Beträffande *konsumentköp* kan en bestämmelse i förslaget till ny konsumentköplag här uppmärksammas.[45] I 41 § ges konsumenten rätt att rikta anspråk på grund av fel mot en näringsidkare i tidigare säljled, om säljaren är på obestånd, har upphört med sin näringsverksamhet eller inte kan anträffas. Denna rätt kan dock endast göras gällande i den mån anspråk på grund av felet av konsumentens motpart hade kunnat göras gällande mot näringsidkaren i det tidigare säljledet. Avtal som inskränker rätten att göra felanspråk gällande får dock åberopas mot konsumenten endast om en sådan inskränkning med bindande verkan hade kunnat avtalats mellan konsumenten och säljaren. Paragrafen är alltså tillämplig då fel föreligger. Enligt 14 § i förslaget ska fel vid tidsbestämda garantier anses föreligga redan då varan försämrats i det avseende som utfästelsen omfattar, om det inte görs sannolikt att försämringen beror på något förhållande på köparens sida. Alla tidsbestämda garantier ska således anses utgöra s k funktionsgarantier.[46]

Anta nu att en konsument beställt en vara och att en tidsbestämd garanti avtalats. Säljaren går i konkurs innan varan utgetts. Konkursförvaltaren inträder och levererar varan på avtalade villkor och mot avtalat vederlag. Om boet sedan skulle avvecklas innan garantin aktualiserats och garantitiden löpt ut, kan konsumenten vid ett därefter uppkommande garantifall rikta sitt anspråk mot ett eventuellt tidigare säljled. Förslagets 41 § synes således, om det genomförs, minska de betänkligheter man kan ha mot inträdesrätt i konsumentförhållanden. Alldeles oavsett den föreslagna regeln bör dock det tidigare i texten sagda vara nog för kunna avvisa en särskild undantagsregel vid konsumentköp.

Kortfattat kan omfattningen av säljarens konkursbos rätt att fullgöra säljarens avtal nu *sammanfattningsvis*, i form av ett undantag från den för köparens konkurs förslagna inträdesrättsregeln, formuleras på följande sätt.[47]

> Om en part försätts i konkurs får konkursboet inträda i köpet. Säljarens konkursbo får dock inte inträda i köpet, om säljarens prestation har en sådan individuell karaktär, att det måste anses uteslutet att ett konkursbo övertar fullgörelsen.

Enligt min mening är det bättre att på detta sätt, liksom i Danmark, Norge och Västtyskland, slå fast grundregeln om inträdesrätt i en uttrycklig lagregel även om vissa, inte exakt angivbara undantag härifrån måste göras. Att reglera boets rätt vid säljarens konkurs endast indirekt, på grundval av en allmän regel om hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott, är mindre lämpligt. En sådan ordning kan leda till missuppfattningar och oklarheter som förorsakar rättsförluster särskilt för konkursboet. Dessa problem bör i viss mån kunna undvikas om grundregeln

44 Se kap IV 4.3.3.

45 Se för det följande SOU 1984:25 s 39, 237 ff och 330 ff.

46 Se närmare a a s 32, 133 ff och 279 ff.

47 Jfr 2.2 mot slutet.

om konkursboet rätt att fullgöra gäldenärens avtalsförpliktelser lagfästs. En annan sak är att regeln snarare hör hemma i konkurslagen än i köplagen, men så länge generella konkursrättsliga regler saknas i Sverige, fyller köplagens, idag visserligen endast indirekt angivna inträdes- och säkerställanderegler, en viktig funktion. Som jag sa vid behandlingen av köparens konkurs, är det lämpligt att inträdesrätten skrivs ut på ett mera direkt sätt redan i köplagen. Jag återkommer med ett lagtextförslag som omfattar även säkerställandefrågorna mot slutet av nästa avsnitt.

De lege lata bör nuvarande köplags inträdes- och säkerställanderegler analogt anses uttrycka även säljarens konkursbos rätt att kvarstå vid köpavtalet, i den utsträckning inte annat följer av säljarförpliktelsens särskilt individuella karaktär.

3.2 Analog tillämpning av 39 och 40 §§ KöpL. Det nya köplagsförslagets insolvensregler

I det följande utgår jag ifrån att säljarens konkursbo har rätt att kvarstå vid avtalet med köparen i den utsträckning som beskrevs i det förra avsnittet. Här ska vi nu se hur det närmare utövandet av denna rätt går till, främst enligt en analog tillämpning av reglerna för köparens konkurs i 39 och 40 §§ KöpL. I vad mån återkravsregeln i 41 § KöpL kan få betydelse vid säljarens konkurs återkommer jag till i avsnitt 3.8 nedan.

Liksom vid köparens konkurs saknar reglerna i 39 och 40 §§ KöpL betydelse om endera parten fullgjort sin prestation före konkursen. Om *säljaren utgett varan i köparens besittning men inte uppburit betalningen* då han går i konkurs, har köparen enligt den för svensk rätt grundläggande *traditionsprincipen*[48] en mot säljarens borgenärer skyddad rätt till egendomen, men boet kan givetvis kräva in vederlaget när förfallodagen kommer. Med tradition får här jämställas andra fall där en köpare tillerkänns separationsrätt enligt de sakrättsliga reglerna, exempelvis då lösöreköplagen iakttagits minst trettio dagar före konkursansökningen eller då säljaren märkt virke för köparens räkning enligt lagen (1944:302) om köpares rätt till märkt virke.

Om i stället *köparen betalat men inte fått varan* (och inte heller uppnått sakrättsligt skydd på annat sätt), behöver inte säljarens konkursbo utge egendomen. Konkursförvaltaren får inte heller göra det utan att riskera skadeståndsansvar mot övriga borgenärer enligt 17:1 KL, då ett utgivande skulle innebära en ren förlust för boet och ett åsidosättande av för-

[48] Se härom Hessler s 178 ff och 238 ff, Håstad, Sakrätt s 175 ff, Helander s 304 ff, Rodhe, Sakrätt s 207 ff och – utförligast – Göranson, Traditionsprincipen.

månsrättsordningen. Köparen får i detta läge nöja sig med att häva och bevaka en oprioriterad konkursfordran på återfående av betalningen och på skadestånd.[49] *Har köparen endast delvis betalat i förskott*, kan det dock vara fördelaktigt för boet att leverera varan mot resterande vederlag. Kanske är detta trots allt högre än vad boet kan få ut vid en konkursförsäljning av varan till tredje man.[50]

Har ingendera sidan ännu fått vad den ska ha när säljarens konkurs beslutas, aktualiseras en analogi från 39 och 40 §§ KöpL. Detta innebär följande.[51] Innan någon av prestationerna ska utges medför 40 § KöpL, analogt tillämpad, att köparen får fråga säljarens konkursbo om det vill inträda i avtalet. Svarar boet inte utan oskäligt uppehåll eller ger det negativt besked så kan köparen häva.[52] Kommer ett positivt besked i tid är hävning däremot utesluten. Boet har således en ensidig *rätt* att inträda. Köparen får ju inte häva om han inte först frågat boet. Inträdet medför att köparen får en massafordran på att få varan. Inträdesrätten kan boet givetvis utöva även på eget initiativ.

En analogi från 39 § KöpL betyder att köparen får innehålla ett avtalat förskott på förfallodagen tills boet ställer säkerhet för sin kommande fullgörelse. Köparen får avskära det låsta läge som boets passivitet här kan medföra genom att uppmana boet att "ofördröjligen" ställa säkerhet. Efterkoms inte uppmaningen får köparen häva, 39 § sista punkten analogt. Ur konkursboets synvinkel innebär lagrummet att det kan tvinga sig kvar i avtalet genom att ställa säkerhet. Säkerställelsen medför inte utan vidare att boet *dessutom* blivit massaansvarigt.[53] Köparen kan dock förmodligen först avkräva boet massaansvar enligt 40 § och sedan, då förskottet ska utges, säkerhet enligt 39 §.

Vad gäller då i övrigt? Ja, om avtalet hävs därför att boet inte inträder eller ställer säkerhet, har köparen säkerligen rätt att göra gällande en konkursfordran på skadestånd.[54] Köparen torde även få kvarstå vid av-

[49] Om boet i detta läge *ändå* levererar varan uppkommer frågan, om boet då får anses ha trätt in i avtalet bl a med den följden, att eventuella felanspråk från köparens sida är massafordringar. Se närmare i 3.9.1 nedan.

[50] Då köparen betalat delvis i förskott uppkommer också frågan, om boet kan välja att begränsa sin leveransskyldighet till vad som svarar mot köparens betalning efter konkursutbrottet, dvs om s k partiellt inträde kan ske. Frågan behandlas i 3.5 nedan.

[51] Jfr Almén, rubriken till §§ 39–41 vid not 6 ff, Winroth s 225 ff, Hasselrot, Juridiska skrifter VII s 277 not 2, Ekeberg/Benckert s 104, Hellner, Verkan av insolvens s 251 ff, densamme II s 255 f och 258, Håstad, PM s 5 efter not 13 och s 33 samt densamme i NJH s 86.

[52] För fallet att köparen underlåter att uttryckligen häva köpet, se 2.1 not 8 ovan mutatis mutandis.

[53] Se närmare om förhållandet mellan 39 § och 40 § i 2.1 ovan.

[54] Se t ex Almén, rubriken till §§ 39–41 vid not 8, Håstad, Sakrätt, s 300 och Hellner II s 256. Jfr även Lindskog s 182.

talet å sin sida och betala vederlaget mot en konkursfordran på utfående av varan (jfr 21 § KöpL), låt vara att detta alternativ naturligtvis normalt är värdelöst för honom.[55]

Om köparen häver avtalet sedan boet helt avstått från att inträda eller ställa säkerhet,[56] har boet rätt att återkräva vad köparen kan ha erhållit före konkursen. Köparen behöver dock inte utge vad han fått förrän boet betalar eller säkerställer hans skadeståndsfordran på grund av hävningen. Köparen har alltså *retentionsrätt*, se 57 § 2 st KöpL. Består detta läge får köparen så småningom sälja egendomen, jfr 55 § KöpL. Får han då ut ett högre pris än skadeståndsbeloppet, kan boet kräva in överskottet.[57]

För det fall då *både säljaren och köparen utgett sina prestationer* vid konkursutbrottet, gäller inget speciellt som inte redan följer av allmänna sakrättsliga regler. Om varan är felaktig så får köparen visserligen häva enligt vad som obligationsrättsligt gäller mellan parterna. Men anspråk på grund av felet är bara en vanlig konkursfordran.[58]

Om köparen förmår visa att avtalet är ogiltigt, t ex därför att han blivit svikligen förledd av säljaren, har han vart fall teoretiskt sett ett bättre läge. Avtalets ogiltighet medför nämligen att separationsrätt kan göras gällande.[59] En ytterligare förutsättning är att specialitetsprincipen är uppfylld.[60] Pengarna måste alltså alltifrån mottagandet hållits avskilda av säljaren för att köparen ska kunna separera dem i kraft av ogiltigheten. Denna förutsättning är i praktiken sällan uppfylld, och 1944 års redovisningslag gäller bara pengar som säljaren mottagit med redovisningsskyldighet.

Det hittills sagda torde, i brist på andra explicita regler, utgöra gällande rätt vid säljarens konkurs.

I den kommande *propositionen till ny köplag* regleras i 61 § 1 st både säljarens och köparens befogenheter att "inställa fullgörelsen och hålla inne sin prestation", bl a då motpartens "ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att han inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser".[61] Rimligtvis bör regeln tolkas så, att säljarens konkurs utan vidare ger köparen rätt att innehålla betalningen.[62] Köparen ska i så fall enligt 61 § 3 st genast meddela säljarens

55 För fallet att köparen, utan att innehållanderätt utövats eller förfrågan om inträde eller säkerhet skett, betalar till säljarens konkursbo, se 3.8 nedan.

56 Se för s k *partiellt avstående* nedan i 3.7.

57 Jfr Almén § 57 vid not 131a och vid not 142 f.

58 Jfr t ex Lindskog s 176.

59 Se 2.1 vid not 28.

60 Se om principen Hessler s 37 ff och Håstad, Sakrätt s 137 ff. Jfr även Munch s 369 f.

61 Se närmare ang lagtexten, motiv och hänv i 2.3 och 3.1 ovan.

62 I betänkandets specialmotiv (NU 1984:5 s 340) sägs att säljarens ekonomiska förhållanden ger köparen rätt att innehålla betalningen först då det finns konkreta skäl att anta, att säljaren på grund av sin dåliga ekonomi inte kommer att kunna fullgöra en väsentlig del av sina förpliktelser. Huruvida *säljarens konkurs* i sig utgör grund för innehållanderätt anges inte.

konkursbo att betalningen innehålls. Gör han det inte, och uppkommer därigenom skada för boet, får konkursförvaltaren kräva ersättning. Om konkursboet ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse, måste köparen upphöra med innehållandet och utge betalningen, 61 § 4 st.

Som nämnts omfattar förslagets inträdesregel både köparens och säljarens konkurs. Den kan här åter citeras:[63]

> *63 § 1 st:* Har en part försatts i konkurs och är tiden för fullgörelsen inte inne, får motparten kräva besked huruvida konkursboet vill tillträda köpet. Om boet inte inom skälig tid svarar och ställer godtagbar säkerhet, får köpet hävas.

I avsnitt 3.1 ovan framkom att uttrycket "ställer godtagbar säkerhet" torde innefatta att konkursboet, i de fall då dess förmåga att fullgöra säljarens prestation kan ifrågasättas, är skyldigt att framlägga bevis för att boet i och för sig kan klara av säljarens åtaganden. I det följande utgår jag från att någon tvekan inte råder härvidlag och att boet i och för sig har rätt att fullgöra säljarens förpliktelser i den utsträckning som jag försökte precisera i avsnitt 3.1.

Liksom vid diskussionen om reglernas innebörd vid köparens konkurs, kan vid säljarens konkurs riktas allvarlig kritik mot förslagets 63 § 1 st. Till en början framgår det inte klart om det är köparens, säljarens eller båda parternas fullgörelsetid som avses. Är det båda sidornas fullgörelsetid som avses, vilket kanske får antas, innebär regeln att säljarens konkursbo alltid måste såväl ta på sig massaansvar som ställa säkerhet då köparen frågar om boet vill inträda. Detta gäller oavsett om betalningen ska erläggas i förskott, Zug-um-Zug med varan eller i efterskott och oavsett om det kanske återstår flera månader innan prestationerna ska utväxlas. Vidare måste boet på köparens inträdesfråga självmant, även om inte köparen särskilt krävt det, ställa säkerhet för att inte riskera att gå miste om avtalet. Att inträdesrätten är tvingande till boets förmån anges heller inte, se närmare 3.3 nedan.

På dessa väsentliga punkter ger förslagets 63 § 1 st säljarens konkursbo en sämre rättsställning än vad som följer av 39 och 40 §§ KöpL analogt tillämpad. Den solventa parten – här köparen – gynnas ensidigt på konkursboets (läs: övriga borgenärers) bekostnad. Liksom för köparens konkurs avstyrker jag därför att den föreslagna regeln införs som lag. I stället föreslår jag att följande regler införs i den nya köplagen, i avvaktan på en mera genomgripande konkursrättsligt reform om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs. (I det väsentliga är det endast fråga om en systematisering och modernisering av vad som redan idag anses gälla.)

[63] Detta är lydelsen enligt ett på departementet upprättat förslag daterat 5.2 1987. Det är dock möjligt att det senare hinner göras ändringar i enlighet med vad jag förespråkar i detta avsnitt och avsnitt 2.2 ovan.

Om en part försätts i konkurs får konkursboet inträda i köpet. Säljarens konkursbo får dock inte inträda i köpet, om säljarens prestation har en sådan individuell karaktär, att det måste anses uteslutet att ett konkursbo övertar fullgörelsen.

Motparten får kräva att konkursboet inom skälig tid ger besked om det vill inträda i köpet.

Inträder konkursboet i köpet och är tiden för motpartens fullgörelse inne, får denne kräva att boet genast fullgör motprestationen eller, om anstånd medgetts, utan oskäligt uppehåll ställer godtagbar säkerhet eller på annat sätt visar att det har tillräcklig kapacitet för sin fullgörelse.

Om inte konkursboet inträder och säkrar riktig fullgörelse enligt första, andra och tredje stycket, får motparten häva köpet. Avtalsvillkor som ger motparten en mera långtgående rätt att häva på grund av insolvens är inte bindande för boet, om inte motparten hävt avtalet före konkursen.

Bevisregeln i slutet av tredje stycket kräver en förklaring.

Säljarens konkursbos skyldighet att på anfordran *ställa säkerhet* för ännu icke aktuell, egen fullgörelse kan enligt min mening ifrågasättas. Förutom den allmänna tveksamhet, som vid köparens konkurs uttrycktes angående det berättigade i att ge motparten en allmän rätt att kräva säkerhet av ett konkursbo, då det saknas anledning att befara att massaborgenärerna kommer att bli nödlidande,[64] kan vid säljarens (och annan naturapresterande parts) konkurs diskuteras om regler om ställande av säkerhet fyller något vettigt syfte. Detta gäller såväl säkerhetens funktion att avskära köparens innehållanderätt som dess funktion att förhindra att köparen häver avtalet. Att säkerhet är ställd förbättrar ju inte boets leveransförmåga eller dess förmåga att prestera i tid, vilket ofta är avgörande för köparens intresse av att alls kvarstå vid avtalet. Om köpobjektet utgörs av råvaror eller maskiner som ska ingå i en produktionsprocess som köparen planerar att sätta igång vid en bestämd tidpunkt, är det av ringa tröst för köparen att han kan hålla sig till den ställda säkerheten även om den kanske ger förlusttäckning. Säkerheter för bristande fullgörelse av naturaprestationer är vidare svårbedömda. Den skada som köparen lider på grund av dröjsmål kan vara svår beräkna i förväg, och risken för att en leverans av konkursboet kommer att vara behäftad med ett ekonomiskt svårbestämbart fel ökar i det pressade läge som kan råda strax efter konkursutbrottet.[65]

Även om en ställd säkerhet alltså inte innebär ett fullgott substitut för en naturaprestation, medför den trots allt ett visst skydd för förluster för köparen. Ska säkerheten vara godtagbar innebär den dock en avsevärd belastning för boet. Frågan är då om inte ett liknande skydd för köparen kan åstadkommas utan denna belastning. En bra lösning som förespråkats i Danmark och Norge för entreprenadavtal vid entreprenörens konkurs[66] vore att boet på köparens anfordran tvangs visa att det kommer

64 Se 2.2 och 2.4.

65 Jfr Arnesdotter s 208 efter not 123 och s 225 vid not 182.

66 Se kap IV 3.1 och 3.2.

att vara i stånd att klara av säljarens förpliktelser på ett sätt som inte medför hävningsrätt för köparen. Sådan bevisning kan krävas då berättigade farhågor för boets leveransförmåga eller dess tillverkningskapacitet föreligger. Som framhölls i avsnitt 3.1 ovan torde en liknande ordning vara avsedd att innefattas i uttrycket "ställa säkerhet " i den kommande köplagspropositionens 63 § 1 st.[67] Som sagt är det emellertid olämpligt att i lokutionen "ställa säkerhet" pressa in företeelser som enligt allmänt (även juridiskt) språkbruk inte omfattas av uttryckets betydelseområde. Är avsikten att alternativ till ekonomisk säkerhet (t ex ställande av pant, borgen, bankgaranti, förskottsbetalning etc) ska innefattas (t ex utredning om att fortsatta leveranser kommer att fås från underleverantörer), bör detta därför komma till uttryck i lagen.

Boets bevisning behöver inte gälla massans ekonomi i dess helhet, utan exempelvis hur långt produktionen av en beställd maskin fortskridit eller om leveranser av komponenter till den kommer att fortsätta framöver. En konkret bedömning bör då kunna göras av om leveranstiden kan hållas.[68] Det bör här poängteras, att den föreslagna regeln endast bör få åberopas av köparen då han ska betala i förskott och detta förskott är förfallet till betalning, på samma sätt som enligt säkerhetsregeln i 39 § sista punkten KöpL analogt tillämpad. Huruvida boets ställande av säkerhet ska anses vara tillräckligt för att förmågan att fullgöra i rätt tid visats, får avgöras med hänsyn till vilka typer av insatser som måste till för att leveransåtagandet ska kunna fullgöras kontraktsenligt. Är det i första hand kapitalinsatser som behövs bör en säkerhet för dessa ekonomiska förpliktelser räcka.

Enligt min uppfattning skulle mitt förslag innebära ett betydligt smidigare och mera nyanserat tillgodoseende av köparens skyddsintresse vid säljarens konkurs, än den säkerställelseregel som analogivägen kan fås ut av 39 § KöpL. Att alltid tillåta en kreditpresterande medkontrahent att kräva betryggande säkerhet torde i realiteten ofta hindra boets rätt att kvarstå vid avtalet även i situationer, där detta mycket väl borde kunna äga rum. Eftersom reglerna om konkursbons rätt att fullfölja ömsesidigt ofullgjorda avtal främst syftar till att underlätta konkursförvaltningens arbete med att avveckla gäldenärens rörelse, menar jag att den föreslagna lösningen är mera ändamålsenlig. Den inkräktar inte heller på ett oacceptabelt sätt på köparens intresse av skydd mot boets eventuellt bristande förmåga att uppfylla säljarförpliktelserna. Jämför då även att boets rätt att kvarstå vid säljarens avtal redan i sig är inskränkt vid säljarens konkurs och att den allmänna anteciperingsregeln också gäller under konkurs "ovanpå" de särskilda konkursrättsliga befogenheterna.

67 Jfr NU 1984:5 s 343.

68 Jfr Almén § 21 vid not 3 och Bengtsson, Hävningsrätt s 266 vid not 57.

Jag vill till sist framhålla skillnaden mellan bedömningen av om inträdesrätt alls föreligger (se första stycket i mitt förslag) och den om boet i ett konkret fall har fullgörelsekapacitet enligt ett avtal som ett konkursbo i och för sig bör kunna ta över och fullgöra. De personliga moment som redan som sådana bör göra inträdesrätt utesluten kan inte "botas" genom att boet i olika avseenden visar sin kapacitet enligt "säkringsregeln". För att boets fullgörelse av säljarens avtal redan i sig ("från början") ska anses utesluten, krävs att det redan av avtalets eller säljarprestationen art (eller "anda") följer, att en fullgörelse av någon annan en gäldenären själv inte kommer ifråga. Exempelvis bör ett försäljningsavtal med garantiförpliktelser normalt bedömas enligt säkringsreglerna (tredje stycket i förslaget ovan), inte enligt regeln om inträdesrättens gränser (första stycket andra punkten).

Vid närmare eftertanke kan, liksom vid köparens konkurs, alternativt övervägas, om inte den särskilda regeln om rätt för motparten att vid äventyr av hävning kräva säkerhet av konkursboet helt bör tas bort. Redan genom boets inträdesförklaring får ju motparten en säkerhet i form av en massafordran på motprestationen med i princip bästa rätt i konkursen. Endast om boet självt är eller blir insolvent, och då riskerar att sättas i konkurs, finns det därför någon egenlig anledning att säkerställa motparten ytterligare. I stället för att i konkursparagrafen (63 §) uppta en särskild säkerställanderegel, kan då hänvisas till den allmänna anteciperingsregeln i förslaget (62 §), vilken ju som sagt ändå får antas gälla även mot konkursboet under konkursen.

I konkursparagrafen bör då lämpligen anges, att motparten – här köparen – får häva köpet – förutom i det fall då boet underlåter att inträda – då det står klart att *konkursboet* kommer att begå ett avtalsbrott som ger hävningsrätt enligt 62 §. Boet skulle sedan, liksom en part i allmänhet, kunna avvärja att hävningen får verkan genom att ställa säkerhet. Resultatet blir således att boet endast måset ställa säkerhet (för att få kvarstå vid avtalet) då kontraktsbrott kan anteciperas mot boet som sådant. En hänvisning till 62 § kunde samtidigt tjäna som påminnelse om att säljarens konkursbo inte alltid har inträdesrätt: om gäldenärens/säljarens prestation är så personlig att ett konkursbo över huvud taget inte kan och bör få fullgöra den, står det klart att det kommer att inträffa ett avtalsbrott som ger motparten rätt att häva. Och då kan hävning ske enligt 62 § utan att någon inskränkning av boets inträdesrätt behöver anges i 63 §:s grundläggande inträdesregel.[69]

Det nu sagda skulle kunna innebära att den ovan förespråkade lagtexten kan formuleras så här:

[69] En ytterligare förutsättning torde vara att inte *gäldenären själv* fullgör avtalet.

Om en part försätts i konkurs får konkursboet inträda i köpet. Motparten får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda

Om konkursboet inte inom skälig tid efter motpartens krav förklarar sig inträda får denne häva köpet. Motparten får även häva köpet i den utsträckning som 62 § anger, om avtalsbrott som där nämns kan föregripas mot boet.

Avtalsvillkor som ger motparten en mera långtgående rätt att häva på grund av insolvens eller föregripet avtalsbrott är inte bindande för boet, om inte motparten hävt köpet före konkursen.

Liksom vid köparens konkurs[70] bör slutligen sägas, att man i de danska och norska konkursreglerna samt även de olika nordiska – inklusive det svenska – förslagen till nya köplagar har utmönstrat den modell för konkursboets övertagande av gäldenärens avtal som framgår av 39 § sista punkten KöpL. Något utrymme för en rätt för boet att rädda sig kvar i avtalet genom att ställa säkerhet utan att samtidigt ta på sig massaansvar ges alltså inte. Detsamma gäller enligt de modeller som jag själv nyss skisserat. Någon betydelsefull ändring i förhållande till gällande rätt är det inte fråga om. Redan idag torde säljarens konkursbo som sagt först, innan förskott ska utges, få kräva inträde av boet enligt 40 § KöpL analogt och sedan, på förfallodagen (om inte varan samtidigt tillhandahålls), säkerhet enligt 39 § sista punkten KöpL analogt. Regelsystemet blir betydligt enklare och konsekventare om konkursboets fortsättande av köpavtal under konkurs som utgångspunkt alltid ger medkontrahenten en massafordran på motprestationen. Sedan kan eventuella säkerställanderegler uppställas därutöver. Det är väl f ö inte omöjligt att köplagens regler redan bygger på en sådan grundsystematik.

I de följande avsnitten kommer jag inte heller att hela tiden särskilt nämna den "fristående" säkerhetsmodell som 39 § sista punkten KöpL innefattar. I stället benämns konkursboets kvarstående (och boets rätt att kvarstå) vid säljarens avtal genomgående *inträde* (resp inträdesrätt). Med detta menas att boet åtar sig massaansvar (resp utnyttjar en rätt att kvarstå vid köpet genom att åta sig massaansvar) för säljarens förpliktelser, även i de fall då boet *dessutom* måste ställa säkerhet. Om något annat inte anges är dock det som sägs om inträde och inträdesrätt relevant även för den "fristående" säkerhetsmodellen.

3.3 Om reglernas tvingande karaktär

Vid behandlingen av *köparens* konkurs ovan framhölls, att reglerna om konkursboets valrätt mellan att inträda i gäldenärens avtal och att avstå därifrån i allt väsentligt är tvingande till konkursboets förmån.[71] Denna

[70] Se allra sist i 2.2.

[71] Se 2.3.

rätt kan således inte berövas boet genom ett avtal mellan köparen och säljaren före konkursen. Även avtalsklausuler, som visserligen inte helt betar boet rätten att inträda eller att avstå men som ändå ställer boet i ett *sämre* läge än vad som annars skulle ha gällt, är i vart fall som huvudregel ogiltiga mot boet. Också reglerna om innehållanderätt och passiv stoppningsrätt i 39 § KöpL torde vara tvingande till boets förmån i den meningen, att avtalade dylika rätter, som medger säljaren längre gående befogenheter än dem lagen ger honom, inte kan åberopas mot boet.

När det gäller *säljarens konkursbos tvingande rättigheter*, kan generellt hänvisas till vad som sas under köparens konkurs. Både rätten att inträda och rätten att, utan att belastas av massaskulder, avstå från att fullfölja säljarens avtal bör alltså anses tvingande till säljarens konkursbos förmån. Detsamma kan mutatis mutandis sägas för anslutande reglers vidkommande, t ex vad gäller ett avtalat skadestånd vid hävning på grund av konkurs som ger högre ersättning till köparen än den faktiska skadan beräknad intill det positiva intresset. Detsamma gäller för en klausul, som ger köparen rätt att av säljarens konkursbo kräva säkerhet i en utsträckning som väsentligt försvårar boets möjligheter att inträda i förhållande till vad annars skulle ha gällt enligt 39 § KöpL analogt.

Som vi sett i avsnitt 3.1 är emellertid den grundläggande rätten för boet att få överta fullgörelsen av gäldenärens avtalsförpliktelser inte så kategorisk vid säljarens konkurs som vid köparens. I vissa fall, framför allt då säljarens prestation förutsätter en väsentligen personlig insats av gäldenärens/säljaren själv, är boets fullgörelse således utesluten. Denna inskränknings räckvidd är inte möjlig att skarpt avgränsa genom en detaljerad inträdesrättsregel.

När nu ett avtal om hävningsrätt för köparen vid konkurs hos säljaren ska bedömas, bör ändå – trots inträdesrättens i viss mån oklara räckvidd – först fastslås, att *avtalet som sådant inte är avgörande* för frågan om inträdesrätt ska medges eller inte i det konkreta fallet. Att som i tysk rätt blanda samman frågan om den grundläggande inträdesrättsregelns *tillämpningsområde* med spörsmålet om *giltigheten av en hävningsklausul som sådan*, torde lätt leda till oklarheter och missförstånd. Visserligen kan man uttrycka det hela på så sätt, att ett avtal om hävningsrätt vid säljarens konkurs är giltigt mot boet *i den mån inträdesrätt inte föreligger* enligt den konkursrättsliga regeln, dvs då en hävningsrätt för köparen är motiverad med hänsyn till sådana omständigheter, som enligt vad som sas i avsnitt 3.1 bör medföra att avtalets fullföljande med ett konkursbo måste anses uteslutet. Det bör emellertid då samtidigt påpekas, att denna köparens rätt att häva funnits även om inte någon hävningsklausul avtalats. Klausulen saknar m a o självständig betydelse. Den avtalspart som inte sett till att förbehålla sig hävningsrätt vid motpartens konkurs,

bör således inte vara sämre ställd än den avtalspart vars avtal innehåller en sådan bestämmelse. Detta bör utgöra den teoretiska grundvalen i frågan om inträdesrättens tvingande karaktär.

Eftersom frågan om säljarens konkursbo verkligen har rätt att inträda ibland kan vara svårbedömd, får dock parternas avtal om hävning (eller andra för boet försämrande villkor) ändå en viss, indirekt betydelse som *tolkningsdatum*. Att hävningsrätt betingats i avtalet *kan* nämligen tyda på att avgörande vikt lagts vid att just gäldenären och ingen annan utför säljarprestationen. Detsamma kan sägas om ett avtalat överlåtelseförbud. Förbudet kan vara uppställt för att på ett i och för sig berättigat sätt förhindra att någon utomstående, vars egenskaper är okända, övertar gäldenärens personliga förpliktelser. Att en avtalad hävnings- eller uppsägningsrätt, liksom ett överlåtelseförbud, på detta sätt kan få *betydelse som bevisfakta* för att säljarförpliktelserna verkligen är av den art, att de *inte* genom ett ensidigt beslut av en konkursförvaltare bör få övertas av ett konkursbo, är uppenbart.[72]

Därmed inte sagt att sådana avtalsklausuler *ska* beaktas vid bedömningen av om inträdesrätt föreligger. I många fall tas klausuler om hävningsrätt vid konkurs in rutinmässigt i kontrakten. Som vi ska se i de följande kapitlen finns också ofta ovillkorlig hävningsrätt vid konkurs stadgad då det är en rent penningpresterande part konkursen gäller och då det bör vara ställt utom allt tvivel att inträdesrätt för dennes konkursbo föreligger. I sådana fall kan hävningsklasulen inte tilläggas ens bevisverkan. Först då klausulen införts av skäl motsvarande dem, som enligt tvingande rätt motiverar inskränkningar i inträdesrättsregelns räckvidd, bör klausulen tillmätas något intresse. Man bör här beakta att det inte innebär några som helst uppoffringar för de ursprungliga parterna att ömsesidigt, via upphörande-, hävnings- eller uppsägningsklausuler, skydda sig mot den risk som motpartens konkurs trots allt utgör. Parterna har, vilket särskilt framhållits i de norska lagmotiven, typiskt sett inget intresse av att skydda sina egna framtida konkursbon.[73] Vad parterna avtalat för en konkurssituation bör därför inte utan vidare inverka på bedömningen av om inträdesrätt föreligger . Detta bör gälla oavsett om avtalet utgör ett kvalificerat s k "agreed document". Det relevanta i sammanhanget är att inte *konkursboet* medverkat vid avtalets tillkomst, sedan får avtalet i övrigt ha tillkommit på ett hur kvalificerat sätt som helst.

Vad som som nu sagts om hävningsrätt på grund av *konkurs* gäller även hävningsgrunden *insolvens*. Som framhölls vid behandlingen av köparens konkurs är ett avtal som ger den solventa parten vidare rätt att

[72] Liknande uppfattningar: Vagner i UfR 1984 B s 420 hsp och Håstad, Sakrätt s 307 överst.

[73] Se NOU 1972:20 s 310 f och Ot prp nr 50(1980–81) s 180.

häva än vad som följer av 39 § KöpL – här analogt – visserligen fullt verksamt gentemot den insolventa parten själv. Men om inte hävning skett innan konkurs beslutas har konkursboet en rätt att tvinga sig kvar i avtalet enligt reglerna i 40 § och 39 § sista punkten KöpL.[74]

Med risk för att vara övertydlig vill jag till sist understryka, att ett före konkursen slutet avtal, som inskränker eller helt berövar säljarens konkursbo dess inträdesrätt, saknar materiell betydelse för bedömningen av om inträdesrätt föreligger eller inte enligt den konkursrättsliga regeln.[75] För närmare ledning om den tvingande inträdesrättsregelns *tillämpningsområde* hänvisas till avsnitt 3.1 ovan.

3.4 Får köparen häva på grund av säljarens kontraktsbrott före konkursen?

I avsnitt 2.5 utreddes under motsvarande rubrik vad som vid *köparens* konkurs gäller, då köparen före sin konkurs gjort sig skyldig till ett *betalningsdröjsmål* som gav säljaren rätt att häva. För det fall hävningsrätten inte utövats då konkursen inträffar gällde frågan, *om hävning får ske gentemot boet utan att boet först getts en chans att inträda* och "rädda" avtalet för egen del?

I *dansk och tysk rätt* fann vi att säljaren utan nämnvärda inskränkningar kan häva också mot boet i konkursen, oavsett om boet är berett att inträda och fullgöra det fördröjda.[76] Motsatsen gäller däremot i *Norge*.[77] Där kan säljaren inte häva mot boet på grund av köparens egna betalningsdröjsmål. Detta sägs uttryckligen i motiven till regeln i § 7–7 st 1 p 2 LFD där det stadgas, att en medkontrahent endast kan utnyttja en före konkursen uppkommen hävningsrätt mot boet, *om det kontraktsbrott hävningen grundar sig på inte står i ett direkt sammanhang med insolvensen*. Betalningsdröjsmål är ett typexempel på ett kontraktsbrott som har detta direkta samband med insolvensen. Har inte säljaren sett till att häva avtalet före konkursen, är rätten att häva på grund av betalningsdröjsmålet därför avskuren när konkursen är ett faktum.

För *svensk rätt* framhölls att säljarens rätt att häva på grund av *anticiperat* dröjsmål med betalningen inte utan vidare kan åberopas som hävningsgrund sedan konkurs beslutats och boet inträder i gäldenärens/kö-

74 Jfr 2.3 och 2.5.5 ovan.

75 Detsamma gäller för *rätten att avstå* från att fullfölja säljarens avtal, men detta följer ju redan av den grundläggande sakrättsliga regeln om tradition för skydd mot överlåtarens borgenärer.

76 Se 2.5.2 och 2.5.4.

77 Se 2.5.3.

parens ställe. Har ett hävningsgrundande dröjsmål med betalningen *redan uppkommit* före konkursen är rättsläget måhända det motsatta. Jag menade dock att det de lege lata finns goda skäl för att tillämpa samma regel som i Norge. En sådan ordning rekommenderades i vart fall införd de lege ferenda.[78]

Detta om köparens konkurs. För *säljarens* konkurs ska nu diskuteras, dels om köparens före konkursen uppkomna hävningsrätt på grund av *försenad eller utebliven leverans* kan åberopas också mot säljarens konkursbo, dels om en *felaktig leverans* före konkursen kan åberopas mot boet som grund för att häva avtalet för eventuellt återstående leveransers del.

I *Danmark* och *Västtyskland* gäller här i princip detsamma som vid köparens konkurs. Om köparen hade en obligationsrättsligt giltig rätt att häva köpet före konkursen, kan denna utan särskilda inskränkningar också brukas under konkursen.[79] I *Norge* är den särskilda regeln i § 7–7 st 1 p 2 LFD tillämplig. Anses leveransförseningen eller felet stå i ett direkt sammanhang med den insolvens som lett till konkurs, har boets inträdesrätt företräde framför köparens rätt att häva. I motsatt fall kan hävning ske utan inskränkningar. De norska motiven ger nu klara direktiv för lagrummets tillämpning på hävningsgrunden *fel*. Detta kontraktsbrott sägs vara en hävningsanledning som (normalt sett?) inte står i ett direkt sammanhang med insolvensen. Felet *kan* alltså åberopas som hävningsgrund mot boet.[80]

Några uttalanden om *leveransförsening* ges däremot inte i motiven. Huruvida denna hävningsgrund normalt bör anses utgöra en direkt följd av insolvensen eller inte synes lagskrivarna inte generellt vågat uttala sig om. Det torde vara avhängigt av en förutsättningslös tillämpning av § 7–7 st 1 p 2 LFD, om en på leveransförseningen grundad hävningsrätt kan utövas även sedan konkurs utbrutit hos säljaren. Anses dröjsmålet – med hänsyn till de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet – ha ett direkt samband med insolvens torde hävning alltså inte kunna ske. Saknas ett sådant ekonomiskt samband får köparen häva enligt vanliga regler. En viss ledning för bedömningen ges i det norska betänkandet då det sägs, att ett kontraktsbrott står i ett direkt sammanhang med insolvensen främst då det föranletts av den akuta likviditetskrisen före öppningen av "bobehandlingen".[81] Sandvik har allmänt menat att regeln i § 7–7 st 1 p 2

78 2.5.5 och 2.5.6.

79 Se särskilt ang *fel* Munch s 367, Jaeger/Henckel s 521 (jfr 486 och 105 f), Henckel, Sachmängelhaftung s 371 och 374, Jaeger/Lent s 271 f samt Kuhn/Uhlenbruck s 437. Ang *dröjsmål* hänvisas till 2.5.2 (Danmark) och 2.5.4 (Västtyskland).

80 NOU 1972:20 s 319 hsp och Ot prp nr 50(1980–81) s 187.

81 NOU 1972:20 s 320.

LFD nog kan erbjuda intressanta tolknings- och bevisproblem. "Men den innebærer altså at medkontrahenten kan nekte boet å tre inn dersom han godtgjør at debitor var solvent på det tidspunkt han misligholdt sin yteplikt."[82] Detta är väl i och för sig riktigt, men medkontrahentens hävningsrätt är inte förlorad *redan* då han inte förmår visa att gäldenären var solvent då kontraktsbrottet begicks. Det kan ju förhålla sig så att gäldenären visserligen var insolvent men att detta inte påverkade uppkomsten av kontraktsbrottet. Och även om detta samband kan visas, återstår att avgöra om insolvensen stod i ett det *direkt*a sammanhang med kontraktsbrottet som § 7–7 st 1 p 2 LFD kräver.

Vad gäller då i Sverige? Varken lag eller rättspraxis ger något uttryckligt besked härom. Måhända för man då anta att köparen får häva i samma utsträckning som utom konkurs.[83] De skäl som anfördes *för* att boets inträdesrätt skulle ges företräde framför hävning grundad på betalningsdröjsmål vid köparens konkurs är endast delvis relevanta då kontraktsbrottet gäller en naturaprestation. Det torde därför vara väl djärvt att de lege lata hävda att också *säljarens* konkursbos inträdesrätt avskär hävningsrätt som uppkommit före konkurs.

De lege ferenda kan dock en regel liknande den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD övervägas. Som sas i avsnitt 2.5.6 ovan och som framgått av det norska materialet, är det emellertid vanskligt att säga något generellt om insolvensens inverkan på förmåga att fullgöra naturaprestationer. Kanske kan man som i Norge hävda att *fel* typiskt sett inte har ett direkt samband med dålig ekonomi, men de särskilda omständigheterna kring kontraktsbrottet i det enskilda fallet blir antagligen ofta avgörande för en sådan bedömning. Som också sagts kan en av insolven orsakad desorganisation av gäldenärens rörelse medföra att leveransförsening och fel uppkommer, men inte heller detta utgör någon mera allmän sanning. Vid *leveransförsening* torde osäkerheten i bedömningen bli särskilt stor. Ibland kan insolvens omöjliggöra leverans eller tillverkning i nästan samma utsträckning som den hindrar betalning, medan leveransförsening etc i andra fall närmast är att jämföra med ett fel som skulle uppstått oavsett insolvens. Huruvida säljarens kontraksbrott rubriceras fel eller dröjsmål kan redan det vara en svårbedömd fråga, jfr 50 § KöpL.

Den norska regeln i § 7–7 st 1 p 2 LFD menar jag trots allt vara en väl avvägd lösning mellan köparens intresse att snabbt komma ifrån ett osäkert rättsförhållande och säljarens bos – borgenärskollektivets – intresse av att rädda de värden som ligger i gäldenärens oavvecklade kontrakt. De gränsdragnings-, bevis- och förutsebarhetsproblem som kan tänkas

[82] Sandvik, Materiell konkursrett s 91.

[83] Så förmodligen Almén, rubriken till §§ 39–41 not 5a mot slutet, densamme i TfR 1919 s 275 och Hellner, Verkan av insolvens s 252 vid och i not 70.

uppkomma måste som alltid vägas mot den nödvändiga graden av flexibilitet i tillämpningen. Att knyta boets företräde framför den solvente partens hävningsrätt till de fall, där kontraktsbrottet före konkursen orsakats av gäldenärens ekonomiska svårigheter, synes principiellt riktigt. Regeln torde grundas på antagandet, att boets inträde i gäldenärens ställe som regel undanröjer risken för att ännu inte fullgjorda prestationer kommer att vara fördröjda eller felaktiga på samma grund – obeståndet – som gäldenärens kontraktsbrott. Boet presumeras alltså till skillnad från gäldenären vara solvent vid konkursutbrottet. Någon grund för medkontrahenten att avvisa fortsatta prestationer från den konkursdrabbade sidan finns då inte längre. Om gäldenärens kontraktsbrott däremot berodde på omständigheter utan samband med insolvensen, medför inte boets inträde på scenen någon förändring av de överväganden som kunde göras före konkursen. Och att medkontrahenten får häva i samma utsträckning som han kan göra det utom konkurs ter sig då följdriktigt.

Anta exempelvis att säljarens *leveransdröjsmål* före konkursen berodde på att han inte kunde uppbringa medel för betalning av inköp eller arbetslöner för en egen tillverkning. Eller anta att underleverantörerna stoppat vidare leveranser på grund av farhågor för gäldenärens betalningsförmåga och svårigheter förelegat för gäldenären att få fram de säkerheter eller garantier som leverantörerna krävt som villkor för fortsatta leveranser. I dessa fall innebär boets uppdykande en scenförändring, som normalt undanröjer anledningen till gäldenärens leveranssvårigheter.

Anta i stället att leveranserna av råvaror och halvfabrikat till gäldenärens tillverkning försenats eller uteblivit på grund en transportörs eller en underleverantörs försummelser eller att en influensaepedemi grasserat bland gäldenärsföretagets anställda och medfört en onormalt hög sjukfrånvaro, vilken i sin tur lett till ett lägre kapacitetsutnyttjande. Att gäldenären här ersatts av ett konkursbo gör varken från eller till. I lika liten eller stor utsträckning som köparna av gäldenärsföretagets produkter kunnat häva före konkursen, bör de därför kunna häva i densamma.

Vid *fel* får köparsidan på samma sätt försöka visa, att felet inte hade sitt upphov i säljarens bekymmersamma ekonomiska läge, utan tvärtom grundades på härav oberoende faktorer, t ex att varor från ett tidigare säljled eller en tillverkare under en tid allmänt varit av dålig kvalitet.

Som kanske framskymtat i det föregående är betydelsen av frågan, om förhållandet mellan köparens före konkursen uppkomna hävningsrätt och boets inträdesrätt, i hög grad beroende av *hur stor del av avtalet som köparens hävningsrätt omfattar enligt de obligationsrättsliga reglerna*. När det gäller ett avtal med *leverans i ett sammanhang*, och där säljaren fullgjort sin prestation *för sent eller felaktigt*, så har denna aspekt visserligen

ingen större betydelse: är bara kontraktsbrottet väsentligt kan hela köpet hävas. Någon egentlig konflikt med boets inträdesrätt uppkommer inte, då boets krav på betalning för den visserligen icke kontraktsenliga men i alla fall redan före konkursen utgivna leveransen har karaktären av ensidig indrivning.

Har säljarens engångsprestation inte "bara" levererats för sent eller felaktigt utan *helt uteblivit* före konkursen, blir det däremot fråga om en ren konflikt mellan köparens hävningsrätt och boets inträdesrätt. En regel som den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD blir då direkt avgörande för frågan om hävningsrätten eller inträdesrätten ska ha företräde.

Om avtalet gäller *successiva leveranser* och en leverans är fördröjd eller felaktig före konkursen, innebär en bevarad hävningsrätt för köparen inget större avbräck för säljarens konkursbo, om – men också endast om – hävningsrätten på grund av detta kontraktsbrott bara omfattar den leverans som kontraktsbrottet direkt hänför sig till. Boet kan då ändå fullgöra *de resterande* leveranserna mot uppbärande av det häremot svarande vederlaget.

Hävningsrättens omfattning rent obligationsrättsligt vid successiv leverans, då en redan förfallen eller utgiven post visar sig vara fördröjd eller felaktig, bestäms – om dispositiv rätt ska tillämpas – av de för dröjsmål och fel identiskt utformade reglerna i 22 resp 46 §§ KöpL. Huvudregeln är att hävningsrätten endast omfattar den post som felet eller dröjsmålet avser. Kan det skäligen befaras att även framtida poster kommer att vara fördröjda eller felaktiga, får dock köparen häva hela avtalet, se andra punkten i de båda lagrummen. Även om sådana farhågor inte är berättigade kan köparen också häva helheten om han på grund av sammanhanget mellan posterna skulle lida skada ("förfång") av en endast partiell hävning.

Jag utgår nu i det närmast följande ifrån att *förfångsregeln inte åberopas av köparen* och riktar i stället uppmärksamheten mot den särskilda *anteciperingsregeln* i paragrafernas andra punkt. Anta att orsaken till en *felaktig delleverans* var att komponenter från en underleverantör visade sig vara undermåliga och att likadana komponenter ingår i de kommande leveranser som ligger klara för avlämnande hos säljaren. Köparen har då rätt att häva *hela* köpet enligt 46 § 2 p KöpL: även de resterande leveranserna kan skäligen befaras vara felaktiga. Konflikten med konkursboets typintresse av att kunna inträda för avtalets resterande delar ställs då på sin spets. Den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD löser denna konflikt. Hävning (av hela avtalet) kan ske också i konkursen, då felet inte har något direkt sammanhang med insolvensen. Ändras exemplet så att kontraktsbrottet gäller ett dröjsmål med en delleverans före konkursen, orsakad av gäldenärens svårigheter att få fram medel till de löpande utgift-

erna för varans tillverkning, så hade hävning beroende på omständigheterna kunnat ske enligt 22 § 2 p KöpL *före* konkursen. Bedömningen av risken för upprepade dröjsmål ska emellertid göras på grundval av *situationen då hävningsförklaringen ges*.[84] Och har inte hävning skett före konkursen måste dröjsmål således anteciperas även för boets egen del. Eftersom boet till skillnad från gäldenären vid konkursutbrottet definitionsmässigt är solvent för sina skulder, kan inte gärna upprepade hävningsgrundande dröjsmål skäligen befaras förrän boet först tillfrågats om det vill inträda. Och inträder boet därför att förvaltaren anser att avtalet är gynnsamt att fullfölja, torde boet ofta kunna forcera tillverkningen om bara lönegarantimedel nog snabbt kan rekvireras från LSt. Köparen bör alltså inte utan vidare få häva för de framtida posterna utan endast för den redan fördröjda posten. Någon egentlig konflikt med boets inträdesrätt för återstående delar av avtalet uppkommer då inte. Inte heller enligt den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD kan köparen häva för framtida poster i detta fall, då ju kontraktsbrottet står i ett direkt sammanhang med insolvensen.

Det bör då kunna konstateras att den nya norska konkursrättsliga regeln i § 7–7 st 1 p 2 LFD vid avtal om successiv leverans leder till samma resultat som då den särskilda anteciperingsregeln i 22 § 2 p och 46 § 2 p KöpL tillämpas. I denna del finns således inget behov av den konkursrättsliga regeln. Man bör dock hålla i minnet att § 7–7 st 1 p 2 LFD är *tvingande* till boets förmån, medan köplagens regler om hävning vid successiv leverans ju alltid kan avtalas bort före konkursen.

Hur blir då läget *om köparen med rätt åberopar förfångsregeln* i 22 § 3 p och 46 § 3 p KöpL och därmed har rätt till totalhävning obligationsrättsligt, även om inte förnyade kontraktsbrott kan befaras? Här får tydligen en regel som den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD självständig betydelse. Boets möjligheter att inträda mot köparens vilja att häva hela köpet beror då på om kontraktsbrottet anses ha ett direkt samband med insolvensen eller inte. Bedöms ett sådant samband föreligga kan boet teoretiskt sett inträda, annars inte. Reglerna om *partiellt inträde* avgör sedan vad boet s a s *för sin del* måste acceptera att prestera till säljaren på massaplanet i form av förseningsvite, avhjälpande av fel eller felfri delleverans. Reglerna om partiellt inträde blir då i realiteten helt avgörande för avtalets fortsatta öde. Redan här kan då sägas, att partiellt inträde vid säljarens konkurs bör tillåtas i samma utsträckning som köparen får tåla att häva endast partiellt enligt regeln i 22 § 3 p och 46 § 3 p KöpL. Har köparen således rätt till totalhävning av ett avtal om successiv leverans enligt dessa köplagens bestämmelser, måste boet – även om dess inträdesrätt i och för sig "går före" köparens rätt häva på grund av gäldenärens/ sälja-

[84] Se Almén § 22 efter not 13 och Christensen s 191.

rens kontraktsbrott – vid ett inträde svara för gäldenärens försummelser fullt ut. Jag återkommer närmare i nästa avsnitt (3.5) om förhållandet till reglerna om partiellt inträde.

Sammanfattning. Enligt svensk rätt torde säljarens konkursbo inte kunna göra gällande någon särskild rätt att inträda i ett köp enligt vilket säljaren före konkursen gjort sig skyldig till ett hävningsgrundande kontraktsbrott. De lege ferenda kan dock den särskilda regel som finns i norsk rätt övervägas. Enligt denna har en medkontrahent – här köparen – rätt att häva avtalet på grund av gäldenärens – säljarens – kontraktsbrott också mot boet, om och endast om kontraktsbrottet inte stod i ett direkt sammanhang med insolvensen. Riktlinjer har dragits upp för en motsvarande svensk regels tillämpning vid hävningsgrunderna fel och leveransförsening. Avslutningsvis gjordes ett försök att visa vilka resultat en regel som den norska ger, då den sammanställs med vanliga obligationsrättsliga hävningsregler, särskilt de som gäller när successiv leverans avtalats. För att få en fullständig bild av läget måste det hela emellertid också sammanställas med de eventuella reglerna om s k partiell inträdesrätt för konkursboet.

3.5 Har boet partiell inträdesrätt?

3.5.1 Vad innebär ett partiellt inträde vid säljarens konkurs?

Frågan om partiellt inträde uppkommer vid säljarens konkurs i första hand i det läge *då köparen före konkursen utgett en del av betalningen i förskott.* Problemet är om säljaren konkursbo då har rätt att inträda med verkan endast från konkursutbrottet och om boet därmed endast behöver leverera vad som svarar mot den betalning som köparen ännu inte erlagt när konkursen inträffar.

Tillåts partiell inträdesrätt bör köparen i princip inte heller få avräkna boets leveranser på varufordringar som han kan ha mot säljaren på grund av ett före konkursen utgivet förskott.

Till problemområdet partiellt inträde bör också föras frågan, om konkursboet vid inträdet ådrar sig ansvar för fel och dröjsmål hänförliga till delleveranser som säljaren fullgjort före konkursen. I dessa fall är situationen således den, att *säljaren utgett sin prestation eller presterat mer än vad köparen gjort då konkursen inträffar.* Hade köparen redan före konkursen *rätt att häva* på grund av felet eller dröjsmålet, måste problemet ses i samband med vad som i föregående avsnitt sas om förhål-

landet mellan boets inträdesrätt i allmänhet och köparens rätt att häva på grund av säljarens kontraksbrott. Även om boets inträdesrätt antas "gå före" köparens före konkursen uppkomna hävningsrätt, återstår alltså att avgöra vad boet *för egen del* måste prestera när det inträder. En partiell inträdesrätt bör då innebära att boet inte blir massaansvarigt för de kontraktsbrottspåföljder som säljaren dragit på sig före konkursen. Köparens krav på exempelvis avhjälpande av fel i en utgiven delleverans, på ersättning för eget berättigat avhjälpande, på felfri delleverans eller på leveransförseningsvite behöver boet i så fall inte fullgöra på massaplanet. Dessa köparens anspråk omvandlas i stället till oprioriterade penningfordringar i konkursen.

Även *omfattningen av köparens hävningsrätt* för delleveranser som var fördröjda eller felaktiga före konkursen bör följa samma principer. Medges partiell inträdesrätt bör boet i princip inte svara för den del av avtalet som kontraktsbrottet gäller. Och boet kan då inte å sin sida kräva in eventuell ogulden betalning för den delleverans som kontraktsbrottet avser, utan köparen kan i den delen häva och bevaka sina ersättningsanspråk som konkursfordringar. Dessa konkursfordringar bör köparen *inte* ha rätt att kvitta mot de vederlagskrav som boet sedermera får när resterande delar av avtalet fullföljs på massaplanet: en konkursfordran kan i princip inte kvittas mot en fordran som boet genom valet att inträda skaffat sig efter konkursutbrottet.

Innebörden av ett partiellt inträde som det nu skisserats gäller i första hand då boet *uttryckligen* förklarar sig inträda i avtalet. Huruvida rättsföljderna i alla delar bör vara desamma vid de olika former av *konkludenta* inträden som kan tänkas förekomma, lämnar jag tills vidare öppet. Se härom i avsnitten 3.8 och 3.9.

3.5.2 När föreligger partiell inträdesrätt?

Eftersom säljaren ska utge en naturaprestation som till skillnad från pengar inte alltid kan delas upp fysiskt, kan till en början ingen generell regel om partiell inträdesrätt uppställas. Frågan om partiell inträdesrätt ska medges eller inte blir således mera svårbedömd än vid köparens konkurs.

Ser vi till de i den här boken studerade utländska rättsordningarna blir bilden skiftande. I *tysk lag* ges inga särskilda lagregler om partiellt inträde. Inte heller i rättspraxis eller doktrin torde detta erkännas. Liksom vid köparens konkurs har boet endast att välja mellan att inträda fullt ut och att avstå från att inträda.[85] I *Danmark* ger 56 § 2 st DKL

[85] Se 2.6.4.

konkursbon partiell inträdesrätt vid avtal om en löpande prestation till gäldenären. Huruvida ett sådant inträde tillåts i andra fall är oklart. Vad som sas om dansk doktrin under köparens konkurs gäller i stort också för säljarens.[86] Ørgaard menar således att boet som huvudregel måste inträda fullt ut men att partiellt inträde bör tillåtas vid avtal med successiv leverans. Vid säljarens konkurs anses dock undantag gälla då de enskilda leveranserna "i særlig grad hænger sammen".[87]

Munch skriver på liknande sätt att helt inträde måste ske då avtalet gäller en sammanhängande prestation, t ex successiva leveranser av enskilda maskindelar till en samlad anläggning. En producents bo sägs vidare vara skyldig att som massafordran betala för skador som beror på gäldenärens verksamhet före konkursen. I rättsfallet *UfR 1955.1009H* blev ett dödsbo massaansvarigt även för skadeståndskrav på grund av bristande rensning av tomater före dödsfallet, då det fortsatt den väsentligaste delen av bearbetningen av ett parti tomater till puré. Partiellt inträde medgavs inte. När det däremot gäller ett avtal om leverans av en viss mängd varor i poster, där det inte finns något särskilt samband mellan de enskilda posterna, anser Munch varje post i allmänhet bör behandlas för sig. Hänvisning görs därvid till 22, 29 och 46 §§ KöpL.[88]

Gomard påpekar att bearbetningsavtalet i UfR 1955.1009H inte föll under köplagen och att reglerna i 22, 29 och 46 §§ KöpL om hävning vid successiv leverans också gäller för det fall en av avtalsparterna går i konkurs. Inträdesfrågan kan då avgöras för varje post för sig. Gomard framhåller också att boet i 1955 års rättsfall inte ansågs ha inträtt avseende ett parti som hade bearbetats men inte levererats före den kritiska tidpunkten men att inträde ansågs ha skett för ett parti som bearbetats av boet därefter.[89]

I *Norge* föreskrivs i § 7–4 st 2 LFD att om avtalet vid konkursutbrottet är delvis fullgjort, kan boet kräva att få träda in bara för den ofullgjorda delens vidkommande. Detta gäller dock inte *om den solventa partens eller gäldenärens prestation enligt avtalet är odelbar eller på grund av sammanhanget mellan de enskilda delarna bör behandlas som en enhet.*[90] Även här kan allmänt hänvisas till vad som sas under köparens konkurs.[91] Regeln är tillämplig oavsett om det är köparen eller säljaren som presterat partiellt före konkursen. Enligt motiven är regeln också direkt avgörande för

86 Se 2.6.2.

87 Ørgaard s 96.

88 Munch s 361.

89 Gomard s 44 med not 51. Jfr Lindskog s 180.

90 Se till det följande NOU 1972:20 s 314 f, Ot prp nr 50(1980–81) s 184 hsp och Brækhus s 174 f. Jfr även Krüger s 74 ff och Sandvik, Materiell konkursrett s 90 f.

91 2.6.3.

frågan om boets ansvar för kontraktsbrott hänförliga till delprestationer som gäldenären fullgjort. Tillåts partiellt inträde svarar boet således bara för kontraktsbrott avseende delprestationer som boet självt fullgör eller orsakar. Måste helt inträde ske svarar boet däremot även för gäldenärens kontraktsbrott.[92] Med en odelbar prestation synes främst avses *fysisk* odelbarhet, medan enhetsregeln i bestämmelsens sista led ger utrymme också för andra överväganden, i första hand s k "oppgjørstekniske hensyn".[93] Partiellt inträde kan då bara ske om avtalet gäller flera enskilda prestationer som inte inbördes hänger samman. Särskilt vid leveransavtal enligt 3 § 1 st och 2 st KöpL anses partiellt inträde tillåtet, t ex då köpet gäller en viss mängd olja eller timmer. Till ledning för enhetsregeln hänvisar det norska betänkandet till praxis och doktrin för förfångsregeln i 22 och 46 §§ KöpL in fine.[94]

I *svensk doktrin* har Håstad uttalat sig för en delbarhetsregel liknande den norska.[95] Säljarens konkursbo skulle således har rätt att inträda partiellt om de olika delarna av det köpta kan användas oberoende av varandra men inte då det gäller en enhetlig produkt. Liksom i Norge anser han att en sådan regel inte bör vara begränsad till avtal om successiv leverans utan gälla generellt, om en uppdelning lätt låter sig göra. I andra upplagan av boken Sakrätt ges ett exempel, där "gäldenären före konkursen lovat att leverera två maskiner...och...gäldenären uppburit förskottsbetalning som otvivelaktigt hänför sig till den ena maskinen samt ...maskinerna kan användas var för sig. Under sådana förhållanden borde en regel om partiellt inträde medföra att konkursboet kan kräva betalt för den andra maskinen mot att boet är berett att leverera denna samtidigt som boet avsäger sig ansvar för den första maskinleveransen".[96] Det anges dock vara möjligt att köparen skulle kunna möta boets betalningskrav med en kvittningsinvändning men att en kvittningsrätt i detta läge skulle innebära en godtycklig särbehandling av borgenärer med penningkrav. Eftersom boet vid köparens konkurs har rätt till partiellt inträde, bör säljarens bo vid frivillig disposition inte tåla kvittning med konkursfordringar, skriver Håstad.[97]

Jag återkommer strax till kvittningsfrågan. Först ska sägas något ytterligare om den partiella inträdesrätten som sådan.

92 NOU 1972:20 s 314.

93 A st. Se vidare kap IV 3.2 (entreprenörens konkurs).

94 A a s 315. Jfr även Sandvik a a s 91.

95 Se Håstad, PM s 7 f och 26, densamme, Sakrätt, 2 uppl s 272 f och 3 uppl s 310 f och vid köparens konkurs i början av 2.6.5.1 ovan. Jfr även Lindskog s 180 vid not 85, som anser att boet inte bör ha något ansvar för fel eller brist i en delleverans säljaren som utgett före konkursen om säljarens prestation är delbar.

96 S 273.

97 Sakrätt, 3 uppl s 312 nederst.

Håller vi oss till *gällande rätt* kan partiell inträdesrätt komma ifråga först och främst vid *avtal om successiv leverans*. Särskilt dröjsmålsregeln i 22 § 3 p KöpL ligger som sagts nära till för en analog tillämpning. Att boet inträder endast partiellt medför att ett partiellt dröjsmål uppkommer, som obligationsrättsligt ändå måste bedömas enligt detta lagrum om köplagen gäller på avtalet. Att den konkursrättsliga bedömningen av den grad av olägenhet som köparen bör vara skyldig att tåla bör sammanfalla med den konkursrättsliga är ganska naturligt.

Enligt det sagda bör partiellt inträde vara uteslutet då säljaren ska leverera en vara, t ex en maskin, som inte kan delas upp utan att användbarheten förloras eller då värdet av de enskilda delarna är väsentligt lägre än värdet av maskinen i sin helhet. Boet kan givetvis inte leverera endast halva maskinen, om detta svarar mot det återstående vederlaget. Boet svarar också fullt ut för maskinens fel och brister, oavsett om dessa har sin grund i gäldenärens åtgöranden före konkursen eller beror på boet självt.

När *ett funktionellt samband* finns mellan de enskilda delarna bör alltså endast ett helt inträde tillåtas även om varan kan delas upp fysiskt och delarna i och för sig *kan* realiseras oberoende av varandra. När värdet av hela varan på detta sätt är väsentligt högre än de enskilda delarna, kan varan sägas vara *odelbar i juridisk mening*.[98]

Å andra sidan bör det vara fullt klart att partiellt inträde kan äga rum om avtalet gäller leverans av exempelvis en viss mängd kol, grus, timmer (av samma dimension) eller sockerbetor (jfr NJA 1916 s 154), vilka varor liksom pengar är generiskt bestämda och fullt delbara. För den närmare gränsdragningen får generellt hänvisas till litteratur och praxis angående 22 § 3 p och 46 § 3 p KöpL.[99] Det bör också tilläggas, att det många gånger ligger i både boets och köparens intresse att en värdeförstörande delning av det köpta inte sker: har inte köparen någon användning för sin del varan, torde boet sällan ha det för den del köparen utgett före konkursen.[100] I vissa fall är det dock tänkbart, att boet som säljare eller tillverkare har en helt annan tillgång till kompletterande delar än vad köparen har. Det bör då framhållas, att begränsningarna i den partiella inträdesrättens räckvidd motiveras av *köparens* berättigade intresse av skydd mot ytterligare förluster, inte boets.

98 Se Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid not 46, jfr Christensen s 45 ff.

99 Se Almén § 22 vid not 19 ff med hänv, Bengtsson, Hävningsrätt s 293 ff, Christensen s 129 ff och SOU 1976:66 s 71 f. I den kommande propositionen till ny köplag utgörs motsvarigheten av 22 § 3 p och 46 § 3 p KöpL av 44 § 3 st, jfr NU 1984:5 s 131 och 307 f. Köparen får rätt till totalhävning "om han på grund av sammanhanget mellan /posterna/ skulle ha betydande olägenhet" av att endast delvis stå fast vid köpet. Någon förändring i förhållande till nuvarande köplag är inte avsedd.

100 Jfr Almén § 22 not 21.

När det gäller *avtal där varan ska avlämnas i ett sammanhang* är en rätt till partiellt inträde betydligt tveksammare. Någon särskild regel om partiell hävning då en del av varan är fördröjd eller felaktig finns inte i köplagen. Vid *köp av flera olika speciessaker eller varuslag* anses dock hävningsrätten enligt oskrivna regler ändå vara begränsad till den sak eller det varuslag som berörs av kontraktsbrottet, oavsett kontraktsbrottets omfattning satt i relation till hela köpet. Kan köparen visa att det finns ett funktionellt samband mellan de olika sakerna eller varuslagen, så att han skulle åsamkas skada av att endast delvis kvarstå vid avtalet, anses hävningsrätten emellertid även här utvidgad till att gälla hela avtalet.[101]

De lege lata torde boets rätt till partiellt inträde vid "momentan" säljarprestation inte sträcka sig längre än vad som följer av begränsningarna av köparens hävningsrätt vid säljarens partiella avtalsbrott i allmänhet.

De lege ferenda kan möjligen en längre gående partiell inträdesrätt vid avtal med momentan leverans övervägas. Oavsett vad köpet avser skulle ett sådant inträde kanske böra tillåtas om det köpta bara är delbart i teknisk och juridisk mening. Man skulle då få samma regel för köp med momentan och successiv leverans. Måhända är det dock olämpligt att ha olika regler obligations- och konkursrättsligt. Synpunkten, att man inte utan mycket starka skäl bör ge boet en rätt att tvinga på köparen ett avtal med ett annat innehåll än han vid avtalsslutet hade anledning att räkna med, väger rätt tungt. De dispositiva reglerna om vad hävningsrätten omfattar vid säljaren partiella avtalsbrott kan därför vara lämpliga att överföra som tvingande mall för säljarens konkursbos partiella inträdesrätt. Jämför härtill vad som sas om boets rätt till s k partiellt avstående vid köparens konkurs ovan.[102]

Den kommande propositionen om ny köplag innehåller en uttrycklig regel om hävning vid partiell leveransförsening och partiellt fel vid avtal med leverans i ett sammanhang ("momentan" leverans), se 43 § 1 st.[103] Regeln innebär att hävningsrätten är begränsad till den del kontraktsbrottet gäller, om inte kontraktsbrottet är väsentligt för hela köpet. Det är tveksamt om någon förändring av rättsläget är avsedd. I betänkandets specialmotiv sägs bl a följande.[104]

> "Bestämmelsen avser fall där en viss mängd eller vissa exemplar av ett parti varor försenas eller är felaktiga. Däremot avses inte fall där felet visserligen kan hänföras till en viss del av varan men denna har ett så nära fysiskt eller funktionellt samband med hela varan att en uppdelning – bl a av värdemässiga skäl – inte

[101] Se främst Almén § 22 vid not 24 och Tillägg till §§ 42 och 43 vid not 60 ff, Rodhe, Obligationsrätt s 441 och Christensen s 74 f med rättspraxisöversikt i not 1. Jfr även SOU 1976:66 s 71 och 89.

[102] Se 2.7.

[103] Jfr NU 1984:5 s 131 och 304 ff.

[104] A a s 304 f.

lämpligen kan ske. Detta antyds i...förslaget genom att man talar om en del av varan. Om t ex en del av en maskin har fel, måste man i regel se det som ett fel i hela varan. Detta stycke skall i allmänhet inte heller tillämpas, om en maskin som skall monteras hos köparen levereras i flera lådor och dröjsmål föreligger i fråga om en låda. Om köpet däremot avser ett parti frukt och några av lådorna försenas eller innehåller en vara som inte är avtalsenlig, blir första stycket som regel tillämpligt."

3.5.3 Om avräkning på äldre varufordringar

En konsekvent följd av en partiell inträdesrätt är, att köparen inte bör ha rätt att avräkna en leverans, som boet fullgör efter att ha inträtt i avtalet, på en fordran på leverans som köparen har mot säljaren i kraft av ett före konkursen utgivet förskott.[105] I och med att boet inträder med verkan från konkursutbrottet bör de ömsesidiga förpliktelserna enligt avtalet från denna tidpunkt vara en affär mellan boet och köparen "på massaplanet". Den fordran på leverans som köparen har mot säljaren på grund av förskottet bör alltså inte omvandlas till ett massaanspråk om partiell inträdesrätt medges. Köparens sakrättsligt oskyddade naturakrav omvandlas i stället till en oprioriterad fordran på betalning, vilken fordran inte bör få kvittas mot de fordringar som boet får då det presterar enligt det avtal som boet trätt in i med verkan endast från konkursutbrottet. Det senare följer av den för kvittning i konkurs grundläggande regeln, att en konkursfordran inte får kvittas mot en fordran som konkursboet självt skaffat sig efter konkursutbrottet.[106]

Antar vi i stället att boet måste inträda fullt ut i säljarens försäljningsavtal, dvs att *helt inträde* måste ske därför att varan bör anses odelbar i teknisk och juridisk mening, så bör köparen däremot ha rätt att avräkna boets leverans på sin äldre varufordran. Boets inträde "upphöjer" i detta fall alla anspråk enligt avtalet till "massaplanet", och därmed saknas skäl för att inte medge avräkning. Vägrar boet i detta fall att leverera i avräkning på köparens varufordran, utgör boets vägran en hävningsgrund som berättigar köparen att häva hela avtalet, se 21 § och 22 § 3 p KöpL.

Det som nu sagts bör hållas isär från frågan, *om penningfordringar mot gäldenären får kvittas mot boets vederlagskrav*. Detta problem bedömdes i

[105] Problemet kan alternativt formuleras som en fråga, om köparen får avräkna före konkursen utgivna förskott på boets fordran på betalning för leveranser det fullgör i konkursen. Att jag inte valt detta uttryckssätt beror på att jag inte anser det vara systematiskt riktigt. Uttrycker man sig i termer av avräkning på förskott är det också lätt att blanda ihop problemet med *kvittning* i egentlig mening. Och kvittningsfrågorna bör hållas isär från den här behandlade avräkningsfrågan.

[106] Se t ex Welamson, Konkursrätt s 479, SOU 1970:75 s 188 vsp, Walin, Materiell konkursrätt s 79, Håstad, Sakrätt s 292 f och 311 ff samt Lindskog s 164 f.

rättsfallet *NJA 1916 s 154*, som analyseras i nästa avsnitt (3.6). Här ska bara sägas att köparens rätt att *avräkna* boets leverans på en varufordran på grund förskott var ostridig i rättsfallet. HD fick således aldrig anledning att ta ställning till den i förevarande avsnitt diskuterade avräkningsfrågan.[107]

I litteraturen har avräkningsfrågan – låt vara ofta sammanblandad med nyssnämnda kvittningsproblem – ganska ingående diskuterats av Håstad.[108] Han menar till en början, på samma sätt som jag ovan angett vara systematiskt riktigt, att ett partiellt inträde egentligen innebär att köparen *inte* kan avräkna boets leverans på sin leveransfordran i kraft av förskott från tiden före konkursen. Boet behöver ju som sagt inte fullfölja den leverans förskottet avser, om inte sakrättsskydd etablerats genom lösöreköplagen etc. Enligt en strikt tillämpning borde köparen därför få finna sig i att betala på nytt. Håstad anser dock att en sådan regel skulle vara alltför hård mot köparen. I stället pläderar han för en konnexitetsregel. Om det föreligger *ett starkt samband* mellan ett före konkursen utgivet förskott och den leverans som boet fullgör, bör avräkning då kunna ske även om partiellt inträde i och för sig tillåts med hänsyn till det köptas uppdelbarhet.

Detta samband skulle föreligga om det härledas, att den leverans som fullgörs av boet är densamma som den leverans förskottet avsåg. En sådan konnexitet mellan förskott och köpt vara menar Håstad föreligga i det exempel med köp av två maskiner som beskrevs i föregående avsnitt (3.5.2), medan ett tillräckligt samband normalt inte skulle anses råda vid ett kontinuerligt avtalsförhållande, där parterna presterar successivt under viss tid. Om "ett industriföretag bundit sig att leverera x kubikmeter pappersmassa under två år och köparen förbundit sig att köpa en viss minimikvantitet", borde konkursboet enligt Håstad kunna tilltvinga sig ett fullföljande av avtalet mot full betalning för de leveranser som boet utger efter konkursutbrottet.[109] Detta skulle i vart fall gälla om det inte kan visas, att den pappersmassa som boet levererar är just den som köparen avsåg med sitt förskott.

[107] Anledningen till att konkursboet i 1916 års rättsfall godtog avräkning torde ha varit att boet ansåg sig bundet av det uttryckliga förbehåll om avräkning som köparen uppställt då förskottet utgavs, se ref s 156. Detta var nog en missbedömning. Då reglerna om boets inträde i gäldenärens avtal (inkl rättsföljderna därav, även frågan om avräkning) är tvingande till boets förmån, bör boet inte vara bundet av ett avräkningsavtal som det i 1916 års rättsfall.

[108] Se Håstad, PM s 25 ff, densamme, Sakrätt, 2 uppl s 281 och 3 uppl s 313. Jfr också Lindskog s 181 not 89, som väsentligen instämmer med Håstad.

[109] Håstad, PM s 27.

Den diskuterade avräkningsfrågan har i *dansk doktrin* berörts av Munch.[110] Han framhåller att det i dansk rätt är osäkert vad som här gäller. Själv tycks han anse att avräkningsrätten bör följa gränsen mellan fullständigt och partiellt inträde. Kan boet inträda partiellt skulle köparen således inte få avräkna anspråk från tiden före konkursen på boets vederlagskrav. Vid fullständigt inträde skulle däremot avräkning kunna ske. Huruvida konnexitet kan medföra utökad avräkningsrätt i denna situation är osäkert.

I *Norge* skriver Sandvik att regeln om partiellt inträde i § 7–4 st 2 LFD innebär en begränsning i den i övrigt utökade kvittningsrätt som följer av konnexitet. Regeln sägs hindra "motregning med krav på motytelse for den oppfylte del mot boets krav på restoppfyllelse."[111] Om häri inbegrips även avräkning på medkontrahentens naturakrav enligt ett bestående ömsesidigt avtal är väl inte helt klart, men om så är fallet innebär Sandviks ståndpunkt ett klart stöd för den teoretiskt riktiga ordning som angetts ovan.

I *tysk rätt* torde köparens avräkningsrätt på samma sätt vara avhängig av om partiell inträdesrätt erkänns eller inte.[112] Eftersom en sådan rätt inte tillåts vid köp, *kan* avräkning antagligen ske.

För egen del menar jag att den antagna regeln om partiell inträdesrätt exklusivt bör reglera även avräkningsfrågan. Om det köpta är delbart på det sätt som den partiella inträdesrättsregeln kräver är utgångspunkten, att boet vid ett inträde inte är skyldigt att utge den leverans som köparens förskott avser. Väljer boet trots allt att göra det och innebär fullgörandet att boet får anses ha utövat sin rätt att inträda i avtalet, bör en avräkningsrätt för köparen vara utesluten. Den särskilda konnexitetsregel som Håstad föreslagit som uppmjukning av en sådan ordning vill jag alltså inte förorda. Frågan om partiell inträdesrätt föreligger för säljarens konkursbo är redan i sig svårbedömd i många fall. Att då komplicera det hela ytterligare med en särskild avräkningsregel är inte tillrådligt. För detta talar också, att allmänna regler om avräkningsordningen då en borgenär har flera fordringar mot samma gäldenären kan komma att tillämpas då boet fullgör säljarens prestation utan att först meddela

110 Se Munch s 314 f och 323 f samt densamme i UfR 1983 B s 162 ff. Jfr också Illum, Modregning i konkurs s 109 f och rättsfallen UfR 1963.863 och UfR 1979.6H vilka dock i första hand gäller kvittning (i egentlig mening) med en medkontrahents *penningfordran* från tiden före konkurs, inte avräkning på äldre naturaanspråk. Ang UfR 1979.6H, se kap IV 4.3.6 nedan. Jfr allmänt för *norsk rätt* NOU 1972:20 s 328 ff och Ot prp nr 50 (1980–81) s 191 ff.

111 Materiell konkursrett s 150.

112 Se främst Kilger s 254 och Jaeger/Lent s 778 f. Jfr även Baur/ Stürner s 457. Uttalandena gäller dock även här i första hand medkontrahentens möjligheter att kvitta oprioriterade *penningfordringar* på boets vederlagskrav för fullgjord prestation i konkursen.

huruvida det inträtt eller inte.[113] Att ovanpå detta lägga en särskild avräkningsregel för konkursfallet skulle göra bedömningen än mer komplicerad. Den skulle då i princip få göras i tre led. Köparens intresse av skydd bör i stället kunna tillgodoses genom en restriktiv tillämpning av regeln om partiell inträdesrätt som sådan. Och föreligger ingen partiell inträdesrätt får ju avräkning ske utan inskränkningar.

Det förespråkade förbudet mot avräkning förutsätter som sagt att boet uttryckligen eller konkludent – genom fullgörelsen – inträtt i avtalet i den meningen, att betalningskravet härefter får anses tillkomma boet som sådant. Att boets ivägskickande av en vara utan vidare ska förstås som att boet inträtt är dock inte alldeles givet. Och även om partiell inträdesrätt bör kunna utövas då varan är delbar på beskrivet sätt är det tänkbart, att boet bör få stå sitt kast när det inte före leveransen uttryckligen meddelat köparen sin avsikt att inträda. Boet skulle då trots allt få vidkännas avräkning. Jag återkommer i avsnitt 3.9 till frågan, om boets stillatigande fullgörelse av säljarens prestation alls ska anses innebära inträde och, i så fall, hur omfattande massaansvaret bör vara.

3.6 Ett kvittningsproblem

Det är givet att säljarens konkursbo, när det inträder i säljarens avtal, inte genom inträdet ådrar sig ansvar för *andra förpliktelser* till köparen än dem som gäldenären var skyldig att fullgöra just i egenskap av säljare. Detta förefaller lika givet som att boet, när det sluter ett *nytt avtal* med köparen, inte i och med detta blir skyldigt att på massaplanet prestera enligt *andra avtal* än enligt det sålunda ingångna avtalet. En given följd bör då även vara, att köparen inte heller bör vara berättigad att kvitta konkursfordringar mot vederlagsfordringar som boets inträde och fullgörande av gäldenärens försäljningsavtal ger upphov till. En kvittning med en konkursfordran mot en skuld till boet som sådant är inte tillåten.

Om *köparens motfordran grundas på en delprestation som fullgjorts av en av de ursprungliga avtalsparterna* blir läget något annorlunda. Anta att motfordringen grundar sig på fel i en vara som säljaren/gäldenären utgett före konkursen. Vill boet fullfölja eventuella resterande leveranser enligt samma avtal bör boets ansvar för felanspråket vara beroende av om partiell inträdesrätt erkänns – delbart eller ej? – i det konkreta fallet. Godtas partiell inträdesrätt är det tillåtet för boet att fullgöra resterande leveranser och uppbära däremot svarande vederlag utan ansvar för gäldenärens felaktiga leverans före konkursen. Boet bör då inte på sitt

[113] Se om avräkningsordningens betydelse vid säljarens konkurs 3.8.2 mot slutet och 3.9.3 mot slutet.

vederlagskrav vara skyldigt att godta kvittning med köparens ersättningskrav på grund av felet. Saken kan teoretiskt uttryckas så, att boets partiella inträde endast "upphöjer" vid konkursutbrottet ännu ömsesidiga (kongruenta) avtalsförpliktelser till "massaplanet", däremot inte sådana delförpliktelser som endera sidan på konkursdagen redan utgett till den andra. Om köparens motfordran däremot t ex utgörs av förseningsvite avseende *en vara som ännu inte levererats då konkursen inträffar*, så är avtalsförpliktelserna fortfarande fullständigt kongruenta (eller avhängiga av varandra) vid den kritiska tidpunkten. Frågan om partiellt inträde blir då aldrig aktuell. Vill boet i ett sådant fall fullgöra avtalet framöver, måste det godta att köparen kvittar sin vitesfordran på vederlagskrav för leveranser som fullgörs i konkursen.

Det är då dags att konfrontera de uppdragna riktlinjerna med följande intressanta men något ålderdomliga rättsfall.

NJA 1916 s 154. En sockerbetsodlare (S) hade i ett kontrakt med en sockerfabrik (K) förbundit sig att leverera sockerbetor till de närmaste tre säsongernas betkampanjer. I samma kontrakt åtog sig K att å sin sida till S leverera betmassa till visst pris. Betalning för leveranserna av betor skulle ske genom att priset för av K levererad betmassa skulle avräknas på de belopp som K skulle betala för sockerbetorna. I kontraktet uttrycktes det hela så, att K vid betalning av betorna "ägde innehålla fakturabeloppet för de gödningsämnen" som S skulle erhålla. Innan några betor levererats av S mottog han av K *dels* betmassa enligt det beskrivna kontraktet, *dels* melass (som inte reglerades i kontraktet) och dels ett förskott på betalningen för de betleveranser som sedermera skulle följa.

Detta var läget då S försattes i konkurs. Konkursboet levererade därefter betydande kvantiteter betor till K. Denne avräknade boets leverans på sin naturafordran på grund av förskottet och kvittade dessutom boets överskjutande fordran på betalning mot sina vederlagsfordringar för leveranserna av betmassa och melass före konkursen. Boet godtog den förstnämnda avräkningen men bestred köparens rätt att kvitta sin penningfordran och yrkade i målet utfående av betalningen i den delen. Som grund åberopades att boet och K *slutit avtal* om leverans av betor till ett visst bestämt värde och att K härigenom blivit obehörig att kvitta sina fordringar för levererad betmassa och melass mot boets fordran på betalning för sin betleverans. K bestred betalningsskyldighet och förnekade att han ingått avtal med boet. Boets leveranser hade tvärtom ägt rum till fullföljande av avtalet mellan K och S. Det var enligt detta avtal, samt gängse bruk vid melassförsäljning till betodlare, som kvittning skett. Boet invände att gäldenären S vid konkursutbrottet inte haft någon fordran mot K som kunnat kvittas mot K:s fordringar för levererad betmassa och melass. Avtalet mellan K och S hade enligt boet upphört att gälla i och med konkursen. Vidare hade K först genom en särskild anhållan från boet åtagit sig att köpa boets betor. Det påstådda avtalet hade, menade boet, kommit till stånd genom att K erkänt att han mottagit betor från boet.

RR:n fann det upplyst att K köpt och bekommit sockerbetor av konkursboet till ett visst bestämt pris och att K härpå avräknat sin fordran för leveranserna av betmassa och melass före konkursen. K hade dock inte ådalagt något förhållande som kunde ge rätt till det gjorda avdraget. K förpliktades därför att utge det belopp boet yrkat. *HovR:n* fann inte skäl att göra ändring.

I *HD* medgav emellertid en majoritet av tre JustR (däribland Almén) kvittning. Konkursboet ansågs inte ha styrkt sin uppgift att boet och K träffat avtal om leverans av betor. I stället framgick av utredningen, att betleveransen skett till fullgörande av det mellan K och S upprättade kontraktet. Eftersom kvittningsförut-

sättningarna därmed var uppfyllda (se 91 § i 1862 års och 5:15 i 1987 års KL) kunde avräkning ske. Av två skiljaktiga JustR ville det ena (Lindbäck), liksom nedre justitierevisionen, endast medge kvittning med K:s fordran på betalning för såld *betmassa*, vilken försäljning alltså grundades på samma kontrakt som fordringen på betalning för sålda betor. Eftersom detta kontrakt inte innehöll någon bestämmelse om leverans av melass och förhållandet att S hade tillåtits köpa melass av K inte kunde inverka på rättsförhållandet mellan K och konkursboet, fick kvittning inte ske med den del av motfordringen som avsåg *melass*. Ett skiljaktigt JustR (Quensel) ville över huvud taget inte tillåta kvittning: fastän boets leverans av sockerbetor fick anses ha skett på grund av avtalet mellan K och S kunde inte kvittning ske, eftersom vederlagskravet uppkommit först därigenom att betorna levererades efter konkursutbrottet.

I detta rättsfall tilläts således köparen K, på boets vederlagskrav för egen leverans, kvitta *både* en fordran mot gäldenären som grundades på samma skriftliga avtal som boets fordran *och* en fordran mot gäldenären utanför detta avtal. Observera dock att ingen av köparens fordringar hade sin grund i just överenskommelsen om S:s försäljning av sockerbetor till K. Däremot knöts detta försäljningsavtal och K:s försäljning av betmassa samman av den särskilda kvittningsöverenskommelsen.

Av intresse är Alméns förtydligande av utgången i målet, särskilt som denne utformade de bestämmande domskälen i HD.[114] Almén skriver först att konkursboet genom att tillträda avtalet naturligtvis inte ådrar sig någon skyldighet att uppfylla säljarens förpliktelser på grund av andra mellanhavanden mellan säljaren och köparen. Om köparen har pengar att fordra av säljaren är dock köparen berättigad att, vid fullgörelse av sin betalningsskyldighet enligt det av boet tillträdda köpavtalet, kvitta med en sådan utanför köpavtalet stående fordran. Enligt Almén ansåg HD:s majoritet nämligen, att K:s skuld för de av boet levererade betorna inte uppkom då leveransen fullgjordes av boet och inte heller då boet bestämde sig för att vidbliva köpet. I stället grundade sig boets fordran på betalning på avtalet mellan K och S. Boets fordran, menar Almén, existerade redan före konkursen i form av en villkorlig förpliktelse, betingad av att S eller hans konkursbo fullgjorde S:s förpliktelser enligt avtalet med K. "Med detta betraktelsesätt är det naturligt, att konkursförvaltningen inte kunde betaga bolaget dess kvittningsrätt därigenom att densamma beslöt sig för att vidbliva det av konkursgäldenären ingångna avtalet."[115]

Enligt Almén skulle alltså ett konkursbo, vid ett inträde som ger upphov till penningkrav för boet, tvingas acceptera att fordringen kvittas bort mot gäldenärens skulder till medkontrahenten. Detta skulle gälla alldeles oavsett om dessa skulder grundas på helt andra avtal eller förbindelser än det avtal som boet trätt in i. Som enda "skäl" för detta

[114] Se Almén i TfR 1919 s 275 f och densamme i köplagskommentaren § 39 not 145a.

[115] Almén i TfR 1919 s 276.

anges att boets fordran på betalning "existerat" redan före konkursen, som en villkorlig fordran.

Även Welamson har dragit liknande, generella slutsatser av rättsfallet 1916.[116] Till en början sägs allmänt att en skuld till boet inte kan fullgöras genom kvittning med en konkursfordran, därför att en konkursborgenär i annat fall "på ett irrationellt sätt" skulle gynnas på övriga borgenärers bekostnad vid rättshandlingar med boet. Detta anges dock inte gälla om skulden till boet grundas på ett avtal som slutits före konkursen, även om skuldens storlek eller aktualiserande hänför sig till tiden efter konkursutbrottet. Om boet utnyttjar sin rätt att fullgöra gäldenärens åtaganden enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal, "torde dess fordran å medkontrahenten i anledning av prestationen kunna bortkvittas mot en sådan fordran från tiden före konkursbeslutet."[117] Några egentliga skäl för en sådan rätt att kvitta anges inte.

Mest ingående har rättsfallet analyserats av Håstad.[118] Han anser att domen är felaktig, då den tycks förutsätta att boet inte hade någon *ensidig rätt* att inträda i köpet och leverera betorna, eftersom det sägs att avtal inte träffats mellan K och boet. Över huvud taget anser Håstad att utgången i en tvist som 1916 års inte bör vara beroende av "den tämligen metafysiska frågan", om fordringen för betleveransen uppkommit i och med avtalet mellan K och S eller vid boets leverans.[119] I stället sägs avgörandet av kvittningsfrågan böra ske med hänsynstagande till de praktiska konsekvenser den ena eller andra lösningen får. Finns det t ex tillräckliga skäl för att en konkursborgenär med en oprioriterad fordran bör få sin ställning förbättrad genom en kvittningsrätt därför att boet vill inträda i avtalet med honom? Det bör därvid beaktas att boets intresse av att leverera en vara som är svår att avsätta på annat håll skulle motverkas, om boet riskerade att få vederlagskravet bortkvittat mot tidigare förvärvade, såväl konnexa som icke konnexa motfordringar på gäldenären. Det sägs vidare att utgången i rättsfallet 1916 innebär en svårförklarlig motsättning mellan å ena sidan regeln om partiellt inträde vid delbara prestationer (en regel som Almén ju själv förespråkat i vart fall vid köparens konkurs, se 2.6.5.1 ovan) och å andra sidan att K i rättsfallet

[116] Welamson, Konkursrätt s 479.

[117] A st. I boken Konkurs återfinns inga motsvarande uttalanden. Huruvida Welamson alltjämt står fast vid den citerade ståndpunkten får kanske anses ovisst, då han senare tagit avstånd från vissa, inte exakt angivna uttalanden i Konkursrätt ang ömsesidigt kontinuerliga avtal, se Konkurs, 7 uppl s 129 not 4, jfr 8 uppl s 119.

[118] Se för det följande Håstad, PM s 21 ff, densamme, Sakrätt, 2 uppl s 279 ff och 3 uppl s 311–313.

[119] PM s 24. Jfr Bramsjö s 350 f som även han är skeptisk mot att motivera kvittningsrätt eller ej endast med att en fordran uppstått eller inte uppstått vid en viss tidpunkt. Även Lindskog s 158 framhåller det intetsägande i sådana resonemang.

tilläts kvitta med en fordran som han förvärvat mot gäldenären före konkursen. Håstad menar att ett "rättspolitiskt bättre grepp hade varit, att HD prövat, huruvida boet genom leveransen ensidigt fick anses ha inträtt i avtalsförhållandet. Inträdet skulle i så fall medfört att boet blev massaansvarigt för leveransens kontraktsenlighet men inte ådrog sig skyldighet att såsom massaskuld betala de leveranser från fabriken som fullgjorts före konkursen till gäldenären och inte heller var skyldigt att kvittningsvis vidkännas avräkning för sådana leveranser."[120] I 1986 års upplaga av boken Sakrätt tilläggs bl a att man på grund av skilda syften inte behöver "arbeta med samma villkorliga fordransbegrepp i 100 § avseende konkursfordringar och 121 § avseende borgenärsskulder."[121]

Lindskog skriver att konkursboet i 1916 års rättsfall rådde över om säljarsidans betalningskrav skulle bli ovillkorligt eller inte, då ju boet inte kunde tvingas att leverera till K. Eftersom K därmed inte hade någon befogad kvittningsförväntan borde kvittning i princip inte medgetts. Enligt Lindskog var K dock inte, vad avser fordringen på betalning för levererad betmassa, skyldig att godta leverans annat än på de avtalade avräkningsvillkoren. Boet skulle således ha varit bundet av den i avtalet stadgade avräkningen med K:s fordringar för levererad betmassa före konkursen.[122] Som strax kommer att framgå delar jag inte uppfattningen om boets bundenhet av avräkningsavtalet.

Enligt min åsikt går litteraturens tolkningar av 1916 års rättsfall betydligt längre än vad som faktiskt kan utläsas av målet. *Den processuella ramen* var ju den, att boet yrkade utfå betalningen för den leverans som boet fullgjort och att köparen bestred yrkandet. Som grund för sin talan åberopade boet endast att *nytt avtal* ingåtts mellan boet och köparen, vilket köparen förnekade. Boet åberopade däremot inte alternativt att det (ensidigt) hade utnyttjat *en rätt* att inträda i ett redan bestående avtalsförhållande. Boet har i detta läge att visa att nytt avtal kommit till stånd med köparen. Misslyckas boet med detta, får domstolen inte i andra hand ex officio ta upp och pröva frågan om boet får anses ha inträtt i

[120] Sakrätt, 2 uppl s 281, jfr 3 uppl s 312 f.

[121] S 313. Lagrummen motsvarar 5:1 och 5:15 i nya KL. Jfr Walin, Materiell konkursrätt s 25 not 8: "Om man överhuvud skall arbeta med begrepp förefaller dock rimligt att begreppet uppfattas som enhetligt åtminstone i en och samma lag. Genom analogisk tillämpning kan emellertid en utvidgning ske på ett håll som inte är motiverad på ett annat håll." Själv anser jag att 100 § (5:1 nya) och 121 § (5:15) KL saknar betydelse för frågorna om gränsen mellan konkursfordringar och massafordringar och mellan gäldenärens och boets fordringar. Den förstnämnda bestämmelsen t ex, drar endast en gräns mellan å den ena sidan konkurs- eller massafordringar och å den andra sidan fordringar som inte kan göras gällande i konkursen.

[122] Lindskog s 183 f. Ang kvittningsförväntan som allmänt motiv för kvittningsrätt i sakrättsliga situationer (säkerhetsfunktionen), se allmänt Lindskog s 64 ff, jfr Walin a a s 77.

det gamla avtalet genom konkludent handlande eller, m a o, om boet stillatigande gjort bruk av en ensidig inträdesrätt.

En invändning mot detta resonemang kan vara, att bedömningen av om en konkludent inträdesförklaring avgetts från boets sida inte utfallit annorlunda, än bedömningen av om nytt avtal fick anses slutet. Enligt min mening är detta dock långtifrån säkert. Det bör vara betydligt svårare att styrka *ömsesidiga* partsviljor mot den andra sidans bestridande, än att visa att boet *ensidigt* beslutat sig för att inträda och på "massaplanet" leverera enligt det före konkursen ingångna avtalet. Jag menar alltså att det av rättsfallet inte går att dra några som helst slutsatser om köparens kvittningsrätt för det fall boet då hävdar att det utnyttjat en ensidig rätt att inträda i avtalet med köparen.[123]

Som framgått har sådana slutsatser dock dragits i doktrinen. Alméns uttalanden gör ingen skillnad mellan ensidigt inträde och nytt avtal, och Welamson anser uppenbarligen att avgörandet är generellt prejudicerande då ömsesidigt förpliktande avtal fullföljs under konkurs. Särskilt Alméns kommentarer till rättsfallet kan nu hävdas vara tungt vägande, då Almén själv formulerade domskälen i HD. Enligt min mening kan man dock knappast tillmäta enstaka domares uttalanden i andra sammanhang än i domskälen annan vikt, än vad som följer av andra, mer eller mindre övertygande resonemang och tolkningar i doktrinen. Har HD misslyckats (eller kanske inte ens avsett) att nå fram med sitt prejudicerande budskap via domskälen, bör tolkaren inte ge sin in i mer eller mindre konstruerade utfyllande operationer. Rättsfallet får då lämnas därhän.

[123] Observera att boet i rättsfallet 1916 hävdade att avtalet mellan K och S *upphört att gälla* vid konkursutbrottet medan K gjorde gällande motsatsen och att boets leverans därför skett enligt det gamla avtalet mellan K och S. – En sak som inte diskuterats vid analysen av 1916 års rättsfall är, att traditionsprincipen i svensk rätt definitivt lär ha slagit igenom först på 1920-talet, se Göranson, Traditionsprincipen s 369 ff med anförd rättspraxis. 1916 kunde även en köpare av individualiserat genusgods måhända erhålla sakrättsskydd redan genom *avtalet*, se närmare a a s 352–363, jfr 502–504. Almén, en anhängare av avtalsprincipen, uttalar i köplagskommentaren 1919 under rubriken till 39–41 §§ KöpL, att dessa regler i första hand kan användas analogt på säljarens konkurs vid *leveransavtal*. Han utgick tydligen ifrån att köparen normalt saknade sakrättligt skydd före tradition i detta fall, men att avtalsprincipen gällde i övrigt. I HD-majoritetens domskäl i NJA 1916 s 154 antyder Almén dock inte att K skulle haft sakrättsligt skydd för sitt krav på leverans av sockerbetor. I målet hävdade dock K att konkursboet var skyldigt att underkasta sig S:s kontraktsenliga förpliktelser och nedre justitierevisionen skrev att boet levererat "det parti sockerbetor" som S enligt avtalet hade att leverera. Denna lokutionen kan utgöra ett angivande av att giltig individualisering ägt rum enligt avtalsprincipens krav. Men sammantaget måste nog ändå antas, att K inte haft separationsrätt även om det kunnat fastslås, att de odlade och sedermera levererade betorna var just de betor som avtalet gällde och förskottet avsåg. *Om K haft separationsrätt* till betorna, menar jag att kvittningsfrågan kommit i ett annat läge. Något hinder mot kvittning borde då inte ha förelegat. Samma uppfattning: Lindskog s 184. Jfr för dansk rätt, som tillämpar avtalsprincipen, Carstensen, Ting og Sager s 35 f och 116 ff med samma inställning i kvittningsfrågan.

Om vi ändå bortser från det just sagda och bedömer den faktiska situation som förelåg i rättsfallet från principiell synpunkt, är Håstads kritiska inställning till utgången enligt min mening berättigad. Att motivera kvittningsrätt med att gäldenärssidans vederlagskrav uppkommit redan före konkursen, som en villkorlig fordran, säger inte mer än att kvittningsrätt föreligger därför att kvittningsrätt föreligger. En egentlig motivering anförs först då sakskäl anförs till *varför* fordringen ska anses ha uppkommit före konkursen och därmed kan bortkvittas.

En del skäl för att medge kvittningsrätt kan då anföras. Det kan t ex hävdas, att boets ivägsändande av en vara inte bör tolkas som ett konkludent inträde, utan att boet före leveransen måste klargöra för köparen att det inträder i avtalet och levererar under förutsättning av effektiv betalning. Detta kan motiveras med att reglerna bör vara sådana, att tvistigheter och och missförstånd undviks. Parterna bör m a o redan före leverans sker vara på det klara med vad man ger sig in på. Det ligger också i förvaltarens eget intresse att kontakta köparen för att informera sig om parternas positioner enligt avtalet. Obehagliga överraskningar kan då undvikas.

Av Alméns kommentarer till rättsfallet framgår dock att han ansåg att konkursboet faktiskt trätt in i det aktuella avtalet. Det ligger då nära till hands att anta, att *konnexitetssynpunkter* bestämt utgången i 1916 års fall. Konnexitet – att fordringarna stöder sig på väsentligen samma grund – brukar i kvittningssammanhang allmänt anföras som stöd för en utökad kvittningsrätt.[124] Skälet till detta är framför allt billighet gentemot kvittningsborgenären. Vid ömsesidigt förpliktande avtal anses fordringarna konnexa om båda har sin grund i avtalet. Denna avtalskonnexitet delar Lindskog in i *dels* en starkare form, strikt avtalskonnexitet, *dels* en svagare, kallad enkel avtalskonnexitet. Den första formen föreligger om kvittningsborgenären hade rätt att innehålla – detinera eller retinera – sin prestation enligt det ömsesidigt förpliktande avtalet för att framtvinga motprestationen. Om endera sidans prestation av någon anledning omvandlas, så att två penningfordringar kommer att stå mot varandra, bör man enligt Lindskog som utgångspunkt tillåta kvittning i detta fall. Enkel avtalskonnexitet föreligger då fordringarna grundas på samma avtalsförhållande men detentions- eller retentionsrätt inte kan utövas för att framtvinga motprestationen. För denna svagare konnexitet vill Lindskog inte fastställa någon generell utgångspunkt för bedömningen. Detsamma gäller för annan inomobligatorisk konnexitet än avtalskonnexitet. Såväl Sigeman som Lindskog har också allmänt förespråkat en restriktiv in-

[124] Se om dessa frågor Sigeman, Lönefordran s 199 ff och Lindskog s 80 ff.

ställning till utökad kvittningsrätt på grund av "varje slag av konnexitet".[125]

I 1916 års rättsfall kan såväl K:s fordran på betalning för såld betmassa som hans fordran för såld melass på visst sätt anses konnexa med boets fordran på betalning för levererade betor. Försäljningen av betmassa föreskrevs i samma skriftliga avtal som betorna, och betalning skulle ske genom kontinuerliga avräkningar. Någon strikt avtalskonnexitet var det dock inte fråga om. Både betmassan och melassen skulle vidare användas på den areal som S i kontraktet med K åtagit sig att odla betor på. Leveranserna av betmassa och melass kan således sägas ha varit en väsentlig förutsättning för att S alls kunnat odla några betor och leverera dem avtalsenligt. Vissa betänkligheter kan därför föreligga mot att låta boet "dela" på kontraktet och endast fullgöra de bestämmelser som avsåg S:s leverans av betor. Däremot kanske inte melassförsäljningen till S hade ett så uttalat samband med betleveransavtalet, att kvittning borde kunnat ske. I så fall skulle nedre justitierevisionens, av JustR Lindbäck biträdda, uppfattning vara den riktiga.[126]

Mot kvittningsrätt även med fordringen för såld betmassa talar dock, att boets inträdesmöjligheter inte bör försämras bara därför att köparen sett till att få in att annat avtal, där han själv är säljare och S köpare, på "samma papper" som det avtal boet avser att fullfölja. I princip bör K:s försäljning av betmassa och S:s försäljning av betor ses som skilda avtal, och frågan blir då om boet var bundet av det kvittningsavtal som knöt samman dem. Själv menar jag att såväl boets rätt att inträda som regeln, att boets fordringar inte kan bortkvittas mot fordringar från tiden före konkursen, är *tvingande* till boets förmån. Avtal som ställer boet sämre än vad dessa regler utsäger behöver inte beaktas av boet. Lindskog är som framgått av annan uppfattning.[127]

Sammanfattningsvis menar jag att ingen kvittning alls borde ha tillåtits i NJA 1916 s 154 om konkursboet antogs ha trätt in i försäljningsavtalet. Och att tillåta kvittning med en helt utomstående konkursfordran vilken som helst, vilken kvittning inte direkt var uppe till bedömning i rättsfallet men som HD-majoriteten, Almén och Welamson ändå tycks vilja förespråka, anser jag definitivt vara felaktigt. Boets rätt att inträda som naturapresterande part i avtal med motparter som har bevakningsgilla fordringar på gäldenären skulle då i praktiken sakna värde.

[125] Sigeman a a s 212, jfr Lindskog s 84.

[126] Rabenius i TfR 1919 s 25 med not 25 torde anse utgången 1916 bero på konnexitet. Jfr Lindskog s 184.

[127] Jfr även Lindskog s 657–662 och 664 om s k säkerhetsbetingade avräkningsavtal samt Walin, Materiell konkursrätt s 88.

Utgången i NJA 1916 s 154 har följts i notismålet *NJA 1969 C 1477*.[128] Även här hade en sockerbetsodlare åtagit sig att odla och leverera betor till ett sockerbolag för en kommande betkampanj. I betodlarens konkurs bevakade bolaget en fordran "enligt förskottskvittorden" och slutavräkning av visst datum. I bevakningsskriften yrkade bolaget att dess bevakade fordran i första hand skulle avräknas på den fordran på betalning som kunde tillkomma konkursboet för de betor som under den kommande betkampanjen skulle levereras enligt kontraktet mellan betodlaren och bolaget. Boet framställde anmärkning mot kvittningsyrkandet på den grunden, att den bevakade fordringen uppkommit genom avtal mellan betodlaren och bolaget, medan de av boet sedermera fullgjorda betleveranserna medfört en fordran från konkursboet mot bolaget. Boet framhöll att försäljning med hänsyn till bolagets dominerande ställning svårligen kunnat ske till någon annan. – *HR:n* fann det ostridigt *att* bolaget ägt bevaka sin fordran i konkursen, *att* bolaget och betodlaren före konkursen träffat avtal där den senare förbundit sig att på viss areal av sin egendom odla och leverera betor till bolagets sockerbruk, *att* betodlaren erhållit utsäde och besått arealen, *att* betleveranserna påbörjats genom boets försorg och *att* någon uppsägning av avtalet mellan bolaget och betodlaren inte skett. Därav ansågs följa, att leveranserna till bolaget måste bedömas som ett fullgörande av betodlarens förpliktelser enligt avtalet. Kvittning medgavs. *HovR:n* fastställde domen och *HD* medgav inte prövningstillstånd.

Huruvida de processuella synpunkter som jag anförde ovan är relevanta också i detta mål är osäkert. Det var här fråga om en jävsprocess där köparen bevakade sin motfordran och samtidigt yrkade kvittning.[129] Boet synes ha bestridit yrkandet endast på den vaga grunden, att leveranserna medfört en fordran för boet mot köparen. Huruvida grunden var nytt avtal eller ensidigt inträde eller båda framgår inte av domen.[130] Inte heller framgår klart om köparens fordran grundades på samma kontrakt som betleveranserna. Möjligen har doktrinens generella tolkning av NJA 1916 s 154 anammats. Framhållandet av att inte uppsägning skett torde ha inspirerats av vissa uttalanden av Welamson i boken Konkursrätt, vilka denne sedan i oklar omfattning tagit avstånd ifrån.[131]

Slutligen kan framhållas att Munch i *dansk rätt* uttalat sig om det här diskuterade läget, då konkursboet fullföljer ett avtal som ingåtts före konkursen och därmed får fordringar på medkontrahenten. Han anser att boets valrätt mellan att inträda i avtalet och att avstå därifrån talar för att medkontrahenten inte bör kunna utnyttja boets ovetskap om ett kontrakt till att kvitta fordringar på prestationer, som boet får antas ha avbeställt om det känt till de rätta förhållandena. En viss reservation görs dock för konnexa fordringar, men hela frågan sägs vara osäker.[132] I rättsfallet UfR 1979.6H, som gällde ett något annorlunda kvittningsläge i en entrepre-

[128] Referatet bygger på en avskrift av Hovrättens i Skåne och Blekinge dom den 29/5 1969 (DT 52/1969) i vilken Ystads domsagas häradsrätts dom den 20/12 1968 (DT 170/1968) finns intagen som bilaga.

[129] Enligt rådande uppfattning lär kvittningsyrkandet kunna prövas i jävsprocessen, se Lindskog s 677 f med egen övertygande kritik häremot, jfr Walin, Materiell konkursrätt s 192 med delvis annan uppfattning.

[130] Ang 17:3 RB:s tillämplighet i jävsprocess, se Boman i Festskrift till Ekelöf s 146–153.

[131] Se Konkurs, 7 uppl s 129 not 4 (jfr 8 uppl s 119) och Konkursrätt s 444 och 479 not 13.

[132] Munch s 314 f, jfr 323 f och densamme i UfR 1983 B s 162 ff. Jfr även Carstensen, Ting og Sager s 34 f, 116 ff och 127 not 11.

nörs konkurs, för Højesteret i vart fall ett ganska fritt konnexitetsresonemang, se närmare kap IV 4.3.6.

I *tysk rätt* torde köparen kunna kvitta mot boets vederlagskrav oavsett om boet kände till köparens motfordran eller inte och oavsett om avtal om kvittning slutits eller konnexitet föreligger. Liksom enligt det Alménska resonemanget ovan, sägs köparens skuld för den kommande leveransen vara grundad på avtalet före konkursen och villkorad av boets inträde. Kvittning anses därmed kunna ske, se § 55 p 1 KO.[133] Denna "villkorsteori" har dock på senare tid från flera håll kritiserats i doktrinen, men kvittningen har då på andra grunder ansetts tillåten. BGH har dock nyligen slagit fast både villkorsteorin och kvittningsrätten:

> *BGH 14.12.1983 (KTS 1984.284).* Fråga om en beställare av sju pansarbroar, som levererats efter konkursutbrottet, kunde kvitta tillverkarens konkursbos vederlagskrav mot en fordran som beställaren hade på gäldenären redan före konkursen. BGH framhöll att båda fordringarna uppstått före konkursen, närmare bestämt vid avtalsslutet, och att kvittning därför kunde ske.[134]

3.7 Har boet partiell avståenderätt?

I avsnitt 3.2 framhölls två handlingsalternativ för säljarens konkursbo för det fall, *då gäldenären/säljaren före konkursen utgett en delleverans på kredit eller då han i annat fall presterat fler poster än köparen betalat för vid konkursutbrottet.*

Det värdemässigt gynnsammaste alternativet för boet bör som regel – om vi bortser från situationer med drastiska prisstegringar på marknaden – vara, att *inträda i avtalet* och leverera resterande poster enligt avtalet och kräva in betalningen härför samt dessutom driva in den fordran på betalning som gäldenären/säljaren hade på köparen vid konkursutbrottet. Eftersom säljaren presterat mer än vad köparen gjort då konkurs utbryter, innebär ju ett inträde här att boet i konkursen får in mera pengar än vad som svarar mot boets egen prestation.

Ifall boet är ur stånd att leverera för egen del är dock detta alternativ uteslutet. Boets oförmåga kan t ex bero på att gäldenärens verksamhet lagts ned vid konkursutbrottet eller att boet inte har råd att betala underleverantörer för ytterligare leveranser. Kanske kostar en fortsatt tillverkning mer än den betalning boet beräknar få in av köparen. I dessa

[133] Se Jaeger/Lent s 778 f, Kilger s 254, Müller, Aufrechnung s 8 ff (särskilt 11–13) och 104 f samt Kuhn/Uhlenbruck s 882 och 888 ff, särskilt 890 med vidare hänv.

[134] Jfr däremot det funktionella resonemang som förs i rättsfallet BGH 9.2.1983 (ZIP 83.332), som gällde kvittning med en konkursfordran mot en arrendators konkursbos krav på arrendeavgift för tid efter ackords- resp konkursutbrottet. Kvittning godtogs inte i detta fall. Se närmare kap V 3.1.3 nedan.

fall återstår inte annat än att *avstå från att inträda* i köpet. Är det köpta *odelbart* på det sätt som beskrivits i avsnitt 3.6 angående säljarens konkursbos rätt till partiellt inträde, kan boet i det här aktuella läget endast *avstå från att träda in i avtalet i dess helhet*. Häver köparen därefter avtalet omfattar hävningen således hela avtalet, och boet har då rätt att kräva tillbaka de leveranser som köparen fått men inte betalat före konkursen. Som sagts tidigare (i avsnitt 3.2) har dock köparen i *retentionsrätt* enligt 57 § 2 st KöpL till säkerhet för sin konkursfordran på skadestånd. Köparen kan alltså innehålla den delleverans han fått före konkursen tills boet betalar eller säkerställer hans skadeståndsfordran. Efter en tids resultatlöst retinerande kan köparen sälja egendomen. Får han då mera betalt än storleken på skadeståndsfordringen, kan boet kräva in det överskjutande beloppet.

Om den leverans som köparen fått före konkursen däremot anses kunna skiljas från resterande poster utan att köparen lider skada (jfr 22 § 3 p och 46 § 3 p KöpL), dvs *då säljarens prestation är delbar*, blir läget något annorlunda. *Ett tredje alternativ* kan då bli aktuellt. Den mest gynnsamma vägen för boet är då – om boet inte anser sig kunna eller böra inträda i avtalet – att bara driva in betalningen för gäldenärens leverans före konkursen. Detta kan kallas ett *partiellt avstående*: boet avstår från köparens framtida prestationer enligt avtalet men kräver att han fullgör sin betalningsförpliktelse för den delleverans som säljaren fullgjort före sin konkurs. Nu finns det dock ett "aber" som bör beta boets intresse av alternativet. Köparen torde nämligen ha *rätt att kvitta* sin konkursfordran på skadestånd (för de resterande poster som inte fullgörs av boet) mot boets krav på betalning för gäldenärens delleverans före konkursen, 5:15 KL. Att fordringarna grundas på skilda poster i ett delbart successivleveransavtal innebär förmodligen inget hinder mot kvittning enligt gällande rätt. Denna kvittningsrätt innebär att det snarare är köparen än boet som bör vara intresserad av ett partiellt avstående. Hans skadeståndsfordran torde genomsnittligt sett bli mindre, och full täckning fås smidigare än via retentionsrätten vid fullständigt avstående. För boet bör det sakna betydelse om köparen får full täckning genom kvittning eller retentionsrätt.

Det nu sagda innebär teoretiskt sett att boet så långt möjligt bör försöka fullgöra gäldenärens/säljarens avtal när denne levererat på kredit enligt ett successivt leverensavtal före konkursen. I annat fall går värdet av säljarens delleverans helt förlorat för boet. En eventuell möjlighet att återvinna en kreditleverans som gäldenären företagit före sin konkurs ska inte undersökas här. De lege ferenda kan möjligen ifrågasättas om

köparens kvittningsrätt i den beskrivna situationen är försvarbar.[135] Tillåts en partiell avståenderätt vid uppdelbara köp, vilket jag menar bör göras, har köparen inte rätt att *häva* hela avtalet därför att boet inte fullföljer hela köpet. *Detentionsrätt* till säkerhet för en skadeståndsfordran hänförlig till en annan post i ett avtal om successiv leverans torde inte heller erkännas enligt dispositiv rätt.[136] Att köparen trots detta kan *kvitta* verkar något inkonsekvent.[137] Inkonsekvensen ligger inte i första hand på det konkursrättsliga planet utan på det obligationsrättsliga.[138]

3.8 Analog tillämpning av 41 § KöpL?

I avsnitt 2.8 behandlades den särskilda regeln i 41 § KöpL, som reglerar vad som gäller *då säljaren, utan att han först via 39 och 40 §§ KöpL tillförsäkrat sig om att köparens konkursbo vill fullfölja köpet, utger varan till boet*. Innebörden av paragrafen är att säljaren då har rätt att återkräva varan om inte boet betalar eller, om förfallodagen ännu inte är inne, avger inträdesförklaring och ställer säkerhet, om säkerhet krävs av säljaren. Har boet förfogat över varan så att den inte kan återlämnas "i väsentligen oförändrat skick", anses boet genom konkludent handlande ha inträtt i köpet. Säljaren kan m a o kräva ut vederlaget (eller varans värde om detta är högre) som massafordran.

I *dansk och norsk konkursrätt* finns en motsvarande regel för i princip alla förekommande avtalstyper i 60 § DKL resp § 7–9 LFD. Återkravsregeln gäller även då en köpare utger förskott till säljarens konkursbo utan att först tillförsäkra sig om boets inträde i avtalet.[139]

[135] Jfr Moss i LoR 1979 s 458 ff, som avvisar en sådan kvittningsrätt även när det gäller en sammanhängande produkt som ska tillverkas. Häri kan jag *inte* instämma. En begränsning av kvittningsrätten är endast berättigad då naturagäldenärens prestation är delbar. Jfr strax nedan om sambandet med reglerna om detentionsrättens, retentionsrättens och hävningsrättens omfattning vid partiellt avtalsbrott.

[136] Se Almén § 14 vid not 71 ff, § 22 vid not 25 f och § 29 vid not 8 f, Rodhe, Obligationsrätt s 402 och Christensen s 103 ff. Jfr också NJA 1920 s 632.

[137] Jfr Christensen s 104 f. Se även Lindskog s 81 ff ang skillnaden mellan strikt och enkel avtalskonnexitet. Eftersom köparen torde har rätt *retinera* säljarens/gäldenärens delleverans till säkerhet för sitt skadeståndskrav, bör strikt avtalskonnexitet anses föreligga enligt Lindskogs terminologi. Detta innebär enligt honom att man som utgångspunkt bör godta kvittning. Man kan dock enligt min mening mycket väl tänka sig att förvägra köparen retentionsrätt vid delbara successivleveransavtal. Retentions-, detentions-, hävnings- och kvittningsrätten fick då samma omfattning. Jfr i sammanhanget NJA 1985 s 205 där HD upprätthållit ett strängt konnexitetskrav vid retentionsrätt och även (ref s 208) indirekt uttalat sig för en likartad bedömning för retentions- och detentionsrätt.

[138] Jfr Rodhe a a s 52 ff, särskilt s 62-65.

[139] Se för dansk rätt betænkning nr 606/1971 s 130 vsp, Munch s 386 f (jfr 174 ff för betalningsinställelse), Ørgaard s 92 f (för betalningsinställelse densamme, Betalingsstandsning s 255 f), Gomard s 42 ff med not 48 och för norsk rätt NOU 1972:20 s 313 vsp och 321

Den *svenska* lagstiftningen är emellertid begränsad till att gälla köparens konkurs. Detsamma gäller enligt det kommande departementsförslaget till ny köplag.[140] I doktrinen har dock särskilt 41 § *1 st* KöpL ansetts analogt tillämpbar vid säljarens konkurs. Utgångspunkten för analogin utgör, som ofta annars, Alméns uttalade stöd härför i sin köplagskommentar.[141] De billighetssynpunkter som ligger bakom återkravsregeln äger enligt min mening full giltighet också vid säljarens konkurs. Analogin bör således anses berättigad. Konkret innebär en analogi från paragrafens första stycke följande.

Utger köparen ett förskott till säljarens konkursbo, utan att han först frågat boet om det vill inträda och leverera varan, får köparen kräva tillbaka förskottet, om inte säljarens bo utger varan (och därmed inträder i avtalet) eller, om tiden för avlämnande ännu inte är inne, boet förklarar sig inträda i köpet och ställer säkerhet för sin fullgörelse, om säkerhet krävs av köparen.

Ur säljarboets synvinkel innebär detta, att boet har rätt att välja mellan att inträda, och därmed under massaansvar fullgöra säljarens leveransåtagande, och att avstå därifrån. Avstår boet uttryckligen måste förskottet återlämnas som massaskuld och köpet får då anses hävt. Avstår boet konkludent, genom återbetalning av köparens förskott, är köpet hävt i och med detta.[142] Väljer boet i stället att inträda, kan detta ske genom att boet levererar, förklarar sig inträda eller ställer säkerhet för sin kommande leverans. Liksom vid köparens konkurs kan inträdet antingen ske efter köparens förfrågan (eller återkrav) eller på boets eget initiativ.

Angående ett eventuellt krav på köparens *ovetskap om konkursen*, hänvisas till motsvarande diskussion vid köparens konkurs.[143]

vsp, Ot prp nr 50 (1980–81) s 188 vsp och Brækhus s 172 f med not 9. I tysk rätt motsvaras 41 § KöpL av § 44 KO (Verfolgungsrecht), som endast gäller säljares och inköpskommissionärers återkravsrätt, liksom i Sverige. En köpares betalning som inflyter till säljarens konkursbo efter konkursutbrottet torde dock kunna återkrävas som obehörig vinst enligt § 59 p 4 KO, se Jaeger/Lent s 821 ff, Kilger s 277 f och första noten i 2.8 ovan.

140 Se 63 §, jfr SOU 1976:66 s 37 f, 197 och 301 ff och NU 1984:5 s 134 och 346.

141 Almén, rubriken till §§ 39–41 vid not 5a och 7a. För analogin har också uttalat sig Winroth s 226 f, Ekeberg/Benckert s 104, Hellner, Verkan av insolvens s 252, Håstad, PM s 11 ff och 33 ff, densamme, Sakrätt, 2 uppl s 282 (jfr hänv i 3 uppl s 311) och även i NJH s 86.

142 Förhåller sig boet passivt efter köparens återkrav, torde köparen kunna häva och återkräva förskottet. Passiviteten medför alltså inte att boet blivit skyldigt att under massaansvar utge varan, jfr Håstad, PM s 33 f. Frågar boet om köparen vill ha tillbaka betalningen anses köpet antagligen hävt om köparen underlåter att ge besked utan oskäligt uppehåll. Köparen torde också gå miste om återkravsrätten om han inte på eget initiativ inom rimlig tid framställer återkrav, jfr 2.8 not 259.

143 2.8 vid not 264 ff.

En given begränsning av säljarens konkursbos valrätt enligt 41 § KöpL analogt tillämpad föreligger, då säljarens prestation enligt avtalet innefattar sådana personliga eller individuella förpliktelser, att inträdesrätt för konkursboet över huvud taget inte kommer ifråga.[144] Är varan leveransklar då köparens förskott inflyter till boet, innebär detta dock som regel inget hinder för boets inträde.

I vad mån är då *andra stycket* i 41 § KöpL analogt tillämpligt vid säljarens konkurs? Håstad framhåller att lagrummet i denna del saknar fullständig motsvarighet vid konkurs hos säljaren. Det är ointressant för köparen om han får igen just de pengar som han utgett eller andra. Men om boet inte kan återbetala pengarna blir boet massaansvarigt, "men detta torde", enligt Håstad, "vara en ringa tröst för köparen, eftersom konkursboet då riskerar att sättas i konkurs."[145]

Själv anser jag att köparen inte bara bör få en massafordran på utfående av förskottet då boet är oförmöget att betala utan även då boet av någon anledning vägrar att betala och över huvud taget då återbetalningen uteblir. Vägrar boet att återbetala eller återbetalas endast en del av vad köparen utgett, bör köparen således kunna erhålla utmätning hos boet för sitt krav, se 1:4 KL som är analogt tillämplig vid utmätning, NJA 1984 s 113.[146] För fallet att *köparen betalar till gäldenären själv* och denna underlåter att redovisa pengarna till boet, får generellt hänvisas till motsvarande situation vid köparens konkurs.[147] Liksom vid köparens konkurs bör återkravsregeln anses *tvingande* till konkursboets förmån.[148]

Det bör även framhållas, att om boet beslutar sig för att fullfölja köpet efter att ha mottagit köparens betalning, blir boet också *ansvarigt för leveransens kvalitet*. Är varan felaktig bör köparen alltså kunna göra gällande felpåföljder mot boet som sådant. Med Håstad kan sägas att säljarens konkursbo inte får kringå skyldigheten att återbetala ett mottaget förskott genom att leverera en felaktig vara.[149]

Liksom vid köparens uppkommer vid säljarens konkurs frågorna, om boets inträde enligt 41 §(analogt) innebär, *dels* att boet ådrar sig ansvar även för återstående leveranser i ett successivt leveransförhållande, *dels*

144 Se närmare 3.1 ovan.

145 PM s 34.

146 Jfr prop 1978/79:105 s 696, NJA 1984 s 602 och Welamson, Konkurs s 103.

147 Se det längre packade partiet i 2.8 ovan.

148 Jfr 2.8 mot slutet.

149 Se Håstad, PM s 12 f och 34 samt densamme, Sakrätt, 2 uppl s 282 (jfr 3 uppl s 311). Huruvida denna uppfattning delas av Lindskog förefaller oklart, se s 182 (andra meningen före not 90) och 185 f. Lindskog utgår dock inte generellt från att köparen får låta bli att betala så länge inte boet inträtt eller ställt säkerhet för säljarförpliktelserna, se s 185 f med not 101. Denna premiss är felaktig: köparen behöver aldrig betala något till säljarens konkursbo om inte boets ansvar först tillförsäkrats via 39 eller 40 §§ KöpL analogt. Under denna premiss erkänner också Lindskog att boet är massaansvarigt för fel, se s 186.

om detta inträde medför massaansvar även för motpartens – här köparens – eventuella krav på leverans på grund av förskott utgivet före konkursen. Svaren bör mutatis mutandis bli desamma som vid köparens konkurs. Säljarens konkursbos ansvar för den post som motsvarar det i konkursen mottagna förskottet bör således innebära, att boet definitivt trätt in i avtalet, alltså även för återstående prestationers del. Och i den mån boet har partiell inträdesrätt (se 3.5), behöver boet inte tillgodose köparens fordringar på leverans från tiden före konkursen eller tåla att dess leveranser avräknas på sådana äldre naturafordringar.[150]

3.9 Är boets tillverkning eller leverans konkludent inträde?

3.9.1 Inledning

Föregående avsnitt (3.8) avhandlade frågan om boets ansvar i det fall då köparen, utan att han först tillförsäkrat sig om boets ansvar för motprestationen, i analogi med den situation som regleras i 41 § KöpL utger förskott till säljarens konkursbo. Det återstår nu att undersöka om vissa handlingar av boet utanför återkravsregelns område bör medföra massaansvar. Läget i det följande är genomgående det, att *konkursförvaltningen stillatigande, utan att först klargöra om boet inträtt, fullföljer säljarens åtagande att tillverka och/eller leverera* en före konkursen beställd vara och sedan kräver in betalningen.

Vilken betydelse har då frågan om boets konkludenta inträde i detta läge? Jo, liksom i föregående avsnitt gäller det först att avgöra om boet genom fullgörelsen inträtt i den meningen, att det blivit *massaansvarigt för fel* som kan behäfta varan. Om detta handlar det närmast följande avsnittet (3.9.2). Gör det vidare någon skillnad om boet självt åstadkommit felet, t ex vid egen tillverkning, eller om boet endast utgett en färdig produkt som visar sig vara felaktig?

Härutöver måste bedömas vad som gäller, då köparen betalat en av flera kontraherade leveranser i förskott före konkursen och gör gällande att han har rätt att *avräkna* boets stillatigande leverans på sin leveransfordran på grund av förskottet. Dessutom bör tas ställning till om boets fullgörelse av en post enligt ett avtal om successiv leverans innebär att det ådragit sig leveransskyldighet på massaplanet också för eventuellt

[150] Jfr 2.8 andra stycket (ff) efter not 270 och 2.9.

återstående leveranserna del. Dessa båda frågor diskuteras i avsnitt 3.9.3 nedan.

Ett litet metodologiskt förtydligande är här på sin plats inför fortsättningen. I praktiken föreligger säkerligen ofta, i fall som motsvarar de just skisserade, en rad för den enskilda tvisten särpräglade faktiska omständigheter, som ger mera konkreta ledtrådar för bedömandet av om en leverans etc från boets sida är att anse som en konkludent inträdesförklaring eller inte. Sådant "kött på benen" kan inte beaktas mer i undantagsvis i de typfallsinriktade resonemang som här förs. Enligt min åsikt är det emellertid också principiellt tvivelaktigt, om sådana subjektiva förhållanden bör tillmätas någon större vikt ens i det enskilda fallet. Ställningstagandet till frågan om inträde skett, bör så långt möjligt ske utifrån *en objektiv (eller abstrakt) måttstock*, där lite utrymme ges för utrönande av konkursboets, ofta fiktiva, avsikt.[151] Konkursboet intar i efterhand givetvis alltid den ståndpunkt som i det uppkomna tvisteläget är den för boet mest gynnsamma. Gäller det en kvittningsfråga lönar det sig kanske att hävda att boet med sin leverans avsåg att inträda, medan motsatsen hävdas om det är fråga om boets felansvar. Det avgörande bör då vara vilka konsekvenser de olika lösningar ger i ett större perspektiv och om en lösning är ändamålsenlig och konsekvent satt i relation till den grundläggande ändamålsbestämning som gjordes i kap II 7 ovan, samt det system för konkursboets *uttryckliga* inträden som jag försökt finna i kapitlets tidigare avsnitt.

3.9.2 Ansvarar boet för fel i en vara som det levererat?

Innebär boets okommenterade leverans inträde i betydelsen massaansvar för fel? Denna fråga har inte uppmärksammats i lag, lagmotiv eller rättspraxis. I litteraturen har Håstad ägnat problemet om boets felansvar en förhållandevis ingående analys.[152] Även Lindskog har, mera kortfattat, varit inne på ämnet i sin kvittningsavhandling.[153] I de delar där dessa författare diskuterat felansvaret, och där jag för egen del i huvudsak är av samma uppfattning, kommer jag att fatta mig kort. För frågan om boets felansvar i situationen för 41 § KöpL, analogt tillämpad, hänvisas till avsnitt 3.8.

I det följande kommer jag att gå igenom *tre huvudfall* där frågan om säljarens konkursbos felansvar diskuteras var för sig. Först (A) behand-

[151] Gränsen mellan tolkning av boets handlande och tillämpning av en rättsregel kan därvid bli hårfin.

[152] Se främst PM s 31 ff men även Sakrätt, 2 uppl s 281 ff, jfr 3 uppl s 310 f.

[153] Se s 176 ff på spridda ställen.

las fallet då köparen redan fått varan i sin besittning när säljaren går i konkurs. Därefter (B) diskuteras läget då varan visserligen fortfarande finns kvar hos säljaren vid konkursutbrottet, men på grund av undantagsregler ändå är sakrättsligt skyddad mot säljarens konkursborgenärer. Fallet delas upp i undergrupper beroende på *dels* om varan är leveransklar eller inte vid konkursutbrottet, *dels* om varan är fullt, endast delvis eller inte alls betald vid samma tidpunkt. Till sist (vid C) kommer jag in på det praktiskt viktigaste fallet, nämligen det då varan finns kvar hos säljaren vid konkursutbrottet utan att sakrättsligt skydd erhållits enligt någon undantagsregel. Även här diskuteras olika undergrupper av fall, beroende på om köparen utgett hela, en del eller ingenting av betalningen i förskott.

A. Enklast att bedöma är fallet, då *säljaren redan har levererat varan före sin konkurs*.[154] Oavsett om köparen gör felanspråket gällande före eller efter konkursutbrottet är hans krav i detta läge endast en vanlig konkursfordran. Hans i och för sig berättigade anspråk på exempelvis avhjälpande av felet eller på felfri leverans omvandlas således till oprioriterade penningfordringar. På samma sätt behandlas köparens återkrav av ett före konkursen utgivet förskott och en fordran på skadestånd.

B. Om *säljaren visserligen inte har levererat varan före konkursen men köparen ändå kan göra separationsrätt gällande*, blir frågan om boets felansvar lite mer komplicerad. Eftersom svensk rätt som huvudregel kräver tradition för att köparen ska uppnå skydd mot säljarens borgenärer, blir det här fråga om situationer, där separationsrätt erhållits enligt lösöreköplagen, 1944 års virkesmärkningslag eller då en köpare av ett skepp ansökt om inskrivning av förvärvet och därmed har separationsrätt enligt 19 § sjölagen (1891:35 s 1). Samma principiella läge intar den som tillförsäkrat sig förmånsrätt enligt 4 § 4 st FRL via lagen (1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott.

Är varan identifierbar och leveransklar vid konkursutbrottet är det klart, att köparen mot avtalat vederlag kan tvinga boet att leverera. Oavsett om köparen betalat förskott före konkursen eller betalar till boet då boet utger varan, råder enighet om att köparens felanspråk endast är en konkursfordran. Upptäcker köparen felet innan han hunnit betala, kan han dock givetvis innehålla betalningen, göra prisavdrag eller häva köpet enligt vanliga obligationsrättsliga regler. Skadeståndskrav på grund av felet kan också kvittas mot boets fordran på betalning.[155]

[154] Jfr Håstad, PM s 31 och Lindskog s 176 och 178.

[155] Jfr Håstad, PM a st, densamme, Sakrätt, 2 uppl s 281 f, 3 uppl s 300 och Lindskog s 178.

Vad gäller *om varan inte är färdigställd då konkurs inträffar?* Frågan kan vara av rätt stor praktisk betydelse, eftersom separationsrätt i de flesta av de nyssnämnda fallen kan göras gällande i egendom som ännu inte tillverkats eller färdigställts, bara de identifierings- och individualiseringskrav som uppställs är uppfyllda.

Lösöreköplagen kan således enligt doktrin och praxis avse framtida egendom, t ex varor som vid registreringen ännu inte tillverkats, om bara egendomen kan identifieras enligt reglerna i lagens 1 §. I rättsfallet NJA 1912 s 528 ansågs växande gröda falla under lösöreköplagen och i doktrinen har framhållits att köpet kan avse ännu inte förvärvad egendom och märkta men ännu inte fällda träd.[156] Enligt Hessler kan t o m ett års gröda på en viss gård registreras och Walin anger generellt all egendom av visst slag som tillhörde säljaren vid tiden för köpet som objekt för lösöreköp, om blott egendomen kan skiljas från annan säijarens egendom.[157] I träd och grödesfallen måste dock, såvitt jag förstår, egendomen ha skiljts från fastigheten senast vid konkursutbottet. Annars är den tillbehör till fastigheten. – Den som säkrat sitt förskott för *båtbygge* enligt 1975 års lag har förmånsrätt såväl i en under byggnad varande båt som i byggnadsämnena.[158] Huruvida detta kan ge skydd på ett tidigare stadium än enligt lösöreköplagen är tveksamt.[159] Inskrivning av ett förvärv av *skeppsbygge* kan också ske i ett tidigt skede. Till grund för inskrivningen ligger registreringsreglerna i sjölagen. Enligt 11 § SjöL kan registrering av skeppsbygge ske redan innan bygget påbörjats, om bara identifiering kan ske på ett betryggande sätt.[160] Motsvarande läge kan uppkomma vid *inköpskommission* då kommissionären köpt in material från tredje man för tillverkning av en produkt för kommittentens räkning och tillverkningen inte avslutats då kommissionären försätts i konkurs. För att kommittenten ska kunna separera egendomen i kommissionärens konkurs enligt 53 § 2 st KommL torde inte krävas att tillverkningen avslutats om bara egendomen är individualiserad och kan identifieras.[161] Ett annat analogt fall är det, då *säljaren överlåter egendom som tredje man ska tillverka*, i vederbörlig ordning denuntierar tillverkaren och därefter går i konkurs innan tillverkningen fullbordats.[162]

Vilket felansvar har då boet när köparen har separationsrätt till halvfärdiga varor? Håstad skriver att köparens anspråk på grund av fel är en

[156] Se Lundstedt, Om lösöreköp s 93 ff, Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s 73, Undén s 123, SOU 1974:55 s 210 f, Walin, Separationsrätt s 21 ff, Hessler s 271 f, Håstad, Sakrätt s 189, Helander s 570 f och Göranson s 504 ff med vidare hänv.

[157] Walin a a s 22 f.

[158] Se för identifieringen SOU 1974:55 s 240.

[159] Jfr dock Håstad, Sakrätt s 230 not 25.

[160] Se närmare NJA II 1975 s 167 f och Rune, Rätt till skepp s 18, 40 f och 75 ff. Jfr även Brækhus, International Shipbuilding Contracts s 356–358 ang registrering av skepp under byggnad och s 358 ff för äganderätten till skepp under byggnad.

[161] Ang individualiseringen, se Hult s 174 ff och NJA II 1914 s 273 f. Jfr också Håstad, Studier s 22 f. Ang de närmare förutsättningarna för separationsrätt vid inköpskommission i övrigt, se Hult s 158 ff och Håstad, Studier s 25. Från frågan om äganderättens övergång till kommissionären på grund av bearbetning har här bortsetts.

[162] Se Göranson s 509 ff med hänv ang förutsättningarna för att köparen *alls* ska kunna göra separationsrätt gällande i detta fall.

konkursfordran om boet på krav från köparen lämnar ut egendomen i det skick den befinner sig vid konkursutbrottet. Om köparen däremot ska betala ytterligare vederlag för att boet ska fullfölja tillverkningen, menar han att boet bör ha fullständigt ansvar för fel oavsett hur stort belopp boet erhållit för den resterande prestationen. Boet anses således inte endast ha felansvar upp till det belopp som mottagits i konkursen.[163]

Enligt min mening bör man, för att rätt kunna bedöma frågan om boets felansvar i de fall då köparen har separationsrätt till halvfärdiga varor, först göra klart för sig vilka tvingande rättigheter och skyldigheter köparen och säljarens konkursbo har. Följande frågor bör besvaras.[164]

1) Kan köparen tvinga boet att utge en halvfärdig vara?

2) Kan boet tvinga köparen att motta en halvfärdig vara?

3) Har boet (i strid med köparens önskan enligt 1) en tvingande rätt att göra varan färdig och uppbära återstående vederlag?

4) Kan köparen i stället tvinga boet att göra varan färdig?

I svensk rätt synes dessa frågor föga uppmärksammade, vilket inte är förvånande, då traditionsprincipen härskat i åtminstone ett halvt sekel och lösöreköplagen numera sällan utnyttjas. För skepp och båtar, vid kommission, köp av byggnad på annans mark och vid försäljning av varor som ska tillverkas hos tredje man kan frågorna emellertid vara av rätt stor betydelse. Och om man vill införa avtalsprincipen i Sverige, vilket särskilt Göranson pläderat för, blir frågorna generellt intressanta.[165] Med hänsyn till det sagda är det inte överraskande att mera material finns att hämta i dansk rätt, där avtalsprincipen tillämpas. De närmare förutsättningarna för köparens separationsrätt till varor under tillverkning är emellertid omstridda i Danmark,[166] liksom frågan hur individualiseringskravet ska vara utformat. Det är ändå klart att köparens rätt till framtida egendom i och för sig *kan* bli borgenärsskyddad redan i och med avtalet och individualiseringen. Detta gäller t ex för ett företags framtida produktion under ett år och för identifierbara men ännu inte tillverkade varor. Men vilka rättigheter har nu köparen och säljarens bo

[163] Håstad, PM s 31 och Sakrätt s 300. Såvitt jag förstår menar Lindskog däremot att boet bara bör vara felansvarigt upp till belopp som boet fått för att fullgöra säljarens prestation i konkursen, se s 182.

[164] Jag utgår från att separationsrätten inte faller pga bristande individualisering.

[165] Se Göranson, särskilt s 619 ff, jfr även Tiberg i Festskrift till Eek m fl s 587 ff där avtalsprincipen förespråkas när förskott utgetts för varans tillverkning.

[166] Se Illum s 119 f, von Eyben s 169 ff, Illum/Carstensen s 185 ff, Carstensen, främst s 116 ff (jfr även s 120 ff). Jfr också Højrup s 79 f och Munch s 260 f med hänv. Se även Göranson s 94 f och 530.

vid avtalets avveckling i dansk rätt, i det fall då tillverkningen inte slutförts vid konkursutbrottet?

Enighet råder först om att köparen/beställaren inte har rätt att tvinga boet att fullborda tillverkningen. Vissa författare uttrycker saken på så sätt, att köparen endast har rätt att få ut eller hämta egendomen i det skick den befinner sig vid konkursutbrottet.[167] Detta får dock inte tolkas så, att köparen skulle ha rätt att hindra boet från att fortsätta tillverkningen av varan. Lite osäker blir man ändå när det ofta upprepas, att köparen inte har någon rätt att exempelvis skörda den växande gröda, som hans separationsrätt avser, på boets fastighet eller att köparen inte får överta boets produktionsapparat för att göra "sin" egendom färdig. När det gäller köp av en löpande produktion under en viss tid uppkommer dock inte problemet med halvfärdiga varor. Här anses köparen nämligen ha separationsrätt endast till de produkter som är färdigtillverkade vid konkursutbrottet, däremot inte till halvfabrikat och råvaror även om de visas vara avsedda för just den produktion som köparens separationsanspråk riktas mot. I de löpande produktionsfallen har säljarens bo följaktligen rätt att gå in och fullfölja tillverkningen för egen räkning. Men vad gäller i övriga fall, t ex då köparen har separationsrätt till en halvfärdig specialbeställd maskin?

Säkerligen kan boet utnyttja den i 55 § DKL föreskrivna, tvingande *rätten att inträda* och fullfölja gäldenärens ofullgjorda kontrakt, även mot köparens vilja att få ut den halvfärdiga varan. Detta synes också Carstensen utgå ifrån när han skriver, att boet kan slutföra en produktion och kräva betalt av köparen för fullbordandet.[168] Boet kan också välja att avstå från att inträda i avtalet med köparen, ändå göra varan färdig och sälja den till tredje man. Produktens värde vid konkursutbrottet ska då tillgodoräknas den ursprunglige köparen, i den mån den då uppfyllde individualiseringskravet. En värdering av den halvfärdiga produkten måste då göras på konkursdagen. Avstår boet däremot från att fullfölja tillverkningen över huvud taget, och vill köparen trots allt utnyttja sin rätt att separera egendomen, så ska han, skriver Carstensen, i princip betala hela det avtalade vederlaget men kan härpå avräkna sitt skadeståndskrav för det bristande färdigställandet.[169] Köparen kan alternativt välja att häva avtalet (om bristen är hävningsgrundande) och avvisa varan.[170]

Övergår vi då till *svensk rätt* och t ex det fall, då köparen hävdar separationsrätt till en halvfärdig vara enligt lösöreköplagen, måste liksom i Danmark först fastslås, att köparen inte har någon rätt att tvinga sälja-

167 Illum s 119, Højrup s 79 f och von Eyben s 169.
168 Carstensen s 117 f med noter, jfr Højrup s 79 not 13.
169 Se Carstensen s 35 f och 117.
170 Jfr Højrup s 79 not 14.

rens konkursbo att fortsätta tillverkningen. I konkursen har konkursförvaltaren ensam beslutanderätt om vilka arbeten de anställda ska dirigeras till etc. Boet har således, utan hinder av köparens separationsanspråk, valrätt mellan inträde och avstående på vanligt sätt.[171] Boet har alltså *en tvingande rätt att inträda och göra varan färdig* och leverera den till köparen mot återstående vederlag. Denna rätt kan göras gällande mot köparens vilja att få ut varan i det skick den befinner sig på konkursdagen.

Om konkursboet i stället *avstår från att inträda* i det oavvecklade avtalet, är flera vägar tänkbara. Den första innebär att boet även avstår från att fullborda tillverkningen. Köparen kan då kräva fullgörande och separera den halvfärdiga varan ur boet. Har inte betalningen erlagts före konkursen kan boet kräva in denna, men härpå kan köparen avräkna skadeståndskrav på grund av att inte varan fås avtalsenlig.[172] Köparen torde alternativt kunna tvinga boet att behålla varan och i stället kräva återbetalning av ett före konkursen erlagt förskott: boets val att inte fullfölja tillverkningen innebär ju ett kontraktsbrott som ger köparen rätt att häva. Köparens återbetalningskrav torde emellertid inte vara en massafordran i detta läge, utan en vanlig konkursfordran.[173] Boets rätt att avstå från att fullfölja en på konkursdagen ofullbordad tillverkningsprocess, beträffande en i och för sig separerbar men icke färdigtillverkad vara, innebär alltså *inte* att boet kan påtvinga köparen den halvfärdiga varan. Till sist bör nämnas att boet, om det väljer att avstå från att inträda i avtalet med den ursprunglige köparen, inte mot köparens vilja får fullfölja tillverkningen av varan för att *sälja den till tredje man*. Den ursprungliga köparens rätt att separera den halvfärdiga varan aktualiseras just när boet angett sin avsikt att inte fullfölja avtalet med honom. Den ursprunglige köparen behöver alltså inte (strikt juridiskt) nöja sig med, att i stället för den halvfärdiga varan få ut ett penningbelopp motsvarande värdet på varan vid konkursutbrottet.

Nu kan säkert sägas, att boet *inte* bör vara massaansvarigt för fel i en vara, som är under tillverkning vid konkursutbrottet, *om boet utger egendomen till köparen* (och köparen inte avvisar den) *i det skick den befinner vid konkursutbrottet*. Boet har då endast utnyttjat sin rätt att avstå från att fullfölja tillverkningen och tillgodosett köparens skyddade anspråk på att få ut egendomen. Detta gäller oavsett om boet uppbär ytterligare betalning för varan i det skick den befinner sig, boets betalningskrav helt av-

171 Jfr Håstad/Lambertz i SvJT 1985 s 303.

172 Annan uppfattning ang kvittningsrätten, Moss i LoR 1979 s 458 ff, särskilt 461 f.

173 Det kan alltså inte hävdas exempelvis att köparens återgångsanspråk är skyddat upp till beloppet av varans värde på konkursdagen.

räknas på köparens ersättningskrav eller inga ytterligare betalningskrav reses från boets sida.

Om i stället *boet fullbordar tillverkningen och levererar varan till den ursprunglige köparen*, bör följande gälla.

Har *ingen betalning erlagts* före konkursen, vilket torde vara sällsynt, bör boets fullföljande av avtalet utan vidare ses som ett konkludent inträde i gäldenärens avtal med åtföljande massaansvar för fel. Boet fullbordar i detta läge tillverkningen frivilligt och levererar med utsikt att uppbära fullt vederlag. Åstadkommer boet då fel är det logiskt att boet får bära det fulla ansvaret härför. Men detsamma bör gälla då felet är hänförligt till den del av tillverkningen som gäldenären fullgjort före konkursen. En uppdelning av felansvaret mellan boet och gäldenären är ju sällan praktiskt möjligt vid tillverkningsköp.[174]

Nästa fall är det då *boet fullbordar tillverkningen och levererar till köparen då denne erlagt hela betalningen i förskott före konkursen*. Även här är utgångspunkten att köparen har separationsrätt till den icke färdigställda varan men att han inte kan tvinga boet att göra den färdig. Att hela varan betalats i förskott ändrar inte på detta förhållande. Å andra sidan kan inte boet tvinga köparen att betala något ytterligare. Det normala för boet hade i detta läge varit att försöka få köparen att *gå med på* att betala ett ytterligare belopp som villkor för att fortsätta tillverkningen. Att boet fullföljer kontraktet utan att förhandla sig till något vederlag för egen del blir då att se som ett gynnande av köparen eller ett misstag av förvaltaren, som kan leda till skadeståndsansvar gentemot övriga borgenärer. Vet förvaltaren att varan sannolikt är felbehäftad, kan handlingssättet emellertid vara ett medvetet val eller i alla fall en chanstagning. Boet saknar kanske andra avsättningsmöjligheter och anser att det minst dåliga alternativet är att göra varan färdig och skicka iväg den färdigställd, låt vara med risk för felanspråk. Genom färdigställandet slipper boet också ifrån köparens bevakning av ersättningskrav för bristande färdigställande. Och om en vara utges i halvfärdigt skick blir köparens ersättningskrav som regel högre än om fel uppdagas i en i och för sig färdig vara. Och om boet sluter avtal med den ursprunglige köparen om ytterligare ersättning för fortsatt tillverkning, blir ju boet utan vidare massaansvarigt för fel i varan. En fortsatt tillverkning men försäljning till tredje man medför också fullt felansvar gentemot denne om inte friskrivning sker. Och en friskrivning sänker priset. Dessutom har boet enligt detta alternativ ändå att betala den ursprunglige köparen skadestånd uppgående minst till värdet av varan vid konkursutbrottet, vilket sammantaget gör alternativet föga attraktivt.

[174] Instämmande: Håstad, Sakrätt s 310.

Sammanfattningsvis lutar det sagda åt att boet bör vara felansvarigt fullt ut då det färdigställer och utger en separerbar vara, även då boet inte får något positivt vederlag för detta.

Om köparen erlagt *en del av betalningen* i förskott före konkursen, bör boets fullbordan av tillverkningen och därpå följande leverans till en början betyda inträde och felansvar i vart fall för den del som boet får betalt för och fullgör för egen del. Eftersom varan i tillverkningsfall sällan är delbar, och ett fel inte utan svårigheter kan lokaliseras till just den del av varan som boet tillverkat, samt ett partiellt fel kan göra hela varan obrukbar, bör dock boet även här ha ett fullständigt felansvar. Någon begränsning till just det belopp som boet mottagit i konkursen anser jag, liksom Håstad, inte lämplig i detta fall.

Vi kan då *sammanfatta* de fall – separationsrätt utan tradition – som diskuterats under B:

Utger boet en vid konkursutbrottet färdigställd vara, bör boet inte vara massaansvarigt för fel i den. Detsamma bör gälla då boet utger en halvfärdig vara utan någon egen tillverkning. Om boet slutligen färdigställer en vara som är under tillverkning då konkursen inträffar, och boet utger den till den ursprunglige köparen bör boet svara fullt ut för fel oavsett om boet får fullt, visst eller inget vederlag alls för färdigställandet.

C. Jag övergår nu till det viktigaste fallet vid bedömningen av konkursboets felansvar, nämligen det då *varan vid konkursutbrottet finns kvar hos säljaren utan att sakrättligt skydd vunnits* enligt någon särregel. Köparen har alltså inte rätt att få ut varan av säljarens konkursbo, om inte boet frivilligt levererar den. Om nu boet väljer att göra så, har boet då inträtt/blivit massaansvarigt för fel?

Anledningen till att boet väljer att fullgöra leveransen är förstås normalt att boet vill åt betalningen för varan. Avtalets relativa fördelaktighet jämfört med vad boet kan få ut vid en försäljning till någon annan köpare, hur mycket som återstår för den ursprunglige köparen att betala och om varan är leveransklar vid konkursutbrottet, är några av de variabler som kan styra boets beslut. Varans mer eller mindre allmänna avsättbarhet kan också vara av betydelse vid boets ställningstagande, liksom boets eventuella bundenhet av licensavtal med den ursprunglige köparen.

Om nu boet väljer att leverera varan till den ursprunglige köparen, är det lämpligt att även här dela upp diskussionen i olika typfall. Börjar vi med situationen då *köparen inte betalat något före konkursen*, är det särskilt näraliggande att tolka boets leverans som ett konkludent inträde i gäldenärens avtal. Det bör därvid framhållas, att köparen i princip inte bör anses skyldig att betala eller motta prestation från säljarsidan under konkursen, så länge boet inte påtagit sig massaansvar (eller ställt säkerhet), se 39 och 40 §§ KöpL analogt. När boet stillatigande levererar

varan har köparen därför all anledning för att tolka detta som att boet beslutat sig att inträda som avtalspart. Skulle köparen misstänka något annat kan han fråga boet om dess avsikt. Och får han inte positivt besked i inträdesfrågan inom skälig tid, bör köparen ha rätt att avvisa varan, oavsett om den vid mottagandet synes vara kontraktsenlig eller felaktig. I det senare fallet finns givetvis också, om felet upptäcks innan betalning sker, befogenhet för köparen att innehålla betalningen och häva köpet. Boets ansvar bör dock inte vara begränsat till fel som köparen upptäcker på detta tidiga stadium. Även för exempelvis dolda fel som visar sig under garantitid bör boet svara i samma utsträckning som säljaren gjort. Köparen bör kunna lita på att han inte står rättslös med den mottagna och betalda egendomen, bara därför att leverantören utgörs av ett konkursbo.

Också Håstad anser att boet bör ha ett fullständigt felansvar i det här beskrivna läget. En reservation görs dock ifall köparen enligt gällande rätt har rätt att kvitta boets fordran på betalning mot konkursfordringar på gäldenären, något som kanske följer av NJA 1916 s 154 men som Håstad i vart fall avvisar de lege ferenda.[175] Lindskog är i princip av samma uppfattning i kvittningsfrågan men menar ändå att boet inte är massaansvarigt för fel i sina leveranser i annan mening, än att köparen har detentionsrätt då fel upptäcks före betalningen.[176] Detta ställningstagande vilar dock, enligt min mening, på felaktiga premisser. Avslutningsvis gör Lindskog nämligen den reservationen, att om köparen har rätt att hålla inne sin prestation tills boet ställer säkerhet eller påtar sig massaansvar, då bör boets påkallande av fullgörande av gäldenärens avtal göra varje köparens fordran enligt avtalet till massafordran.[177] Tidigare i detta kapitel har sagts att köparen har en sådan innehållanderätt. Lindskog får då anses vitsorda boets massaansvar för fel i egen leverans.

Jag övergår så till fallet då *hela eller en del av vederlaget erlagts i förskott* före konkursen. Jag utgår också ifrån att hela varan ska levereras i ett sammanhang. Köparen får i detta fall tillgodoräkna sig eller avräkna det före konkursen utgivna förskottet, när säljarens bo kräver honom på betalning för sin leverans (se 3.5.3 ovan). Köparen behöver alltså inte betala på nytt och aldrig mer än det ursprungligen avtalade priset. Frågan är då vad denna avräkningsrätt har för betydelse för frågan om boets felansvar.

Håstad kan tänka sig att boet helt slipper massaansvar för fel om köparen före konkursen utgett *hela* vederlaget i förskott och köparen tillerkänns avräkningsrätt. För det fall *en del* av köpesumman betalats före

175 Se Sakrätt, 2 uppl s 281 och 283 samt 3 uppl s 310 f med not 22, jfr PM s 38.

176 Lindskog s 182 ff, särskilt 185.

177 A a s 185 f med not 101.

konkursen, diskuterar han först en lösning som innebär att boet har massaansvar för fel upp till det belopp som boet mottar i konkursen. Efter att anfört en rad goda skäl för att göra boet massaansvarigt fullt ut, fastnar han dock för denna lösning. För närmare argumentering får här hänvisas till Håstads framställning.[178] Lindskog skriver att boet endast blir massaansvarigt om det kan förmå köparen att betala ytterligare vederlag utöver det ursprungligen avtalade priset (dvs då nytt avtal ingås med boet).[179] Jämför dock vad som nyss sas om premisserna för Lindskogs ståndpunkt.

Åsikten att boet ska ha ett felansvar endast i den mån det för egen del mottar något vederlag kan stödjas på synpunkten, att boet typiskt sett inte har något intresse av att fullgöra säljarens prestation om boet inte får någon motprestation för fullgörelsen eller då det massaansvar som är förknippat härmed kan bli betydligt mera omfattande än det vederlag som fullgörelsen högst kan inbringa.

Själv menar jag att felfrågan i princip bör avgöras oavhängig av om förskott utgått före konkursen eller, m a o, oavsett om boet får ny betalning för sin fullgörelse. Som tidigare nämnts är köparens krav på att få felet avhjälpt eller på felfri leverans svåra att i förväg beräkna i pengar.[180] Och den teoretiska grunden för att knyta felansvaret till just storleken av den betalning som boet mottar i konkursen synes dunkel. Att boet efter en – förutsatt – affärsmässig bedömning väljer att fullgöra säljarens åtagande även i det värdemässigt ogynnsamma läge, då köparen redan betalat en betydande del eller rent av hela vederlaget i förskott och boet dessutom misslyckas med eller underlåter att avtalsvägen få ut ytterligare vederlag av köparen, bör inte denne få lida för. Även då full betalning erlagts före konkursen bör boet enligt min åsikt svara för att varan utges.[181] Även ersättningsanpråk på grund av felet som till äventyrs överstiger priset bör vara massafordran. Huruvida det nu sagda med beaktande av utgången i NJA 1916 s 154 är förenligt med gällande rätt kan kanske diskuteras. Att ta detta gamla, svårtolkade, måhända på processuella grunder irrelevanta och kanske av konnexitetssynpunkter styrda kvittningsrättsfall till ledning för fastställandet av konkursboets felansvar enligt svensk rätt år 1988, innebär dock en överdriven respekt för (eller lojalitet mot) HD:s rättsbildning. 1916 års rättsfall bör enligt min mening inte binda dagens domstolar vid en bedömning av om säljarens konkursbos leverans av en sakrättsligt oskyddad vara innebär inträde i betydelsen massaansvar för fel.

178 Se PM s 32 ff och Sakrätt, 2 uppl s 282 ff (jfr hänv i 3 uppl s 311).

179 Se s 182.

180 Jfr Håstad, PM s 35 och 37 samt Sakrätt, 2 uppl s 283.

181 Numera instämmande: Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 313.

Sammanfattning av de fall som diskuterats under C: Boets leverans av en vara som inte traderats till köparen eller på annan grund gjorts sakrättsligt skyddad före konkursen, bör normalt fattas som en konkludent inträdesförklaring från boets sida, med ett åtföljande fullständigt massaansvar för fel. Någon skillnad bör inte råda mellan fallen då helt, partiellt eller inget förskott alls utgetts före konkursen.

Till sist kan tilläggas, att allt vad som nu sagts under C gäller såväl då boet självt åstadkommer fel genom *egen tillverkning*, som då boet endast levererar en *färdig vara* som visar vara felaktig. Det avgörande bör vara om *tradition* skett (eller annat giltigt sakrättsmoment företagits) före konkursen eller inte. Denna sakrättsliga skiljelinje bestämmer i vilka fall boet har valrätt mellan att fullfölja gäldenärens avtal och att, utan annan påföljd än belastning av en konkursfordran, avstå härifrån. Och fordringar och skulder som är att hänföra till boets fria val bör i princip alltid anses avse boet som sådant. Gränsen mellan tillverkning och ren leverans bör alltså principiellt sakna betydelse för frågan om boets felansvar, då det sakrättsligt avgörande momentet inte går häremellan utan vid traditionen av varan till köparen.

3.9.3 Särskilt om avtal om successiv leverans

I det förra avsnittet hävdade jag under C att boets fullgörelse av säljarens leveransåtagande beträffande en sakrättsligt oskyddad vara bör tolkas som inträde bl a i den meningen, att boet på massaplanet svarar för fel i den levererade varan. Det återstår nu att klargöra omfattningen av massaansvaret då boets utgivande av varan endast innebär fullgörelse av en post av flera i ett successivt leveransförhållande.

Liksom när det vid köparens konkurs gällde att bedöma rättsföljderna av boets stillatigande betalning för en av flera kontraherade leveranser, kan vi först se på *boets ansvar för de resterande leveranserna* enligt avtalet.[182] Läget förutsätts alltså vara det, att boet, utan att först klargöra sin avsikt, levererar en post och kräver betalt för denna. Jag antar också att köparen betalar utan knot. När nästa post ska utges meddelar konkursförvaltningen dock att boet avstår från att fullfölja ytterligare leveranser. Eller också uteblir återstående leveranser utan någon särskild förklaring. Frågan är då om köparens ersättningskrav på grund av boets bristande fullgörelse av resterande poster är en konkurs- eller en massafordran. Problemet kan också formuleras som en fråga, om boet genom att leverera den första posten endast inträtt i avtalet för denna posts vidkommande eller om boet får anses ha trätt in i hela leveransavtalet.

[182] Se för köparens konkurs 2.9 vid not 285 f.

Är den eller de varor som successivt ska utges inbördes avhängiga varandra, så att det köpta får betecknas som *odelbart* i funktionell och värdemässig mening, råder ingen större tvekan. Boets inträde måste då avse allt eller intet. Presterar boet inte återstående poster blir det som sådant skadeståndsansvarigt.

Frågan om ett begränsat ansvar för boet kan däremot diskuteras då varje post utan större problem kan skiljas från de övriga, dvs då köpet kan beskrivas som *delbart*. För motsvarande fråga vid köparens konkurs kom jag emellertid fram till, att köparboets betalning för en post i ett successivt leveransavtal bör betyda definitivt inträde.[183] Medkontrahenten – säljaren – angavs ha ett berättigat intresse av att kunna lita på att köparens bo fullgör avtalet när boet väl en gång presterat. Hans rättsställning skulle bli alltför osäker, om boet för varje post kunde ompröva sitt inträdesbeslut utan att ha något massaansvar för detta. Det finns heller ingen sakrättslig frysnings- eller låsningsprincip att åberopa i de fall, då prestationerna enligt avtalet är fullständigt ömsesidigt ofullgjorda på konkursdagen.

De anförda synpunkterna är i och för sig lika relevanta vid *säljarens* konkurs. En del speciella skäl för ett begränsat ansvar kan dock anges just här. Boets dispositionsmöjligheter är betydligt mera begränsade beträffande varor (och andra naturaprestationer). I många fall är den ursprunglige köparen den ende tänkbare avnämaren. Ligger en eller ett par poster leveransklara hos säljaren, kan hans bo därför ha ett stort intresse av att de kan utges mot avtalat vederlag utan att boet för den skull ådrar sig leveransskyldighet för alla återstående poster, vilka boet kanske saknar möjlighet att fullgöra avtalsenligt. Jag anser ändå att boet, när det tyst väljer att fullgöra en eller ett par leveranser, bör svara för säljarförpliktelserna i dess helhet.

Boet har ju alltid möjligheten att kontakta köparen och uttryckligen klargöra i vilken utsträckning som boet beräknar att kunna fullgöra avtalet. Och om boet uttryckligen anger att det bara avser att leverera vissa poster, bör massaansvaret kunna begränsas i den omfattning som då anges, om inte köparen protesterar inom rimlig tid. Förmodligen är det dock i så fall fråga om ingående av ett nytt, mera begränsat avtal, inte om inträde i ett redan bestående. Dessutom kan sägas, att köparen via 40 § KöpL analogt har rätt att fråga boet om det avser att inträda och att denna rätt även föreligger för sådana prestationer, som ännu inte är aktuella att utge på någondera sidan. Ger inte boet besked får köparen häva. Om boet endast ospecificerat anger att det inträder i säljarens/gäldenärens kontrakt, är köparens ersättningskrav vid boets bristande fullgörelse av vissa poster in dubio en massafordran. Detta fall är jämförbart

183 A st.

med situationen då boet utan kommentar levererar en post. Boet bör då även här svara för *hela* säljarens leveransplikt på massaplanet.

Jag övergår nu till frågan, om boets fullgörelse av en post i ett avtal om successiv leverans av köparen kan *avräknas på en fordran på leverans som köparen har på grund förskott utgivet före konkursen.*[184] När det gäller boets *uttryckliga* inträde i denna situation menade jag i avsnitt 3.5.3 ovan, att en sådan avräkning endast bör tillåtas när boet med hänsyn till det köptas delbarhet får inträda partiellt och i det enskilda fallet också får anses ha gjort detta. I alla andra fall bör avräkning kunna ske. Frågan är nu om detsamma bör gälla då boet under samma premisser *stillatigande* levererar en post.

Enligt min mening bör problemet i princip bedömas på samma sätt som då köparens konkursbo tyst betalar för en post i ett läge, där säljaren har en äldre fordran på betalning från tiden före konkursen. Boet bör alltså med framgång kunna hävda, *att* dess leverans innefattar en konkludent inträdesförklaring, *att* boet har rätt till partiellt inträde och därmed inte behöver leverera till uppfyllande av köparens sakrättsligt oskyddade varufordran från tiden före konkursen, *att* konkursförvaltaren inte heller får leverera till uppfyllande av denna naturafordran och därmed ge köparen ett oberättigat försteg framför övriga konkursborgenärer *och att* köparen därför är skyldig att utge effektiv betalning för boets leverans. För denna ståndpunkt talar också *allmänna regler om avräkningsordningen* vid frivillig fullgörelse av prestation då den presterande – här boet – har flera förpliktelser mot samma borgenär.[185] Dessa avräkningsregler, som inte torde gälla endast för penningfordringar,[186] beskrevs kort vid köparens konkurs vartill hänvisas.[187]

Häremot kan nog invändas, att det inte är självskrivet att boet har rätt till partiellt inträde när inträdet sker stillatigande, även om detta tillåts när uttryckligt inträde sker. Boet kan tänkas få stå sitt kast och vara fullt ut ansvarigt för säljarens gamla förpliktelser när det inte meddelat säljaren sin avsikt. Vikten av att inte systemet av regler för konkursboets inträde i gäldenärens avtal blir alltför svårtillämpat och tillkrånglat talar dock med betydande styrka mot en sådan "särtolkning". Över huvud taget måste det vara en fördel om rättsföljderna av boets inträde i så stor utsträckning som möjligt bedöms likformigt vid de olika inträdesgrunder som kan komma ifråga. Jämför att principerna för boets felansvar, enligt

184 Motsvarande problem har vid köparens konkurs behandlats ovan i 2.9 efter not 285 ff.

185 Förutsättningen är givetvis att varan är homogen och uppdelbar på i stort sett samma sätt som pengar.

186 Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 162 ff och 3.8.2 ovan mot slutet.

187 2.9 vid not 287 ff.

vad som sagts i avsnitt 3.8 och 3.9.2, i stort överensstämmer för uttryckliga och konkludenta inträden.

3.10 Rättsläget vid ömsesidig passivitet

Om inte köparen utnyttjar sin rätt att fråga boet om dess ståndpunkt enligt 40 § KöpL analogt tillämpad, och boet inte heller på eget initiativ ger besked om sina avsikter, vad gäller då?[188]

Då motsvarande frågeställning tämligen utförligt undersökts vid behandlingen av köparens konkurs i avsnitt 2.10, ska jag inte här fördjupa mig i den. Vad som där sas är omvänt tillämpligt vid säljarens konkurs. Generellt hänvisar jag alltså dit.

[188] Fallen då endera sidan företar konkludenta handlingar och vilka rättsverkningar dessa normalt bör ge behandlades i avsnitt 3.8 och 3.9 ovan. Här antas över huvud taget inga positiva handlingar företas under konkurstiden.

IV ENTREPRENAD

1 Inledning[1]

Med *entreprenad* avses här ett avtal enligt vilket en självständig företagare, entreprenören, ska utföra ett arbete som gäller uppförande eller ändring av en byggnad eller en anläggning på fast egendom eller en byggnad på annans mark. Framställningen är inriktad på kommersiella avtal. Dessa avtal regleras väsentligen genom de "Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader" (AB 72), som utarbetats gemensamt av representanter för entreprenörerna och beställarna. Denna förhållandevis kvalificerade standardavtalsreglering torde visserligen inte gälla om inte hänvisning skett i det enskilda kontraktet, utan då får främst köplagens grundsatser, men även konsumenttjänstlagen, ge ledning. Men särskilt med hänsyn till större entreprenaders särart, får analogierna ske med åtskillig restriktion. Att AB 72:s regelsystem i många fall bör beaktas även i ett oreglerat läge torde också vara klart.

Som en bakgrund till de överväganden som strax ska göras beträffande de inblandades befogenheter och förpliktelser vid beställarens resp entreprenörens konkurs, kan en kort beskrivning av olika typer av entreprenader, avtalstypens särart och parternas prestationer här vara på sin plats.

En skiljelinje går mellan avtal om arbete till *fast pris* och avtal på *löpande räkning*. I det förra fallet föregås avtalsslutandet ofta av upphandling, och risken för fördyring ligger på entreprenören. AB 72:s regler utgår från att arbetet normalt sker till fast pris. Vissa modifierande bestämmelser ges sedan för entreprenad på löpande räkning. Här är priset beroende av tidsåtgången, av hur mycket material som går ut och även av oväntade kostnadsökningar. Entreprenören har därmed ett visst ansvar för att inte utförandet av arbetet sker på ett sätt som blir alltför dyrt för beställaren.

Entreprenörens prestation innefattar emellertid inte bara att färdigställa arbetet i tid utan också att hålla med material och redskap för detta. För utförda delar av arbetet har en vårdplikt, och han svarar för de

[1] Se härtill Motiv AB 72 s 20 ff, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 103 ff, Hellner II s 100 ff, Håstad i NJH s 135 ff och densamme, Studier s 115 ff.

fel och brister som framträder under den s k garantitiden. Efter utgången härav svarar entreprenören endast i begränsad utsträckning för fel och brister och då endast för dolda (då synbara) sådana. Entreprenören anlitar regelmässigt underentreprenörer och andra självständiga medhjälpare för olika arbeten. Flera entreprenörer kan också direkt avtala med beställaren om olika delar av projektet (s k delad entreprenad). Vid totalentreprenad svarar entreprenören också för projekteringen av arbetet. I många fall ska entreprenören även ställa säkerhet för arbetets kontraktsenliga fullgörande.

Beställarens huvudsakliga prestation är givetvis att betala entreprenören för utfört arbete. Ofta är han skyldig att ställa säkerhet för betalningen. Vederlaget erläggs som delbetalningar, antingen enligt en betalningsplan eller successivt allt eftersom arbetet fortskrider. Slutlikvid erläggs vid slutbesiktningen. Beställaren ska vidare projektera arbetet (dock inte vid totalentreprenad), ställa arbetsplatsen till entreprenörens disposition, vid delad entreprenad samordna arbetet och även i stort sett finansiera detta. Viss kontroll av arbetet sker också från beställarens sida. Särskilt vid arbete på löpande räkning ligger det i hans eget intresse.

En entreprenad är ofta av komplicerad och omfattande karaktär. Åtskilliga intressenter berörs, omfattande investeringar görs och arbetet kan ta lång tid. Samhällsekonomiskt är det därför viktigt att exempelvis ett stort bostadsbygge fortskrider som planerat och att arbetena inte avbryts om det inte finns tungt vägande skäl för det.

Hävning av entreprenadavtal i här avsedd mening lär också sällan förekomma.[2] Olägenheterna vid en sådan, med omdisponering av produktionsresurser och höga stilleståndskostnader, är betydande. Om avtalet trots allt hävs får hävningen verkan endast för framtiden, liksom vid andra varaktiga avtal, vilket givetvis sammanhänger med att en återgång av redan utförda arbeten inte är praktiskt genomförbart.[3] Förhållandet har träffande uttryckts på följande sätt.[4]

> "Det är vid hävning ej fråga om att riva upp hela kontraktet; entreprenören kan icke återtaga sin prestation. Hävandet innebär därför egentligen icke något annat än en avbeställning av återstående del av entreprenaden jämte en av avbeställningen föranledd avräkning."

Efter arbetets avbrytande efter hävning har beställaren att skaffa fram en ny entreprenör som kan ta över och fullgöra resterande arbeten. För att

[2] Se t ex Källenius s 168, Guter s 47, Motiv AB 72 s 237, Bengtsson a a s 111 och Hellner II s 111.

[3] Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 423 vid not 32, Bengtsson, Hävningsrätt s 4 f och 432, 8:1 1 st AB och 8:2 1 st AB 72, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 111, Källenius s 167 och Hellner II s 109.

[4] Motiv AB 72 s 247. Jfr 8:4 AB 72.

underlätta detta övertagande ger AB 72 vissa bestämmelser om den gamle entreprenörens skyldigheter i detta läge.[5]

Vad gäller kapitlets fortsatta *disposition*, presenteras AB 72:s och dess upphovsmäns inställning till rättsläget vid parternas konkurser i det närmast följande avsnitt 2. Därefter görs en genomgång av huvudfrågorna om konkursboets inträde enligt dansk, norsk och västtysk rätt. I avsnitt 4 försöker jag så fastställa innehållet i tvingande svensk rätt angående parternas och deras konkursbons rättigheter och skyldigheter enligt entreprenadavtal vid konkurs. Liksom i köpkapitlet går jag först igenom rättsläget vid den i huvudsak penningpresterande partens (beställarens) konkurs, för att sedan bedöma motsvarande, något mera svårbesvarade spörsmål vid konkurs hos naturagäldenären (entreprenören).

[5] Se 8:4, 8:5 och 8:7 AB 72. Jfr närmare 2.3 och 4.3.6 nedan.

2 Regleringen i AB 72 med motiv

2.1 Beställarens konkurs[1]

Enligt 8:2 2 p AB 72 har entreprenören, såvitt avser icke utförd del av entreprenaden, en ovillkorlig hävningsrätt vid beställarens konkurs. För obeståndssituationer som inte lett till konkurs, ges beställarsidan däremot en viss chans att rädda avtalet. Obeståndet måste här först innebära, att beställaren inte kan förväntas fullgöra sina åligganden. Enligt motiven ligger häri att beställaren kan förekomma hävning genom att ställa säkerhet "eller på annat sätt lämna garantier för att hans åligganden fullgöres."[2]

För konkursfallet är dock rätten att häva som sagt obetingad. Enligt den till 1965 gällande AB 54 kunde däremot säkerställande freda beställarens bo från hävning.[3] Den nuvarande regeln motiveras med att entreprenörens fordran på beställaren inte är sakrättsligt skyddad genom pant eller retentionsrätt och att förmånsrätt också i övrigt saknas. Med hänsyn till detta anses entreprenören således vara berättigad att omedelbart häva avtalet vid beställarens konkurs.

När avtalet hävs på grund av beställarens konkurs har entreprenören rätt till skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset, 8:6 AB 72.[4]

2.2 Entreprenörens konkurs[5]

För entreprenörens konkurs ger 8:1 3 p AB 72 motsvarande regel som för beställarens konkurs: såvitt avser icke utförd del av entreprenaden har beställaren en ovillkorlig rätt att häva. Enligt AB 72 skulle m a o även entreprenörens konkursbo sakna rätt att fullfölja avtalet. I motiven sägs att det i princip även *åligger* boet att fullfölja entreprenaden om beställaren väljer att *inte* häva, "eftersom AB icke ger konkursboet rätt att

1 Se Motiv AB 72 s 244 f.
2 A a s 245.
3 16 § 2 mom AB 54.
4 Jfr Motiv AB 72 s 249.
5 Se Motiv AB 72 s 239 och 243 f.

häva kontraktet."[6] Om boet ändå inte fullföljer entreprenaden, anges detta få bedömas enligt allmänna skadeståndsregler. Det framhålls vidare att det vid utarbetandet av AB 65 övervägdes, huruvida hävningsrätt borde tillerkännas entreprenörens konkurs- eller dödsbo. En sådan rätt infördes dock inte, "eftersom beställaren därigenom skulle kunna försättas i en oförmånlig situation."[7] Visserligen ansågs konkursboet resp dödsboet ofta vara intresserat av en snabb avveckling av gäldenärens åtaganden, men beställarens intressen ansågs väga tyngst. I anslutning till AB 54 framhåller Källenius, att konkursboet naturligtvis ensidigt kan säga upp avtalet, men att boet då riskerar att hävningen vid en kommande avräkning betraktas som ett kontraktsbrott, därför att boet inte avvaktat beställarens hävning; "konkursboet kan på så sätt riskera skadeståndsskyldighet".[8]

Om boet nu inte fullföljer entreprenaden, sägs i motiven att arbetena inte kan bli stående. Beställaren tvingas då välja om han ska utnyttja hävningsrätten eller inte. Den anges böra utnyttjas med urskiljning,

> "framför allt då man närmar sig entreprenadens färdigställande. Då kan det vara lämpligare, att beställaren – utan att formellt häva kontraktet – själv fullföljer entreprenaden på entreprenörens/konkursboets bekostnad och avräknar kostnaden på innehållna medel (jfr kapitel 3 § 11). Med hänsyn till de ofta invecklade ekonomiska avräkningsfrågorna i dylika fall torde konkursboets och måhända även borgensmännens medgivande böra inhämtas. Skulle innehållna medel och återstoden av kontraktssumman ej förslå till att fullfölja kontraktsarbetena, kan skäl föreligga för beställaren att häva kontraktet, bland annat för att eventuellt borgensansvar skall bli otvetydigt fastslaget."[9]

Därefter sägs att det i vissa fall kan vara en lämplig lösning att beställaren häver och i samband med detta träffar avtal med boet om fullföljande av entreprenaden på löpande räkning. Borgensmännens medgivande bör då inhämtas.

Ställande av säkerhet anger motiven inte alltid ge beställaren skydd för att entreprenören kan fullgöra sina åligganden på rätt sätt. Säkerhet utesluter således inte beställarens hävningsrätt.[10]

Hävs avtalet i samband med entreprenörens konkurs har beställaren rätt till skadestånd, 8:5 1 st AB 72.

I samband med behandlingen av entreprenörens konkurs kan en jämförelse med regleringen av dennes *död* vara av intresse.[11] Enligt 8:1 7 p AB 72 får beställaren då visserligen häva *men endast* om inte entrepre-

6 A a s 239.
7 A a s 243.
8 Källenius s 178.
9 Motiv AB 72 s 239.
10 A st.
11 Se a a s 241 f.

nörens dödsbo utan dröjsmål kan visa, att entreprenaden kan färdigställas kontraktsenligt. I motiven framhålls dels att en verksamhet som drivs som enskild firma (vilket det ju här uteslutande blir fråga om) i allmänhet baseras på kundernas förtroende för och tillit till entreprenörens person. Ett ovisshetstillstånd sägs inte vara förenligt med de krav som gäller för produktionen och med beaktande av över- och sidoordnade entreprenader. Efter en vägning av de olika intressena kom man fram till den nyss beskrivna regeln. Tidsfristen anges bara ge ett kortare rådrum på någon eller några dagar eller den tid dödsboet efter ett plötsligt dödsfall behöver för att undersöka möjligheterna att självt eller via någon annan färdigställa entreprenaden. För att motverka missbruk av hävningsregeln, är beställaren inte berättigad till skadestånd vid hävning på grund av entreprenörens död, 8:5 1 st AB 72 e contrario. Beställarens intresse av att häva bör därmed "väsentligen komma att begränsas till de fall, då hävande med hänsyn till de faktiska omständigheterna kan bedömas vara oundgängligen nödvändigt."[12]

2.3 Andra regler av intresse

I 8:4 AB 72 ges regler för värdering då entreprenadavtalet hävts. Entreprenören ska i princip tillgodoräknas värdet av utfört arbete med beaktande av eventuella fel och brister. Värdet bestäms av entreprenadens status vid hävningen, men ovissa skadeståndsposter hålls öppna tills entreprenaden fullbordats.[13]

Har beställaren hävt avtalet, exempelvis på grund av entreprenörens konkurs, är han enligt 8:5 2 st AB 72 berättigad att själv eller genom annan låta utföra återstående arbeten. Konkursboet är då skyldigt att – mot skälig ersättning – låta beställaren eller den nye entreprenören överta eller förhyra de hjälpmedel, material och varor som kan finnas inom arbetsområdet, 8:7 1 p AB 72. Entreprenörens bo är också, enligt bestämmelsens andra punkt, skyldigt att medverka till att beställaren eller den nye entreprenören får överta entreprenörens avtal med leverantörer och underentreprenörer. Ersättning ska då utges för de kostnader som entreprenören haft för icke fullgjorda delar av avtalen. Syftet med regeln är att entreprenaden ska kunna fullföljas och slutföras på ett så fördelaktigt och smidigt sätt som möjligt.[14] Regelns giltighet mot entreprenörens konkursbo diskuteras närmare i avsnitt 4.3.6 nedan.

[12] A a s 242.
[13] A a s 247.
[14] A a s 250.

3 Huvudproblemen enligt dansk, norsk och tysk rätt

3.1 Dansk rätt

Enligt den danska konkurslagen har en avtalsparts konkursbo en tvingande rätt att inträda i dennes ömsesidigt förpliktande avtal, om inte annat följer av annan lag eller "vedkommende retsforholds beskaffenhed", 53 och 55 §§ DKL. Lagstiftning om entreprenad saknas liksom i Sverige, men ett dominerande standardkontrakt finns i form av den danska motsvarigheten till AB 72, "Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder", nedan kallade AB 72 (D).[1]

För *beställarens konkurs* finns ingen särskild regel upptagen. I litteraturen tycks allmänt antas att beställarens bo har rätt att inträda enligt bestämmelserna i 7 kap konkursloven.[2] Hørlyck skriver följaktligen att byggherrens konkursbo genom en förklaring enligt 55 § DKL kan avskära entreprenörens rätt att häva så länge kontraktet fullgörs. Beställaren får kräva säkerhet av boet endast i den omfattning som följer av 57 § 2 st DKL. I den mån betalningen erläggs successivt i efterskott behöver säkerheten för varje period då bara täcka det först förfallande vederlaget, såvitt avser tiden efter konkursutbrottet.[3]

Har då beställarens konkursbo också rätt till s k *partiellt inträde*? Gäller avtalet ett husbygge, skriver Munch att det knappast kan antas att byggherrens bo kan nöja sig med att betala den del av entreprenadsumman som motsvarar vad som görs färdigt i konkursen.[4] Hørlyck menar på samma sätt att det förmodligen är så, att hela entreprenadsumman måste betalas av boet som massafordran.[5] Även Vagner är av denna uppfattning. Han framhåller att det vid entreprenad finns ett sådant sammanhang mellan kontraktsföremålen, att rättsförhållandet helt saknar den karaktär som kännetecknar typiska 56 § 2 st DKL-prestationer.[6]

1 Bestämmelserna finns intagna hos Hørlyck s 435 ff.

2 Se Pedersen, Entreprise s 112, Lund Christensen i UfR 1960 B s 139 (gällde inträdesregeln i gamla DKL:s 16 §), Munch s 361 och Hørlyck s 267 f.

3 Hørlyck a st, jfr Munch s 364.

4 Munch s 361.

5 Hørlyck s 268.

6 Vagner i UfR 1984 B s 421 not 15.

Om avtalet sträcker sig över en längre tid uppkommer frågan, om boet i entreprenadförhållanden kan utnyttja den särskilda uppsägningsrätten enligt 61 § DKL och därmed *begränsa boets massaansvar framåt i tiden?* Den nämnda paragrafen gäller "vedvarende" avtal, varmed enligt Munch ska förstås avtal, där parternas prestationsskyldighet löper intill den bringas att upphöra genom uppsägning eller på annat sätt.[7] Också på andra långvariga avtal anses uppsägningsregeln dock kunna användas, och Munch skriver i konkurslagskommentaren att en analog användning kanske kan ske vid vissa avtal om utförande av en rad arbeten som sträcker sig över lång tid och som ekonomiskt kan delas upp i enskilda avsnitt.[8] Om detta erkänns, bör rimligtvis även en partiell inträdesrätt i nyss åsyftad mening godtas.

Jag övergår nu till regleringen av *entreprenörens konkurs* i dansk rätt. I AB 72 (D) ges beställaren en ovillkorlig rätt att häva avtalet utan varsel, bl a då entreprenören försätts i konkurs, dvs samma regel som i svenska AB 72. Är nu denna klausul motiverad med hänsyn till rättsförhållandets beskaffenhet eller innebär den ett otillåtet avskärande av konkursboets rätt att träda in och fullborda entreprenaden?

Motiven till 7 kap DKL ger inget besked. Det sägs endast att svaret är avhängigt av rättsförhållandets beskaffenhet.[9] Ørgaard framhåller att hävningsklausulen inte är någon lagregel och att det därför är tveksamt om den är bindande för konkursboet vid sidan av fall, där det redan av rättsförhållandets beskaffenhet följer att boet inte kan inträda.[10] Gomard menar att genomförandet av ett entreprenadavtal med ett konkursbo som entreprenör kan vålla avsevärda svårigheter. Åtagandet kräver omfattande merkantila och tekniska insatser under en längre tid, och ett konkursbo är inte alltid likvärdigt med en "levande" rörelse som avtalspart. Ett inträde av boet skulle således ofta vara ogynnsamt för medkontrahenten. Gomard framhåller allmänt att konkursbon bör ha inträdesrätt då gäldenärens verksamhet är av yrkesmässig karaktär. Det uttrycks emellertid tvivel om detta också gäller avtal som kräver långvarig och omfattande verksamhet från boets sida. Som exempel nämns just entreprenadavtal om ett byggarbete. Gomard poängterar dock att både konkursloven och förarbetena utgår från att 24 § AB 72 inte är bindande och att entreprenörens bo normalt *kan* inträda i entreprenadavtal.[11]

[7] Munch s 389.

[8] A st. Jfr också Munch i UfR 1983 B s 163 vsp där det sägs, att en entreprenad om ett bestämt arbete inte är ett löpande avtal men att motsatsen möjligen gäller för ett flerårigt avtal om inbördes självständiga byggen.

[9] Betænkning nr 606/1971 s 121 vsp.

[10] Ørgaard s 105.

[11] Se för det sagda Gomard s 15 not 6, s 18 och 64 ff med not 85.

Hørlyck skriver att det antagligen är en given sak, att beställaren – oavsett hur 24 § AB 72 (D) förhåller sig till 53 § DKL – i många fall skulle vara illa ställd om han bands av entreprenörens konkursbo. Det långvariga felansvaret skulle bli en illusion gentemot ett konkursbo, och det förtroende som föreligger för entreprenadföretagets ledning och organisation gäller inte för konkursboets del. Klausulen föreslås därför få den betydelsen, att domstolarna bör vara tämligen öppna för att utesluta entreprenörens konkursbos inträdesrätt med hänsyn till rättsförhållandets beskaffenhet. Om entreprenaden är av enkel beskaffenhet eller nästan färdigställd, ser Hørlyck däremot inga avgörande betänkligheter mot att ge boet inträdesrätt.[12]

I en tidskriftsuppsats från 1981 framhåller Munch, att klausulen inte i sig är avgörande för frågan om inträde kan ske. Även om AB 72 (D) är ett s k "agreed document" så har ju inte konkursboet medverkat vid dess tillkomst.[13] Och även om så varit fallet får ett sådant avtal i vart fall för framtida fall vika för en lagregel. Av betydelse anges i stället vara, om boet förfogar över nödvändig expertis och särskilt om boet har en så fast organisation och sådana kreditmöjligheter, att det med rimlig säkerhet kan förväntas att boet kommer att vara i stånd att genomföra uppgiften. Munch tillägger också att det nog i de flesta fall föreligger visshet om ett sådant dröjsmål, att byggherren redan på den grunden kan häva och kräva skadestånd. Här skulle alltså reglerna om anteciperat kontraktsbrott kunna tillgripas. Munch menar vidare att den bank som finansierar entreprenaden bör dras in i förhandlingarna och att det nog i allmänhet spelar stor roll hur långt arbetena fortskridit. Återstår endast en mindre del kommer det inte vara särskilt frestande för byggherren att anlita en ny entreprenör. Detta skulle normalt bara innebära en avsevärd fördyring och en "forflygtelse" av ansvaret för fel och dröjsmål.

I 1984 års upplaga av konkurslagskommentaren uttrycker sig Munch som så, att byggherrens hävningsrätt enligt 24 § AB 72 (D) endast kan erkännas om den följer av rättsförhållandets beskaffenhet. Detta sägs vara en mycket svår fråga, som knappast kan besvaras generellt. Klausulen kan i vart fall åsidosättas om entreprenörens konkursbo "på overbevisende måde kan redogøre for" hur entreprenaden ska kunna genomföras. Det tilläggs också att det i praktiken är av väsentlig betydelse hur långt arbetena framskridit. Reglerna om entreprenörens dödsbos rätt att fortsätta och färdigställa entreprenaden med en av byggherren godkänd person som arbetsledare anges kunna användas i vissa fall, se 24 § 2 och

12 Hørlyck s 263 f.

13 Se för det följande Munch, Diskrimination s 168 med not 26 och 27.

3 p AB 72 (D). Byggherren kan här också kräva säkerhet i den mån sådan inte redan ställts, 25 § AB 72 (D).[14]

I 1987 års upplaga av kommentaren sägs att 24 § AB 72 (D) visserligen i princip saknar betydelse för boets inträdesrätt men att man knappast kan utesluta, att en allmän uppfattning på ett visst område kan tilläggas betydelse för "retsforholdets beskaffenhed", samt att entreprenadens närmare art och omfattning och arten av det återstående arbetet bör vara av väsentlig betydelse.[15]

Ytterligare ett par röster i doktrinen ska refereras. Krag Jespersen anför att de tvingande reglerna i 7 kap DKL helt betar betydelsen av 24 § AB 72 (D). Bara om det följer av rättsförhållandets beskaffenhet kan byggherren häva i enlighet med AB:s regel, men i sådana fall skulle hävningsrätten förmodligen gällt i samma utsträckning oavsett AB. *När* boets inträdesrätt avskärs som en följd av rättsförhållandets beskaffenhet, kan enligt Krag Jespersen inte besvaras i en enkel formel. Av väsentlig betydelse är om byggherren har rimlig grund för att kräva att arbetena utförs under entreprenörens personliga ledning, därför att det han antas besitta särskild fackkunskap, och om det finns rimlig grund att förvänta, att boet i ekonomiskt och andra avseenden klarar av att fullgöra avtalet.[16]

Vagner har i en tidskriftsartikel metodiskt refererat och sammanfattat den övriga doktrinens synpunkter och för egen del framhävt, att frågan om inträdesrätt för entreprenörens konkursbo bör avgöras helt oberoende av vad AB 72 (D) eller individuella avtal föreskriver i frågan.[17] Han menar alltså, på samma sätt jag själv gjort ovan,[18] att det gäller att dra upp ramarna för den tvingande regeln, inte att bedöma giltigheten av hävningsklausulen som sådan. Han menar också att en rad olika faktorer sammanvägda bestämmer om inträdesrätt ska erkännas eller inte och att någon generell ståndpunkt inte kan fastslås. Som exempel på ett fall där inträdesrätt otvivelaktigt bör finnas nämns en snickarmästares konkurs då entreprenaden nästan är avslutad. Endast om beställaren kan göra sannolikt, att det finns risk för att fel i entreprenaden efter hand kommer att visa sig, skulle undantagsregeln i 53 § DKL kunna åberopas. Ett klart fall där inträdesrätt inte bör godtas är å andra sidan det, då en totalentreprenör går i konkurs en kort tid efter totalentreprenadkontraktets ingående och arbetenas påbörjande samt entreprenaden gäller ett om-

[14] Munch, 4 uppl s 344 f.

[15] Munch, 5 uppl s 351 f.

[16] Krag Jespersen i Dansk Privatret (4 udg 1983) s 472 f. Jfr densamme, Byggeritransporter og anden sikkerhedsstillelse i byggeriforhold s 57 f.

[17] Se Vagner i UfR 1984 B s 417–420.

[18] Se särskilt kap III 3.3.

fattande uppdrag, som totalentreprenören avsett att lägga ut på en rad underentreprenörer inom olika yrkeskategorier.

I vilken utsträckning är då en *partiell inträdesrätt* erkänd för entreprenörens konkursbo i dansk rätt i de fall, där boet – med de inskränkningar som rättsförhållandets beskaffenhet påkallar – kan inträda?

Ørgaard och Gomard har inte diskuterat frågan just för entreprenadförhållanden. Allmänt är de dock tämligen restriktivt inställda till partiellt inträde.[19] Hørlyck nämner problemet främst med avseende på felansvaret för arbeten utförda före konkursen. Kort sägs att det i allmänhet får antas, att boet blir skyldigt att fullgöra också förpliktelser från tiden före konkursen som massafordran. Ett undantag bör dock göras för fall, där boet endast ombesörjer färdigställandet av en nästan avslutad entreprenad. Hørlyck menar att det inte skulle vara rimligt, om boet vore tvunget att inträda (fullt ut) i kontraktet som ett villkor för att få entreprenadsumman utbetald.[20]

Också Munch anser att entreprenörens konkursbo måste inträda med fullt massaansvar för entreprenörens förpliktelser.[21] Han skriver att producentens bo vid en sammanhängande prestation, t ex ett husbygge, måste betala skadestånd för skador som uppkommit genom gäldenärens verksamhet före konkursen. Huruvida något annat anses gälla då en mängd ekonomiskt uppdelbara arbeten sträcker sig över en längre tid framgår inte. Som sagts under beställarens konkurs, menar Munch åtminstone att den särskilda uppsägningsregeln i 61 § DKL kan tillämpas analogt i sådana fall. Någon skillnad i behandling mellan avtal på löpande räkning och avtal till fast pris har mig veterligt inte diskuterats.

3.2 Norsk rätt

Enligt § 7–1 LFD är reglerna om insolvensens verkan på gäldenärens kontraktsförpliktelser generellt tillämpliga om inte annat följer av andra lagregler eller "vedkommende rettsforholds egenart". Dessutom står i § 7–3 LFD, som handlar om boets rätt att inträda i gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal, att inträdesrätten inte innebär någon inskränkning i den solvente partens rätt att åberopa insolvensen som hävningsgrund "etter avtalens art". Frågan är då om entreprenadavtal normalt sett omfattas av reglerna om inträdesrätt eller inte.

I det norska betänkandet anförs, redan som ett allmänt skäl för införande av de generella reglerna i 7 kap LFD, den "sjenerende retts-

19 Se Ørgaard s 93 ff och Gomard s 33 (jfr s 41).

20 Hørlyck s 264. Jfr rättsfallet UfR 1971.540, vilket berörs närmare i 4.3.5 nedan.

21 Munch s 361. Instämmande: Vagner i UfR 1984 B s 421 hsp.

usikkerhet" som avsaknaden av sådana regler medför exempelvis för konkursförvaltningen i ett större "entreprenørbo som i løpet av noen hektiske uker etter konkursåpningen må ta standpunkt til en rekke løpende entreprisekontrakter av betydelig økonomisk omfang".[22] Häri ligger dock knappast något ställningstagande i just inträdesrättsfrågan. Vissa uttalanden om omfattningen av entreprenörens resp beställarens konkursbos massaansvar vid ett inträde bör dock rimligtvis förutsätta, att inträdesrätt normalt föreligger.[23] De närmare förutsättningarna för inträdesrätt vid entreprenad diskuteras dock inte i motiven.

Liksom de danska är de norska reglerna tvingande på så sätt, att avtalsklausuler som ger parternas konkursbon en sämre ställning än vad som följer av 7 kap LFD inte är bindande för bona. För inträdesrättens del har denna princip närmare konkretiserats i § 7–3 st 2 p 2 LFD som stadgar, att avtalsbestämmelser som ger den solvente parten en vidare rätt att häva på grund av gäldenärens insolvens inte är bindande för boet.[24] Som sagt kan dock avtalets egenart medföra att inträdesrätt är utesluten, och om hävningsklausulen ger uttryck just för detta, kan den i och för sig sägas binda konkursboet.

I den norska motsvarigheten till AB 72, "Norsk Standard, Alminnelige kontraktbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider" (NS 3401),[25] regleras hävningsrätten vid endera partens konkurs i p 27. Om vi börjar med *beställarens (eller byggherrens) konkurs* står i p 27.2 NS 3401, att entreprenören kan häva kontraktet om det inte, inom en av honom uppsatt rimlig frist, ställs betryggande säkerhet för att den återstående delen av byggherrens förpliktelser fullgörs i rätt tid enligt kontraktet. Enligt 26.2 NS 3401 kan entreprenören stoppa arbetet i samband med hävning och kräva skadestånd.

Hur förhåller sig nu denna hävningsregel till de i princip tvingande bestämmelserna i LFD?

Sandvik framhåller, i ett principresonemang för både beställarens och entreprenörens konkurs, att det får antas, att detta ställningstagande inte har någon betydelse vid bedömningen av en hävningsklausul i ett standardkontrakt som NS 3401, oavsett hur man generellt ställer sig till frågan om verkan av hävningsklausuler vid konkurs.[26] NS sägs utgöra ett standardavtal av säreget slag, genom att på lång sikt syfta till att fungera som dispositiva rättsregler för avtalstypen. Normalkaraktären av ett kontraktsförhållande av denna typ kan man endast få fastlagt genom NS

22 NOU 1972:20 s 309 vsp.

23 A a s 314 vsp, jfr ang partiellt inträde strax nedan.

24 Se härtill a a s 310 f och 313 samt Ot prp nr 50(1980–81) s 180 och 183.

25 Bestämmelserna finns intagna i Motiv AB 72 s 456 ff.

26 Se Sandvik s 269 f.

3401, och hävningsklausulerna i p 27 medverkar då till att bestämma vad som ska utgöra hävningsanledning på grund av avtalets art enligt § 7–3 LFD. Sandvik anser det vara uppenbart förfelat, om den balanserade värdering som ligger bakom p 27 NS 3401 skulle åsidosättas till förmån för "en mer konkret anstrøket og tilfeldighetsbetont dommervurdering."[27] Det tilläggs också, att den nämnda punkten i NS 3401 snarare inskränker än utvidgar hävningsrätten i förhållande till vad som annars skulle ha gällt. Den möjlighet som NS 3401 ger beställarens bo, att avvärja hävning genom att ställa säkerhet, skulle inte ha funnits på "fritt grunnlag". Tvärtom menar Sandvik att entreprenören då haft en obetingad hävningsrätt.

Frågan om beställarens konkursbos inträdesrätt som sådan har i övrigt inte närmare diskuterats i den norska litteraturen.[28] Då NS 3401 tillägger boet inträdesrätt på i stort sett samma villkor som LFD är frågan måhända okontroversiell. Av betydelse är emellertid vilka mera detaljerade regler som gäller om den säkerhet som beställarens bo kan avkrävas. Enligt p 27.2 NS 3401 får entreprenören generellt kräva säkerhet för beställarens återstående förpliktelser enligt kontraktet. Sandvik skriver i kommentaren till bestämmelsen, att hänsyn vid fastställandet av säkerhetens storlek inte bara bör tas till vad som redan betalats utan också till att "ordinär" säkerhet regelmässigt ställts enligt andra regler i NS 3401. Å andra sidan framhålls att p 27.2 inte kan tolkas så att säkerhetssumman utan vidare ska motsvara den del av det samlade vederlaget som utestår obetalt eller osäkrat. Även under fortsättningen av arbetet ska en viss del av betalningen innehållas, och detta begränsar omfattningen av den kredit som entreprenören kommer att ge boet. Krediten motsvarar normalt innestående belopp eller drygt en månads produktion. Med hänsyn till de praktiska problem som kan uppkomma i en insolvenssituation menar Sandvik vidare, att den första av de samlade säkerheterna som kan krävas normalt bör uppgå till ett betydligt högre belopp än de 15 % av kontraktssumman som entreprenören normalt kan kräva, jfr p 9.2 NS 3401.[29] Entreprenören skulle alltså, enligt Sandvik, kunna kräva en avsevärd tilläggssäkerhet även då ordinär säkerhet redan är ställd.[30]

Huruvida Sandviks åsikter är förenliga med säkerställandereglerna i § 7–5 LFD är tveksamt.[31] Lagens huvudregeln är att boet på medkontra-

27 A a s 270.

28 Jfr dock Brækhus s 170 f och Krüger s 66 ff, vars diskussion emellertid avser en äldre version av NS, där såväl entreprenören som beställaren gavs obetingad hävningsrätt vid motpartens konkurs. Jfr även Sandvik i TfR 1968 s 463 och 478.

29 Bestämmelsen motsvaras av 6:18 AB 72, som dock inte säger något om storleken på säkerheten.

30 Se för det sagda Sandvik s 274 f.

31 Se för det följande NOU 1972:20 s 315 ff och Ot prp nr 50(1980–81) s 185 f.

hentens begäran är skyldigt att ställa säkerhet om tiden för gäldenärssidans fullgörelse ännu inte är inne. Enligt motiven ska redan ställda säkerheter beaktas när boets plikt att ställa säkerhet ska bestämmas. Finns redan fullgod säkerhet eller ska betalningen utgå i förskott, är boet över huvud taget inte pliktigt att säkerställa medkontrahenten ytterligare. När det gäller en löpande prestation till gäldenären, där vederlaget ska utges successivt i efterskott för en period åt gången, räcker det att säkerheten för varje tid täcker det först förfallande vederlaget såvitt avser tiden efter konkursutbrottet, § 7–5 st 2 LFD. Huruvida fallet med successiva utbetalningar allt eftersom en entreprenad fullgörs faller under denna regel nämns inte i motiven. Det är således oklart om man, som det i motsvarande fall antagits i Danmark, på detta sätt skulle kunna begränsa omfattningen av boets plikt att ställa säkerhet vid inträdet.

I § 7–5 st 3 LFD finns vidare en regel, som ger "skifteretten" befogenhet att efter en skönsmässig prövning – ifall de vanliga säkerhetsreglerna bedöms ge medkontrahenten otillräcklig säkerhet – bestämma att boet ska ställa säkerhet i vidare omfattning. Som exempel på situationer där regeln kan tillgripas nämns i motiven särskilt olika tillverkningsfall, där tillverkaren skulle göra stora förluster om boet visar sig inte kunna fullgöra avtalet. Särskilt framhålls här avtal som innefattar långvariga och omfattande åtaganden, t ex skeppsbyggnadskontrakt. Steget till byggnadsentreprenad är inte långt. Om LFD:s säkerhetsregler bör slutligen sägas, att avtalsbestämmelser om skyldighet att ställa säkerhet vid motpartens konkurs i princip är giltiga mot den konkursdrabbade partens konkursbo, bara inte plikten blir orimligt betungande för boet, så att rätten att inträda i praktiken avtalats bort, § 7–5 st 4 LFD e contrario. Även om boets plikt att ställa säkerhet enligt 27.2 NS 3401 alltså kan tänkas vara mera långtgående än boets skyldighet enligt § 7–5 LFD, så är boet bundet av klausulen om den inte kan sägas vara orimligt betungande.

Har beställarens konkursbo rätt till *partiellt inträde* enligt norsk rätt? Svaret beror på om någondera partens prestation enligt entreprenadavtalet är odelbar eller på grund av sammanhanget mellan prestationens enskilda delar bör betraktas som en enhet, § 7–4 st 2 LFD. Som exempel på ett fall, där prestationen visserligen får anses delbar men där enhetsrekvisitet bör sätta hinder i vägen för en partiell inträdesrätt, nämns i specialmotiveringen till paragrafen just ett entreprenadkontrakt angående byggnad eller anläggning på fast egendom.[32] Om entreprenaden är halvfärdig då beställaren går i konkurs och 40 % av entreprenadsumman då utbetalats, skulle ett partiellt inträde enligt den norska betänkandet innebära, att boet endast behövde ta på sig massaansvar för betalningen av det arbete som utförs efter konkursutbrottet. För de 10 % "förskotts-

[32] Se NOU 1972:20 s 314 hsp, jfr Ot prp nr 50(1980–81) s 184 hsp och Brækhus s 174.

arbete" som entreprenören presterat före konkursen skulle han bara få en konkursfordran på vederlaget. En sådan lösning ansågs med hänsyn till "oppgjørstekniske" problem mindre lämplig. Detta framhölls trots att problemen sas vara mindre svårbemästrade än om partiellt inträde skulle erkännas för entreprenörens konkursbo. Sandvik skriver på samma sätt att beställarens bo är skyldigt att betala och ställa säkerhet också för den del av arbetet som utförts före konkursutbrottet.[33]

I § 7–6 LFD ges konkursbon *en extraordinär rätt att efter ett inträde, oavsett avtalets bestämmelser härom, säga upp avtalet med sedvanligt eller tre månaders varsel.* Avsikten är att boet ska få en möjlighet att utnyttja gäldenärens långvariga avtal under en begränsad tid. Regeln tar främst sikte på gäldenärens lokalhyreskontrakt, anställningsavtal, leveranser av el, gas, vatten, telefon etc, varaktiga försäljningsavtal för rörelsens produkter och på liknande, löpande avtal.[34] Formellt stadgas dock inte någon begränsning till sådana typer av avtal, utan regeln skulle även kunna tänkas tillämpas av beställarens konkursbo efter ett inträde i ett långvarigt entreprenadkontrakt utan annan påföljd, än att boet belastas med entreprenörens konkursfordran på skadestånd för avtalets avbrytande. Boets intresse för ett sådant tidsbegränsat inträde torde dock sällan vara stort. Avbryts en byggnadsentreprenad före byggets fullbordan står beställarens bo inför (den föga avundsvärda) uppgiften att försöka avyttra en halvfärdig byggnad. Teoretiskt kan dock boet tänkas ha tillgång en entreprenör som utför arbetet bättre och snabbare än den ursprunglige och se möjligheten att på ett enkelt sätt – och kanske även till ett bättre pris – slippa ifrån denne. Mera realistiskt är nog ändå, att § 7–6 LFD inte alls skulle anses tillämplig i entreprenadförhållanden. Härför kan åberopas "vedkommende rettsforholds egenart" enligt § 7–1 samma lag.[35]

Övergår vi så till *entreprenörens konkurs* föreskrivs i p 27.1 NS 3401, att byggherren (eller beställaren) kan häva kontraktet, om det inte utan oskäligt uppehåll visas ("blir godtgjort") att arbetet kommer att fullgöras i enlighet med kontraktet. Klausulen är således mer nyanserad än sina svenska och danska motsvarigheter. Boet ges en viss möjlighet att inträda som entreprenör, vilken möjlighet saknas enligt svenska och danska AB 72. Villkoren för inträdet är emellertid något annorlunda än i 7 kap LFD. Är då denna avvikelse motiverad med hänsyn till avtalets egenart eller innebär NS' regel en för entreprenörens bo icke bindande hävningsklausul?

[33] Sandvik s 275.

[34] NOU 1972:20 s 317 ff, jfr Ot prp nr 50(1980–81) s 186 och Brækhus s 169.

[35] Jfr de kritiska remissynpunkterna till § 7–6 LFD i Ot prp nr 50(1980–81) s 186 hsp och departementets framhållande av möjligheten att använda § 7–1 LFD.

Sandviks principiella inställning till de allmänna kontraktsbestämmelsernas reglering av parternas konkurser har redan refererats ovan vid behandlingen av beställarens konkurs. Kort kan upprepas att han anser hävningsreglerna i NS 3401 ha företräde framför de konkursrättsliga lagreglerna i 7 kap LFD. Angående just p 27.1 NS 3401 sägs denna ge entreprenörens bo en bättre ställning än vad som annars skulle ha gällt: de ändrade ekonomiska förutsättningarna och det "personskifte" som konkursen innebär skulle gett byggherren en obetingad hävningsrätt.[36] Bevisregeln i p 27.1 NS 3401 grundas på att byggherrens intresse vid entreprenörens insolvens först och främst är att undvika att kontraktsbrott uppkommer. Att säkerhet ställs ger inte någon visshet för att entreprenören har eller får förutsättningar för att fullfölja arbetet. Därför har hävningsrätten i stället gjorts beroende av en bedömning av fullgörelseförmågan.[37]

De krav som ställs på entreprenörens bo är, enligt Sandvik, att oanmodat ge byggherren upplysningar och dokumentation som visar, att de ekonomiska och tekniskt produktionsmässiga förutsättningarna för fullgörelsen är säkrade. Konkursboets önskan att inträda och färdigställa entreprenaden får dock normalt tas som ett tillräckligt uttryck för att den *ekonomiska* basen för inträdet föreligger. Det räcker emellertid inte med detta utan boet måste också kunna visa, att det har tillgång till kvalificerad personal på de nyckelpositioner i företaget som är nödvändiga för att arbetet ska kunna fullföljas. Sandvik framhåller nämligen att erfarenheten visar, att entreprenörens sviktande ekonomi snabbt leder till att han mister nyckelpersonalen. Ett konkursbos verksamhet kan ju sällan räknas till de mest varaktiga och trygga arbetsplatser, slutar han.

Med anledning av en remissfråga om förhållandet mellan p 27.1 NS 3401 och inträdesregeln i § 7–3 LFD anges i propositionen till den norska lagstiftningen, att *regeln i NS är giltig inom sitt tillämpningsområde* och således utgör ett undantag på grund av avtalets art enligt § 7–3 st 2 p 2 LFD. Departementet hänvisar härvid generellt till Sandviks synpunkter.[38]

I frågan om *partiellt inträde* kan vi fatta oss kort. I det norska betänkandet sägs att partiellt inträde här skulle innebära, att boet undgick massaansvar för fel i redan före konkursen utfört arbete och att motsvarande skulle gälla för ett redan inträffat dröjsmål. En sådan uppdelning skulle lätt leda till en lång rad avgränsningsproblem, och en partiell

36 Sandvik s 270.

37 Se härtill och för det följande a a s 271.

38 Ot prp nr 50(1980–81) s 183 hsp. Jfr också Sandvik, Materiell konkursrett s 89 f.

inträdesrätt avvisas därför för entreprenörens konkursbo.[39] Häri instämmer man i propositionen.[40]

I anslutning till den danska och norska diskussionen kan tilläggas, att Sandvik på uppdrag av Nordiska ministerrådet 1975 utarbetade ett utkast till *samnordiska kontraktsbestämmelser* för bygg- och anläggningsentreprenader.[41] Utkastet grundar sig på en analys av de nationella allmänna avtalsvillkoren i de fem nordiska länderna, däribland svenska och danska AB 72 och norska NS 3401. Målsättningen var att få de nationella kontraktsbestämmelserna att närma sig varandra för att – på sikt – åstadkomma en unifiering.[42]

Utkastets kap 11 reglerar hävning av entreprenadavtal bl a på grund av endera partens konkurs.[43] Dessa regler överensstämmer nästan helt med p 27 NS 3401. I § 11–1 st 2 ges entreprenören således hävningsrätt vid *byggherrens/beställarens konkurs*, om det inte inom en rimlig, av entreprenören uppsatt frist ställs betryggande säkerhet för att hela den återstående delen av byggherrens förpliktelser fullgörs i rätt tid enligt kontraktet. Sandvik skriver i en kort kommentar att det säkerligen inte har någon större betydelse om hävningsrätten är obetingad – som i de finska och svenska standardkontrakten – eller kan avskäras genom att säkerhet ställs. En obetingad rätt att häva sägs knappast komma att åberopas i de fall där det ställs full säkerhet för rättidig betalning. Trots allt bör hävningsrätten, fortsätter Sandvik, begränsas så långt möjligt med hänsyn till "det spill av resurser" som en hävning i allmänhet innebär.[44] Enligt utkastets § 11–3 kan entreprenören stoppa arbetet i samma utsträckning som han kan häva.

För *entreprenörens konkurs* föreskriver utkastet att byggherren kan häva, om det inte utan oskäligt uppehåll visas ("blir godtgjort"), att arbetet kommer att fullgöras i enlighet med kontraktet, § 11–1 st 2. I kommentaren till regeln framhåller Sandvik angående bevisrekvisitet, att detta medtagits för att tillvarata konkursboets rätt och intresse av att inträda i det löpande kontraktsförhållandet. De svenska och danska reglerna om obetingad hävningsrätt avvisas alltså. Sandvik menar att det "lett kunne tenkes att boet kan godtgjøre at det er i stand til å satse de nødvendige resurser for å fullføre arbeidet og dermed oppnå fordelene ved det fulle vederlag etter kontrakten."[45] Han avvisar också en lösning, som gör hävningsrätten betingad av att tilläggssäkerhet ställs. En sådan regel sägs bara indirekt främja det syfte som ligger bakom bevisregeln.

39 NOU 1972:20 s 314 hsp, jfr Brækhus s 174.
40 Ot prp nr 50(1980–81) s 184 hsp.
41 Se NU 1976:22.
42 Se a a s 3 och 19 f.
43 A a s 16 f.
44 A a s 52 f.
45 A a s 51 f.

3.3 Tysk rätt

I tysk rätt finns särskilda regler för "Werkvertrag" i § 631 ff BGB. Ett sådant avtal föreligger när någon mot vederlag åtar sig att prestera ett bestämt arbetsresultat.[46] Under denna vida definition faller också de avtal som här benämns entreprenad. Då entreprenören normalt håller med materialet till arbetet, föreligger visserligen egentligen – för att vara mer exakt – ett s k "Werklieferungsvertrag" enligt § 651 BGB. För dessa avtal gäller BGB:s regler för köp om tillverkningen gäller "eine vertretbare Sache", dvs en fungibel sak.[47] Gäller avtalet i stället framställning av icke fungibla saker, tillämpas i stort samma regler som för "Werkvertrag". Den dispositiva regleringen av entreprenadavtalet kompletteras av BGB:s allmänna obligationsrättsliga regler på olika abstraktionsnivåer.[48]

De nu nämnda reglerna är dock normalt av ringa intresse i entreprenadförhållanden. Liksom i de nordiska länderna domineras branschen helt av ett kvalificerat standardkontrakt, "Verdingungsordnung für Bauleistungen" (VOB). Bestämmelserna har utarbetats efter förhandlingar mellan partsorganisationer på ömse sidor.[49] VOB består av tre delar, av vilka den första och den tredje (VOB/A resp VOB/C) här saknar intresse. Den andra delen (VOB/B) innehåller de egentliga allmänna avtalsvillkoren "für die Ausführung von Bauleistungen".

I §§ 8 och 9 VOB/B finns regler om beställarens resp entreprenörens rätt att frånträda avtalet. *Beställarens konkurs* är dock inte upptagen bland de omständigheter som berättigar entreprenören att säga upp avtalet (= häva för framtiden, i fortsättningen "häva"). Inte heller andra fall av insolvens hos beställaren regleras i VOB/B.

I doktrinen anses utan vidare att *beställarens konkursbo har valrätt* mellan att inträda och att avstå härifrån enligt den allmänna regeln för ömsesidigt förpliktande avtal i § 17 KO. Detta gäller både för Werk- och Werklieferungsvertrag.[50] Några särskilda inskränkningar i beställarboets rätt att inträda uppställs inte. Enligt den generella regeln kan boet ge-

[46] Se t ex Larenz II s 257 ff och Gitter m fl s 99 ff.

[47] Se definition i § 91 BGB.

[48] Jfr i svensk litteratur Almén § 2 not 3, Rodhe, Obligationsrätt s 707 f not 36, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 103 not 2 och SOU 1979:36 s 90 ff med hänv.

[49] Se om VOB främst Ingenstau/Korbion. En kortfattad framställning finns hos Gitter m fl s 125 ff.

[50] Se Jaeger/Henckel s 480, Kuhn/Uhlenbruck s s 413 och 419, Kilger s 96 f, Offtermatt s 10 och även Leineweber i BauR 1980 s 510 ff, särskilt 517.

nom en förklaring inträda i avtalet. Boet behöver, utöver det därav följande massaansvaret, inte ställa säkerhet om detta inte särskilt avtalats.[51]

Liksom vid köp tillåts inte partiell inträdesrätt. Boet måste således som massaskuld betala också för arbete som medkontrahenten/entreprenören utfört före konkursen.[52] Hade entreprenören rätt att häva avtalet på grund av beställarens dröjsmål före konkursen (jfr § 9 Nr 1 VOB/B), kan denna hävningsrätt utövas också mot konkursboet. Boet har inte heller någon särskild rätt att begränsa sitt massaansvar framåt i tiden utan kan endast inträda i avtalet i dess helhet även i detta avseende.

Rättsläget vid *entreprenörens konkurs* har varit mycket omstritt. Någon klar "herrschende Meinung" har knappast kunnat urskiljas i doktrinen, och ett direkt prejudicerande utslag fälldes inte förrän helt nyligen i högsta instans, se *BGH 26.9.1985 (ZIP 85.1509)*. Jag återkommer till fallet lite längre fram i texten. De åsikter som förts fram i litteraturen och de avgöranden som publicerats från de lägre instanserna, är – trots att den väsentligaste frågan nu avgjorts av BGH – i detta sammanhang av intresse att dessförinnan kunna presentera. Detta görs i kronologisk ordning, då rättsutvecklingen under de senaste tio åren framskridit genom ett fortlöpande växelspel mellan nyare doktrin och underrättspraxis.

Utgångspunkten för den tyska diskussionen är att också entreprenörens konkursbo har den valrätt som föreskrivs i § 17 KO. En del oskrivna undantag från *rätten att träda in* uppställs dock – liksom vid andra avtalstyper – då gäldenärens/entreprenörens personliga kvalifikationer eller särskilda egenskaper är avgörande för beställarens intresse av hans prestation.[53] Men även om entreprenörens prestation i och för sig objektivt sett får fullgöras av boet med hänsyn till detta, utesluts inträdesrätt ändå om gäldenärssidans prestation i den föreliggande, konkreta situationen i realiteten är omöjlig för boet att fullgöra. Detta kan exempelvis bero på att gäldenärens verksamhet lagts ned då inträdesrätt görs gällande eller då det framstår som uppenbart, att boet saknar tillräcklig ekonomisk kapacitet för att kunna genomföra gäldenärens åtaganden.

I rättsfallet *OLG Hamm 6.12.1976* (NJW 1977.768) hade gäldenären sålunda i egenskap av entreprenör renoverat och bytt ut ett antal vajrar i ett radiotorn tillhörigt en radiostation (beställaren). Vederlaget för arbetena (ung en halv miljon DM) hade redan erlagts när entreprenören gick i konkurs, med undantag för ett mindre belopp (6 000 DM) som innehållits som säkerhet för eventuellt uppkommande ersättningsanspråk. Före konkursen hade beställaren gjort gällande att

51 Se närmare kap III 2.3 vid not 55 f. Jfr, betr säkerställande vid byggnadsentreprenad i allmänhet, § 17 VOB/B och Ingenstau/Korbion s 1712. Ang säkerställande just vid insolvens, se Leineweber a a s 517–519.

52 Jfr kap III 2.6.4 ovan med hänv.

53 Se mera ingående kap III 3.1 vid not 24 ff.

vajrarna inte uppfyllde gällande säkerhetsbestämmelser och krävt att bristfälligheterna skulle åtgärdas. Kostnaden för dessa tilläggsarbeten beräknades uppgå ungefär till beloppet av det ursprungligen avtalade vederlaget. Beställarens anspråk hade – fortfarande före konkursen – endast utmynnat i en långvarig resultatlös skriftväxling mellan parterna. I konkursen krävde sedermera konkursboet att beställaren skulle betala återstoden av det ursprungligen avtalade vederlaget. Kravet grundades på entreprenörens/gäldenärens bokföring, där ett saldo på detta belopp entreprenören till godo fanns upptaget. Beställaren hävdade i målet att boets betalningskrav innefattade en inträdesförklaring enligt § 17 KO och att boet därför var skyldigt att byta ut de felaktiga vajrarna. Boet bestred fel och att dess krav på betalning utgjort en inträdesförklaring. Förvaltaren påstod att han inte känt till korrespondensen mellan parterna före konkursen och att det av innehållet i boets skriftliga betalningsanmaning tydligt framgått, att gäldenären fullgjort sin del av avtalet och inte hade för avsikt att prestera något ytterligare.

I domen fastslogs att beställarens felanspråk *inte* var en massafordran. Huruvida anspråket som sådant var berättigat ansåg sig domstolen därför inte ha anledning att gå in på. Entreprenadavtalet sas i och för sig inte varit fullständigt fullgjort från gäldenärens sida vid konkursutbrottet, men beställaren hade ändå inte visat att övriga förutsättningar för § 17 KO:s tillämplighet förelegat och att boets betalningsanmodan därmed kunnat utgöra en inträdesförklaring. Ett konkursbo angavs nämligen endast kunna inträda enligt § 17 KO, om fullständig fullgörelse ännu är möjlig då inträdesfrågan aktualiseras. Boet måste alltså enligt en subjektiv bedömning vara i stånd att fullgöra avtalet. Det måste t ex ha tillräckliga medel för att kunna driva gäldenärens rörelse vidare och ha nog med pengar för att uppdra åt en annan entreprenör att fullfölja avtalet för boets räkning. Dessa teser följde av § 17 KO:s syfte att främja borgenärernas gemensamma bästa. Med hänsyn till detta kunde boets betalningskrav i det aktuella fallet inte innebära inträde. Det framhölls emellertid samtidigt att ett ensidigt betalningskrav i och för sig *kan* förstås som en inträdesförklaring, oavsett om konkursförvaltaren vet om att han utövar inträdesrätten eller inte.[54]

Även om nu entreprenörens bo med de nämnda inskränkningarna tillerkänns rätt att inträda så är ändå inte frågan därmed avklarad för tysk rätts del. Enligt den i vart fall tidigare härskande meningen är nämligen ett avtal som betar boet inträdesrätten giltigt![55] Fastän valrätten i § 17 KO ansågs tjäna borgenärernas gemensamma bästa och denna rätt inte sas kunna uteslutas av de ursprungliga parterna före konkursen, erkändes en före konkursen avtalad rätt för motparten, att lösa sig från avtalet för den händelse konkurs skulle utbryta. En sådan lösnings- eller hävningsrätt ansågs märkligt nog inte strida mot paragrafens syfte. Dessutom åberopades § 17 KO:s ordalydelse, som säger att boet har rätt att fullgöra avtalet "an Stelle des Gemeinschuldners". Härav skulle framgå att konkursboet inte har någon annan eller bättre rätt än den gäldenären själv hade.[56]

[54] Jfr ang konkludent inträde i detta läge även Jaeger/Henckel s 526 med samma uppfattning.

[55] Se främst Jaeger/Lent s 294 f men även Böhle-Stamschräder 11 Aufl 1974 s 104 och Offtermatt s 55. Jfr kap III 2.3 vid not 42 ff.

[56] Se särskilt Jaeger/Lent s 295.

En debatt om dessa tesers giltighet särskilt i entreprenadförhållanden initierades 1975 genom en tidskriftsartikel av Rosenberger.[57] I blickpunkten för honom låg framför allt hävningsklausulen i § 8 Nr 2 VOB/B. Här står att entreprenadavtalet kan hävas av beställaren, då entreprenören inställer sina betalningar, öppnar ackordsförhandling eller försätts i konkurs.[58] Om klausulen tillas giltighet mot entreprenörens bo i enlighet med den härskande lärans principiella ståndpunkt, skulle boet i realiteten sakna inträdesrätt.

Häremot opponerade sig Rosenberger. Han menade att man i dittills refererad rättspraxis och doktrin inte seriöst övervägt frågan, om dylika hävningsklausulers förenlighet med § 17 KO och den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen. Den sparsamma argumentering som trots allt framförts sas – med rätta! – vara motsägelsefull. Rosenberger framhöll att en avtalad hävningsrätt strider mot ändamålet med § 17 KO. Han avfärdade också utan vidare synpunkten, att ordalydelsen i paragrafen skulle tala för giltigheten av hävningsklausuler: bestämmelsen uttrycker endast en allmän konkursrättslig princip, nämligen att boet generellt övertar gäldenärens rättigheter och på detta oprecisa sätt kan sägas träda i gäldenärens ställe: "Die Wiederholung dieser Tatsache in § 17 KO ist ein nichtssagender Schnörkel des Gesetzgeber von 1877, aus dem beim besten Willen nichts hergeleitet kann."[59]

I stället bör man enligt Rosenberger direkt ta ställning till frågan, om en avtalspart genom en hävningsklausul bör ha rätt att skaffa sig en gynnad ställning i förhållande till andra konkursborgenärer som måste kvarstå vid sina avtal? Och bör boet med hänsyn till konkurslagens övriga regler och syfte ha kvar inträdesrätten trots en avtalad hävningsrätt? Rosenberger gör sedan en jämförelse med andra avtalsbara säkerhetsrätter, såsom ägarförbehåll och olika typer av säkerhetsöverlåtelser. Den avgörande skillnaden med hävningsklausulen sägs då vara, att den direkt är villkorad av att konkurs inträffar. Vidare hänvisas till reglerna i §§ 18–24 KO, där olika särregler för konkursens verkan på vissa enskilda avtalsförhållanden upptas, och till andra specialbestämmelser om verkan av konkurs i lagstiftningen. Det är till dessa särbestämmelser det hänvisas i § 25 KO, för undantag från den allmänna valrättsregeln i § 17 KO, menar Rosenberger. VOB däremot, är ingen lag och har heller ingen sedvanerättslig karaktär. Den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen talar därför mot giltigheten av VOB:s hävningsklausul för entreprenörens konkurs. Förbudet mot särexekution för konkursfordringar (§ 12

[57] Se Rosenberger, Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers, i BauR 1975 s 233 ff.

[58] Bestämmelsen återfinns hos Ingenstau/Korbion s 27.

[59] A a s 236 vsp.

KO) sägs dessutom tala för detta. I och med hävningen tillskansar sig ju beställaren en möjlighet att kvitta sin skadeståndsfordran på grund av hävningen mot eventuella krav från boets sida. Beställarens intresse av att få besked om avtalets fortsatta öde tillgodoses vidare enligt Rosenberger genom interpellationsrätten enligt § 17 st 2 KO (jfr 40 § KöpL). Det korta ovisshetstillståndet då boet överväger sitt beslut får beställaren tåla. Det framhålls avslutningsvis också, att beställaren har kvar rätten att häva på grund av entreprenörssidans dröjsmål (se § 8 Nr 3 VOB/B) oavsett konkursen. Har avtalet hävts redan *före* konkursen är hävningen giltig också mot boet. Och även om hävning inte hunnit ske före konkursutbrottet, sägs beställaren utan vidare kunna häva också mot boet på grund av gäldenärens dröjsmål. Att beställaren därutöver skulle ha rätt att häva på grund av konkursen som sådan, anser Rosenberger inte skäligt.

På Rosenbergers bredsidor mot den förhärskande uppfattningen replikerade Heidland omgående i samma tidskrift.[60] Denne menar tvärtemot Rosenbergers uppfattning att hävningsklausulen i § 8 Nr 2 VOB/B *kan* göras gällande mot entreprenörens konkursbo. Till en början framhålls att Rosenbergers teser om en tillskapad kvittningsrätt är ohållbara. § 17 KO tjänar vidare två olika ändamål, nämligen *för det första* att skydda medkontrahenten, som inte ska behöva prestera mot en konkursfordran på vederlaget, utan som endast kan avkrävas prestation av boet om boet å sin sida presterar fullt. *För det andra* tjänar § 17 KO borgenärernas intresse, genom att bestämmelsen ger konkursförvaltaren en gentemot medkontrahenten bindande rätt att välja, om han ska fullfölja gäldenärens avtal eller avstå härifrån. Medkontrahenten sägs aldrig kunna häva avtalet mot boets vilja att fullfölja avtalet. Ett före konkursen träffat avtal mellan gäldenären och medkontrahenten, om hävningsrätt för den händelse konkurs skulle följa, anges också – som Rosenberger framhållit – otvivelaktigt beskära boets möjligheter att företa ett reellt val och strider såtillvida mot § 17 KO:s syfte. Ordalydelsen i paragrafen ("an Stelle des Gemeinschuldners") sägs dock inte vara någon intetsägande "Schnörkel" av 1877 års lagstiftare. Heidland menar att lagen inte någonstans förbjuder en avtalad hävningsrätt grundad på sådana särskilda omständigheter, som har ett sådant inflytande på gäldenärens ekonomi, att han inte längre kan förväntas fullgöra sina åtaganden kontraktsenligt eller åtnjuter det nödvändiga förtroende, som måste finnas i varje avtalsrelation. Det är alltså inte förbjudet att avtala om en hävningsrätt för det fall gäldenären skulle ställa in sina betalningar eller hamna i "Überschuldung", dvs då sådana omständigheter föreligger,

[60] Heidland, Zu Rosenberger: Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers, i BauR 1975 s 305 ff.

som enligt tysk rätt utgör grund för konkurs. När en hävning som grundas på samma omständigheter som konkursen är tillåten, bör en hävning som grundar sig på konkursen som sådan också vara det, skriver Heidland. Han anser vidare att grundprincipen är att ett avtalsförhållande inte alls påverkas av att konkurs inträffar. Medkontrahenten skulle alltså i princip vara skyldig att prestera mot en dividend av sin fordran på motprestation om inte regeln i § 17 KO fanns. Denna regel ses således som en undantagsregel och detsamma gäller för särreglerna i § 18-24 KO. Att § 25 KO endast nämner dessa paragrafer och andra *lagregler* som undantag från § 17 KO sägs utgöra en självklarhet. Avtalsbestämmelser behandlas ju i stället enligt de allmänna konkursrättsliga principerna, och då dessa som sagt inte ger medkontrahenten någon lösningsrätt på grund av konkursen, bör han kunna häva avtalet på kontraktsrättslig grund. Hävningsklausulen i § 8 Nr 2 VOB/B skulle m a o vara giltig mot entreprenörens konkursbo.

Stridsfrågan om § 8 Nr 2 VOB/B:s giltighet mot entreprenörens konkursbo ställdes några år senare på sin spets i följande, ofta citerade underrättsavgörande.

> *LG Aachen 21.6.1977 (KTS 1979.123).* Entreprenören hade åtagit sig att utföra sanitära installationer i en nybyggd skola. VOB gällde på avtalet. Innan arbetena påbörjats försattes entreprenören i konkurs. Ungefär en månad efter konkursutbrottet hävde beställaren avtalet och anlitade en ny entreprenör. En skadeståndsfordran bevakades i konkursen mot vilken boet gjorde anmärkning på den grunden, att beställaren inte haft rätt att häva. Den av beställaren åberopade § 8 Nr 2 VOB/B kunde inte göras gällande i strid med § 17 KO:s inträdesrättsregel, hävdade boet. Detta skulle särskilt gälla då boet entydigt tillkännager att det vill inträda i avtalet. I enlighet med Rosenberger framhöll boet bl a, att hävningsrätten stred mot § 17 KO:s syfte och förbudet mot särexekution, att beställarens intresse var tillräckligt tillgodosett genom möjligheten att vid äventyr av hävning avkräva boet besked i inträdesfrågan, samt att beställarens hävning stred mot tro och heder (se § 242 BGB). – I domen refereras först den "die herrschende Meinung", vilken alltså innebar att en avtalad hävningsrätt för konkursfallet ansågs giltig mot boet. Domstolen ansåg sig dock *inte* kunna ansluta sig till denna uppfattning. I stället "köpte" den nästan ordagrant Rosenbergers synpunkter, se ovan. Beställarens bevakning underkändes alltså därför att hävningen ansågs otillåten.

Avgörandet fick ett gott bemötande i doktrinen. I den nya upplagan av Jaegers konkurslagskommentar (tidigare främsta företrädare för den härskande meningen) tar Henckel nu avstånd från de tidigare upplagornas mening.[61] Han framhåller att ett avtal om hävningsrätt vid en parts konkurs primärt träffar borgenärerna och boets rätt att inträda och dra nytta av ett gynnsamt avtal. Överenskommelser som endast är till nackdel för konkursboet kan gäldenären inte träffa i förväg. Å andra sidan anges en avtalsavveckling med ett konkursbo som medkontrahent ibland vara ogynnsamt för den solventa parten och mot detta försämrade läge

61 Se för det följande Jaeger/Henckel s 568 f. Jfr också kap III 3.1 vid not 24 ff.

måste han kunna säkra sig genom en avtalsreglering. Enligt Henckel måste en "differenzierende Lösung" på problemet sökas.[62] En för konkursfallet avtalad uppsägnings-, hävnings- eller lösningsrätt bör tolkas så, att gäldenärens medkontrahent önskar skydda sig mot de "unzumutbaren Nachteilen" som kan drabba honom i och med en konkurs. Sådana orimliga nackdelar uppstår dock normalt inte, skriver Henckel, då konkursboet väljer att inträda och fullfölja avtalet.

Att medkontrahenten är bunden intill dess boet fattat sitt beslut i inträdesfrågan är inget orimligt krav. I den ordnade konkursavvecklingens intresse får medkontrahenten tåla denna övergående ovisshet. "Unzumutbare Nachteile" föreligga först då det kan förutses att bomassan inte räcker till för att boet ska kunna fullgöra avtalet, då boet inte är kapabelt att uppfylla i avtalet gjorda utfästelser angående fel eller då medkontrahenten har krav på kontinuerlig vård eller försörjning med reservdelar som endast det konkursdrabbade – men i och med konkursen avvecklade – gäldenärsföretaget är kapabelt att fullgöra. I dessa fall måste avtalade uppsägnings- eller hävningsrätter dock reduceras, anser Henckel. Hävningsrätten enligt § 8 Nr 2 VOB/B kan således endast göras gällande av beställaren då omständigheter föreligger, som gör att det inte framstår som rimligt att arbetet utförs av någon annan en gäldenären själv. Detta kan bero på att en annan entreprenör kanske inte har det speciella yrkeskunnande eller know-how som krävs. Om den avtalade hävningsrätten i stället för konkurs grundas på gäldenärens väsentligt försämrade ekonomiska ställning, kan medkontrahenten enligt Henckel – när dessa förutsättningar föreligger – ovillkorligen häva så länge inte konkurs utbrutit. Efter konkursutbrottet är ju fullgörandet av gäldenärens prestation normalt inte längre i farozonen om boet inträder och har kapacitet för fullgörelsen.

Kilger menar på liknande sätt att bearbetaren av tidigare upplagor av Böhle-Stamschräders konkurslagskommentar, som ansåg en hävningsklausul för konkursfallet vara verksam mot konkursboet, hade fel. Själv skriver han att utgången i LG Aachen 21.6.1981 är välgrundad.[63]

I och med den just beskrivna omsvängningen i de två kanske tyngsta verken på området, skulle man kunna tro att även den tyska rätten numera gått över på den principiella ståndpunkt som hävdas i Danmark och Norge. Men icke.

Till en början återkommer Heidland med ytterligare en artikel i frågan.[64] I denna argumenterar han ingående för sin ovan utvecklade ståndpunkt och mot den "differenzierende Lösung" som Henckel förespråkar.

62 A a s 569.

63 Se Böhle-Stamschräder/Kilger 13 Aufl 1980 s 97 f eller Kilger s 108.

64 Heidland i BauR 1981 s 21 ff, se särskilt s 30–34.

Bl a framhålls att "unzumutbare Nachteilen" för beställaren redan normalt får antas uppkomma då en byggnadsentreprenör går i konkurs. Heidland framhäver det särskilt starka förtroendeförhållande som avtalsrelationen förutsätter, den stora betydelsen av entreprenörens skicklighet och tillförlitlighet, gäldenärspersonalens bristande motivation att utföra ett fullgott arbete under arbetsgivarens konkurs, den härmed förknippade risken för att fel och förseningar uppkommer, det felansvar som åvilar entreprenören under en ibland femårig garantitid och risken för att den kvalificerade personalen flyr företaget.

Hävningsklausulen i § Nr 2 VOB/B ska vidare inte bara tolkas som att beställaren vill skydda sig de mot de "unzumutbare" nackdelar som kan uppstå i och med entreprenörens konkurs. Tvärtom vill beställaren givetvis värja sig mot *alla* de nackdelar som konkursen för med sig, t ex även mot den ovisshet som råder under den period då boet överväger det många gånger svåra beslutet, om en komplicerad byggnadsentreprenad ska tas över eller inte. Detta boets val anser Heidland ofta vara beroende av så många och redan var för sig svårbedömda faktorer och riskmoment, att betänketiden för boet efter en inträdesförfrågan ofta måste bli uppemot en månad. Men en så långvarig ovisshet, särskilt ifall bygget under tiden blir stående, kan leda till avsevärda olägenheter, kostnadsökningar och övriga skador för beställaren, vilka han billigtvis inte ska behöva acceptera. Och beställarens krav hänförliga till svävartiden är bara vanliga konkursfordringar. Det är då bättre, menar Heidland, att klarhet skapas genom att beställaren får omedelbar hävningsrätt. Ifall hävningen i ett undantagsfall kan anses utgöra "rechtsmissbräuchliche Ausübung" av § 8 Nr 2 VOB/B, kan den ogiltigförklaras med stöd av generalklausulen § 242 BGB. Detta kan t ex tänkas då arbetet i allt väsentligt redan är fullgjort vid konkursutbrottet och inga skador skulle ha kunnat åsamkats beställaren genom boets inträde för de smärre återstående arbetenas del. Vidare anser Heidland att Henckels lösning skulle leda till stor rättsosäkerhet och risk för ett ökat antal tvister. Frågan om beställaren i ett enskilt fall ska få häva eller inte blir nämligen, med Henckels lösning, beroende av dels en rad faktiska omständigheter av komplicerat slag, vilka är särskilt svårbedömda för en konkursförvaltare som är lekman på byggentreprenadområdet, dels begreppet "Unzumutbarkeit", som redan som sådant är vagt och som i slutändan alltid förutsätter en skönsmässig bedömning. Heidland synes mena att det därför är bättre och riktigare, att den vanskliga avvägningen mellan boets och beställarens intressen kommer in först vid bedömningen av om en företagen hävningsåtgärd är att se som rättsmissbruk enligt § 242 BGB.

Strax efter publiceringen av Heidlands artikel avdömdes följande rättsfall.

OLG Düsseldorf 14.7.1981 (ZIP 81.886). Parterna hade slutit ett muntligt entreprenadavtal om uppförande av 18 st enfamiljshus till ett pris av 65 000 DM per hus. VOB gällde på avtalet. När sex hus färdigställts gick entreprenören i konkurs, varvid beställaren hävde avtalet och anlitade en ny entreprenör. Fråga uppkom om rättsenligheten av beställarens hävning. OLG Düsseldorf fastslog att hävningen grundades på § 8 Nr 2 VOB/B, som utgjort del av det enskilda avtalet, och att den däri föreskrivna hävningsrätten inte utesluts av inträdesrätten i § 17 KO. I domskälen upprepades i stora stycken vad Heidland framhållit. Bl a sas en hävningsrätt vara berättigad därför att ett fullföljande av entreprenadavtalet i entreprenörens konkurs skulle vara "unzumutbar" gentemot beställaren. Detta beror på de stora förmögenhetsvärden som beställaren satsat i projektet och den risk han därmed står, särskilt med beaktande av det långvariga felansvaret. Konkursutbrottet innebär också att några av de väsentligaste förutsättningarna för avtalet brustit, nämligen entreprenörens personliga fackkunskaper, allmänna prestationsduglighet och tillförlitlighet. BGH angavs vidare i ett rättsfall från 1971, utan närmare överväganden, ha utgått ifrån att § 8 Nr 2 VOB/B är giltig (se härom strax nedan). På samma sätt som Heidland framhöll domstolen även, att ett avtal som grundar hävningsrätten på sådana omständigheter som utgör grund för konkurs ju är giltigt. § 8 Nr 2 VOB/B innebär inte heller för entreprenörens bo sådana oskäliga nackdelar som krävs för att generalklausulen § 9 i den tyska standardavtalslagen (AGBG) kan tillgripas.

Det i domen omnämnda rättsfallet är BGH 20.10.1971 (BB 1972.515). Detta mål gällde dock frågan om beställarens skyldighet att begränsa sin skada då avtalet hävs vid entreprenörens obestånd. BGH hade aldrig anledning att direkt ta ställning till frågan huruvida hävningsrätten som sådan var giltig mot entreprenörens konkursbo, särskilt som hävningen skett i anslutning till entreprenörens öppnande av *ackordsförhandling*. Konkurs följde visserligen en tid därefter men också efter det att avtalet hävts.

OLG Düsseldorfs dom 14.7.1981 har av Kilger kommenterats som så, att domstolen inte klargör huruvida § 17 KO står till den kommande konkursgäldenärens och dennes medkontrahents disposition. Allmänna affärsmässiga överväganden sägs inte förslå i detta sammanhang, då sådana argument kan anföras av de flesta avtalsparter.[65] I den senaste upplagan (1986) av Mentzels konkurslagskommentar skriver Uhlenbruck angående § 8 Nr 2 VOB/B, att ett avtal som gör boets valrätt omöjlig är overksamt.[66] Han uttalar också stöd för Henckels synpunkter och framhåller, att en oinskränkt uppsägningsrätt för beställaren inte kan förordas. Tvärtom måste hävningsrätten enligt VOB/B reduceras. Därvid är dock i enstaka fall att beakta – i varje fall vid underentreprenadavtal och tidsbestämda avtal – att "unzumutbare" skador för beställaren kan uppkomma genom det dröjsmål som *själva prövningen* av om en hävning är rättsenlig eller inte kan förorsaka, jämför Heidlands synpunkter i samma riktning ovan. Risken för att beställaren häver rättsstridigt och därmed

65 Böhle-Stamschräder/Kilger s 104, jfr Kilger s 108.

66 Kuhn/Uhlenbruck s 419 f.

ådrar sig skadeståndsskyldighet kan, enligt Uhlenbruck, motivera tillämpning av specialregeln för fixavtal i § 18 KO. Detta skulle innebära att avtalet vid konkursutbrottet automatiskt omvandlas till ett skadeståndskrav för beställaren. Han skulle alltså helt slippa ifrån risken för att hävningen sedermera visar sig vara oberättigad.

I den ledande kommentaren till VOB framhålls under § 8 Nr 2 VOB/B, att avtalet bygger på ett särskilt förtroendeförhållande mellan avtalsparterna, att entreprenörens prestationsförmåga och pålitlighet är mycket viktig, att stora förmögenhetsvärden ofta står på spel och att beställaren är tvungen att finna en entreprenör som kan stå risken med det långvariga felansvaret.[67] Särskilt poängteras vikten av att beställaren snabbt kan få fram en ny entreprenör för fullbordande av arbetena. Kommentarförfattaren Korbion anser vidare – föga överraskande – att den av Rosenberger och LG Aachen hävdade åsikten – att § 8 Nr 2 VOB/B skulle vara overksam mot entreprenörens konkursbo – inte är riktig. Tvärtom uttalas stöd för Heidlands ståndpunkt. Inte heller Henckels nyanserade lösning anammas. Henckel förbiser, skriver Korbion ungefär som Heidland, att konkurs hos entreprenören *alltid* gör ett fullföljande av entreprenaden "unzumutbar" för beställaren. Konkursutbrottet innebär att entreprenörens grundläggande egenskaper rycks undan, dvs hans personliga yrkesskicklighet, prestationsduglighet och pålitlighet. Förutom det av OLG Düsseldorf avdömda fallet, hänvisas härvid till ett BGH-avgörande från 1977, där den högsta instansen sägs ha utgått ifrån att § 8 Nr 2 VOB/B är giltig även mot entreprenörens konkursbo.

Detta prejudikat – BGH 5.5.1977 (BHGZ 68.379) – gällde dock, såvitt jag kan se, en fråga vid en avräkning mellan beställaren och entreprenörens konkursbo, efter det att boet *avstått* (!!) från att inträda. Inte heller i detta fall fanns anledning för BGH att direkt gå in på frågan, om beställarens hävningsrätt kan göras gällande mot konkursboets vilja att inträda enligt § 17 KO.[68]

Anledning att ta ställning fick däremot BGH 1985:

> *BGH 26.9.1985 (ZIP 85.1509*, jfr även ZIP 85.1013). Entreprenören hade åtagit sig att anlägga planteringar m m för ett "Kultur- und Begegnungszentrum" tillhörigt beställaren. VOB gällde mellan parterna. Då entreprenören gick i konkurs var den största delen av arbetena ännu inte utförda. Trots att konkursboet krävt att få fullfölja avtalet, hävde beställaren detsamma ca tre veckor efter konkursutbrottet under åberopande av § 8 Nr 2 VOB/B. Boet krävde sedermera att beställaren skulle erlägga ett belopp motsvarande vad entreprenören presterat före konkursen. Beställaren kvittade då med sin skadeståndsfordran på grund av hävningen. Boet invände i sin tur att beställarens hävning var rättsstridig och att boet därför inte var skyldigt att avräkna något ersättningskrav alls.

67 Se härtill och för det följande Ingenstau/Korbion s 1107–1115, särskilt s 1109.

68 Ang beräkning av skadestånd och felanspråk då entreprenörens bo avstår från att inträda, se även BGH 16.1.1986 (ZIP 86.382).

OLG Celle framhöll att § 8 Nr 2 VOB/B inte är ogiltig enligt § 134 BGB där det står, att ett avtal som strider mot ett lagstadgat förbud är ogiltigt om inte annat föreskrivs i lag. Beställaren kan nämligen enligt dispositiv rätt säga upp ett arbetsavtal när som helst före arbetenas färdigställande, se § 649 BGB. § 8 Nr 2 VOB/B avviker därmed inte från den i lagen givna regleringen. Domstolen ansåg inte heller att VOB/B:s hävningsklausul strider mot § 9 AGBG (standardavtalslagens generalklausul), då det inte innebär någon oskälig nackdel för entreprenörssidan, att beställaren bevakar en skadeståndsfordran på grund av hävningen. En hävning enligt VOB/B sas dock förutsätta, att beställaren på grund av konkursen kan åberopa s k viktig grund för hävningen. Genom entreprenörens konkurs sätts beställarens avtalsenliga anspråk på prestation i fara och att beställaren kan kräva skadestånd vid hävning på viktig grund var ostridigt. Att beställaren kunde avräkna sitt krav på boets fordran för arbete utfört av entreprenören före konkursen var sedan ganska givet.

BGH skrev inledningsvis att man i flera tidigare avgöranden utgått ifrån att § 8 Nr 2 VOB/B inte strider mot § 17 KO. Vid denna – dittills inte närmare motiverade – uppfattning sa sig domstolen nu stå fast. De motsatta åsiktsriktningarna refererades, och BGH fann att den som omfattades av Heidland, OLG Düsseldorf, Ingenstau & Korbion m fl kommentarförfattare till VOB utgjorde "die herrschende Meinung". Domstolen höll med denna "herrschende Meinung" om att boet får finna sig i att överta avtalet precis i det läge det befinner sig vid konkursutbrottet. Dessutom ansågs de personliga egenskaperna hos entreprenören (hans fackkunskaper, prestationsförmåga och tillförlitlighet) just vid byggentreprenad vara så viktiga, att en fortsättning av avtalsförhållandet med boet som entreprenör inte bör få ske mot beställarens vilja. Avgörande är, menade BGH, om de rättsföljder som en hävning grundad på § 8 Nr 2 VOB/B ger, är förenliga med konkursrätten. Därvid är utslagsgivande, att det inte finns någon bestämmelse som förbjuder entreprenören och beställaren att avtala om hävningsrätt vid den förres konkurs. Visserligen försämrar ett sådant avtal läget för boet, men avtalet är ändå inte ogiltigt. Redan återvinningsreglerna visar nämligen, fortsatte BGH, att ogynnsamma avtal som träffats före konkurs inte utan vidare är ogiltiga mot boet. Kommer inte återvinning ifråga, och inte heller allmänna civilrättsliga ogiltighetsregler, måste boet därför låta avtalet gälla mot sig i det stadium det befinner sig på konkursdagen. Att boet hunnit göra bruk av inträdesrätten enligt § 17 KO innan hävning sker spelar ingen roll. Det framhölls även att enstaka bestämmelser i VOB/B inte ska underkastas billighetskontrollen enligt § 9 AGBG (standardavtalslagen). Inte heller stred utövandet av § 8 Nr 2 VOB/B mot tro och heder (se § 242 BGB). Att beakta var därvid det förtroendeförhållande som förutsätts mellan entreprenör och beställare vid byggentreprenad samt den väsentliga betydelsen av entreprenörens prestationsduglighet och tillförlitlighet. Genom konkursen blir detta förtroendeförhållande så gott som alltid rubbat. Förutom det faktum att konkursförvaltaren ofta saknar erforderlig sakkunskap för att fullfölja entreprenaden och att den kvalificerade personalen snabbt försöker hitta en annan arbetsplats, måste beställaren också ta i beräkning, att en rörelse som ska likvideras inte i full utsträckning kan uppfylla garantiansvaret för fel. Om § 8 Nr 2 VOB/B således motsvarar ett skyddsvärt intresse från beställarens sida och därmed uppfyller ett praktiskt behov för honom, fordras särskilda omständigheter för att kunna anta att beställarens utövande av hävningsrätten innebär rättsmissbruk. Och sådana omständigheter hade inte framlagts i det aktuella målet. Beställaren medgavs slutligen rätt att kvitta sitt skadeståndskrav, på grund av den sålunda rättsenliga hävningen, mot konkursboets fordran på resterande vederlag för arbeten utförda före konkursen.

Därmed torde rättsläget angående entreprenörens konkursbos inträdesrätt contra VOB/B:s hävningsklausul vara klarlagt: hävningsklausulen är giltig mot boet.

De lege ferenda är det dock osäkert om BGH:s ståndpunkt kommer att stå sig. Som tidigare nämnts har nämligen i 1985 års insolvensrättsförslag upptagits en regel som säger, att en överenskommelse, som ger en part rätt att säga upp eller anse avtalet upplöst vid den andra partens insolvens, är ogiltig.[69] I motiven anges uttryckligen att även hävningsklausulen i § 8 Nr 2 VOB/B omfattas av den föreslagna regeln. Det poängteras dock även att insolvensförvaltaren måste vara beredd och i stånd att fullgöra avtalet kontraktsenligt. Om inte detta är fallet sägs emellertid allmänna kontraktsrättsliga regler ge beställaren tillräckliga möjligheter att häva, i första hand enligt dröjsmålsbestämmelsen i § 326 BGB och de oskrivna reglerna om s k "positive Vertragsverletzung". Dessa allmänt gällande hävningsgrunder utesluts således inte av den föreslagna regeln. *En minoritet* inom insolvensrättskommissionen hävdade dock, att en oavvislig befogenhet motsvarande § 8 Nr 2 VOB/B måste finnas åtminstone vid bygg- och anläggningsavtal. Det bör nämnas att insolvensrättskommissionens rapport är daterad januari 1985 medan BGH avgjorde frågan för gällande rätts del i september samma år.

Avslutningsvis bör nämnas att såväl Henckel som Kilger uttalat sig mycket kritiskt om 1985 års prejudikat.[70] Bl a menar de att BGH på ett tvivelaktigt sätt underlåtit att direkt ta ställning till kärnfrågan, nämligen om § 17 KO är dispositiv eller tvingande. Bägge framhåller med skärpa att de ursprungliga parterna inte i förväg bör kunna avtala till nackdel för det framtida konkursboet och att konkursutbrottet inte redan som sådant är viktig grund för uppsägning. Det särskilda intresseläget vid konkurs har inte tillräckligt beaktats. De menar också att det vore önskvärt om tvistefrågan, som i 1985 års fall bedömdes av BGH:s sjunde "Zivilserat", även prövades av BGH:s "Konkursserat". Ytterligare tvister sägs vara att vänta.

69 Leitsatz 2.4.1.11, se Insolvenzrecht I s 49 och 226 f.

70 Se Henckel i JZ 1986 s 297 ff och Kilger s 108 f.

4 Svensk rätt

4.1 Inledning

I Sverige finns som sagt inga generella lagregler om konkursbons rätt att överta fullgörelsen av konkursgäldenärens ömsesidigt ofullgjorda avtal. Inte heller någon allmän kontraktsrättslig reglering av entreprenadavtalet ges i den svenska lagstiftningen. I *konsumenttjänstlagen* (1985:716) (KTjL) finns dock vissa regler av intresse som också omfattar entreprenadavtal i här avsedd mening. Lagen är tillämplig då entreprenören som näringsidkare utför arbetet i sin yrkesmässiga verksamhet åt en konsument (beställare) för i huvudsak dennes enskilda ändamål.[1] Några uttryckliga insolvens- eller konkursregler föreskrivs inte. Däremot finns regler om *hävning på grund av anteciperat dröjsmål.*

Näringsidkaren får således, enligt 47 § KTjL, häva avtalet beträffande återstående del av tjänsten, om det redan på förhand finns starka skäl att anta att konsumenten inte kommer att betala i rätt tid eller lämna avtalad medverkan och dröjsmålet blir av väsentlig betydelse för näringsidkaren. I motiven sägs att regeln tar sikte bl a på fallet, då konsumentens ekonomiska situation medför att han inte rimligen kan förväntas fullgöra sin betalningsskyldighet utan väsentligt dröjsmål. Det framhålls vidare att en hög grad av sannolikhet krävs för regelns tillämpning. Dröjsmålet ska vara i det närmaste oundvikligt. Som exempel nämns konsumentens obestånd.[2] Om inträffad konkurs utan vidare utgör hävningsanledning framgår varken av lagtexten eller motiven och inte heller hur det förhåller sig med konkursboets eventuella rättigheter i det läget.

29 § 2 st KTjL innehåller en liknande regel för anteciperat dröjsmål på näringsidkarens sida. Hävning kan här ske när det finns starka skäl att anta, att det kommer att inträffa dröjsmål av väsentlig betydelse för konsumenten. Om mer än en obetydlig del av arbetet utförts får hävning bara ske för den återstående delen, men om syftet med arbetet i huvudsak förfelas på grund av det föregripna dröjsmålet, får totalhävning ske också i detta fall, jfr 29 § 1 st st.[3] Motiven nämner inget om regelns tillämpning vid näringsidkarens obestånd, vare sig detta lett till konkurs eller inte.

1 Se 1 § i lagen, prop 1984/85:110 139 ff samt Hellner II s 66 ff.
2 Se prop 1984/85:110 s 110 och 326 f, jfr SOU 1979:36 s 505.
3 Se prop 1984/85:110 s 75 och 264, jfr SOU 1979:36 s 490.

Rättsläget vid konkurs får då i stort sett anses lämnat oreglerat i konsumenttjänstlagen. Visserligen gäller de allmänna principerna om anteciperat dröjsmål också mot konkursboet under konkursen, men de närmare reglerna om exempelvis konkursen som eventuell direkt hävningsanledning, om boets möjligheter att inträda i avtalet, om verkan av konkludent handlande från boets sida, om de närmare rättsföljderna av ett inträde etc, går det knappast att besvara på sådana allmänt obligationsrättsliga grunder. Jag ställer mig också principiellt skeptisk till att direkt använda anteciperingsreglerna för lösande av dessa i princip konkursrättsliga problem. Frågeställningarna om konkursboets förhållande till gäldenärens avtal kan undersökas på ett mera fruktbart och klargörande sätt, om de diskuteras oavhängiga av allmänna anteciperingsresonemang. De danska och norska diskussionerna kan – som ofta annars på detta område – ses som goda förebilder härvidlag. Också den argumentation som förts i tysk doktrin och rättspraxis förtjänar ett beaktande. Den tyska benägenheten, särskilt i den äldre diskussionen men som vi sett också i nyare rättspraxis, att blanda samman frågan om konkursreglernas tvingande karaktär med frågan om reglernas *tillämpningsområde*, är dock inte efterföljansvärd.

I det följande utgår jag ifrån – tills vidare dock mer som en teoretisk utgångspunkt än som ett reellt faktum – att reglerna för köp i 39 och 40 §§ KöpL bör ses som ett uttryck för – eller i vart fall bygger på – en allmän princip om boets valrätt mellan att avstå från avtal som som är ofördelaktiga för boet och att överta fullgörelsen av avtalet. Boet förutsetts alltså normalt böra ha en ensidig inträdesrätt i vid mening. De särskilda förhållanden som kan råda för en speciell avtalstyp leder emellertid till att olika undantag från eller inskränkningar i detta grundantagande måste prövas. För svensk rätts del ska jag nu undersöka om – och i så fall i vilken utsträckning – någon eller några av dessa omständigheter föreligger i entreprenadförhållanden. Befinns detta vara fallet i en sådan utsträckning, att man helt bör frånkänna endera sidans konkursbo rätt att fullgöra avtalet, kan i och för sägas att klausulerna om ovillkorlig hävningsrätt i 8:1 3 p och 8:2 2 p AB 72 är giltiga mot konkursbona. I annat fall bör de emellertid åsidosättas, då konkursboets rätt – i den mån en sådan erkänns – inte med giltig verkan bör kunna avtalas bort av parterna före enderas konkurs. Som sagt är det dock principiellt missvisande att uttrycka begränsningar i boets rätt i termer av giltighet eller ogiltighet av sådana hävningsklausuler, eftersom klausulerna redan i princip bör anses sakna materiell rättsverkan mot boet.[4] Jämför vad jag nyss sa om den tyska argumenteringen.

[4] Se mera utförligt särskilt i kap II 5 och III 3.3 ovan.

Angående *terminologin* måste framhållas, att jag liksom i köpkapitlet inte genomgående kommer att nämna modellen, då ett konkursboet tvingar sig kvar i gäldenärens avtal genom att ställa säkerhet utan att samtidigt ta på sig massaansvar för fullgörelsen, dvs då boet inte inträder i avtalet i egentlig mening. Endast *inträde* och *inträdesrätt* kommer att nämnas. Med dessa termer avses omedelbart endast fallen, då konkursboet ådrar sig massaansvar resp utnyttjar en rätt att kvarstå vid gäldenärens avtal genom att ta på sig massaansvar. Även då säkerhet ställs/måste ställas *utöver* massaansvaret är det enligt min terminologi fråga om inträde. I den mån distinktionen mellan inträde och säkerställande utan massaansvar saknar betydelse för resonemanget av en viss fråga, kommer jag ändå generellt att kalla konkursboets övertagande av (eller kvarstående vid) gäldenärens avtal för *inträde*. Där distinktionen mellan inträde och säkerställande (utan massaansvar) är av materiell betydelse, kommer jag däremot att upprätthålla den.[5]

4.2 Beställarens konkurs

4.2.1 Har beställarens konkursbo inträdesrätt?

Vid beställarens konkurs ligger reglerna i 39 och 40 §§ KöpL nära till hands för en analog tillämpning. Gäldenärens personliga egenskaper har inte särskilt stor betydelse, då beställarens prestation i huvudsak går ut på att *betala* entreprenadsumman. Visserligen är han också skyldig att i olika avseenden och – beroende på entreprenadens uppläggning – i varierande grad lämna sin medverkan vid byggarbetena, men dessa förpliktelser utgör knappast något hinder för en inträdesrätt för konkursboet. En annan sak är att allvarliga försummelser att lämna medverkan kan ge entreprenören rätt att inställa arbetet och häva avtalet enligt vanliga kontraktsrättsliga regler.[6]

I *dansk, norsk och tysk rätt* har också tveksamheterna till inträdesrätt vid entreprenad främst gällt entreprenörens konkurs. Att beställarens bo har inträdesrätt har inte ifrågasatts. Entreprenören kan i Danmark och

[5] Jfr kap I 6, III 2.2 (mot slutet) och 3.2 (mot slutet).

[6] Se 8:2 1 p AB 72, Motiv AB 72 s 244 och Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 130 vid not 116. Jfr också 45–47 §§ KTjL, prop 1984/85:110 s 11 och 320 ff samt även Hellner II s 85 och 110. I den kommande propositionen till ny köplag finns i 55 § en särskild regel om säljarens rätt att häva vid köparens väsentligt bristande medverkan.

Norge stoppa arbetet tills boet ställer säkerhet.[7] Han kan också avkräva boet säkerhet vid äventyr av hävning. Ur konkursboets synvinkel innebär reglerna att boet har en ensidig rätt att ta över avtalet genom att ta på sig massaansvar och ställa säkerhet.

Enligt 8:2 2 p i svenska AB 72 ges emellertid entreprenören – som närmare beskrivits ovan i avsnitt 2.1 – en obetingad hävningsrätt vid beställarens konkurs. Kan man bortse från denna klausul?

I *svensk doktrin* råder till en början enighet om att entreprenören kan stoppa arbetet enligt en analogi med 39 § KöpL.[8] Wikander skriver att 39–41 §§ KöpL generellt kan tillämpas analogt. Hasselrot är av samma uppfattning. Också Ekeberg & Benckert har uttalat sig för en analog tillämpning och framhåller särskilt för byggentreprenader, att distinktionen mellan 39 § och 40 § KöpL där inte kan upprätthållas, eftersom den produkt som framställs omedelbart övergår i beställarens besittning. Entreprenören kan därför inte bara kräva att boet inträder genom en förklaring därom, utan han kan också omedelbart vid konkursutbrottet kräva säkerhet. Uppfyller inte boet entreprenörens krav får denne häva och kräva skadestånd. Bengtsson menar att entreprenören "under liknande förutsättningar som säljaren" kan häva avtalet. Utan kommentar sägs därefter att detta strider mot AB:s reglering.[9] Hellner har i ett sammanhang allmänt uttalat, att konkursboets intresse av avveckling inte beaktats särskilt i AB 72.[10] Senare har han som generell huvudregel uttalat sig för en analogi från 39 och 40 §§ KöpL vid konkurs hos "betalare".[11] Huruvida beställaren enligt ett entreprenadavtal ska räknas till denna kategori framgår väl inte helt klart. Hellner anser vidare att köplagens regler "torde kunna tillämpas analogt vid andra momentana avtal."[12] Vid varaktiga avtal, "särskilt sådana där ingendera prestationen kan karaktäriseras som ren naturaprestation eller ren penningprestation", menar han däremot att köplagens regler inte passar.[13] Under begreppet varaktiga avtal insorterar Hellner typiskt sett entreprenad.[14] Sammantaget är det för mig oklart hur Hellner uppfattar rättsläget vid exempelvis en byggnadsbeställares (byggherres) konkurs.

7 I Västtyskland kan dock säkerhet krävas först om detta avtalats eller då boets solvens kan ifrågasättas.

8 Se härtill och för det följande Wikander s 331, Hasselrot, Arbetsbeting s 128 och 132 ff, Ekeberg/Benckert II s 292, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 130 och Håstad i NJH s 139. Jfr även Hellner II s 252 f och Arnesdotter s 227.

9 Bengtsson a a s 130 med not 15.

10 Hellner, Verkan av insolvens s 255 f.

11 Hellner II s 254.

12 A a s 258.

13 A a s 259.

14 A a s 226.

Arnesdotter påpekar att det kan diskuteras om 8:2 2 p AB 72 är bindande för konkursboet. Sedan argumenterar hon för en lösning – avseende obeståndssituationer utom konkurs – som är identisk med den som Ekeberg & Benckert förespråkat för konkursfallet. Det framhålls bl a att entreprenörens innehållanderätt inte ger honom tillfälle att snabbt omdisponera sina resurser till nya uppdrag, eftersom han måste vara beredd att snabbt återuppta arbetet, och att de höga stilleståndskostnaderna motiverar att entreprenören inte behöver vänta med att häva till dess reellt dröjsmål med en dellikvid uppkommer.[15] Håstad har i ett sammanhang menat att entreprenören kan häva om inte säkerhet ställs för entreprenadsumman,[16] i ett annat att beställarens bo har inträdesrätt enligt 40 § KöpL analogt.[17]

Doktrinens mening kan kort *sammanfattas* så, att när beställaren försätts i konkurs får entreprenören omedelbart inställa vidare arbeten om han inte har eller får betryggande säkerhet för entreprenadsummans riktiga erläggande. Han kan vidare fråga beställarens konkursbo om det önskar inträda och fullfölja avtalet samt även avkräva boet säkerhet. Svarar inte boet inom en kortare frist att det inträder, och ställs inte den krävda säkerheten, har entreprenören rätt att häva avtalet för framtiden och kräva skadestånd som konkursfordran. Ur konkursboets synvinkel innebär det att boet har rätt att kvarstå vid avtalet genom en ren inträdesförklaring men kräver entreprenören dessutom säkerhet, måste sådan ställas för att boet inte ska gå miste om avtalet. Säkerhet måste f ö ställas redan för att boet ska kunna avbryta innehållandet av arbetet.

Det beskrivna ligger ganska nära de generella konkursrättsliga reglerna i dansk och norsk rätt, vilket inte är särskilt överraskande, då ju såväl de dansk-norska lagreglerna som den svenska doktrinens uppfattning bygger på generaliseringar från 39 och 40 §§ KöpL. Reglerna får kanske också sägas utgöra en för gällande svensk konkursrätt godtagbar avvägning mellan parternas intressen vid beställarens konkurs. Det kan visserligen invändas, att konkursboet ofta kan ha svårt att strax efter konkursutbrottet skaffa fram de förhållandevis stora säkerheter som det här kan bli fråga om. Å andra sidan bör boet ges en längre frist för ordnandet av säkerhet än enligt 39 § KöpL, som anger att säkerställandet ska ske "ofördröjligen".

En viktig fråga, som inte diskuterats i den svenska litteraturen, är *hur omfattande boets säkerhet måste vara*. Räcker det t ex att boet ställer säkerhet för den först förfallande delbetalningen eller måste boet rent av säkerställa entreprenören för hela den återstående kontraktssumman?

15 Arnesdotter s 227.
16 Håstad i NJH s 139.
17 Håstad, Sakrätt s 305.

Först bör framhållas att den svenska lagstiftningen inte innehåller någon bestämmelse som motsvarar de danska och norska 57 § 2 st DKL resp § 7–5 LFD vilka säger, att säkerheten endast behöver täcka det först förfallande vederlaget för tiden efter konkursutbrottet i fall, där betalningen erläggs successivt i efterskott för en löpande prestation. Däremot kan av 39 § KöpL utläsas, att den solventa parten inte har rätt att kräva säkerhet för fler betalningar än den som hans egen förfallna kreditprestation avser. För ömsesidigt ännu icke förfallna prestationer gäller 40 § KöpL och denna ger inget stöd för en rätt att kräva säkerhet. Det är alltså fullt möjligt att beställarens bo kan nöja sig med att säkerställa entreprenören till ett belopp som motsvarar den först förfallande delbetalningen.[18]

Det bör också beaktas att säkerhet för beställarens förpliktelser ofta redan är ställd enligt kontraktets vanliga bestämmelser, jfr 6:18 AB 72. Som Sandvik framhållit i norsk rätt så medräknas givetvis denna ordinära säkerhet vid bestämmande av omfattningen av beställarboets plikt att säkerställa entreprenören. I motsats till p 9.2 NS 3401 ger 6:18 AB 72 inget besked om storleken på den säkerhet som beställaren redan kan ha varit skyldig att ställa. En särskild överenskommelse måste alltså alltid intas i det enskilda kontraktet. Ifall inte betalningsplan används bör också beaktas, att entreprenören på varje delbetalning har rätt att innehålla tio procent av värdet av det utförda arbetet. Innehållna medel får dock aldrig överstiga fem procent av kontraktssumman, se 6:9 AB 72.[19] Rätten att innehålla en del av betalningen minskar alltså kravet på den säkerhet som boet är skyldigt att ställa. Detsamma gäller då förskott utgått på kontraktssumman, jfr 6:10 AB 72. Förskott återbetalas f ö i form av ett i förhållande till kontraktssumman proportionerligt avdrag på varje delbetalning. Å andra sidan får hänsyn tas till av entreprenören eventuellt ställda säkerheter, jfr 6:15 och 6:16 AB 72.

Att säkerhet ofta redan ställts för beställarens förpliktelser, beror bl a på att entreprenören saknar sakrättsligt skydd i bygget som sådant, vilket utan nämnvärd framgång försökt kompenserats genom uppställande av återtaganderättsförbehåll. Förbehållet saknar nämligen verkan mot beställarens konkursbo om egendomen infogas i bygget, utom för egendom som kan bli industritillbehör, se 2:4 resp 2:3 JB.[20] Entreprenörens säker-

[18] Jfr också 12:31 3 st JB, som över huvud taget inte ger den solventa parten (hyresvärden) någon rätt att kräva säkerhet utöver boets massaansvar. Eftersom hyrorna betalas i förskott har hyresvärden alltid säkerhet för den innevarande hyresperioden, så länge inte dröjsmål föreligger.

[19] Se härtill Motiv AB 72 s 189 ff och 203.

[20] Se härom t ex Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 132 ff, Håstad, Sakrätt s 28 ff och 159 ff samt Motiv AB 72 s 202. Se utförligt även Gustafsson, Jordabalkens tillbehörsreglering.

het utgörs i stället ofta av en rätt, att upp till beloppet av den framtida fordringen – för det arbete som kommer att utföras – i den mån arbetet fullgörs lyfta medel på ett byggnadskreditiv som beställaren öppnat i en bank.[21] Entreprenören lyfter således vederlaget direkt hos banken.

För den del av arbetena som utförts *före konkursutbrottet* bör entreprenörens lyftningsfullmakt utgöra en fullgod säkerhet. Även om lyftet ska ske efter konkursutbrottet bör entreprenören få ut vederlaget för denna tid. Visserligen kan banken tänkas motsätta sig full utbetalning även av intjänade belopp, för att få täckning för de eventuella förluster och kostnadsökningar som kan uppkomma om bygget avbryts och/eller övertas av banken själv eller annan.[22] Om konkursboet utan avbrott övertar bygget saknas dock grund för ett sådant innehållande, utan entreprenören har som sagt rätt till det vederlag som intjänats före konkursen, oavsett om själva lyftet sker före eller efter konkursutbrottet. Nu är torde det dock ofta vara så, att lyften på kreditivet utgör kredit eller förskott till entreprenören. Lyft efter konkursutbrottet skulle då i princip alltid innebära fortsatt kreditgivning för arbete efter konkursutbrottet, vilket banken inte är skyldig att medge, åtminstone inte om konkursboet inte inträder i kreditivet, se strax nedan.

För tiden *efter konkursutbrottet* är entreprenörens säkerhetsrätt sakrättsligt oskyddad. Detta följer av utgången i rättsfallet NJA 1973 s 635, där en framtida fordran för arbete som ännu inte utförts pantsatts.[23] Denuntiationen ansågs gälla även för inte intjänade delar, men borgenärsskyddet uppkom enligt HD allt eftersom fordringen intjänades. Sammanställt med utgången i det s k Minitube-målet NJA 1982 s 900, där den grundläggande s k "frysningsprincipen" fastslogs, innebär detta, att boet vid inträde inte behöver säkerställa entreprenören för tiden före konkursen även om inte partiell inträdesrätt (se härom i nästa avsnitt) skulle erkännas. För arbeten fram till konkursutbrottet har ju entreprenören redan en sakrättsligt skyddad säkerhetsrätt.

För det fortsatta arbetet *efter* konkursutbrottet måste dock boet som sagt säkerställa entreprenören, om denne kräver det eller innehåller arbetet. Smidigast skulle detta kunna ske om entreprenören medgavs fortsatta lyft på kreditivet och boet trädde in i beställarens ställe i kreditavtalet. Det är dock möjligen så, att beställarens insolvens ger banken rätt att stoppa vidare kreditgivning. Boet kan påstås sakna rätt att träda in i avtal som huvudsakligen bygger på gäldenärens ekonomiska förmåga.

[21] Se Håstad, Studier s 115 ff, densamme, Sakrätt s 257 ff, Motiv AB 72 s 202 f och Hellner II s 116. Jfr även Helander s 494 ff.

[22] Jfr Håstad, Studier s 132 och 145.

[23] Jfr Håstad, Studier s 141 ff, densamme, Sakrätt s 257 ff, Lambertz i TSA 1981 s 229, Hellner II s 116 och Håstad/Lambertz i SvJT 1985 s 286 och 291.

Detta är dock långtifrån någon självklarhet. Konkursboet är ju på konkursdagen definitionsmässigt solvent för sina skulder, då det i princip bara har tillgångar men inga skulder. Genom den statliga lönegarantin kan de anställdas medverkan i det fortsatta byggprojektet i allt väsentligt säkras. Projektet bör också ses som en helhet. Det förefaller konstlat att dela denna helhet i en kontraktsrättslig del, i vilken konkursboet tillåts träda in, och i en finansiell eller krediträttslig, som boet inte ensidigt skulle kunna ta över efter gäldenären. Såväl den finansiella som den kontraktsrättsliga delen är ju direkt beroende av den andra för att projektet i sin helhet ska kunna genomföras på ett lyckligt sätt. Och inträdesrätten för beställarens konkursbo beträffande själva huvudentreprenadavtalet och avtal med underentreprenörer och leverantörer skulle vara betydligt mycket mera värd, om inte bara entreprenörerna och underleverantörerna utan också den kreditgivande banken fick finna sig i att godta konkursboet som medkontrahent. Det kan också framhållas, att banken i regel har fullgod säkerhet i form av fastighetspanträtt. Huruvida beställarens konkursbo har inträdesrätt i byggnadskreditivkontraktet, anser jag därför sammanfattningsvis vara en helt öppen fråga.

Oavsett vilken ståndpunkt man intar i den just diskuterade frågan, torde det från praktisk synpunkt ofta ligga i bankens eget intresse att boet medges fortsatta lyft på kreditivet. Eftersom banken har panträtt i det framåtskridande bygget, kan dess säkerhet vid konkursutbrottet gälla ett halvfärdigt bygge. Och även om lyften på kreditivet enligt bankernas formulär endast medges i den mån banken, efter besiktning och värdering av det utförda arbetet, finner att så kan ske med hänsyn till ställd säkerhet och byggnadsarbetenas fortskridande,[24] ökar säkerhetens värde drastiskt då bygget närmar sig fullbordan. Särskilt då beloppet av gjorda lyft överstiger det byggdas värde – vilket kan vara fallet om banken i ett svårt ekonomiskt läge för beställaren tillåtit onormalt stora lyft eller då lyft medgetts innan bygget alls påbörjats och konkursen följt strax därefter[25] – ligger det i bankens intresse att bygget fullbordas.

Det sagda förutsätter att fastighetspanthavaren/banken verkligen får del av den värdeökning som fastigheten genomgår då bygget fullbordas av boet under konkursen. Enligt den "frysningsprincip" som fastslogs i NJA 1982 s 900, och som är en allmän sakrättslig princip,[26] borde väl banken i egenskap av fastighetspanthavare behandlas på samma sätt som entreprenören, då denne uppträder som fordringspanthavare i kraft av sin lyftningsrätt på byggnadskreditivet? Skulle denna princip gälla innebure det att panthavaren/banken endast skulle ha rätt till betalning ur

[24] Se Håstad, Studier s 115.

[25] Jfr Håstad/Lambertz i SvJT 1985 s 298 och Sacklén s 70 f och 74 f.

[26] Jfr HD i NJA 1982 s 900 på s 918 och Håstad/Lambertz i SvJT 1985 s 299.

fastigheten sådan den var vid konkursutbrottet, till ett värde beräknat enligt den s k kostnadsproportioneringsmetod som fastslogs i NJA 1982 s 900.

Frågan har uppmärksammats i litteraturen. Den samstämmiga uppfattningen är frysningsprincipen inte kan tillämpas på fastigheter.[27] Häri kan jag instämma. Detta beror såvitt jag kan se på, att man i sakägarförteckningen enligt 12:25 1 st 2 p UB ska ta upp "fordran som är förenad med panträtt i fastigheten". Och förenad med panträtt är en fordran enligt 6:3 JB om den bara ryms inom pantbrevets belopp (plus eventuella tillägg). Något utrymme för ett beaktande av fastighetens verkliga värde (eller status) på konkursdagen ges inte. I det följande utgår jag därför från att panthavarna – dvs bl a "banken" i resonemangen ovan – i princip ska tillgodogöras värdeökningen på fastigheten under konkursen, i den mån förvaltaren inte innan boet inträdde och fortsatte bygget förhandlat sig till någon ersättning åt de allmänna borgenärerna.[28]

Antar vi att konkursboet – jämför dock diskussionen ovan – *inte* har någon rätt att inträda i byggnadskreditivkontraktet och att bankens medgivande trots allt *inte* kan fås för fortsatta lyft på kreditivet, får boet försöka skaffa fram säkerhet åt entreprenören på annat håll.

Om boet (under samma premisser) inte medges fortsatta lyft och annan godtagbar säkerhet inte kan uppbringas och avtalet därför *hävs*, kan banken tänkas åberopa den klausul som finns i bankernas kontrakt, om *rätt för banken att själv överta och fullfölja bygget* då arbetet inte fullgörs i behörig ordning.[29] Rätten till övertagande kan dock som utgångspunkt inte göras gällande mot konkursboet, om vi utgår från att beställaren äger marken och att bygget därför utan vidare ingår i konkursboet. Endast konkursförvaltaren får ju disponera över tillgångarna i boet, och banken kan alltså inte utan vidare hindra att förvaltaren väljer att sälja fastigheten inklusive byggnaden i det halvfärdiga skick den befinner sig på konkursdagen. Panthavaren/banken kan dock köpa egendomen av boet i avsikt att sedermera fullborda bygget.[30] Och fastigheten får över huvud taget inte säljas av konkursförvaltaren, om inte panthavaren/banken får full täckning. Tillämpningen av fastighetsförsäljningsreglerna i 12 kap UB kan m a o trots allt förhindra att förvaltaren mot bankens vilja säljer fastigheten inklusive den halvfärdiga byggnaden.

[27] Se Müllern i Advokaten 1983 s 42 f, Fall i Advokaten 1983 s 124 f och 313, Håstad, Sakrätt s 279 samt – utförligast – Lambertz/Håstad i SvJT 1985 s 298 ff.

[28] Jfr Håstad/Lambertz i SvJT 1985 s 302 ff.

[29] Se Håstad, Studier s 145 och Sacklén s 70.

[30] Jfr 2:8 bankrörelselagen (1987:617) varav bl a följer, att en bank får köpa fast egendom som är pantsatt för bankens fordran. Fastigheten ska dock avyttras så snart det lämpligen kan ske och senast när det kan äga rum utan förlust för banken. Innehav för längre tid än tre år kräver bankinspektionens tillstånd.

Efter en hävning på grund beställarens konkursbos avstående från att inträda, sker en uppgörelse mellan boet och entreprenören enligt 8:4 AB 72. Utöver vad som gottskrivs entreprenören för utfört arbete har han som sagt rätt till skadestånd på grund av hävningen, jfr 8:6 AB 72. Denna fordran kan uppgå till avsevärda belopp beroende på de stora kostnader en omdirigering av resurserna kan åsamka entreprenören. Skadeståndet uppgår till det positiva intresset men är endast en konkursfordran.[31]

Skadeståndsfordringen kan *avräknas* på de belopp som beställarboet å sin sida har att fordra för gäldenärens räkning. Det kan t ex gälla ett utgivet förskott som boet kräver tillbaka vad avser icke intjänade delar.[32]

Det hittills sagda bör, enligt min uppfattning, utgöra *gällande rätt*. Som framhölls också i köpkapitlet ovan kan det emellertid de lege ferenda diskuteras,[33] om det är lämpligt att utan vidare ge den solventa parten rätt att avkräva boet säkerhet för sin kreditprestation, utöver den relativa säkerhet som en massafordran på motprestationen ger, när det i det konkreta fallet inte finns någon anledning att hysa farhågor för boets solvens. Kanske är det bättre att, som i tysk rätt, inte föreskriva någon rätt att kräva säkerhet direkt i den konkursrättsliga regeln, utan i stället tillåta krav på säkerhet först – och då på allmänt obligationsrättsliga grunder – när konkreta omständigheter kan påvisas, som i det enskilda fallet *verkligen motiverar* att den solventa parten får ytterligare säkerhet. Jag återkommer med ett definitivt ställningstagande i kap XI nedan.

4.2.2 Får entreprenören häva på grund av beställarens kontraktsbrott före konkursen?

Den i rubriken ställda frågan har utförligt diskuterats för köp ovan.[34] Vad som framhölls angående *köparens konkurs* är till största delen direkt överförbart till entreprenadbeställarens konkurs. Detta gäller i varje fall då dennes kontraktsbrott före konkursen utgörs av *betalningsdröjsmål eller underlåtenhet att ställa avtalad säkerhet*, jfr 8:2 1 p, 3 p och 4 p AB 72. Även om dessa kontraktsbrott rent kontraktsrättsligt gav entreprenören rätt att häva återstående del av entreprenaden redan före konkursen, bör hävningsrätten inte enligt min mening ovillkorligen kunna utövas också

31 Jfr Motiv AB 72 s 249.

32 Jfr Sandvik s 275. En rätt till s k *partiellt avstående*, dvs en rätt för boet att trots avståendet kräva att entreprenören utför arbete upp till beloppet av beställarens förskott (jfr kap III 2.7 ovan), är knappast realistiskt i entreprenadförhållanden.

33 Se i första hand kap III 2.4.

34 Se kap III 2.5 och 3.4.

sedan konkurs utbrutit. Beställarens konkursbo måste först tillfrågas om det avser att inträda och kan då – i den utsträckning som angavs i föregående avsnitt – avkrävas säkerhet. Ger boet positivt besked och ställs den krävda säkerheten inom en kortare frist, får inte entreprenören häva.

Det sagda förutsätter givetvis att hävning inte skett redan före konkursen. Om så är fallet finns vid konkursutbrottet inget ömsesidigt ofullgjort kontrakt att träda in i och frågan uppkommer då inte.

Skälet till att boets inträdesrätt bör "gå före" hävningsrätt grundad på gäldenärens betalningsdröjsmål eller uteblivna säkerställande är framför allt, att dessa hävningsanledningar regelmässigt beror på just de ekonomiska svårigheter som sedermera leder fram till konkursen.[35] Och om boet ser det med sitt intresse förenligt att fullfölja avtalet bör det normalt innebära att anledningen till gäldenärens kontraktsbrott är undanröjd. Lönegarantin täcker då företagets lönekostnader och förvaltaren kan koncentrera boets resurser uteslutande på de åtaganden som han finner lönsamma ur boets synvinkel. Vidare är det nog snarare regel än undantag att gäldenären försummat sina betalningsförpliktelser sedan en tid tillbaka då han försatts i konkurs. Har inte motparten/entreprenören sett till att häva före konkursen, saknas anledning att ge honom rätt att via en hävning i konkursen försämra boets möjligheter till en gynnsam avveckling. Dessutom kan framhållas att förvaltaren knappast väljer att inträda i ett avtal som han är osäker på om boet klarar av att fullfölja, eftersom en hävning av entreprenören, på grund av beställarsidans kontraktsbrott efter boets inträde, ger entreprenören en massafordran på skadestånd.

Det sagda bygger på den åsikt jag hävdade i köpkapitlet ovan, nämligen att den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD är en bra regel.[36] Den innebär att endast de kontraktsbrott, som inte står i *ett direkt sammanhang med insolvensen*, kan göras gällande som hävningsgrund mot boet enligt de regler som gäller för det aktuella avtalet. Eftersom underlåtenhet att betala – och ställa säkerhet – i övervägande antal fall har ett sådant ekonomiskt sammanhang med insolvensen, bör hävning i konkursen normalt inte tillåtas, om boet inte först getts tillfälle att inträda.

Men vad gäller då för gäldenärens *underlåtenhet att lämna avtalad medverkan*? Som sas inledningsvis i detta kapitel, kan allvarliga försummelser i detta hänseende ge entreprenören rätt att häva, jfr 8:2 1 p AB 72. Det kan här gälla kontraktsbrott av vitt skilda slag, av vilka en del har anknytning till gäldenärens ekonomi medan andra sammanhänger med icke-ekonomiska faktorer. Att generellt säga något om denna grupp av

35 Se härtill och för det följande mera utförligt i kap III 2.5, särskilt 2.5.5 och 2.5.6.

36 Se särskilt kap III 2.5.6 och – ingående – 3.4.

hävningsanledningars behandling är därför svårt. Även här menar jag dock att en bedömning av kontraktsbrottets samband eller avsaknad av samband med den insolvens som lett till konkurs kan avgöra frågan om hävningsgrundens ställning i förhållande till boets inträdesrätt.

Även om det nu för ett visst kontraktsbrott antas, att boets rätt att inträda "går före" entreprenörens före konkursen uppkomna hävningsrätt, så måste därefter – som ett andra led – klarläggas vad boet *självt* blir skyldigt att prestera "på massaplanet" när det inträder. Om vi då kommer fram till att beställarens konkursbo också måste betala och/eller säkerställa entreprenören för arbeten som denne utfört före konkursen och som beställarens/gäldenärens betalningsdröjsmål etc avser, så innebär ju regeln – att boets inträdesrätt "går före" entreprenörens före konkursen uppkomna hävningsrätt – ingen större fördel för boet. Boet måste ju då ändå betala eller – beroende på vilken typ av kontraktsbrott det är fråga om – på annat sätt åtgärda vad gäldenären försummat för att inte entreprenören ska häva avtalet och kräva skadestånd som massafordran. Jag övergår nu därför till frågan om beställarens konkursbo har rätt till s k partiellt inträde. Denna fråga kan naturligtvis också få självständigt betydelse: det är ju långt ifrån alltid så att gäldenären gjort sig skyldig till kontraktsbrott före konkursen, eller i vart fall inte till ett sådant allvarligt kontraktsbrott, att det lett till hävningsrätt för entreprenören.

4.2.3 Har boet partiell inträdesrätt?

Vid beställarens konkurs gäller frågan om partiellt inträde alltså främst om boet vid inträdet också som massaskuld måste *betala för de arbeten som entreprenören utfört före konkursen*. Dessutom kan under denna rubrik diskuteras, *om boets säkerställelse även ska täcka entreprenörens fordran på vad som utförts före konkursen.*

I *dansk, norsk och tysk rätt* har vi ovan sett att partiellt inträde inte tillåts vid entreprenad, vare sig för beställarens eller entreprenörens konkursbo. Inte ens i den norska regleringen, som utgör den mest "konkursbovänliga" av de tre, medges detta. Det framhölls visserligen i det norska betänkandet, att de "oppgjørstekniske" problemen med ett partiellt inträde vid beställarens konkurs förmodligen skulle bli mindre än för motsvarande regel vid entreprenörens konkurs. En partiell inträdesrätt ansågs ändock mindre rimlig även för beställarens konkursbo.

Man kan dock fråga sig, om det är mer främmande att boet inträder partiellt på beställarsidan i entreprenadförhållanden, där gäldenärens penningprestation bör kunna delas upp genom tämligen enkla beräkningar av värdet av utfört arbete före och efter konkursutbrottet, än att

säljarens bo vid köp av lös egendom tillåts inträda och leverera endast en del av vad köparen beställt, om detta är delbart och inte får anses utgöra en enhet, jfr den norska § 7–4 st 2 LFD. För egen del vill jag besvarar frågan nekande. Särskilt vid arbete på *löpande räkning* menar jag att en partiell inträdesrätt för beställarboet är fullt rimlig. Huruvida detta bör medges då arbetet sker till fast pris är kanske mera tveksamt. Här bör avtalet möjligen anses utgöra ett odelbart helt, men inte heller i detta fall är svaret självskrivet.

Det nu sagda gäller i första hand omfattningen av boets betalningsskyldighet. När det gäller plikten att ställa säkerhet kan observeras att de danska och norska 57 § 2 st DKL resp § 7–5 st 2 LFD – om att säkerheten endast behöver täcka det först förfallande vederlaget i fall där betalningen erläggs successivt i efterskott för en löpande prestation till gäldenären – uttryckligen begränsar omfattningen av boets skyldighet att ställa säkerhet till tiden efter konkursutbrottet. Som beskrevs ovan har man i dansk rätt ansett bestämmelsen tillämplig bl a vid beställarens konkurs i entreprenadförhållanden.[37] Huruvida detsamma gäller i Norge är mera oklart.[38] För svensk del kan sägas, att frågan kanske inte har så stor betydelse, då entreprenören ofta har säkerhet i en rätt att lyfta vederlaget på ett byggnadskreditiv hos en bank allt eftersom arbetet fullgörs. Denna rätt ger – som nämnts[39] – entreprenören säkerhet för vederlag som avser arbete för tiden fram till konkursutbrottet men inte därefter. Även om vi antar att boet är skyldigt att säkerställa entreprenören också för tiden före konkursen, blir detta således ingen ytterligare belastning på boet, då den redan ställda säkerheten givetvis medräknas när värdet av boets "egen" säkerhet ska bestämmas. Ifall entreprenören inte har sådan säkerhet, anser jag dock principiellt att de nyss nämnda danska och norska lagreglerna är lämpliga att tillämpa vid beställarens konkurs. Åtminstone då arbetet sker på löpande räkning bör det således räcka att boet säkerställer entreprenören fr o m konkursutbrottet.[40]

4.2.4 Konkludenta inträden

I vad mån kan 41 § KöpL vara användbar vid beställarens konkurs? Såväl Wikander, Hasselrot som Ekeberg & Benckert har visserligen

37 Se 3.1.

38 Se 3.2.

39 Se 4.2.1 vid not 21 ff.

40 Se också 4.2.1 ovan, där jag också i övrigt argumenterar för den modell som denna dansk-norska lagregel beskriver.

uttalat sig för en analogi även från denna paragraf,[41] men detta torde i första hand avse arbetsbeting gällande tillverkning av lösa saker (utanför 2 § KöpL:s tillämpningsområde), som ska överlämnas till beställaren då arbetet utförts. *Första styckets* återkravsregel kan ju i dessa fall tillämpas på i stort sett samma sätt som vid köp. För entreprenadarbeten i den mening som avses i denna bok, blir analogin mera långsökt. Det arbete som entreprenören utfört kan ju inte återlämnas, och hävning av ett entreprenadavtal får verkan endast för framtiden.

Däremot bör det vid entreprenad finnas utrymme för en analog tillämpning av *andra stycket* i 41 §. Det kan lätt tänkas fall där en byggnadsentreprenör, utan att han hört sig för om boets avsikter, utför arbete i beställarens konkurs. Det kan bero på ett rent misstag eller okunnighet, t ex att entreprenören felaktigt förutsätter att boet är skyldigt att fullfölja kontraktet om det inte sägs upp av entreprenören. Andra fall kan vara att entreprenören förutsätter att boet inträtt då inget annat sagts eller att boet tillfrågats om inträde och entreprenören utför visst arbete under den "betänketid" i konkursen, då boet överväger sitt beslut i inträdesfrågan. Om boet i det sistnämnda fallet sedermera avstår från att inträda uppkommer frågan, om boet trots sitt uttryckliga avstående från att inträda ändå inte – genom att stillatigande åse hur entreprenören fullföljer arbetet – inträtt genom sin passivitet.

I *dansk och norsk rätt* ges i 60 § DKL resp § 7–9 LFD generella regler som motsvarar 41 § KöpL. I Norge synes regelns tillämpning vid andra avtal än köp inte ha diskuterats särskilt, men i Danmark finns en del material av intresse. Højesteret har här i rättsfallet UfR 1981.219H fastslagit, att den danska generella motsvarigheten till 41 § 2 st KöpL vid betalningsinställelse – nuvarande 16c § 2 st DKL – förutsätter att medkontrahentens prestation enligt sin beskaffenhet kan återlämnas. I rättsfallet var det fråga om en "ejerlejlighedsforenings" fordran på grund av leveranser av vatten och el. Munch hävdar att samma princip bör gälla för exempelvis arbetsprestationer.[42] Rättsfallet torde vara vägledande även för den vid konkurs gällande 60 § DKL och innebär då, att en entreprenörs fortsatta arbete efter konkursutbrottet *inte* som sådant ger honom en massafordran på värdet av det utförda arbetet.

Det kan här erinras, att jag för ett konkursbos "automatiska" uttag av elström och liknande kontinuerliga leveranser antagit, att konkursboets stillatigande tillgodogörande av leverantörens prestation i och för sig inte innebär att boet inträtt med massaansvar för avtalet i dess helhet.[43] Däremot menade jag att boet bör vara skyldigt att betala för vad det fak-

41 Wikander s 331, Hasselrot, Arbetsbeting s 133 not 2 och Ekeberg/Benckert II s 292.
42 Munch s 178.
43 Se kap III 2.8.

tiskt förbrukat innan avtalsförhållandets slutgiltiga öde avgjorts. Detta hävdades fastän leverantörens prestation på grund av sin karaktär är oåterställbar. Denna lösning stämmer också överens med regleringen i en numera upphävd lag om leveranser av elström.[44] Vid ett "vanligt" köp med successiv leverans av ett bestämt antal poster eller en bestämd mängd, antog jag däremot att boets "konsumtion" av en post enligt 41 § 2 st KöpL gör boet massaansvarigt även för resterande poster. I bägge fallen är det helt klart, att boets konsumtion av det mottagna åtminstone medför massaansvar för detta.

Jag har för egen del svårt att se några bärande skäl till varför en medkontrahent, som presterar något som är av beskaffenhet att inte kunna återställas, skulle ges en sämre behandling än den medkontrahent, vars prestation i varje fall då boet mottar den är återställbar. I båda fallen har boet – i huvudfallet närmast på grund av ett misstag från medkontrahentens sida – tillförts ett värde som normalt är till nytta för boet. Visserligen kan sägas att boet, då det är fråga om en återställbar prestation, haft möjlighet att återlämna det utgivna men att denna utväg försuttits, medan det ifråga om utfört arbete eller kontinuerliga elleveranser aldrig funnits någon sådan valmöjlighet för boet.

Detta är nu inte helt sant. Boet kan vid en icke återställbar prestation kontakta medkontrahenten och säga att boets fortsatta mottagande av hans prestation inte innebär att boet beslutat sig för att inträda i avtalet. Medkontrahenten kan då – enligt vanliga regler – välja mellan att stoppa vidare prestationer och att fullfölja dem. Häremot kan i sin tur invändas, att boet varken enligt 39 eller 40 §§ KöpL eller någon annan lagregel är skyldigt att på eget initiativ kontakta medkontrahenten. I stället ankommer det enligt köplagens regler på medkontrahenten att informera sig om boets avsikt. Gör han det inte och utnyttjar han inte heller sin rätt att hålla inne sin prestation, kan hävdas att han bör få stå sitt kast. Jag menar dock ändå att medkontrahenten – här entreprenören – bör få en massafordran på boet, åtminstone för vad han faktiskt utfört i konkursen. Även om en allmän princip om ersättning på grund av annans *obehöriga vinst* inte erkänns i svensk rätt, ligger ett sådant resonemang nära till hands att tillgripa i detta sammanhang. Det kan väl f ö ifrågasättas, om inte 41 § 2 st KöpL grundas på ett slags obehörig vinst-resonemang.

Om boet däremot kan visa att entreprenören med öppna ögon och fullt medveten om riskerna härmed fullföljt arbetet i konkursen, och därmed får anses ha spekulerat på boets bekostnad, bör entreprenören inte ges en massafordran för vad som utförts i konkursen. Jämför ovan om ett

[44] Se närmare kap III 2.6.5.2 inledningsvis.

eventuellt krav på säljarens goda tro vid direkt tillämpning av 41 § KöpL.[45]

Slutligen kan tilläggas att Ørgaard i dansk rätt allmänt framhållit att boets passivitet beroende på omständigheterna kan förstås som att boet stillatigande inträtt, t ex om boet finner sig i att medkontrahenten rent faktiskt fortsätter ett kontraktsförhållande som om ingenting hänt.[46]

För frågan *om betalning utgör konkludent inträde* får generellt hänvisas till köpkapitlet.[47] Vad som där sägs i anslutning till den partiella inträdesrätten får modifieras med hänsyn till vad som sas i föregående avsnitt (4.2.3).

4.2.5 Boets möjligheter att begränsa kontraktsanvaret för framtiden

Om förvaltaren på ett tidigt stadium inser, att boet inte kommer att vara i stånd att fullfölja beställarens åtaganden enligt avtalet med entreprenören – t ex därför att tillgångarna i boet bedöms som alltför knappa eller boet beräknas ha avvecklats långt innan bygget fullbordats – kan olika handlingsalternativ komma ifråga. Närmast till hands ligger väl att boet avstår från att inträda och att entreprenören häver avtalet. Bygget kan sedan säljas med fastigheten i det skick det befinner sig. Det kan då vara praktiskt att den bank som gett beställaren byggnadslån går in och köper egendomen.

Kan inte boet i stället *överlåta kontraktet*? Nja, för detta krävs entreprenörens medgivande, se de till AB 72 anknytande kontraktsformulären 18/72 och 19/72 § 9. En icke medgiven överlåtelse ger entreprenören rätt att häva kontraktet, se 8:2 6 p AB 72 . En kontraktsöverlåtelse innebär ju att en annan beställare går in och fullgör gäldenärens skyldigheter, och gäldenärsbyte förutsätter redan enligt dispositiv rätt borgenärens medgivande. Även beställarens konkursbo är bundet av förbudet att överlåta kontraktet utan medgivande av entreprenören. Om inte boet anser sig kapabelt att fullgöra avtalet kan det alltså inte – som ett alternativ till hävning – överlåta entreprenaden inklusive kontraktet på en annan beställare. En annan sak är att entreprenören kanske anser att beställarsidans förslag till ny motpart är bra eller i vart fall acceptabelt och därmed går med på det.

[45] Se kap III 2.8 vid not 264 ff.

[46] Ørgaard s 93, jfr hyresfallet UfR 1976.568. Med passivitet avses här inte detsamma som vad jag för köp behandlat i kap III 2.10. Den "totala" passivitet som jag där diskuterade *kan* dock bli aktuell också i entreprenadsammanhang, jfr t ex omständigheterna i NJA 1910 s 564. Rättsfallet analyseras nedan i 4.3.2.

[47] Se kap III 2.9.

En annan situation där en överlåtelse av kontraktet kan vara av värde för beställarboet föreligger, då boet först inträtt i avtalet och fullföljt beställarens skyldigheter en tid i konkursen och sedan – innan entreprenaden fullbordats – i ett sammanhang vill sälja gäldenärens tillgångar, däribland fastigheten med det halvfärdiga bygget. Kan då boet i detta läge undvika hävning och massaskadeståndsskyldighet gentemot entreprenören genom att helt enkelt låta kontraktet "följa med" överlåtelsen av övriga tillgångar?

Även här är det säkert så, att överlåtelsen av kontraktet kräver entreprenörens medgivande. En icke medgiven överlåtelse ger entreprenören rätt att häva och kräva skadestånd enligt 8:6 AB 72 som massafordran. Att kontraktsöverlåtelsen ingår som en mindre del i en allmän avveckling av konkursboet torde inte göra någon skillnad.

Kan då inte boet i stället *säga upp avtalet med rimligt varsel*, om entreprenaden inte är färdigställd vid boets avveckling, och därmed undvika skadeståndsskyldighet på massaplanet? I Danmark och Norge finns en sådan generell uppsägningsrätt för varaktiga avtal stadgad i 61 § DKL resp § 7–6 LFD. Om reglerna är tillämpliga vid entreprenad framgår varken av lagmotiven eller litteraturen. Det får dock antas att uppsägningsregeln inte är tillämplig vid entreprenad med hänsyn till "rättsförhållandets beskaffenhet". Och även om man också för svensk del skulle anta att en sådan uppsägningsrätt föreligger vid vissa typer av varaktiga avtal, är det knappast realistiskt att i entreprenadförhållanden hävda, att boet först kan meddela entreprenören att det inträder – och därmed ge sken av att kontraktet i dess helhet kommer att fullföljas – för att sedan efter en tid säga upp avtalet utan skyldighet att betala entreprenörens skadeståndsanspråk som massafordran. Boet får nöja sig med att antingen inträda i avtalet och kvarstå som förpliktat tills entreprenaden fullbordats eller helt avstå från att inträda eller förhandlingsvägen söka få till stånd en mellanlösning.

4.3 Entreprenörens konkurs

4.3.1 Har entreprenörens konkursbo inträdesrätt?

Entreprenörens prestation går i första hand ut på att utföra ett arbete. Hans *person* kan därför vara av betydelse för beställarens intresse av att kvarstå vid avtalet. Vid prestationer där gäldenärens person är av avgörande betydelse, har det allmänt ansetts att konkursboet saknar inträdes-

rätt. Detsamma gäller då arbetet ska utföras under gäldenärens personliga ledning.[48] Avtalets slutande föregås vid entreprenad på bestämt pris normalt av en tävlan mellan olika entreprenörer, som efter att ha tagit del av beställarens förfrågningsunderlag inger sina anbud. Beställaren väljer sedan det förmånligaste anbudet med hänsyn till pris, entreprenörens resurser, kompetens, ekonomiska stabilitet och övriga omständigheter.[49] Entreprenörens yrkesskicklighet spelar då en stor roll, men hans ekonomiska förmåga och egenskaper torde vara minst lika viktiga. Avtalsrelationen är många gånger av industriell karaktär, och det personliga momentet kommer då mera i skymundan. Som sagts i den danska och norska diskussionen, föreligger dock ofta stor risk för att den kvalificerade personalen överger entreprenadföretaget i en insolvenssituation. En eventuell inträdesregel bör beakta detta.

Det är således främst i små förhållanden som en omedelbar hävningsrätt på grund av entreprenörens personliga egenskaper är av intresse för beställaren. Å andra sidan kan sägas att AB:s regler – om vi nu inriktar oss på att bedöma rättsenligheten av hävningsklausulen i 8:1 3 p – knappast är avsedda för arbeten under mindre förhållanden, och det har då sagts att 40 § KöpL skulle vara analogt tillämpbar,[50] vilket alltså skulle innebära att boet har rätt att inträda, låt vara att regeln kanske måste modifieras något i entreprenadförhållanden.

Man bör vidare hålla i minnet, att beställarens alternativ till entreprenörboets inträde är att en annan entreprenör går in fullgör arbetena. I den prekära situation som beställaren befinner sig torde hans möjligheter att sluta ett lika gynnsamt avtal som det föreliggande vara svårt.

Ett förhållande som däremot kan medföra att inträdesrätt bör anses utesluten är, att boet kan sakna de ekonomiska och personella resurserna att fullborda entreprenaden. Även om inte just den aktuelle entreprenörens/gäldenärens person är viktig för de återstående arbeten som ska utföras, kan det ändå vara uppenbart att *boet* inte är lämpat för uppgiften. Det kan då exempelvis krävas, som i norsk rätt, att boet visar att det har tillgång den nyckelpersonal som behövs för entreprenadens riktiga fullgörande.

Det är främst vid omfattande arbeten, som kräver stora insatser av entreprenören, som den ekonomiska aspekten får betydelse. Här kommer också avtalets långvariga karaktär in i bilden. Om de arbeten som återstår beräknas ta längre tid än vad som åtgår för avvecklingen av konkursboet – avvecklingstiden bestäms å andra sidan bl a också av utestående åtagandens varaktighet – kan det vara tveksamt om beställaren ska

48 Se t ex Brækhus s 165, NOU 1972:20 s 310 f och Munch s 349.

49 Se t ex Guter m fl s 29.

50 Se Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 106 och 117 vid not 50.

behöva tåla ett inträde av boet.[51] Han skulle i så fall först få acceptera konkursboet som motpart under konkursen, för att sedan vid konkursens slut återigen bli tvungen att byta entreprenör. I praktiken lär detta dock inte vålla så stora svårigheter. När boet inträder innebära det inte att boet självt "förvandlar sig" till entreprenadföretag. I stället torde boet ofta låta en annan entreprenör utföra arbetena för boets räkning. Denne "nye" entreprenör kan sedan vid konkursens slut definitivt få kontraktet överlåtet på sig, om entreprenaden då inte fullbordats. Beställaren har f ö sällan något annat val än att acceptera en sådan lösning. Svårigheterna för honom att själv skaffa fram en ny entreprenör brukar vara betydande, och de konkursförvaltare som jag varit i kontakt med har ganska enstämmigt framhållit att beställaren ofta befinner sig i ett minst lika svårt läge som konkursboet vid entreprenörens konkurs. Han torde således många gånger vara tvungen att godta de lösningar som erbjuds för att över huvud taget få entreprenaden färdigställd till rimligt pris. Till de rent *juridiska* förutsättningarna för en överlåtelse av entreprenadarbetena (och även kontraktet) återkommer jag strax nedan.

Ur boets synvinkel kan ett inträde vara riskfyllt då omfattande arbeten återstår att utföra. Kan inte boet fullfölja hela entreprenaden medför det massaansvar för beställarens ersättningskrav på grund av det bristande färdigställandet. I praktiken innebär detta att boet inte ensidigt kan bryta avtalet när det en gång trätt in i det. Att avtal sluts om inträde på begränsad tid lär dock inte vara ovanligt. Jämför till detta vad som framhölls i dansk doktrin, om betydelsen av hur långt arbetena framskridit då konkursen inträffar. Jämför även följande resonemang av Lindskog i anslutning till en diskussion om fortsättande och försäljning av hel rörelse vid s k oplanerad rörelsekonkurs.[52]

> "Ofta är situationen synnerligen komplex. Fråga är t ex om ett entreprenadföretag. Organisationen i form av skicklig arbetskraft, urval av verktyg etc har här ett övervärde som det är angeläget att ta vara på. Emellertid förutsätter ett sådant tillvaratagande att verksamheten fullföljs. Denna verksamhet består av pågående entreprenader för vilka gäldenärsbolaget uppburit vissa förskott. Om nu konkursboet går in i dessa entreprenader finns risk att detta kostar mer än vad som återstår av kontraktsbeloppet. Kompenseras denna risk av mervärdet att bevara rörelsen? Och vilken är möjligheten att, om bara rörelsen fortsätts, inom kort tid 'sälja' risken genom att avyttra hela verksamheten innefattande pågående entreprenader? Å andra sidan; om en eller flera entreprenader bryts kan detta föranleda fordringar i konkursen. I vad mån förtjänar detta beaktande? Vidare har kanske banken garanterat entreprenaden samtidigt som den till säkerhet för motförbindelsen har företagsinteckningar. Detta innebär att om entreprenaden avbryts kommer beställarens skadeståndskrav att försämra läget för borgenärer med allmän förmånsrätt resp oprioriterade borgenärer. Även om ett fullföljande av entrepre-

[51] Jfr Brækhus s 169, NOU 1972:20 s 313 hsp, Munch s 349, Ørgaard s 105, Gomard s 18 f och Hørlyck s 265.

[52] Lindskog i Från advokatens verkstad s 312.

naden leder till en förlust är kanske därför denna förlust mindre än den utdelning som beställaren skulle via banken ha erhållit på sin skadeståndsfordran, varför det skulle vara mer 'förmånligt' för boet att driva entreprenaden med förlust än att bryta."

Vad anser då *den svenska doktrinen* om frågan om inträdesrätt för entreprenörens konkursbo?

Wikander tycks mena att parternas avtal är avgörande för frågan om konkursen som hävningsanledning. Saknas bestämmelser om detta anser han att 39 och 40 §§ KöpL kan tillämpas analogt. Beställarens konkursbo får då avskära beställarens innehållande av förskott genom att ställa säkerhet jämlikt 39 §, och hävning får ske enligt 40 § analogt om inte boet på beställarens förfrågan förklarar sig inträda i avtalet. Hävs avtalet kan skadestånd krävas. Wikander tillägger att analogin till köplagens regler förutsätter att avtalet är sådant, att beställarens intresse äventyras på grund av entreprenörens obestånd.[53] Hasselrot skriver på liknande sätt att entreprenörens konkurs i vanliga fall – dock inte då avtalet är sådant att beställarens intresse inte äventyras genom konkursen – ger beställaren hävningsrätt. Konkursboet anges dock ha rätt att överta arbetet om inte särskild vikt lagts på entreprenörens person. Boet måste på beställarens förfrågan utan oskäligt uppehåll ge besked i inträdesfrågan. Beställaren är vidare berättigad att innehålla ett avtalat förskott om inte betryggande säkerhet ställs.[54]

Både Wikander och Hasselrot hänvisar – uppenbarligen med gillande – till följande norska prejudikat.

TfR 1909 s 163. En murarmästare hade åtagit sig att uppföra en fabriksbyggnad. Då han gick i konkurs krävde beställaren en garanti för entreprenadens kontraktsenliga fullgörande. När garantin uteblev medgavs beställaren hävningsrätt. Hans krav ansågs nämligen grundat på synpunkten, att det var en uppenbar och berättigad förutsättning för avtalet att entreprenören hade den nödvändiga ekonomiska kapaciteten för att fullfölja arbetet till det överenskomna vederlaget och för att stå den därmed sammanhängande risken. Blir entreprenören insolvent kan han inte fullgöra sitt ansvar. Då beställarens intresse är att få arbetet fullgjort, kommer den ekonomiska risken i praktiken att övervältras på beställaren, eftersom han inte kan hålla sig skadeslös vid entreprenörens insolvens.

Ekeberg & Benckert anser att "tillverkarens" konkurs utgör hävningsanledning såvida arbetet inte är av den art, att hans solvens inte spelar någon roll.[55]

Bengtsson menar att beställarens ovillkorliga hävningsrätt enligt 8:1 3 p AB 72 är välmotiverad särskilt vid större entreprenader, men att 39 och 40 §§ KöpL antagligen får tillämpas analogt utanför AB:s område.[56]

53 Wikander s 331 f.

54 Hasselrot, Arbetsbeting s 131 f.

55 Ekeberg/Benckert II s 291 f.

56 Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 117 vid not 50.

Hellner skriver att hävningsklausulerna i AB 72 helt utformats som kontraktsrättsliga föreskrifter till skydd för motparten, då de indirekt kompenserar det bristande sakrättsliga skyddet. Konkursboets intresse av att avveckla gäldenärens avtal anges inte ha beaktats särskilt.[57] Senare har Hellner i allmänna ordalag framhållit, att om "en byggmästare blir insolvent riskerar beställaren att arbetet inte utförs eller att det blir sämre utfört eller fördröjt."[58] I ett avsnitt om boets inträde i varaktiga avtal, varunder Hellner som huvudregel insorterar entreprenadavtal,[59] tar han inte ställning till frågan om inträdesrätt föreligger.[60]

Arnesdotter håller det för troligt AB:s hävningsklausul gäller mot entreprenörens konkursbo. Med hänvisning till de danska och norska inträdesreglerna menar hon att 'rättsförhållandets beskaffenhet' här motiverar att konkursboet inte har obetingad inträdesrätt.[61]

Håstad skrev tidigare att det mot bakgrund av de danska och norska reglerna om tvingande inträdesrätt för konkursbon "torde kunna diskuteras, huruvida bestämmelser i diverse allmänt brukade standardformulär om obegränsad hävningsrätt vid motpartens konkurs verkligen överensstämmer med de tvingande, låt vara ännu inte klarlagda utfyllande regler som finns om konkursbos inträdesrätt."[62] Standardformulären angavs här närmast böra ses som ett uttryck för branschuppfattning och att entreprenörens konkursbo möjligen – trots hävningsregeln i 8:1 3 p AB 72 – har rätt att fullfölja en inte alltför invecklad och långvarig entreprenad. Ett problem med en sådan rätt sas dock vara ansvaret för dolda fel under tio års preskriptionstid satt i relation till (nu gällande) 5:10 KL.[63] Numera skriver Håstad mera rakt på sak att 8:1 (och 8:2) AB 72 inte är bindande för konkursboet. Därmed inte sagt att entreprenörens konkursbo har inträdesrätt: "Vid bedömningen av konkursboets inträdesrätt kan man bl a beakta att avtalspraxis ger ett visst besked om vad parterna i branschen anser vara en förnuftig regel."[64] Angående den konkursrättsliga regeln sägs numera att det är tveksamt om entreprenörens konkursbo har inträdesrätt. Åsikten grundas på att risken för fel kan

57 Hellner, Verkan av insolvens s 255 f.

58 Hellner II s 250.

59 Se a a s 226.

60 A a s 259 f.

61 Arnesdotter s 228 vid not 192. Se även uttalandena om rättsläget vid andra obeståndsfall än konkurs, där det sägs att beställaren bör få häva avtalet först då det är uppenbart, att entreprenörens åligganden inte kommer att fullföljas på grund av obeståndet. Entreprenören skulle dock kunna hindra hävning genom att ställa "synnerligen betryggande säkerhet". Resonemanget bygger som synes på allmänna principer om anteciperat dröjsmål.

62 Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 271.

63 A st med not 17.

64 Se Sakrätt, 3 uppl s 306 f.

öka påtagligt då nyckelpersonalen ibland flyr gäldenären. Till detta läggs det tioåriga ansvaret för vissa fel parat med att "konkursboet ogärna reserverar medel och skjuter upp den slutliga utdelningen tills preskription inträtt." Från rättstillämpningssynpunkt vore den enklaste regeln, enligt Håstad, att entreprenörens bo helt frånkändes ensidig inträdesrätt. De lege lata anges det dock – med hänvisning till norsk och dansk rätt – vara möjligt en konkret bedömning av risken för kontraktsbrott ska göras och att det då spelar stor roll hur mycket av entreprenaden som återstår att utföra och hur invecklat arbetet är. Det sägs vidare att förvaltarna i praktiken nästan aldrig ensidigt inträder i entreprenörens avtal utan i stället träffar avtal med beställaren om fullföljande av entreprenaden mot reducerat vederlag. I gengäld blir inte boet ansvarigt för fel eller endast felansvarigt upp till en viss summa "som antingen sätts av under viss tid eller som den borgenär som får de sist utdelade medlen garanterar."[65] Till frågan om ansvaret för dolda fel under ett- eller tvåårig garantitid och tioårig preskriptionstid återkommer jag strax nedan.

Som framgått av den nu gjorda litteraturgenomgången och avsnitten om dansk, norsk och tysk rätt, kan åtskilligt anföras mot en inträdesrätt för entreprenörens konkursbo. Merparten av de svårigheter som refererats bör emellertid på ett förhållandevis smidigt sätt kunna bemästras, om en regel liknande p 27.1 i norska NS 3401 anammades. En sådan regel har som sagt intagits i förslaget till samnordiska kontraktsbestämmelser om entreprenadarbeten. Även i Danmark synes man vara öppen för en sådan regel. I samma riktning går Henckels "differenzierende Lösung" för tysk del och den tyska insolvensrättskommissionens förslag. Själv menar jag att en sådan regel är att föredra framför en regel som helt utesluter ensidig inträdesrätt för entreprenörens bo. Även om skillnaden i praktiken många gånger blir hårfin, kanske endast bestående i ett något bättre förhandlingsläge för boet, så tror jag trots allt att en regel om inträdesrätt i en del fall skulle förhindra rättsförluster för boet, t ex därför att en beställare av en entreprenad, som boet mycket väl skulle kunna överta och färdigställa kontraktsenligt, av okunnighet eller på grund av att avtalet blivit ogynnsamt för honom, omedelbart häver och lägger ut arbetet på en annan entreprenör.

Boet bör alltså enligt min mening ges utrymme att visa, att det klarar av att fullfölja entreprenaden både i ekonomiskt och kompetensmässigt hänseende. I och med detta ges beställaren en viss garanti eller trygghet just för att entreprenaden färdigställs, inte bara ekonomisk kompensation för ett eventuellt bristande färdigställande. Genom att boet utan oskäligt uppehåll bör vara tvunget att demonstrera sin framtida fullgörel-

65 Se för det sagda och citatet, Sakrätt, 3 uppl s 305 f.

seförmåga sätts det under press och möjligheterna till spekulation beskärs. Det bör dock krävas en förfrågan från beställarens sida – på samma sätt som föreskrivs i 40 § KöpL – för att fristen ska börja löpa. Boet skulle annars kunna bli av med ekonomiskt avgörande avtal, bara därför att förvaltningen inte hunnit överblicka gäldenärens affärsläge, övervägt det aktuella avtalets relativa gynnsamhet, skaffat fram de nödvändiga garantierna för arbetenas fullföljande eller på annat sätt fått fram en utredning som beställaren får nöja sig med. Av det sagda följer att boets svarsfrist inte bör sättas alltför snävt. Tvärtom är en viss generositet här påkallad med hänsyn till entreprenadåtagandenas ofta omfattande karaktär.

I Norge har Sandvik menat, att konkursboets ekonomiska förmåga får anses visad redan genom att boet visat sig villigt att inträda och fullfölja entreprenaden. Detsamma bör knappast gälla för svensk del, utan boet måste nog positivt ge uttryck för att den ekonomiska basen för de fortsatta arbetena föreligger. Kravet på bevisningens styrka kan å andra sidan inte ställas särdeles högt, då situationen hos ett konkursdrabbat entreprenadföretag under tiden närmast efter konkursutbrottet inte ger utrymme för några mera ingående utredningar.

Säkerställelse sägs i Motiv AB 72 inte trygga beställarens intresse av att entreprenören åligganden fullgörs på rätt sätt. Som också Sandvik understrukit är denna inställning välgrundad. Beställaren bör således inte ha rätt att ovillkorligen avkräva boet ekonomisk säkerhet. Däremot kan boets *ekonomiska status* tänkas visad just genom att boet är kapabelt att ställa pant, engagera borgensmän eller på annat sätt etablera säkerheter. Att konkursboet ställer ekonomisk säkerhet bör dock å andra sidan inte befria boet från plikten att garantera beställaren arbetenas riktiga utförande in natura, dvs från de kompetensmässiga kraven. Ekonomisk säkerhet är entreprenören f ö i många fall skyldig att prestera redan enligt de "vanliga" bestämmelserna i avtalet, jfr 6:15–17 AB 72. Inträder boet är det då givetvis också skyldigt att uppfylla avtalet i dessa delar.

För den lösning som nu förordats talar vidare vad som enligt 8:1 7 p AB 72 gäller vid entreprenörens *död*, åtminstone om entreprenörens personliga kvalifikationer anses utesluta en inträdesrätt för boet. Man kan annars fråga sig varför entreprenörens person i det ena fallet – dödsfallet – skulle sakna betydelse, genom att dödsboet ges rätt att sätta en annan entreprenör i den avlidnes ställe, medan man i det andra fallet – konkursfallet – skulle vägra entreprenörsbyte på grund av gäldenärens personliga egenskaper, trots att det i det senare läget oftast blir fråga om juridiska personer. I Danmark har Munch som sagt uttalat sig för en tillämpning av dödsfallsreglerna vid konkurs i vissa fall. Observera dock att det vid dödsfall aldrig blir fråga om entreprenörsbyte mer än en gång.

Vid entreprenörens konkurs kan beställaren däremot först tvingas få boet som motpart under konkurstiden och därefter – om entreprenaden inte har färdigställts vid boets avveckling – en annan entreprenör som slutför arbetena. Som nyss framhållits är det dock sällan faktiskt fråga om ett upprepat entreprenörsbyte, eftersom boet ofta låter ett utomstående (eller nybildat) entreprenadföretag utföra arbetet för boets räkning under konkursen.

Bör då boet över huvud taget ha rätt att inträda då arbetena beräknas ta längre tid än vad som krävs för boets avveckling? Först bör då åter poängteras, att boets avvecklingstid inte är någon fristående storhet, som bestäms oberoende av varaktigheten av gäldenärens åtaganden. Problemet är därför möjligen mera akademiskt än reellt. Men även om så inte är fallet, kan problemet lösas genom användande av den bevisregel som här förordats. Om boet beräknas ha avvecklats innan entreprenaden färdigställts, kan inte boet visa att det kommer att klara av att fullgöra entreprenörens förpliktelser enligt avtalet. Beställaren skulle då kunna häva redan på den grunden. Ur konkursboets synvinkel är ett inträde dock sällan aktuellt om inte entreprenaden beräknas kunna fullbordas inom konkurstiden. Boets får ju ut ett väsentligt högre pris då entreprenaden, t ex en byggnad, färdigställts. Boet saknar som sagt också i praktiken möjlighet att frånträda avtalet när det väl en gång trätt in, på grund av de stora skadeståndskrav beställaren kan göra gällande som massafordran om arbetena avbryts innan entreprenaden färdigställts.

Om boet vill *överlåta kontraktet* måste beställarens samtycke inhämtas. Överlåter boet kontraktet utan att medgivande getts, kan beställaren häva, se 8:1 6 p AB 72. Boet kan alltså inte *på strikt juridiska grunder* kalkylera med en framtida möjlighet att, via en överlåtelse av kontraktet på en annan entreprenör, slippa ifrån massaansvar.

Som nämnts ovan är det inte ovanligt att boet låter ett annat entreprenadföretag utföra återstående arbeten för boets räkning. Boet kvarstår då som ansvarigt enligt kontraktet men *själva arbetet* utförs alltså av en annan entreprenör. Detta kan kallas en *överlåtelse av entreprenaden*. Även en sådan kräver, även om det inte direkt utsägs i AB 72 eller därtill anknytande formulär, beställarens samtycke. Det kan för honom nämligen vara av avgörande betydelse, vem som faktiskt utför arbetena även om kontraktsansvaret ligger kvar på det ursprungliga, av konkursboet övertagna, entreprenadföretaget. Dessutom anses det vara ett väsentligt moment för den som ska utföra ett arbete, att han inte avhänt sig rätten till vederlaget innan arbetet utförts. Det sagda innebär dock inte att t ex en generalentreprenör inte skulle få anlita underentreprenörer och andra självständiga medhjälpare i enlighet med vad därom avtalats eller får anses vara förutsatt mellan parterna. Om konkursboet överlåter väsent-

liga delar av (general-)entreprenörens åtaganden till någon annan utan beställarens medgivande, torde dock beställaren – förmodligen beroende på entreprenadens uppläggning och storlek – vara berättigad att häva avtalet.[66]

En annan invändning som förts fram mot en inträdesrätt för entreprenörens konkursbo är, att beställaren efter boets avveckling och då fristen för utdelningsklander gått ut inte kan göra gällande det långvariga felansvar som ofta gäller i entreprenadförhållanden. Motsvarande frågeställning har utförligt diskuterats för säljarens konkurs.[67] De principer som jag där kom fram till är tillämpbara också vid entreprenörens konkurs. Problemen är knappast av den art, att de isolerade motiverar att inträdesrätt helt berövas entreprenörboet. På grund av det nära sambandet med frågan om boet kan inträda partiellt, varom nästa avsnitt (4.3.2) handlar, återkommer jag med ett mera definitivt ställningstagande till felfrågorna i avsnittet därefter (4.3.3).

Sammanfattningsvis vill jag dock redan här hävda, att entreprenörens konkursbo bör ha en tvingande rätt att inträda i gäldenärens/entreprenörens avtal enligt den bevisregel som jag – i första hand efter norsk förebild – försökt argumentera för och ge innehåll i detta avsnitt. Denna regel ger enligt min mening den nödvändiga grad av flexibilitet som är särskilt starkt påkallad just vid entreprenörens konkurs. Om en inträdesrätt här över huvud taget ska medges – vilket jag trots allt anser ska göras – bör en sådan, förhållandevis nyanserad regel bestämma var gränserna för boets i och för sig tvingande rätt ska dras. Om regeln är förenlig med gällande rätt kan möjligen diskuteras, men i varje fall de lege ferenda bör den utgöra en ändamålsenlig och för båda sidor acceptabel lösning. Den kan också, utan att några justeringar krävs, inrymmas i de inträdesregler som jag i kap III 3.2 de lege lata formulerade för köp.

4.3.2 Har boet partiell inträdesrätt?

Frågan om entreprenörens konkursbo ska ges rätt att inträda med verkan endast från och med konkursutbrottet, har i dansk, norsk och tysk rätt som framgått besvarats nekande. Entreprenaden anses utgöra en sådan enhet, att en partiell inträdesrätt inte kommer ifråga. I Danmark och Norge motiveras detta främst med de praktiska olägenheter som ett

[66] Jfr Motiv AB 72 s 198 f, 240, 245 f, 270 och 283. Se även Rodhe, Obligationsrätt s 158 f, 608 ff, 642 och 717 ff, densamme, Sakrätt s 120 f med not 23 och Håstad, Studier s 121 ff. Jfr också Hellner II s 273 ff och Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 115 nederst.

[67] Se kap III 3.1.

sådant inträde skulle medföra vid en uppgörelse, medan man i Västtyskland åberopar mera principiella grunder mot ett partiellt inträde.

Vad gäller frågan om partiellt inträde konkret vid entreprenörens konkurs? Jo, först och främst om boet vid inträdet ådrar sig *ansvar för fel och brister i arbeten utförda av entreprenören före konkurs*en. Det kan vara svårt att avgöra om ett fel ska hänföras till arbeten utförda av entreprenören själv före konkursen eller till arbeten som utförts för boets räkning under konkursen. Det är bl a dessa problem som i Norge anförts mot en partiell inträdesrätt.

Frågan om partiellt inträde kan vidare gälla *boets ansvar för ersättningskrav på grund av förseningar i arbeten som utförts eller skulle ha utförts före konkursen* och *om boet får underlåta att utföra de arbeten som beställarens förskott avser*. I det sistnämnda fallet skulle t ex kunna hävdas, att beställarens fordran på arbete för det utgivna förskottet endast utgör en konkursfordran på återfående av förskottet och på skadestånd för det partiellt bristande färdigställandet. Till detta kan nu sägas, att beställaren givetvis inte har något intresse av en endast delvis färdigställd entreprenad, men frågan är om han inte får stå sitt kast då han gett kredit till en konkursmässig medkontrahent.[68]

Har förskott utbetalats uppkommer även problemet, *om beställaren kan avräkna boets utförande av arbete på sin naturafordran på arbete på grund av förskottet*. Om en sådan avräkningsrätt inte erkändes, skulle boet ha rätt att kräva effektiv betalning för sina tjänster oavsett om förskott utgått eller inte: Eftersom beställarens fordran på arbete är sakrättsligt oskyddad så länge inte arbete motsvarande förskottet utförts före konkursen, borde han inte få full utdelning för samma förskott via avräkning, bara därför att boet väljer att framöver fullgöra just detta avtal.

En situation snarlik den just beskrivna förelåg i följande rättsfall.

NJA 1910 s 564. En byggnadsentreprenör hade uppburit en fjärdedel (15 000 kr) av entreprenadsumman i förskott då han, innan arbetet påbörjats, försattes i konkurs. Beställaren bevakade i konkursen reservationsvis – för den händelse konkursboet skulle underlåta att fullgöra avtalet och hävning ske – *dels* en fordran på utfående av förskottet, *dels* också en fordran på skadestånd på grund av gäldenärens underlåtenhet att på grund av konkursen fullgöra avtalet. Konkursen avslutades med ett ackord om 50 %. Entreprenören fullföljde därefter entreprenaden enligt det ursprungliga avtalet. När entreprenören sedermera krävde in vederlaget för det utförda arbetet, drog beställaren av hela det före konkursen utgivna förskottet. Entreprenören motsatte sig detta och menade att beställaren endast kunde dra av hälften av förskottet (7 500 kr) och att resterande del omfattades av ackordet. Entreprenören fick rätt i RR:n och HovR:n men förlorade i HD där det framhölls, att beställaren haft en fordran på entreprenören för förskottet endast under förutsättning att inte entreprenören fullgjorde sitt åtagande. Entreprenören ansågs inte ens ha ifrågasatt att rättsförhållandet mellan parterna avseende för-

68 I många fall har dock säkerhet ställts för förskottet, jfr 6:17 AB 72.

skottet skulle bedömas på annat sätt, än om konkurs inte inträffat. Beställaren var därför, oavsett det fastställda ackordet, berättigad att tillgodoräkna sig hela förskottet. Ett JustR var skiljaktig och ansåg att förskottet omfattades av ackordet.

Lindskog anser att utgången är riktig därför att beställaren inte accepterat fullgörelse på andra villkor än de som avtalats före konkursen.[69] Även jag anser att avgörandet är principiellt riktigt, dock knappast på den grund som Lindskog anfört. Man bör nog snarare se det hela på så sätt, att beställaren vid konkursutbrottet hade en *naturafordran på arbete* motsvarande det utgivna förskottet. Så länge avtalet inte hävts hade beställaren däremot inte någon penningfordran på återfående av förskott och skadestånd, som blivit *kommensurabel* med andra fordringar som omfattades av ackordet. Och hävning hade fått ske först efter att beställaren frågat boet om inträde, boet avstått härifrån och beställaren därefter hävt avtalet, jfr 40 § KöpL. Att beställaren även kan sägas ha haft en *villkorlig penningfordran* på återfående av förskott och skadestånd, som vid villkorets uppfyllande – avtalets hävande – kunnat få utdelning i konkursen och omfattats av ackordet, saknar då betydelse.[70] En icke "omvandlad" naturafordran i kraft av förskott kan inte heller anses omfattad av ackordet av det skälet, att det många gånger är praktiskt ogörligt att företa en proportionell nedsättning av naturaprestationen: en fordran på t ex målning av ett hus kan inte gärna nedsättas till att gälla halva huset. Ju mer heterogen naturaprestationen är, desto större blir problemen.[71]

Vad hade gällt om konkursboet i NJA 1910 s 564 i stället inträtt och fullföljt arbetena? Hade beställaren då kunnat avräkna sin naturafordran på grund av det före konkursen utgivna förskottet på boets krav på betalning för utfört arbete, eller hade han i den delen fått nöja sig med att bevaka en konkursfordran? Motsvarande problem har vid säljarens konkurs diskuterats i kap III 3.5.3 ovan. Vad som sas där är tillämpligt även vid entreprenörens konkurs. Om boet tillåts inträda partiellt, med verkan endast från konkursutbrottet, är utgångspunkten sålunda att boet inte blir skyldigt att prestera vad som svarar mot beställarens förskott. Beställaren får då i den delen nöja sig med att häva och kräva tillbaka förskottet och skadestånd som vanlig konkursfordran, vilken fordran inte får avräknas på boets krav för eget utfört arbete. Förvägras boet däremot partiell inträdesrätt, är boet vid inträde alltid skyldigt att prestera även

69 Lindskog s 181.

70 Samma principiella synsätt: Rodhe, Obligationsrätt s 636 med not 8. Jfr även Arnesdotter s 285 f. Vad Arnesdotter därefter på s 286–288, skriver, om en sakrättsligt oskyddad naturaborgenärs rätt att påfordra naturaprestation vid ackord, ställer jag mig dock generellt frågande till.

71 Jfr till denna diskussion Munch i UfR 1983 B s 157 f, Gomard s 78 med not 11 och särskilt Carstensen s 106 f.

sådant som gäldenären åtagit sig för tiden före konkursen. Boet får då acceptera full avräkningsrätt för naturaborgenären/beställaren.

I vad mån har då entreprenörens bo rätt till partiellt inträde? Även för svensk del torde endast ett inträde med *fullständigt massaansvar* som regel böra erkännas. En uppdelning mellan arbeten utförda före och arbeten utförda efter konkursutbrottet förefaller inte lämpligt vid entreprenadarbeten. Praktikens krav på att reglerna om inträdesrätt inte görs alltför krångliga och svårtillämpade talar mot en inträdesrätt med begränsat ansvar. Även här bör dock ställningstagandet i varje enskilt fall bedömas i analogi med förfångsregeln i 22 och 46 §§ KöpL, jfr den norska § 7–4 st 2 LFD. Kan boet i ett visst fall visa, att beställaren inte skulle lida någon nämnvärd ytterligare skada, mer än vad han direkt mister av motprestationen vid ett partiellt inträde, bör det nog inte finnas något absolut hinder mot ett sådant inträde.[72] Detta torde dock komma ifråga endast i undantagsfall. Den klara huvudregeln vid entreprenörens konkurs bör m a o vara, att boet på grund av att entreprenaden bör anses odelbar endast kan välja mellan att inträda med fullt ansvar för entreprenörens skyldigheter och att helt avstå från att inträda.

För frågan om medkontrahenten kan åberopa *gäldenärens kontraktsbrott* som hävningsgrund mot boet, även om inte hävning skett före konkursen, kan jag fatta mig kort. Eftersom boet normalt måste svara även för tiden före entreprenörens konkurs, måste boet för egen del förr eller senare erlägga eller rätta vad gäldenären försummat för att inte beställaren ska häva avtalet på grund av boets "egen" försummelse på "massaplanet". Därmed får en regel om förhållandet mellan boets inträdesrätt och före konkursen uppkommen hävningsrätt ingen självständig betydelse.

4.3.3 Betydelsen av entreprenörens felansvar

I de föregående avsnitten har jag antagit *för det första* att entreprenörens konkursbo har rätt att inträda i entreprenörens/gäldenärens avtal, om boet på krav från beställaren förmår visa, att boet i ekonomiskt och kompetensmässigt hänseende har resurser att fullfölja entreprenaden. *För det andra* har antagits att boets massaansvar vid inträde normalt omfattar även sådant som hänför sig till tiden före konkursutbrottet. Entreprenörens bo skulle som huvudregel inte ha s k partiell inträdesrätt.

Här ska nu undersökas vad dessa två antaganden får för konsekvenser för beställarens möjligheter att göra felansvar gällande mot entreprenör-

[72] Ungefär samma åsikt: Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 310, som kan tänka sig partiellt inträde vid entreprenader med skilda huvuddelar.

sidan under och efter konkursen. Om de slutsatser som fås fram innebär alltför stora inskränkningar i beställarens möjligheter att göra felpåföljder gällande, får i så fall övervägas om de båda teserna ska förkastas eller justeras.

Vid arbete till fast pris står entreprenören i princip faran för entreprenaden tills den är avlämnad, 5:5 AB 72. Ska arbetet utföras på löpande räkning svarar entreprenören dock endast för skada som uppstått på grund av försummelse på hans sida.[73] Entreprenaden anses avlämnad när den godkänts vid slutbesiktningen, 7:26 AB 72. Genom denna fastslås också vilka fel och brister som tällaren kan åberopa. Besiktningen torde således utgöra ett exklusivt bevismedel för konstaterande av om fel eller brist föreligger.[74] Talan får dock föras även angående fel eller brist som visserligen förelåg vid slutbesiktningen men som då varken märkts eller bort märkas, 7:20 AB 72. Efter avlämnandet/slutbesiktningen börjar den s k garantitiden att löpa, och under denna svarar entreprenören för de fel och brister som då framträder, 4:7 och 5:7 AB 72. Efter garantitidens utgång svarar entreprenören endast för dolda fel och brister som beror på grov vårdslöshet från hans sida och som varken märkts eller bort märkas vid garantibesiktningen, se 5:8, 7:20 och 7:3 AB 72. Ansvaret för dolda fel gäller under allmän preskriptionstid, dvs tio år, och ska enligt NJA 1987 s 243 i princip räknas från "en tidpunkt som anknyter till att entreprenören givit uttryck för att han anser sig ha fullgjort sin huvudförpliktelse."[75] Då godkänd slutbesiktning hållits utgör dagen för besiktningens avslutande enligt HD utgångspunkt för beräkning av preskriptionstid för felanspråk hänförligt till det som besiktats. Med grov vårdslöshet menas framför allt vad som betecknats "yrkesfusk" eller "byggfusk".[76]

Den påföljd som beställaren kan göra gällande vid fel eller brist är i första hand att de avhjälps utan dröjsmål, om det inte blir oskäligt dyrt för beställaren, 2:7, 7:24 resp 2:8 AB 72.[77] Vägrar entreprenören kan beställaren i stället låta avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. Beställaren får vidare begära begränsat skadestånd (15 % av kontraktssumman) för skada som uppstått vid sidan av det som avhjälpts, 5:13 AB

[73] Se Motiv AB 72 s 139 ff, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 112 f och Hellner II s 105.

[74] Se Motiv AB 72 s 227 f och Hellner II s 106 f. Jfr nyligen diskussionen i SvJT om besiktningens rättsverkan med inlägg av Björklund 1983 s 70 ff, Johansson 1984 s 405 ff, Ekman 1984 s 409 ff och Björklund igen 1985 s 81 ff.

[75] Ref s 252.

[76] Se Motiv AB 72 s 149 resp Hellner II s 107.

[77] Se Motiv AB 72 s 86 ff, Bengtsson a a s 120 och Hellner a st.

72.[78] Har entreprenören varit grovt vårdslös torde han dock svara för skador fullt ut.[79]

Frågan är då vad beställarens krav på avhjälpande av fel eller ersättning för eget avhjälpande blir värda då konkursboet inträder i avtalet. Framför allt utgör ansvaret för dolda fel under tio års preskriptionstid ett problem. Regeln kan jämföras med 54 § KöpL, som anger att köparens rätt att tala å fel eller brist preskriberas två år efter mottagandet av varan.

Vad gäller nu om dolda fel uppdagas innan den tioåriga preskriptionstiden löpt ut men efter det att entreprenörens konkursbo avvecklats? Och vad är entreprenörens garantiansvar värt om konkursen avslutats före utgången av garantitiden?

Om vi först antar att boet skulle kunna *inträda partiellt*, innebär det att boet inte blir massaansvarigt för de fel och brister som hänför sig till entreprenörens egna arbeten före konkursen. Frågan blir sedan – liksom vid en säljares garantier – om anspråk på grund fel, som ännu inte uppdagats då konkursen avslutas, över huvud taget kan medges avsättning. Problemet har ingående diskuterats under säljarens konkurs. De synpunkter som där framfördes i anslutning till 5:10 KL är relevanta även i entreprenadsammanhang, varför jag generellt hänvisar dit.[80] Kort kan slutsatserna av resonemanget sammanfattas så, att anspråk på grund av fel, som ännu inte uppkommit vid konkursens avslutande, kan göras gällande i konkursen. Avsättning ska ske om inte förvaltaren vid tillämpning av 5:10 KL finner, att det saknas anledning att anta att fel som omfattas av garantin kommer att uppstå. Endast när det förefaller mycket osannolikt att sådana fel kommer att uppstå, kan alltså avsättning förvägras naturaborgenären. Hur storleken av det belopp som kan krävas avsatt ska beräknas är oklart, vilket dock inte bör hindra att avsättning sker till ett schablonmässigt beräknat belopp.

Det kan här framhållas att Walin, lagberedningens ordförande, har gått emot de motsägelsefulla uttalanden som depchefen gjorde om garantiutfästelser i anslutning till numera gällande 5:10 KL. Walin skriver bl a att om "t ex ett stort arbete inte ännu (vid utdelningsförslagets upprättande, min anm) avsynats måste konkursboet nog räkna med att avsyningen kan föranleda fordringsanspråk."[81] För det fall garantitiden börjat löpa då konkursen ska avslutas, synes uttalandet innebära att förvaltaren måste beakta att garantibesiktningen kan ge beställaren ersättningskrav. När det gäller dolda fel under allmän preskriptionstid är frå-

78 Se Bengtsson a a s 121 och Motiv AB 72 s 152 ff.

79 Se Motiv AB 72 s 154 och Hellner a a s 112.

80 Se kap III 3.1 vid not 30 ff.

81 Walin, Materiell konkursrätt s 74.

gan kanske mera tveksam. Enligt min mening bör det dock även här vara beroende av en direkt tillämpning av 5:10 KL, om sådana felkrav ska beaktas eller inte. Sannolikheten för att felkrav som beror på entreprenörens grova culpa kommer att väckas efter garantibesiktningen, bör rimligtvis vara mindre än sannolikheten för att berättigade felanspråk görs gällande under garantitiden. Avsättning torde m a o oftare kunna förvägras beställaren i det förra fallet. I Danmark har f ö Hørlyck utan eget ställningstagande frågat sig, om det i enlighet med rättsfallet UfR 1974.371H (glasmästaren med den tio-åriga garantin på värmerutorna) också ska avsättas medel för uppfyllande icke aktualiserade garantifall vid entreprenad. Allmänt sägs en sådan ordning vara opraktisk.[82]

Sammanfattningsvis kan ändå sägas att möjligheterna för beställaren, att i konkursen åberopa fel som kan framkomma efter det att konkursen avslutats som en villkorlig konkursfordran och därmed få avsättning enligt 5:10 KL, inte alls är uteslutna. Härför talar lagrummets ordalydelse, lagberedningens tämligen liberala tolkningsangivelser härtill, Walins uttalande i denna riktning samt utgången i det danska rättsfallet UfR 1974.371H. Någon principiell skillnad mellan fel som uppkommer under garantitiden och senare uppkommmande fel bör inte göras. Däremot leder tillämpningen av 5:10 KL antagligen till att avsättning mera sällan kommer ifråga i det senare fallet.

Vad gör det då för skillnad, *om boets inträde får verkan även för tiden före konkursutbrottet,* dvs om inte partiell inträdesrätt medges, vilket jag ju i föregående avsnitt antog utgöra huvudregeln vid entreprenörens konkurs? Boet blir då massaansvarigt även för de fel som entreprenören själv åstadkommit före sin konkurs. För boet innebär detta givetvis en nackdel, som det kan vilja friskriva sig ifrån. Detta gäller särskilt om ansvaret för dolda fel enligt 5:8 AB 72.

Ett avtal mellan beställaren och entreprenörens konkursbo, om att fordringar på grund av dolda fel och brister i arbeten utförda före konkursen ska betraktas som konkursfordringar, kan nu tyckas vara ogiltigt mot entreprenören/gäldenären själv. Avtalet är väl till nackdel för honom, dvs tredje man, eftersom ansvaret för konkursfordringar som inte får full täckning kvarstår efter konkursen, vilket får betydelse då företaget bedrivs som enskild firma?[83] Häremot kan dock invändas, att utdelningen till övriga konkursborgenären minskar i samma mån som beställarens felkrav blir massafordringar. Och då minskar ju utdelningen till konkursborgenärerna lika mycket.

[82] Hørlyck s 265. Jfr Gomard s 15, Munch s 666 f, Spleth i UfR 1974 B 356, Ørgaard s 220 f samt kap III 3.1 ovan.

[83] Jfr Håstad, PM s 38 med not 49.

Har det då åter någon reell betydelse, att eventuella felanspråk som uppkommer efter konkursens avslutande är massafordringar i stället för konkursfordringar?

Jag hävdade nyss att ett latent felanspråk i form av en villkorlig konkursfordran bör bedömas enligt regeln i 5:10 KL, men denna regel lika litet som 5:1 KL avser massafordringar. Innebär då avsaknaden av regler för *villkorliga massafordringar* att beställaren inte alls kan göra gällande sitt villkorliga anspråk på grund av fel i entreprenörens arbete, då boet måste inträda med fullt massaansvar?

Nej! Som framhölls i kap III 3.1 bör regeln om avsättning för villkorliga konkursfordringar i 5:10 KL vara analogt användbar på villkorliga massafordringar. Att en massafordran till skillnad från en oprioriterad konkursfordran tar i anspråk medel före alla övriga borgenärer bör inte göra någon skillnad. Snarare leder den "principiellt riktiga" analogin till 13:13 ABL, 11:13 föreningslagen och 2:34 HBL till, att avsättning *alltid* ska ske för villkorliga massafordringar, hur låg sannolikheten än är för villkorets inträffande.[84] Jag menar därför att avsättning för villkorliga massafordringar ska göras *åtminstone* i den omfattning som avsättning enligt 5:10 KL ska ske för villkorliga konkursfordringar.

Förvaltaren skulle då liksom enligt 5:10 KL vara skyldig att undersöka sannolikheten för att felanspråk kommer att väckas. Då han själv beslutar om inträde med massaansvar bör han också vara skyldig – om sannolikhetsregeln får anses uppfylld – att avsätta belopp för sådana anspråk. Vid underlåtenhet i det avseendet kan beställaren föra skadeståndstalan mot förvaltaren, oavsett om konkursen avslutats, fristen för klander av slutredovisningen (se 13:7 3 st KL) gått ut och preklusionsfristen i 18:9 HB gått till ända.[85]

Om förvaltaren inte beaktat massaborgenärens villkorliga garantifordran där detta bort ske, kan massaborgenären även klandra utdelningsförslaget, såvitt gäller den omfattning som boets medel tagits i anspråk för utdelning till konkursborgenärerna, se *NJA 1972 s 633 (2)*.[86] Sker

[84] Jfr Håstad, Sakrätt s 306 not 14.

[85] Se NJA 1977 s 816 och Welamson, Konkurs s 161 och 191. Se även prop 1986/87:90 s 413 och 417.

[86] Jfr Welamson, Konkursrätt s 653 f och densamme, Konkurs s 161 med not 3 (jfr 7 uppl s 170 not 3), vars uppfattning var den som fastslogs i 1972 års rättsfall. – Jfr också Walin i SvJT 1962 s 723, som där ansåg att Welamsons åsikt om en massaborgenärs bundenhet av ett lagakraftvunnet utdelningsförslag och dennes möjlighet att klandra ett utdelningsförslag var "oformligt och osannolikt" men att man "möjligen tvingats in i oformligheten" på grund av den äldre regeln om att utmätning för massafordran inte kunde ske hos ett konkursbo. Denna koppling mellan det numera upphävda utmätningsförbudet (se 1:4 KL och NJA 1984 s 113) och massaborgenärens bundenhet etc av utdelningsförslag gör dock varken Welamson eller HD i NJA 1972 s 633 (2). Såvitt jag kan se finns heller inget givet samband häremellan, jfr Welamson, Konkurs, 7 uppl s 170 not 3 som anser att rättsfallets ståndpunkt förtjänar att upprätthållas även om massafordran

klandret inom den trettiodagarsfrist som gäller enligt 11:6 3 st KL, får en konkursborgenär inte annat än mot ställande av säkerhet lyfta utdelning förrän ett lagakraftvunnet beslut föreligger, 11:10 1 st (jfr 11:11) KL. Men vad gäller om massaborgenären försuttit klanderfristen och alla konkursborgenärer redan fått sin utdelning? Kan de då tvingas att återbära (en del av) vad de uppburit? Är en massaborgenär över huvud taget bunden av klanderfristen?

Welamson framhöll i boken Konkursrätt att konkurslagen otvivelaktigt bygger på förutsättningen, att en konkursborgenär har en obetingad rätt till de medel som tillagts honom i ett oklandrat utdelningsförslag. Fastän lagstiftaren inte förutsatt situationen, syntes det enligt Welamson inte otroligt att detsamma även gäller i förhållande till massafordringar. Han menade att massaborgenärerna *i stället* (min kurs) skulle ges rätt att klandra utdelningsförslag just i det avseende som sedan fastslogs i det nyssnämnda rättsfallet NJA 1972 s 633 (2).

Den möjlighet som HD öppnat för en massaborgenär att klandra ett utdelningsförslag, synes innebära att man samtidigt avvisat en möjlighet för massaborgenären att oberoende av klanderfristen (och generellt oberoende av klanderreglerna) få till stånd återbäring av de medel som konkursborgenärerna uppburit. Håstad har dock i en underhands-PM, med utgångspunkt i återbetalnings- och återgångsreglerna i numera gällande 10:7 föreningslagen, 12:5 ABL och 21:4 ÄB med motiv, diskuterat en slags fristående civilrättslig återbäringsskyldighet för konkursborgenärerna.[87] För det fall utdelningsmottagaren var i ond tro om att det fanns en villkorlig massafordran som bort beaktas, kan Håstad enligt en analogi tänka sig återbetalningsskyldighet. Mot preklusion enligt 11:7 KL sägs sedan tala, att utdelningsförslaget inte skickas till massaborgenärer men å andra sidan att utdelningsförslaget alltid kungörs i Post- och Inrikes Tidningar, jfr numera 11:6, 15:1 och 15:2 KL.[88] Enligt min mening förefaller det som sagt mera troligt att HD:s ställningstagande i NJA 1972 s 633 (2) innebär, att någon fristående återbäringsregel över huvud taget inte kommer ifråga. I begreppet utdelningsklander bör inte bara ligga att boet *kan* överklaga utdelningsförslaget utan också att boet *måste* göra det inom den tid som är stadgat för just utdelningsklander. Principiellt synes det också oriktigt att tillmäta den utdelningsberättigades goda eller onda tro betydelse. Den möjlighet som genom

numera kan användas för att sätta boet i konkurs etc. I prop 1986/87:90 s 331 utgår man ifrån att massaborgenär har klanderrätt, jfr numera Welamson, 8 uppl s 161 not 3. Huruvida Walin idag anser 1972 års rättsfall vara överspelat, och att en massaborgenär därmed varken skulle bindas av eller kunna klandra ett utdelningsförslag, verkar ovisst.

87 Håstad, PM (1985.12.18) om villkorlig massafordran s 3–5. Jfr densamme, PM (1981) not 49 och Sakrätt s 306 not 14.

88 Se om informationsreglerna i prop 1986/87:90 s 328 ff och 391 ff.

NJA 1977 s 816 öppnats för skadeståndstalan mot förvaltaren oberoende av olika tänkbara frister, talar också mot en allmän återbäringsregel gentemot de konkursborgenärer som uppburit utdelning i ond tro.[89]

Beställarens krav på grund av fel som upptäcks under garantitid eller allmän preskriptionstid bör *sammanfattningsvis* kunna komma i beaktande jämlikt 5:10 KL, oavsett om kravet utgör en konkurs- eller en massafordran enligt det ovan sagda. Ifall en avsättning bort göras för en massafordran men detta underlåtits, finns även då konkursen avslutats vissa remedier för beställaren att tillgripa för att få ersättning. För en konkursfordran är hans ställning ungefär densamma.[90] Någon avgörande skillnad i detta avseende föreligger alltså inte mellan läget då partiellt inträde erkänns och då endast inträde med ett fullständigt massaansvar medges. Valet mellan de två alternativa inträdesrättsföljderna bör således inte påverkas av slutsatserna av de just behandlade felfrågorna. Det tidigare gjorda antagandet om inträdesrätt med ett fullständigt massaansvar för entreprenörens konkursbo bör m a o stå sig.

Innebär då slutligen inte beställarens ändå ganska begränsade påföljdsmöjligheter beträffande fel som framkommer efter konkursen, att han bör kunna häva omedelbart vid konkursutbrottet, dvs att inträdesrätt *inte alls* bör tillåtas? Nej, ändå inte! Beställaren kan ju begära att reservation sker via 5:10 KL analogt och om sannolikheten för uppkomsten av fel som entreprenörboet ska svara för är så liten, att inte ens detta – mot borgenären ändock generösa – lagrum medger avsättning, bör över huvud taget inte denna mycket lilla sannolikhet för framtida felanspråk beaktas. Saken kan också uttryckas så, att beställaren inte bör få antecipera kontraktsbrott mot boet på grund av så pass hypotetiska felkrav.

En annan lösning skulle dock kunna vara att den bevisning, som boet kan avkrävas för att alls få inträda i entreprenörens ställe, måste innefatta att boet kommer att vara i stånd att åtminstone uppfylla entreprenörens *garantiansvar*. Förutses boet vara avvecklat innan garantiansvaret upphört, och har en uppgörelse om överlåtelse på en annan entreprenör inte kunnat träffas, får boet kanske antas inte ha uppfyllt de krav som bör uppställas för rätten att inträda. Hävning skulle då omedelbart kunna ske. Den lösning som förordats i det föregående anser jag dock ändå vara att föredra.

[89] Jfr dock vad som i förra noten sas ang Walin och en eventuell koppling till frågan om utmätningsbarhet för massafordringar. Walins ståndpunkt i den frågan torde stödja Håstads teori om en fristående angreppsmöjlighet för en borgenär med en villkorlig massafordran.

[90] En annan – men i praktiken givetvis avgörande – sak är att konkursfordringar sällan får någon utdelning även om de beaktas i konkursen.

4.3.4 Några kvittningsfrågor

Som redan nämnts får beställaren, då boet *inte inträder* i entreprenadavtalet och hävning sker, kvitta sin skadeståndsfordran på grund av hävningen och de kostnadsökningar den medför, mot entreprenörens fordran för redan utfört arbete, 5:15 KL.

Om boet i stället *inträder* så kan beställaren ha fordringar som både härrör från vad entreprenören själv utfört före konkursen och vad konkursboet utfört. Att beställaren får avräkna ersättningskrav som hänför sig till *boets arbete* på boets fordran på betalning för detta arbete är helt klart. Däremot kan det tyckas att kvittning med beställarens ersättningskrav på grund av dröjsmål, fel eller bristfälligheter i *entreprenörens arbete* före konkursen strider mot 5:15 KL: beställarens fordran har väl uppstått före konkursen och kan då inte kvittas mot en fordran som boet skaffat sig genom eget arbete i konkursen, eller?[91] Liksom vid gäldenärens försäljning av flera inbördes oskiljbara varor bör då framhållas följande.

I och med att konkursboet vid inträde på entreprenörens sida normalt bör bli massaansvarigt även för fel hänförliga till entreprenörens arbete före konkursen (eller genom ett slags ratihabitionsliknande förfarande blir bundet även av dennes arbete), blir beställarens fordran genom boets inträde en massafordran. Det fullständiga inträdet "upphöjer" m a o alla beställarens fordringar på grund av avtalet till massaplanet. Eftersom båda sidornas fordringar då står mellan beställaren och boet som sådant bör kvittning medges. 5:15 KL utgör inget hinder mot detta, då regeln via 5:1 KL på borgenärssidan endast drar en gräns mellan *å den ena sidan* massa- och konkursfordringar (eller mera allmänt fordringar som kan göras gällande i konkursen) och *å den andra sidan* fordringar som över huvud taget inte kan göras gällande i konkursen, jfr 3:1 KL.[92] Vill man ändå diskutera i termer av fordringars uppkomsttidpunkt, kan i och för sig sägas att beställarens *massafordran* på grund av gäldenärens arbete före konkursen uppkommit då boets meddelande om inträde kommit beställaren tillhanda. Man bör dock ha klart för sig, att en sådan argumentering är innehållslös. Det är ju ostridigt att beställarens felanspråk grundas på gäldenärens åtgöranden före konkursen. Fordringen är endast villkorad av att felet upptäcks. Men detta säger ingenting om huruvida fordringen är massa- eller konkursfordran. Den frågan beror uteslutande på om rättsföljderna av boets inträde bör vara sådana, att felanspråket, som i och för sig kunnat göras gällande som konkursfordran *om boet inte inträtt*, bör omvandlas till en massafordran. 5:1 och

[91] Jfr dock NJA 1916 s 154 men även diskussionen i kap III 3.6 ovan.

[92] Jfr Welamson, Konkursrätt s 476 not 3, Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 274 och 3 uppl s 313 samt Lindskog s 157 f och 160 f.

5:15 KL saknar således betydelse för bedömningen av om fordringen är en konkurs- *eller* en massafordran.

4.3.5 Inträde genom konkludent handlande

Entreprenörens konkursbo bör, i enlighet med vad som sas i avsnitt 4.3.1, ha inträdesrätt om boet på beställarens krav härom kan visa att det har resurser att fullfölja arbetena och färdigställa entreprenaden. Boets inträde kan ske *uttryckligen*, genom att det efter beställarens förfrågan eller på eget initiativ utnyttjar rätten att inträda, dvs meddelar beställaren att det inträder och visar att kapaciteten för detta föreligger. Såväl i dansk som i norsk och tysk rätt gäller som allmän regel, att inträdet kan ske uttryckligt på liknande sätt men också att boets inträde kan äga rum *stillatigande*.

Även i svensk rätt har vi sett att boet i vissa fall får anses ha trätt in i gäldenärens avtal genom konkludent handlande. Enligt 41 § 2 st KöpL gäller exempelvis att *boets konsumtion av en vara* som kommit boet tillhanda i konkursen innebär inträde i betydelsen skyldighet att på massaplanet betala vederlaget. Paragrafen är analogt användbar vid säljarens konkurs för det fall, då köparen betalar till säljarens konkursbo för en vid konkursutbrottet icke utgiven vara. *Återlämnar boet inte pengarna* till köparen, blir boet i princip bundet att fullgöra gäldenärens/säljarens leveransåtagande under massaansvar.[93] 41 § 2 st KöpL torde mutatis mutandis kunna tillämpas analogt även mot beställarens konkursbo i entreprenadförhållanden.[94]

I vissa lägen kan även en *stillatigande betalning från boets sida,* för beställd leverans eller beställt arbete, medföra att inträde får anses ha skett även om boet förnekar detta.[95] På motsvarande sätt framkom vid behandlingen av säljarens konkurs, att *boets stillatigande leverans* av en före konkursen beställd vara i huvudfallet bör ses som inträde, bl a i betydelsen massaansvar för fel i den sålunda fullgjorda leveransen.[96]

Även vid *entreprenörens konkurs* uppkommer motsvarande frågor om, vilka handlingar eller underlåtenheter som konstituerar konkludent inträde. När det gäller 41 § 2 st KöpL så är dess generella motsvarigheter i Danmark och Norge – 60 § resp § 7–9 LFD – i princip tillämpliga också då en beställare av en entreprenad, utan att först ha tillförsäkrat sig om att entreprenörens konkursbo önskar träda in i avtalet, utger viss betal-

93 Se kap III 2.8 (köparens konkurs) resp 3.8 (säljarens konkurs) ovan.
94 Se detta kap 4.2.4 ovan.
95 Se kap III 2.9 resp förevarande kap i 4.2.4 mot slutet.
96 Se kap III 2.9 resp 3.9.

ning till boet. Att här göra någon skillnad jämfört med fallet, då en köpare betalar till säljarens konkursbo, synes svårmotiverat. Det bör således generellt kunna hänvisas till framställningen om 41 § KöpL vid säljarens konkurs.[97]

Innebär då entreprenörens konkursbos *stillatigande fullföljande av arbetena* inträde? Frågan är inte alldeles opraktisk.[98] I större entreprenadkonkurser kan det förekomma, att en mängd olika åtaganden utestår ofullgjorda vid konkursutbrottet. Det är då föga troligt att förvaltaren omedelbart hinner sätta sig in i varje enskilt kontrakt, undersöka hur långt arbetena fortskridit, göra en bedömning av avtalets gynnsamhet osv. Det är inte heller alltid så, att beställarna omedelbart häver avtalen, utan arbetena fortsätter ofta en tid innan förvaltarens slutliga ställningstagande till de olika projekten föreligger. I en del fall kanske förvaltaren även generellt vädjar till medkontrahenterna om respit i konkursens inledningsskede.

Med hänsyn till de nyss beskrivna svårigheterna under tiden närmast efter konkursutbrottet, vikten av att pågående arbeten inte avbryts och blir stående samt de stora åtaganden det ofta är fråga om i entreprenadförhållanden, bör man vara ganska försiktig med att i fortsatta arbeten efter konkursutbrottet tolka in ett konkludent inträde i gäldenärens/entreprenörens avtal. Man bör ha i minnet att beställaren, jämlikt 41 § KöpL, som massafordran kan återkräva de eventuella utbetalningar som han företar i konkursen, även om fullföljandet av arbetena en tid efter konkursutbrottet inte i sig anses utgöra konkludent inträde. Det kan vidare ifrågasättas, om boet ska anses ha inträtt om det endast slutför en vid konkursutbrottet i stort sett färdigställd entreprenad:[99]

UfR 1971.540. I detta danska rättsfall hade en byggnadsentreprenör åtagit sig att uppföra ett hus. När entreprenören gick i konkurs var huset uppfört, men avlämnande skedde först ca tre månader efter konkursutbrottet. Innan slutlikviden erlagts konstaterades fel (sprickbildningar i husets väggar). Boet medverkade till att orsakerna till felen utreddes och försökte förgäves avhjälpa dem för utfående av resterande vederlag. Beställaren krävde sedermera skadestånd av boet som massafordran motsvarande utgifterna för avhjälpande av felen minus entreprenörens restfordran. I domen framhölls att boet varken genom sina förhandlingar med beställaren om avhjälpande av felet eller genom själva avhjälpningsförsöken trätt in i avtalet. Skadeståndskravet utgjorde m a o en konkursfordran. – I andra hand åberopade beställaren den då gällande motsvarigheten till återkravsregeln i 60 § DKL (jfr 41 § KöpL) och hävdade, att boet var skyldigt att som massafordran utge bl a de delbetalningar som beställaren erlagt efter konkursutbrottet. Betalningarna påstods ha skett under förutsättningen att entreprenörens prestation var

97 Se kap III 3.8.

98 Jag har tidigare hävdat motsatsen, se uppsatsen Konkursbos inträdesrätt i gäldenärens avtal s 75. Jfr även Vagner i UfR 1984 B s 421 vsp. Den ändrade uppfattningen beror på en del praktikerkontakter, jfr även det numera föreliggande hovrättsfallet från 1986 strax nedan.

99 Jfr Hørlyck s 264.

felfri, vilket ju inte var fallet. Domstolen (ØL) ogillade dock beställarens talan även i denna del med motiveringen, att betalningarna gällt prestationer som gäldenären/entreprenören fullgjort redan före konkursen.

Utgången vad gäller förstahandsyrkandet har Ørgaard kommenterat så, att boets reparationer på ett arbete som gäldenären utfört inte är nog för att inträde ska anses ha ägt rum.[100] Hørlyck skriver att domen inte är ett uttryck för att ett konkursbo inte svarar för fel när det träder in i ett avtal.[101]

Enligt min mening finns det inget som talar för att utgången skulle blivit annorlunda enligt svensk rätt. Detta gäller såväl förstahands- som andrahandsyrkandet.

När den första hektiska inledningsfasen i konkursen är överstånden, bör den något "bovänliga" inställning till frågan om konkludent inträde, som uttryckts ovan, vara överspelad. Fullföljs då entreprenadarbetena utan kommentarer från konkursförvaltningens sida, bör det som sas om boets konkludenta inträde vid säljarens konkurs äga motsvarande tillämpning.[102]

Frågan om när entreprenörens konkursbo får anses ha inträtt har på senare tid varit uppe till bedömning i ett svenskt hovrättsavgörande:

HovRÖN 1986-06-17 (DT 1029 T 2/86). En entreprenör hade i februari 1981 åtagit sig att uppföra två enfamiljshus för ca 350 000 kr per hus. Husen var inflyttningsklara i september 1981. Entreprenören försattes i konkurs 23/10 1981. Boet krävde in resterande del av entreprenadsumman. Beställarna vägrade dock att betala på grund av bristfälligheter i entreprenaderna. Efter det att boet låtit besikta byggena sänktes kravet på restsumman med ungefär hälften. Beställarna bestred dock även detta krav under åberopande av motfordran. Genstämningsvis yrkade de i TR:n att domstolen skulle *dels* fastställa att konkursboet inträtt i entreprenadavtalen, *dels* berättiga dem att häva avtalen *och dels* förplikta boet att utge skadestånd med drygt 600 000 kr jämte ränta.

På parternas begäran företogs målet till avgörande genom mellandom, såvitt gällde frågan om boet inträtt i avtalen. *Beställarna* menade att boet inträtt genom ett uttryckligt åtagande gjort vid ett sammanträffande (efter det att besiktning hållits) 16/11 1981. *Boet* framhöll att avtalet hävts automatiskt på grund av konkursen, utan att någon särskild förklaring varit behövlig. Boet bestred att inträde skett 16/11 1981. I stället gjordes gällande att boet då endast åtagit sig att utföra de arbeten som återstod enligt besiktningsprotokollet. Två man sattes också att utföra dessa arbeten, men på grund av misshälligheter mellan beställarna och arbetarna på platsen avbröts arbetena i slutet av november 1981, varpå boet debiterade beställarna resterande vederlag efter kreditering för återstående arbeten.

Uppgifterna om vad som förevarit bl a vid mötet i november gick således isär. *Beställarsidan* framhöll att man då gått igenom byggnads- och entreprenadhandlingarna samt besiktningsprotokollen och att det konstaterats en mängd brister som skulle bli dyra att avhjälpa. Beställarna ville därför häva, men konkursförvaltaren hävdade att det inte fick ske och att husen skulle färdigställas. En vid mötet närvarande bror (som var byggnadsingenjör) till en av beställarna hävdade, att

100 Ørgaard s 93. Jfr Munch s 357 och 387 och Lindskog s 180 f.

101 Hørlyck s 265. Jfr även Vagner i UfR 1984 B s 421 vsp.

102 Se kap III 3.9 ovan.

förvaltaren sagt att felen skulle avhjälpas med innestående medel. Detta fattade brodern så att boet avsåg att slutföra entreprenaderna avtalsenligt. Förvaltaren hade enligt beställarna även sagt, att det var viktigt att de av kommunens besiktningsman konstaterade felen snabbt avhjälptes, så att slutbesiktning kunde göras och de statliga lånen placeras. Under byggnadstiden löpte nämligen lån med betydligt högre ränta än den som gällde vid statliga lån. Nytt sammanträffande efter lösande av en del frågor om ytterligare fel överenskoms. Efter sammanträdet hände inget särskilt, varför beställarna 20/11 1981 kontaktade konkursförvaltaren. Efter ytterligare en påstötning utfördes arbeten under två dagar. 26/1 1982 placerades de statliga lånen genom besiktningsmannens försorg, fastän slutbesiktning ännu inte ägt rum. Skälet till att detta kunde ske var boets åtagande att färdigställa husen. 11/1 1982 hade beställarna f ö åter kontaktat konkursförvaltaren, vilken då ville låta utföra en egen besiktning av husen. Beställarna gick med på detta, och en besiktning ägde rum 18/2 1982 i beställarnas närvaro. De hade dock synpunkter på besiktningen och skrev därför till förvaltaren och bad om dennes syn på saken. Inget svar kom. I stället fick beställarna var sin sluträkning från boet. I brev 15/3 1982 påminde de förvaltaren om överenskommelsen den 16 november 1981. Förvaltaren svarade då med hot om stämning.

Kommunens besiktningsman uppgav att hans besiktning i början av november 1981 endast avsåg de fel som måste avhjälpas för att vissa minimikrav skulle vara uppfyllda. Ett annat vid mötet föreliggande besiktningsprotokoll, tydligen upprättat av den ovan nämnda brodern till en av beställarna, innehöll dock en mera detaljerad entreprenadbesiktning. Enligt denna skulle det kosta ca 90 000 kr att färdigställa vart och ett av husen, och besiktningsmannen visste att det fanns ca 80 000 kr disponibla per hus. Han hade fattat det hela så, att konkursboet skulle "slutföra allt" enligt avtalen och utgick ifrån att dessa avtal automatiskt gällde mellan beställarna och konkursboet.

Konkursförvaltaren anförde att det vid mötet 16/11 1981 säkerligen varit tal om kontrakten, byggnadshandlingarna och om hävning. Han kunde också ha yttrat att hävning inte erfordrades och åtog sig även att avhjälpa de fel som framgick av besiktningsmannens protokoll. Avtal om att en slutreglering skulle ske hade träffats, "så att boet fick betalt". En tekniker som boet anlitat hade därefter gjort en värdering.

TR:n uttalade följande.

"Frågan om vilka rättsverkningar som inträder när endera parten i ett entreprenadförhållande försätts i konkurs regleras ej i lag och de mellan parterna träffade avtalen innehåller inga villkor som reglerar förhållandet mellan parterna vid enderas konkurs. Enligt köprättsliga regler, som anses analogt tillämpliga på entreprenadavtal, medför emellertid den ena partens konkurs inte att ett köpeavtal automatiskt upphör att gälla. Vidare tillerkännes medkontrahents konkursbo rätt att inträda i avtalet. Mot bakgrund av vad sålunda anförts har bolagets konkurs inte medfört att avtalen upphört att gälla. Vid sådant förhållande och då avtalen inte heller hävts, har förutsättningar i och för sig förelegat för konkursboet att inträda i avtalen och med massaansvar påtaga sig entreprenadernas genomförande i enlighet med avtalen.

I fråga om vad som förekommit mellan parterna vid sammanträffandet den 16 november 1981 får det anses utrett att konkursboet, som det påstått, då åtagit sig att avhjälpa de brister som konstaterats vid den...företagna besiktningen. Väl framgår av utredningen att även andra fel då varit på tal. Vid en samlad bedömning av samtliga utsagor samt vad /beställarna/ anfört i brevet den 11 januari 1982, anser tingsrätten dock inte med tillräcklig grad av sannolikhet visat, att konkursboet gjort något annat åtagande än vad det påstått. Vid sådant förhållande kan konkursboet inte anses ha inträtt i avtalen som ansvarigt på sätt som /beställarna/ gjort gällande. Den fastställelsetalan, som nu är föremål för prövning, skall därför lämnas utan bifall."

I HovR:n anförde beställarna att boet åtagit sig att färdigställa husen enligt avtalen och att boet därmed inträtt. Någon hävning hade inte skett, och då husen var behäftade med en rad av boet icke åtgärdade brister, var beställarna berättigade att häva avtalen och kräva skadestånd av boet som massafordran. *HovR:n* fann dock att den förebragda utredningen inte föranledde till annan bedömning än den TR:n gjort. Beställarna ansågs således inte förmått styrka att konkursboet inträtt i entreprenadavtalen, varför TR:ns dom fastställdes.

Rättsfallet är såväl vad gäller sakförhållandena som domstolarnas slutsatser direkt jämförbart med det nyssnämnda danska fallet UfR 1971.540. Jag har således inget att erinra mot utgången. Tilläggas kan att domstolarna i det svenska målet inte torde ha haft anledning att gå in på *en mera principiell diskussion* om vilka handlingar från boets sida som, med hänsyn till vad som får anses utgöra en rättspolitisk riktig avvägning mellan beställarnas och boets intressen, *objektivt sett* bör anses medföra att konkursboet ådrar sig massaansvar. Beställarnas talan avsåg ju endast att konkursförvaltaren gjort ett uttryckligt åtagande att färdigställa husen avtalsenligt. Då något sådant åtagande tydligen inte kunde visas var utgången ganska given, särskilt som det arbete som boet faktiskt hann få utfört synes ha varit marginellt.

4.3.6 Är 8:7 AB 72 giltig mot boet?

Om entreprenörens konkursbo väljer att *inte träda in* i avtalet med beställaren så kan denne häva. Entreprenören tillgodoräknas då värdet av det arbete som utförts, 8:4 AB 72. Beställaren kan å sin sida kräva ersättning för de kostnadsökningar och eventuella övriga skador som hävandet för med sig, 8:5 1 st AB 72. Beställarens fordran är en konkursfordran och kan avräknas på entreprenörens konkursbos krav på ersättning för det arbete som entreprenören utfört, 5:15 KL. Uppkommer ett netto för endera sidan kan detta bevakas resp indrivas.

AB 72 ger beställaren rätt att själv låta utföra resterande arbeten efter en hävning, 8:5 2 st. För att detta ska kunna ske på ett smidigt sätt stadgas i 8:7 AB 72 följande.

"Sker hävande på grundval av § 1, 1–7 i detta kapitel är entreprenören skyldig att låta beställaren eller nytillträdande entreprenör mot skälig ersättning övertaga eller förhyra hjälpmedel, material och varor, som finns inom arbetsområdet. Entreprenören är även skyldig att medverka till att beställaren eller nytillträdande entreprenör får övertaga träffade avtal angående material, varor och underentreprenader mot ersättning för entreprenörens kostnader i den mån de avser ännu icke fullgjorda delar av sådana avtal."

Om vi börjar med bestämmelsens *första mening*, ger den alltså beställaren rätt att "övertaga eller förhyra" egendom som finns inom arbetsområdet mot skäligt vederlag. I motiven sägs uttryckligen att regeln är

tillämplig också gentemot entreprenörens konkursbo, vilket också framgår av den direkta hänvisningen i texten: 8:1 3 p AB 72 handlar ju om hävning vid entrepenörens konkurs. Om konkursboet undandrar sig sina skyldigheter anges detta vidare drabba boet i form av ett sämre resultat vid den slutliga avräkningen.[103]

Frågan är emellertid om entreprenörens konkursbo verkligen är skyldigt att låta beställaren överta det material etc som finns på byggplatsen och om boet behöver acceptera att dess möjligheter, att av tredje man få få ut ett bättre pris än "skälig ersättning", på så vis beskärs. Även då boet säljer egendomen till den ursprunglige beställaren kan boet vilja avtala om bättre ersättning. Även här kan ifrågasättas, om det inte i själva verket står förvaltaren helt fritt att själv bestämma avnämare och pris.

Innan jag går in på en närmare analys av dessa frågeställningar, ska jag först göra en utvikning till norsk och dansk rätt, där den sakrättsliga giltigheten av klausuler motsvarande 8:7 AB 72 (s k "seizure clauses") diskuterats förhållandevis ingående.

I *Norge* återfinns motsvarigheten till AB:s regel i p 26.1 a) NS 3401 (jfr p 27.1). Beställaren ges här rätt att mot rimlig ersättning nyttja entreprenörens ställningar, maskiner och andra redskap och överta det material som är avsett för entreprenadens utförande och som finns på byggplatsen när entreprenören/boet varslas om hävningen.

Sandvik skriver att fordringen på rimligt vederlag tillkommer konkursboet som sådant och att beställaren därför inte kan kvitta bort den med sin konkursfordran på skadestånd på grund av hävningen.[104] I och med att ersättningen för övertagandet eller nyttjandet måste inbetalas till boet, ser han inga betänkligheter mot att låta klausulen gälla mot detta. Boets teoretiska möjlighet att få bättre betalt genom en försäljning av material till tredje man bör man kunna bortse ifrån, heter det vidare. Det tilläggs dock även, att de vanliga reglerna om köparens sakrättsliga skydd i princip är avgörande för rätten till på byggplatsen upplagt men vid konkursutbrottet ännu icke betalt *material*.[105] Rättsläget beträffande köparens skydd mot säljarens borgenärer är dock ganska oklart i Norge.[106] Detta torde i särskild hög grad gälla då material som ska inbyggas eller användas för tillverkning lämnats på beställarens mark men

[103] Motiv AB 72 s 250.

[104] Se härtill och för det följande Sandvik i TfR 1968 s 462 ff och i kommentaren till NS 3401 s 273 f.

[105] Se TfR 1968 s 464 vid not 41.

[106] Se främst Brækhus/Hærem s 499 ff men även Sandvik a a s 447 ff.

ändå kan sägas vara i säljarens besittning.[107] Att materialet måste vara tydligt *individualiserat* är dock ett minimikrav.[108]

Också Krüger framhäver att rätten att överta material på byggplatsen i hög grad är avhängig av om kvittning kan ske eller inte.[109]

> I underrättsavgörandet *RG 1981.817* tvistades bl a om entreprenörens konkursbo kunde kräva ersättning för på byggplatsen upplagt men inte inbyggt material, och om kvittning mot ersättningskravet i så fall kunde ske med en beställarens konkursfordran. Boet hade i målet avstått från att inträda, varefter entreprenaden färdigställts av beställaren med användande av bl a det upplagda materialet. Det fastslogs först i herredsretten, att materialet vid konkursutbrottet inte hade infogats i huset och därför var entreprenörens egendom. Övertagandet av materialet ansågs ha skett efter avtal med boet. Värdet av egendomen skulle därmed effektivt inbetalas till boet. Kvittning godtogs inte med motiveringen att beställaren inte hade några massafordringar mot boet. Inför lagmannsretten bestred beställaren att han ingått avtal med boet om köp av material. I brev till boet hade han visserligen förklarat sig villig att köpa, men boet hade varken skriftligen eller muntligen accepterat. Materialet tillhörde nu visserligen boet men beställaren ansåg sig inte behöva betala (effektivt), fastän han tagit egendomen i bruk för färdigställande av huset. Boet vidhöll att avtal kommit till stånd, liksom för 32 andra, liknande husbyggen som ingick i bomassan. Visserligen hade man inte kunnat enas om något bestämt pris, men beställaren kunde ändå inte hävda att han inte behövde betala. – Lagmannsretten fann utan tvekan att beställaren skulle betala för materialet: "Her må det ansees å foreligge konkludent adferd fra /beställarens/ sida ved at han tok materialene i bruk, jfr hans tidigere forespørsel til boet."[110] Att kvittning inte kunde ske ansågs sedan självklart.

Beställarens övertagande av sakrättsligt oskyddat material (parat med boets passiva tillåtelse till övertagandet?), ansågs således innefatta ett konkludent avtal om köp med åtföljande rättsverkningar i kvittningshänseende. Till frågan, om samma kvittningsregler bör gälla på rent objektiv grund i ett sådant läge, dvs utan att nytt avtal behöver visas i det konkreta fallet, återkommer jag strax nedan.

107 Se särskilt Brækhus/Hærem s 511 ff och Sandvik a a s 461.

108 Ang den sakrättsliga betydelsen av *avtal om äganderättsövergången*, se särskilt Sandvik a a s 458 ff, densamme i kommentaren till NS 3401 s 157 ff och Krüger s 65 f med enligt min åsikt alltför optimistisk inställning till avtalets betydelse. Uttalandena bör nog närmast ses som ett utslag av tesen, att parternas inflytande i sakrättsliga frågor väsentligt ökar då de tvingande reglerna är oklara (och kanske även svårtillämpade). I p 16.1, 2 NS 3401 föreskrivs således, att material som "er tilført" byggplatsen och som ska byggas in blir beställarens egendom när han betalat för materialet. Se härtill i Sandviks kommentar s 159 f där det sägs, att en sådan klausul enligt den härskande uppfattningen (här hänvisas till Sandvik själv och Krüger) kan göras gällande mot entreprenörens borgenärer. Det generella kravet på entydig individualisering anser han vara uppfyllt, genom att klausulen endast gäller material som "er tilført" byggplatsen. Problem anges dock kunna uppkomma om entreprenören på en viss byggplats lagt upp material som till en del är bestämt för andra byggobjekt. Jfr ang dansk rätt strax nedan. Grundprincipen måste enligt min åsikt trots allt vara, att avtal om sakrättsligt skydd helt saknar materiell betydelse.

109 Krüger s 69.

110 Ref s 825.

När det gäller *beställarens möjligheter att nyttja entreprenörens redskap, ställningar, maskiner och andra anläggningstillgångar* skriver Sandvik, att denna rätt är legislativt välgrundad. Även om nyttjanderätten innebär en inskränkning i boets möjligheter att realisera egendomen, bör klausulen kunna åberopas av beställaren med hänsyn till intresset av att bygget ska kunna fullbordas. Enligt norsk sakrätt krävs dock att nyttjanderättshavaren tagit saken i sin besittning för att sakrättsligt skydd ska medges. Traditionskravet torde härvid vara detsamma som vid handpanträtt.[111] Sandvik hävdar dock att den *yttre manifestation* det innebär, att egendomen befinner sig på byggplatsen, bör anses duga för att kravet på en sakrättsligt giltig besittningsövergång ska vara uppfyllt. Han framhåller också att en analogi med reglerna om köpares sakrättsliga skydd ligger närmare till hands än analogin från pantreglerna.[112]

Krüger framhåller på liknande sätt att beställarens nyttjanderätt till entreprenörens produktionsmedel utgör ett ur boets synvinkel väsentligt hinder för en praktisk och rationell avveckling. Stora svårigheter skulle uppstå om lösöret tvingades säljas belastat. Rättstekniska hänsyn talar alltså, enligt Krüger, för att åsidosätta beställarens nyttjanderätt. Å andra sidan sägs denna rätt från beställarens synpunkt vara av avgörande betydelse för möjligheterna att kunna färdigställa bygget. Om invändningar om rättstekniska och praktiska svårigheter, knutna till ett sakrättsligt skydd för nyttjanderättsklausulen anses avgörande, synes det dock finnas liten grund för att låta beställarens ställning vara beroende av om han fått besittning till lösöret eller inte, menar han. Krüger uttalar avslutningsvis att det inte finns något särskilt skäl för att motarbeta nyttjanderättsklausulen.[113]

Klausulens giltighet var uppe till diskussion också i den norska propositionen till 7 kap LFD. Departementet tog emellertid inte ställning till om beställarens rätt står sig mot entreprenörens konkursbo. I stället hänvisades å ena sidan till Sandvik och Krüger, å andra sidan till Brækhus & Hærem.[114]

I *danska* AB 72 finns i 23 § 2 st en motsvarande regel, som ger beställaren rätt att efter hävning använda (eller nyttja) entreprenörens maskiner och material mot att skälig ersättning gottskrivs entreprenören vid den slutliga avräkningen.

Enligt Hørlyck tar regeln förutom byggmaterial även sikte på t ex stålformar, ställningar, stationerade kranar och byggbodar som tillhör entre-

111 Brækhus/Hærem s 499.

112 Sandvik i TfR 1968 s 465 f och i kommentaren till NS 3401 s 273 f.

113 Krüger s 69 f.

114 Ot prp nr 50 (1980–81) s 184 hsp.

prenören och som är avsedda just för det aktuella bygget.[115] Klausulen ska läsas ihop med 27 § AB 72 (D). Här stadgas i första stycket bl a att *material som levererats till byggplatsen* är beställarens egendom. I andra stycket står att *material som ännu inte levererats till byggplatsen*, och för vilket beställaren ska utge förskott, ska *märkas* och *tydligt avskiljas* såsom varande beställarens egendom.[116] Hørlyck menar nu att beställarens bruksrätt enligt 23 § 2 st AB 72 (D) omfattar både det material som finns på byggplatsen och det material som ännu inte kommit dit men som entreprenören enligt 27 § 2 st AB 72 (D) har märkt och avskilt för beställarens räkning. När det gäller material på byggplatsen motiveras detta med att egendomen är *individualiserad* redan genom att den finns där. Beträffande material som ännu inte kommit till byggplatsen, anser Hørlyck att entreprenörens märkning och/eller avskiljande uppfyller det sakrättsliga individualiseringskravet. Bruksrättsklausulen i 23 § 2 st AB 72 (D) har därmed samma omfattning: eftersom beställaren uppnått sakrättsligt skydd till materialet ingår det ju inte i konkursboet. Hørlyck framhåller vidare att det i dansk rätt är tvistigt, huruvida det är nödvändigt att individualiseringen (t ex en märkning) är *bindande* för överlåtaren (här:entreprenören).[117] Att individualiseringen är bindande innebär att överlåtaren inte kan åsidosätta den utan att göra sig skyldig till kontraktsbrott. De sakrättsliga oklarheterna om individualiseringskravets närmare innebörd saknar enligt Hørlyck dock betydelse för 27 § 2 st AB 72 (D), då entreprenören här åläggs en plikt att märka och avskilja material som utan tvekan är bindande. Härav följer att entreprenören (eller underleverantören) inte kan leverera annat material än det märkta eller avskilda.[118]

[115] Se för det följande Hørlyck s 257 ff, 266 och 314 ff.

[116] Jfr också 26 § 6 st AB 72 (D) om beställarens finansiering av entreprenörens materialinköp med förskott.

[117] Se Illum/Carstensen s 189 ff, Carstensen s 69 ff och von Eyben s 207 ff. Den senare anser det vara viktigare att individualiseringen är *normal*. Jfr även Højrup s 75 ff, Munch s 258 f (där det sägs att frågan knappast är slutligt avgjord i rättspraxis) och i svensk litteratur Göranson s 93 ff och 529 ff här och där.

[118] Se Hørlyck s 318 f. Samma åsikt om bruksrättsklausulens verkan mot entreprenörens konkursbo hävdar Hansen i UfR 1979 B s 19 f och Carstensen s 121. Søjborg tycks anse att 27 § AB 72 (D) utan vidare är avgörande för denna sakrättsliga fråga, se UfR 1982 B s 306 ff. Jfr rättsfallet UfR 1984.247 där 27 § tillas betydelse för frågan, om en underentreprenörs rätt till levererat material vid entreprenörens registrerade betalningsinställelse mot beställarens intresse av att använda materialet för färdigställande av entreprenaden. Ang material som ännu inte kommit till byggplatsen vid konkursutbrottet (jfr 27 § 2 st danska AB 72), se UfR 1983.209 (huskassetter som vid konkursutbrottet fanns i en av gäldenären/entreprenören förhyrd lokal; separationsrätt inte medgiven) och Vagner i Juristen 1984 s 68 f. Även Vagner anser att märkning och avskiljande är tillräckligt för uppnående av sakrättsligt skydd för till byggplatsen icke levererat material.

Munch framhäver först utan tvekan att varken första eller andra stycket i 27 § AB 72 (D) är avgörande för separationsfrågan, då avtalsparter inte kan bestämma tredje mans, entreprenörens konkursborgenärers, rätt. Vad gäller *material på byggplatsen* anser han dock att mycket talar för att följa regeln i 27 § 1 st AB 72 (D), som det praktiska livet förmodligen inrättat sig efter. Beställaren skulle alltså ha separationsrätt då materialet levererats till byggplatsen. Något annat anges dock förmodligen gälla om det upplyses, att entreprenören utnyttjat byggplatsen som upplagsplats för material avsett för flera byggen eller upplaget väsentligt överstiger vad som kan gå åt till bygget eller då materialet inte motsvarar omständigheterna.[119]

Kan då en beställare i Danmark *kvitta* sin fordran på skadestånd, på grund av entreprenörens/gäldenärens bristande färdigställande av entreprenaden, mot boets (uttryckssättet innebär inget ställningstagande i kvittningsfrågan) fordran på skälig ersättning för beställarens nyttjande av materialet? Hørlyck är, liksom Sandvik i Norge, emot en sådan kvittning. En förutsättning för att nyttjanderätten ska få göras gällande mot entreprenörens konkursbo sägs vara, att pengarna *effektivt inbetalas* till boet. Med hänsyn till borgenärernas likställdhet bör entreprenörssidans fordran enligt Hørlyck anses ha uppstått efter konkursutbrottet. Frågan har dock bedömts annorlunda av danska Højesteret:

UfR 1979.6H. En entreprenör försattes i konkurs innan entreprenaden färdigställts. Hans material blev kvar på byggplatsen och kom en tid att nyttjas av beställaren eller den nye entreprenör som anlitats av beställaren för färdigställande av bygget. Entreprenörens konkursbo krävde beställaren på hyra för bruket av material. Beställaren invände att han hade rätt att kvitta hyresfordringen mot sin skadeståndsfordran för det bristande färdigställandet. Det hävdades att hyresfordringen uppstått före konkursen, därför att entreprenadavtalet slutits före konkursen och nyttjanderätten utgjorde en del av avtalet. (Här bör inskjutas att tvisten gällde en äldre version av de allmänna bestämmelserna, nämligen AB 51 (D). I dess bruksrättsklausul saknades direkt hänvisning till klausulen om hävning på grund av konkurs.) Beställaren framhöll vidare att materialet var sakrättsligt giltigt individualiserat i och med att det befann sig på byggplatsen. Boet menade å sin sida att avtalet inte medgav bruksrätt för konkursfallet, att beställaren därmed inte hade någon rätt att använda materialet, att materialet ändå nyttjats av beställaren i det aktuella fallet, att boets fordran uppstått efter konkursutbrottet och att materialet, tvärtemot beställarens uppfattning, inte var tillräckligt individualiserat.

Vestre Landsret fann att bruksrättsklausulen, i avsaknad av uttrycklig hänvisning till konkursklausulen, inte var tillämplig vid hävning i samband med konkurs och att boets upplåtelse av materialet därför inte kunde innebära fullgörelse av en skyldighet enligt entreprenadavtalet, utan som en frivillig disposition från boets sida. Boets krav ansågs därför ha uppstått efter konkursutbrottet. Kvittning medgavs alltså inte.

Majoriteten i Højesteret uttalade till en början allmänt, att bruksrätten medför att beställaren skuld till den nye entreprenören, för dennes fullbordande av entreprenaden, reduceras och att värdeförstöring och försening av bygget undviks. Beställarens rätt tillgodoser härigenom inte bara beställarens eget utan också den för-

119 Munch s 260 f.

sumlige entreprenörens, liksom övriga inblandades intresse av att inte arbetena avbryts. Domstolen fastslog sedan – efter att ha infordrat responsa från olika håll – att beställarens bruksrätt till material i entreprenörens konkurs utgjorde sedvänja och att det, med hänsyn till detta, fanns en sådan nära förbindelse mellan de två fordringarna, att kvittning kunde medges. *Minoriteten* (två domare) framhöll dock att AB 51:s hävningsregel för entreprenörens konkurs inte innehöll någon hänvisning till bruksrättsklausulen, att hänsyn måste tas till den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen och att tillräckliga skäl för att medge kvittning mellan beställarens skadeståndskrav och hyresfordringen – som ansågs ha uppkommit efter konkursutbrottet – inte förelåg.

Hur ska då utgången i UfR 1979.6H tolkas? Tilläts kvittning därför att materialet ansågs sakrättsligt skyddat och boet därför var skyldigt att respektera AB 51:s bruksrättsklausul? Eller är Højesterets ställningstagande oavhängigt av frågan om beställarens sakrättsskydd för nyttjanderätt till upplagt material? Förhåller det sig kanske i stället på det viset, att den fastslagna sedvänjan som sådan utgör ett slags oortodoxt sakrättsligt moment? En annan förklaring är att avgörandets dikterats av ett rent konnexitetsresonemang. Højesterets kan ha resonerat som så, att bruksrättsklausulen inte utan hänvisning till konkursklausulen utgjorde avtalsinnehåll vid konkurs direkt på grund av AB:s regler. I och med att bruksrätten vid entreprenörens konkurs utgjorde sedvänja och då ändå kan sägas ha utgjort en del av entreprenadavtalet, var fordringarna trots allt konnexa. Kvittningsrätt kunde då erkännas på den grunden.

Rättsfallet har kommenterats av Munch både i konkurslagskommentaren och i en tidskriftsartikel.[120] I den förra sägs (under rubriken konnexa fordringar) med hänvisning till 1979 års fall, att om gäldenärens medkontrahent genom avtalet fått besittning till gäldenärens, för avtalets fullgörande bestämt material, kan krav på vederlag för ett kutymsmässigt nyttjande av detta material för fullgörande av de kontraherade arbetena kvittas mot medkontrahentens krav på ersättning för kontraktsbrott enligt samma kontrakt. Om nyttjandet i UfR 1979.6H grundats på ett nytt avtal skulle kvittning däremot inte ha kunnat ske, menar Munch. På ett annat ställe skriver han utan några särskilda reservationer – åter med hänvisning till det aktuella rättsfallet – att beställaren har bruksrätt till det entreprenörens material som finns på byggplatsen för färdigställandet av entreprenaden. I den nyssnämnda artikeln framhålls, återigen under rubriken kvittning med konnexa fordringar, att minoriteten i Højesteret – förutom ståndpunkten att hyresfordringen uppstått efter konkursutbrottet – lagt huvudvikten vid att entreprenadavtalet inte innehöll någon bestämmelse om rätt att nyttja entreprenörens material vid dennes konkurs. Uttryckssättet i majoritetens domskäl anser Munch peka mot att *även de* ansåg att hyresfordringen uppstått efter konkurs-

120 Se Munch s 324 och 369 resp UfR 1983 B s 166.

utbrottet, men att kvittning tilläts på grund av det nära sambandet mellan fordringarna, dvs på grund av konnexitet.

Den allmänna huvudregeln för kvittning i konkurs är således att kvittning tillåts endast om båda fordringarna har uppstått före konkursen, 42 § 1 st DKL, jfr 5:15 1 st KL. Från denna huvudregel synes Munch mena att undantag ska göras om fordringarna är konnexa, vilket följer av allmänt obligationsrättsliga principer. Även om "boets" fordran enligt den grundläggande teorin får anses ha uppstått efter konkursutbrottet, skulle kvittning då kunna äga rum. Munch menar dock vidare – i enlighet med en teori av Illum – att undantag härifrån i sin tur bör göras, om borgenären/medkontrahenten genom dispositioner efter konkursutbrottet villkorligt kan ge ett före konkursen slutet avtal en sådan karaktär, att komputabla fordringar kommer att stå mot varandra. Som "en undtagelses undtagelses undtagelse" sägs dock UfR 1979.6H visa, att om den frivilliga handling, genom vilken "boets" fordran uppstår, har varit fullt rimlig och sedvanlig och i realiteten påkallad i alla inblandade parters intresse, så kan kvittning trots allt ske.[121]

Carstensen skriver på liknande sätt att kvittning kan ske under alla omständigheter, oavsett uppkomsttidpunkterna, om fordringarna är konnexa. Som exempel nämns just UfR 1979.6H, men samtidigt sägs att det i detta fall kan anföras goda grunder för att hyran hade måst inbetalas till boet.[122] Munch har härtill ansett att Carstensens slutsatser av rättsfallet möjligen kan vara riktiga men att de knappast har stöd i domskälen.[123] Hansen menar att bruksrätten enligt 23 § 2 st AB 72 (D) ska ses som en del vilken som helst av entreprenörens skyldigheter enligt avtalet, och detta avtal ska i sin helhet behandlas enligt de vanliga reglerna om ömsesidiga kontrakts ställning vid konkurs. Eftersom entreprenören var skyldig att godta kvittning med sin fordran för beställarens nyttjande av material efter avtalets hävande, skulle detsamma då gälla för boet.[124]

I svensk doktrin har Lindskog uppmärksammat 1979 års danska kvittningsfall. Han framhåller att beställaren förmodligen inte hade rätt att sälja byggmaterialet "men genom rätten att ta i anspråk detsamma var det möjligen utom räckhåll för /entreprenörens konkursbo/ som således inte kunde hindra /hyresfordringens/ uppkomst."[125] Lindskog förefaller att godta kvittning om beställarens rätt var sakrättsligt skyddad och boet därmed inte kunde hindra bruksrättens utövande och vederlagskravets

[121] Se Munch i UfR 1983 B s 166 hsp med not 51 (för citatet) och s 162 med hänv till Illum, Modregning i konkurs s 109 f.

[122] Carstensen s 121.

[123] Munch i UfR 1983 B s 166 not 51.

[124] Hansen i UfR 1979 B s 19 f.

[125] Lindskog s 179.

uppkomst. Han skriver även att beställarens rätt att tillgodogöra sig materialet kan ifrågasättas.[126]

För egen del anser jag att Højesterets majoritet i UfR 1979.6H över huvud taget inte tagit ställning till frågan, om beställaren hade en mot entreprenörens bo verksam rätt att använda materialet på byggplatsen. Att det fastslogs att rätten att använda materialet utgjorde sedvänja, innebar enligt min mening *inte* att det därmed också slogs fast, att denna rätt var sakrättsligt skyddad. I stället hade frågan om förekomsten av sedvänja, som ovan antyddes, endast betydelse för frågan om beställarens och "boets" fordran kunde anses konnexa, dvs vara grundade på samma avtal. I och med att sedvänja förelåg var beställarens bruksrätt en del av entreprenadavtalet också i dess tillämpning vid konkurs. Därmed godtogs kvittning. Enligt min mening bör dock bruksrättens sakrättsliga ställning mot entreprenörboet väga tyngre än dylika konnexitetssynpunkter och vara helt avgörande för frågan om kvittning ska få ske, jfr Lindskogs uppfattning nyss ovan. Munch tycks på liknande sätt mena att frågan om medkontrahentens dispositionsmöjligheter bör övertrumfa konnexitet. Men bruksrättens allmänna nyttighet skulle då ändå göra kvittningen tillåten. *Konkursboets* intresse glöms dock bort i detta nyttighetsresonemang, vilket gör det föga övertygande.

Även i *tyska* § 8 Nr 3 (3) VOB/B finns en s k seizure clause intagen. Beställaren kan således vid avtalets hävande mot ett "angemessene" vederlag ta i anspråk på arbetsplatsen befintliga redskap, byggnadsställningar, byggnadsdelar och levererat material. Jag har inte kunnat finna någon närmare diskussion om beställarens rätt står sig också mot entreprenörens konkursbo. I den dominerande kommentaren till det tyska standardkontraktet tycks författarna i alla fall utgå ifrån, att beställarens rätt *kan* göras gällande mot boet. Det sägs emellertid också att beställaren *inte har rätt att kvitta* sin skadeståndsfordran på grund av avtalets avbrytande mot entreprenörboets vederlagskrav för beställarens bruk av redskap och material. En sådan kvittning skulle strida mot § 55 st 1 KO, vilket lagrum motsvarar 5:15 1 st KL.[127]

Övergår vi då till *svensk rätt* så menar jag, att beställarens i 8:7 AB 72 föreskrivna rätt att "övertaga eller förhyra" egendom "inom arbetsområdet" bör avgöras enligt *vanliga sakrättsliga regler*, om vilken egendom som ingår i entreprenörens konkursbos förmögenhetsmassa. Om separationsrätt eller annan skyddad rätt saknas i det beskrivna läget, kan sägas att klausulen inte binder boet. Låter boet ändå beställaren använda egendomen, är detta en helt frivillig disposition från boets sida, som i

[126] A s not 83.

[127] Se Ingenstau/Korbion s 1115. Ang § 8 Nr 3 (3) VOB/B i allmänhet, se a a s 1127–1129.

princip grundar ett avtalsförhållande mellan beställaren och boet. Boet kan ju om det önskar det i stället vägra beställaren att använda egendomen, sälja den fritt på annat håll, upplåta den för nyttjande till högstbjudande etc. Kvittning mellan boets vederlagsfordran på grund ett sådant frivilligt val och en beställarens konkursfordran bör då inte kunna ske, oavsett om beställarens fordran avser skadestånd för entreprenörens bristande färdigställande av den aktuella entreprenaden eller en utomstående fordran vilken som helst från tiden före konkurs.

Till en början kan man dock tänka sig, att redan ett avtal mellan beställaren och entreprenören om *en framtida rätt till förvärv eller förhyrning* (optionsrätt) gäller mot borgenärerna. Detta anses dock inte vara fallet i svensk rätt, vare sig optionen gäller köp eller nyttjande.[128]

Gör beställaren gällande att han i kraft av 8:7 AB 72 har *nyttjanderätt* till egendomen på byggplatsen, bör framhållas att nyttjanderätt till lös egendom traditionellt inte ens ansetts kunna uppnå sakrättsligt skydd mot upplåtarens (här:entreprenörens) borgenärer. Detta skulle gälla oavsett om nyttjanderättshavaren kommit i besittning av den lösa egendomen eller inte. I den nyare doktrinen är man dock öppen för att tillerkänna i vart fall vissa särskilt betydelsefulla nyttjanderätter till lös egendom sakrättsligt skydd genom besittningstagande.[129] Antas den traditionella regeln ännu ge uttryck för gällande rätt saknar den diskussion som särskilt i Norge förts, om besittningens betydelse för beställarens sakrättsliga skydd för nyttjandet av entreprenörens material, relevans för svenska förhållanden. För det fall nyttjanderättshavarens besittningstagande däremot har sakrättslig betydelse gäller naturligtvis motsatsen. I så fall blir det som strax sägs om köp tillämpligt också för nyttjanderätt.[130]

Hävdar beställaren att han har en skyddad rätt att *köpa* egendomen (betingad av att han betalar en eventuell restskuld till entreprenörens bo) eller att han redan definitivt köpt den och därmed har fri förfoganderätt, gäller det att avgöra om en giltig besittningsövergång skett enligt reglerna om tradition för uppnående av skydd mot överlåtarens borgenärer. Här går det således inte att som i dansk och norsk rätt, där avtalsprincipen råder, de lege lata argumentera för att egendomen ska anses individualiserad och därmed skyddad redan genom att den finns upplagd på byggplatsen. Dessutom är det enligt svensk rätt uteslutet att beställaren skulle kunna separera material, som entreprenören (eller underleverantören) inte ens levererat till byggplatsen vid konkursutbrottet.

128 Se Hessler s 447 f, 450 och 455 och Håstad, Sakrätt s 330 och 332.

129 Se Hessler s 289 f och s 299 ff och Håstad a a s 322 ff med vidare hänv.

130 Se ingående om hyrestagares sakrättsskydd i kap VI 3.2.1 nedan.

När det gäller *traditionskravets innebörd för material som upplagts på en byggplats* finns följande prejudikat att redovisa.[131]

NJA 1941 s 687. Målet gällde visserligen panträtt och inte äganderätt men anses ändå vägledande. Beställaren hade här som säkerhet för de ersättnings- och vitesfordringar han kunde få på grund av entreprenadavtalet tillförsäkrat sig panträtt i allt entreprenörens material som var avsett för arbetet och som under arbetets gång skulle komma att finnas på då olika byggplatserna. I avtalet stadgades att beställaren kunde häva avtalet om entreprenören gick i konkurs och att beställaren därefter själv hade rätt att utföra återstående arbeten på entreprenörens bekostnad. Då entreprenören försattes i konkurs gjorde beställaren bruk av hävningsklausulen, anlitade en ny entreprenör för färdigställande av entreprenaden och bevakade skadestånd för de ökade kostnaderna i och med detta. Beställaren yrkade förmånsrätt i kraft av sin panträtt i det för arbetet avsedda material, som fanns på byggplatserna. Boet bestred förmånsrättsyrkandet och menade att entreprenören inte på något sätt varit förhindrad att förfoga över materialet och att entreprenören således inte före konkursen skilts från rådigheten över detta. Någon mot konkursboet verksam panträtt hade därför inte uppkommit. Beställaren framhöll å sin sida att arbetet utförts på hans mark, att en av byggplatserna var inhägnad, fridlyst och bevakad, att entreprenören inte haft annan nyttjanderätt till markområdena än den faktiska dispositionsrätt som betingats av entreprenadarbetena samt att materialet därför befunnit sig i beställarens besittning på ett sådant sätt, att en verklig panträtt uppkommit. Detta skulle gälla även om beställaren inte direkt förfogat över den lösa egendomen. – RR:n uttalade kort att materialet inte kunde anses ha blivit överlämnat i beställarens besittning. Förmånsrättsyrkandet ogillades således. HovR:n fann inte skäl att göra ändring, och HD fastställde HovR:ns dom.

NJA 1945 s 400. En entreprenör hade för ett municipalsamhälles (nedan beställarens) räkning åtagit sig att bygga avloppsledningar inom samhället. I entreprenadkontraktet föreskrevs bl a att entreprenören skulle leverera allt material som behövdes för de avtalade arbetena och att dessa skulle besiktigas och godkännas av beställarens kontrollant innan de fick användas för arbetena. Entreprenören var vidare skyldig att för varje gång han skulle uppbära likvid för leverans av material lämna faktura på mängden och värdet av detta och även på fakturan teckna en förbindelse där det stod, att entreprenören till beställaren överlät äganderätten till materialet. I en särskild handling förklarade entreprenören dessutom att äganderätten till "allt rör- samt övrigt materiel, som avsetts för nu pågående avloppsarbete" i samhället, skulle övergå på beställaren i och med avlastning "på platsen" i samhället. Entreprenören försattes sedermera i konkurs innan arbetena avslutats. Vid konkursutbrottet fanns på arbetsplatsen material som entreprenören inköpt. Detta var närmare bestämt – i huvudsak i enlighet med vad som avtalats – upplagt längs avloppsledningen på mark som tillhörde enskilda fastighetsägare i samhället men som disponerades av samhället/beställaren. Materialet hade före konkursen besiktigats och godkänts av en kontrollant från beställarsidan, men boet ansåg i målet att denne inte varit behörig att motta egendomen för beställarens räkning. Efter konkursboets beslut att inte fullfölja arbetena överlät beställaren materialet till den nye entreprenör som han anlitat för färdigställande av arbetena. Mot detta opponerade sig entreprenörens konkursbo, som hävdade att entreprenören haft materialet i sin besittning vid konkursutbrottet och därför ingick i konkursboet. Då egendomen inte längre fanns i behåll,

[131] Observera att diskussionen endast gäller material som *inte infogats* i byggnaden eller anläggningen då konkursen inträffar. Är egendomen infogad är den indirekt, redan på grund av reglerna i 2 kap JB, skyddad mot entreprenörens borgenärer, om beställaren äger marken.

yrkade boet förpliktigande för beställaren att utge dess värde. – HR:n fastslog i sin dom, som inte ändrades av HovR:n och HD, att även om materialet befunnit sig på mark som samhället upplåtit och materialet besiktigats och godkänts av beställarens kontrollant, så kunde materialet ändå inte mot vad konkursboet andragit och till stöd därför förekommit anses ha övergått i beställarens besittning före konkursutbrottet. Beställarens överlåtelse av materialet till den nye entreprenören befanns m a o otillåten. För boets skada på grund härav förpliktades beställaren att utge ersättning.

Den *slutsats* man kan dra av de båda rättsfallen torde vara, att det avgörande för frågan om beställaren har separationsrätt eller inte till upplagt material är, huruvida entreprenören kan förfoga fritt över detta eller – med ett annat uttryckssätt – om han avskurits från den faktiska rådigheten över egendomen.[132] Då det i NJA 1945 s 400 talas om att egendomen inte övergått i beställarens besittning, torde således avses att den faktiska (eller fysiska) tillgången till materialet inte exklusivt övergått på beställaren.[133] Eftersom entreprenören använder materialet i det löpande arbetet, kan det i normalfallet således inte anses traderat.

Det hittills sagda har gällt egendom som är avsedd att byggas in eller som på annat sätt utgör beståndsdelar av den slutliga arbetsprodukten. I dessa fall är det uteslutande fråga om egendom, som successivt överlåts från entreprenören till beställaren under arbetets gång. För de *entreprenadmaskiner, byggnadsställningar, byggbodar och liknande hjälpmedel* som entreprenören använder i arbetet gäller något annat. Denna egendom tillhör hela tiden entreprenören och kan aldrig åtkommas av beställaren, *om inte* den i 8:7 AB 72 föreskrivna rätten att nyttja egendomen åberopas *och* nyttjanderätt till lös sak mot den traditionella uppfattningen antas kunna uppnå sakrättskydd genom tradition *och* tradition också får anses ha skett enligt de riktlinjer som de angivna 40-talsrättsfallen drar upp. Entreprenörens konkursbo kan således nästan alltid fritt dra tillbaka maskinerna etc från byggplatsen.

Har maskiner och övriga produktionsmedel i stället *förhyrts/leasats in* av entreprenören, kan uthyraren/leasingbolaget ta tillbaka egendomen vid entreprenörens konkurs, såvida boet inte träder in i leasingavtalet.[134] Beställarens rätt enligt AB, att förvärva eller nyttja entreprenörens produktionsmedel, omfattar i vilket fall som helst inte heller denna egendom. Detsamma gäller för lösegendom som gäldenären/entreprenören *köpt på avbetalning* mot ägarförbehåll och som inte slutbetalts vid konkursutbrottet. En teoretisk möjlighet för beställaren att via beslag

[132] Se främst Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 131 f, Håstad, Sakrätt s 185, densamme i NJH s 139, Helander s 382 f och 422 f samt Göranson s 491, 585 ff och 730. Jfr även Hessler s 99 och 240 f, Hellner, Köprätt s 251, densamme II s 115 samt Rodhe, Sakrätt s 210 f.

[133] Jfr särskilt Göranson s 586.

[134] Se närmare härom i kap VI 2.3 nedan.

enligt 8:7 AB 72 godtrosförvärva av entreprenören använd, annan tillhörig egendom, kan vi här bortse ifrån.

Enligt *andra meningen* i 8:7 AB 72 skulle beställaren också ha rätt kräva, att entreprenörens konkursbo medverkar till att beställaren får överta de avtal som entreprenören ingått med exempelvis leverantörer och underentreprenörer. För detta skulle beställaren utge ersättning för kostnader som avser prestationer som inte kommit entreprenören till godo. Klausulen kan tolkas som att beställaren ska ha företräde till den gäldenärens tillgång, som sådana utestående kontrakt utgör, framför entreprenörens konkursbo. En sådan rätt skulle då hindra konkursboet från att tillgodogöra sig värdet av dessa avtal genom ett inträde. Då entreprenörens/gäldenärens prestation enligt avtalen i första hand avser betalning, har boet säkerligen en ensidig tvingande rätt att inträda också i dessa avtal. De regler som då får tillämpas på avtalen med *leverantörer* och *underentreprenörer* är de som jag redogjort för under köparens resp entreprenadbeställarens konkurser.[135] Beställaren kan inte heller åberopa 8:7 2 p AB 72 på så sätt, att han har förköpsrätt för det fall boet sedermera överlåter avtalen på någon annan. En sådan optionsrätt saknar verkan mot boet.[136]

Nu ska till detta emellertid sägas, att boet sällan torde ha något intresse av att inträda i entreprenörens avtal med leverantörer och underentreprenörer, då boet avstått från att inträda i huvudentreprenadavtalet med beställaren och detta därför hävts: leveranserna och arbetena blir ju då som sådana oanvändbara för boet. Men även om boet på grund härav *går med på* att beställaren får överta utestående kontrakt, krävs dessutom att leverantören resp underentreprenören ger sitt *samtycke* till övertagandet: gäldenärsbyte genom överlåtelse av kontrakten på beställaren behöver medkontrahenterna inte utan vidare tåla.[137]

Sammanfattningsvis kan vi då slå fast, att regeln i 8:7 *1 p* AB 72 – om beställarens rätt att överta eller förhyra egendom som finns inom arbetsområdet – inte binder entreprenörens konkursbo, då avtalet som sådant inte har verkan mot tredje man, separationsrätt normalt sett inte kan göras gällande till material som upplagts på byggplatsen och nyttjanderätt till lös egendom bedöms på samma sätt, oavsett om besittningstagande här tillerkänns sakrättslig betydelse eller inte. Beställarens övertagande av entreprenörens ofullgjorda avtal för entreprenadarbetena enligt 8:7 *2 p* AB 72 kan inte heller ske, om boet utnyttjar sin rätt att inträda i dessa avtal, något som boet dock sällan torde vara intresserat av

135 Se kap III 2 och förevarande kap IV 4.2.

136 Jfr Lindskog s 184 ang s k "right of first refusal".

137 Se t ex Rodhe, Obligationsrätt s 159 f och Håstad, Studier s 121 överst.

att göra. Men även om boet väljer att inte inträda, saknar det skyldighet att medverka till att beställaren får överta sådana avtal. Går boet trots allt med på ett övertagande, går detta ändå inte att genomföra utan den aktuelle leverantörens resp underentreprenörens medgivande.

I och med att de fordringar, som boet kan få mot beställaren i de situationer som beskrivs i 8:7 AB 72, endast kan uppkomma om boet uttryckligen eller konkludent *efterger* sin rätt, kan beställaren inte heller *kvitta* sådana boets fordringar mot de konkursfordringar som han kan ha. Boets fordran kan i dessa fall jämställas med fordringar som grundas på helt nya avtal som boet ingår. Något krav på att nya avtal *faktiskt* visas ha kommit till stånd med beställaren är det däremot inte fråga om. Tvärtom bör bedömningen grundas på en objektiv betraktelse av vilka sakrättsliga valmöjligheter som konkursboet hade när konkursen beslutades.

Det nu genomförda resonemanget har byggt på en tillämpning av konkurs- och sakrättsliga regler och argument. Som vi sett i norsk och dansk rätt har man där argumenterat betydligt friare. Sandvik menar t ex att en intresseavvägning bör göras *mellan* boets behov av att realisera entreprenörens egendom och av att inte konkursen drar ut på tiden *och* samhällets intresse av att fullbordandet av stora byggprojekt underlättas. Slutsatsen blir då att de samhälleliga intressena väger tyngre än de snävt konkursrättsliga.[138] Ett liknande resonemang förs av majoriteten i danska Højesteret i rättsfallet UfR 1979.6H. För norsk och dansk del *kan* ett sådant diskussionssätt möjligen bero på en annan, måhända mera nyanserad syn på de sakrättsliga problemen.

Som svensk läsare kan man ändå inte undgå att känna en viss tveksamhet inför de dansk-norska resonemangen. Beredvilligheten att tillerkänna olika avtal som inskränker tredje mans rätt giltighet är svårförståelig men kan möjligen förklaras av att den doktrin som behandlat frågorna mestadels varit kontraktsrättsligt orienterad. Jämför däremot konkurslagskommentatorn Munchs befriande klarsyn i dessa frågor.

Själv menar jag sålunda att intresseavvägningar som den Sandvikska i och för sig kan ha fog för sig. Ett uppluckrande av de sakrättsliga principerna bör dock inte ske genom avtalsreglering och särskilt inte då konkursborgenärernas rättigheter och intresse av skydd förbisetts eller försökts berövas dem. Anses beställarens i 8:7 AB 72 föreskrivna rätt vara välgrundad även i en konkurssituation, bör nog detta komma till uttryck i lagstiftningen. Tills detta skett bör det som sagts ovan gälla.

138 Se Sandvik i TfR 1968 s 464 och 466.

V HYRA OCH ARRENDE AV FAST EGENDOM

1 Inledning

Någon allmän presentation av avtalstypen hyra av fast egendom är i detta sammanhang obehövlig. Här ska endast nämnas några av de väsentligaste aspekterna som kan vara av betydelse för diskussionen om konkursreglernas utformning.[1]

De förhållanden som kan tänkas inverka på konkursreglerna är vid *bostadshyra* främst av socialt slag. Avtalets betydelse för hyresgästens grundläggande livsmiljö och sociala tillvaro framträder starkt liksom det faktum, att hyresgästen normalt är den svagare parten i rättsförhållandet, både ekonomiskt och erfarenhetsmässigt. Detta förhållande präglar också lagstiftningen, som i mångt och mycket utgör en social skyddslagstiftning, tvingande till hyresgästens förmån.

Vid *lokalhyra* är de kommersiella aspekterna viktigare. Bedriver gäldenären rörelse i hyrda lokaler, kan hela verksamhetens existens vara beroende av att han får sitta kvar i lokalerna. För hans konkursbo är rörelselokalerna jämte arbetskraften av största betydelse om boet vill fortsätta gäldenärens verksamhet en tid. Saknas ändamålsenligt utformade regler för hyresförhållandets behandling under konkursen, inskränks möjligheterna till en affärsmässig realisation av rörelsen avsevärt. Härtill ska läggas, att en hyresrätt till lokal representerar ett betydande ekonomiskt värde för näringsidkaren. Om hyresrätten består och kan ingå som en del i en överlåtelse av verksamheten, underlättas en sådan försäljning och utfås ett avsevärt högre pris än om hyresrätten inte ingår i försäljningen.

Kontraktstypens "tekniska" utformning uppvisar följande särdrag. Avtalet hör till gruppen varaktiga avtal, vilka – förutom det självklara att de normalt är långvariga – karakteriseras av att fullgörandet beror på tidsfaktorn, t ex att hyrestiden löper ut, inte på att viss avtalad prestation sker.[2] Vidare presterar hyresgästen normalt i förskott, vilket ger hyresvärden en viss säkerhet, trots att han efter hyresgästens tillträde saknar fysisk möjlighet att hålla inne sin prestation. Hyresvärdens prestation kan

[1] Se till det närmast följande Bengtsson/Victorin s 23 ff.

[2] Jfr Bengtsson, Hävningsrätt s 3 f med vidare hänv.

sägas vara löpande: lägenheten ställs kontinuerligt till hyresgästens förfogande och värden svarar i viss utsträckning för dess skick under hyrestiden. Hyresgästen har å sin sida en vårdplikt, som också den kan betecknas som löpande eller kontinuerlig, medan skyldigheten att betala hyra är av periodisk karaktär.

I vad mån de nämnda faktorerna inverkar på de inblandades befogenheter vid hyresgästens och hyresvärdens konkurs ska alltså undersökas i det här kapitlet. Tonvikten läggs vid reglerna för lokalhyresgästens konkurs, då detta fall praktiskt är mest betydelsefullt. Jag har försökt att systematisera kapitlet på i princip samma sätt som kap III och IV men endast så långt den rättsliga materian medgett det. De materiella reglerna för hyra skiljer sig så pass mycket från de som gäller för köp och entreprenad, att en strikt upprätthållen systematik skulle riskera att ge en direkt missvisande bild av hur rättsläget faktisk ter sig. För den närmare dispositionen hänvisas till innehållsförteckningen.

I partier med packad text kommer även reglerna för olika typer av *arrende* att behandlas. Anledningen till att avsnitten packats är att överskådligheten av de oftare aktualiserade hyresreglerna annars riskerar att gå förlorad. Samtidigt tycker jag att det är väsentligt att arrendereglerna grundligt analyseras. Vill man föreslå generella svenska regler om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs, är detta också nödvändigt. Om skillnaderna mellan hyres- och arrendereglerna inte visar sig vara sakligt motiverade, bör detta ge en fingervisning om att generella konkursrättsliga regler både är möjliga att utforma och kanske rentav är mera ändamålsenliga än nuvarande särregler. Blir resultatet det motsatta innebär det givetvis omvänt att kritikerna mot sådana idéer får vatten på sina kvarnar.[3]

[3] Jfr Hellner, Verkan av insolvens s 262.

2 Hyresgästens och arrendatorns konkurs

2.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt

2.1.1 Dansk rätt[1]

I dansk rätt omfattas hyra av fast egendom av de allmänna reglerna i 7 kap om ömsesidigt förpliktande avtal. Ett hyresavtal för gäldenärens *bostad* är dock undantaget, om inte "skifteretten" undantagsvis, med hänsyn till boets ekonomiska intresse för detta, finner det skäligt att egendomen dras in i boet, se 37 § DKL.[2] Hålls hyresrätten till bostaden utanför konkursen, löper hyresavtalet vidare med gäldenären oberoende av konkursen.

För *lokalhyra*[3] gäller att hyresgästens konkursbo har *rätt att inträda* i hyresavtalet enligt den grundläggande regeln i 55 § DKL, oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före konkursen. Hyresvärden kan fråga boet om det avser att utnyttja inträdesrätten. Om inte positivt besked ges inom skälig tid får värden häva och göra gällande fordringar på uteblivna hyror, evakueringskostnader, skadestånd etc som konkursfordringar.

Förklarar sig boet i stället inträda i avtalet, blir hyresfordringarna alltid massafordringar fr o m konkursutbrottet men inte för tiden dessförinnan. Hyreskrav från tiden före konkursen är vanliga konkursfordringar. *Partiell inträdesrätt* är således medgiven. Avtalet innefattar en löpande förpliktelse till gäldenären i 56 § 2 st DKL:s mening. Hyresvärden får förmodligen *häva avtalet på grund av dröjsmål med hyresbetalningen före konkursen*. I det danska betänkandet anges detta uttryckligen. Gomard är av samma uppfattning. Munch skriver detsamma under hyresregeln i sin konkurslagskommentar, fastän han på ett annat ställe i samma bok hävdar att hyresvärdens hävningsrätt inte kan utövas mot boet vid avtal om en löpande prestation till gäldenären, eftersom detta

[1] Se för detta avsnitt främst Munch s 359 f, 364 f, 389 ff och 395 ff samt Gomard s 46 ff och 52 ff. Jfr även betænkning nr 606/1971 s 130 ff och 134 ff (som dock bygger på en något annorlunda lagtext) samt Ørgaard s 98 f och 107 ff.

[2] Se om lagrummet Munch s 289 ff.

[3] Samma regler gäller för *arrende*.

skulle strida mot syftet med regeln om konkursbons rätt till partiellt inträde i sådana avtal.[4]

Betalas hyran som brukligt är i förskott, får hyresvärden *inte* kräva säkerhet jämte boets massaansvar, 57 § 2 st DKL e contrario.

Enligt allmänna regler anses boet kunna inträda även genom *konkludent handlande*. Som konkludent inträde gäller boets fortsatta nyttjande av lokalerna under viss, inte alltför kort tid och boets betalning av hyror som förfaller i konkursen.

För att skydda boet mot att hyresrätten går förlorad under den tid då boet överväger sitt beslut i inträdesfrågan, ges i 62 § DKL en särskild regel för hyresavtal (och arrendeavtal) som gäldenären ingått för sin förvärvsverksamhet. Om inte hyresgästens/gäldenärens konkursbo genast efter hyresvärdens förfrågan ger besked att det vill inträda, blir boet bundet att betala hyra som massafordran för tiden från konkursutbrottet till den tidpunkt då boet ger definitivt besked i inträdesfrågan. Denna specialregel får betydelse endast då boet sedermera uttryckligen eller, genom att inte ge besked inom skälig tid enligt den allmänna interpellationsregeln, passivt avstår från att inträda. Trots att boet inte inträder som part i hyresavtalet i egentlig mening, blir boet enligt 62 § DKL massaansvarigt för hyran fram till den tidpunkt i konkursen, då den "skäliga" betänketiden enligt 55 § 2 st DKL gått till ända.[5] Om boet däremot "straks", varmed lär avses en eller ett par dagar, ger besked att det inte avser att träda in, undviks även detta begränsade massaansvar. Ger boet åter negativt besked efter utgången av denna särdeles korta frist men dock inom skälig tid enligt den allmänna 55 § 2 st DKL, blir boet massaansvarigt just för den skäliga tiden men inte för tiden därefter.

Vill boet efter att ha inträtt i egentlig mening efter en tid säga upp hyreskontraktet, kan detta – även om avtalet gjorts ouppsägbart eller längre uppsägningstid avtalats – ske med sedvanligt eller rimligt varsel enligt en särskild regel för varaktiga avtal i 61 § DKL.[6] De uppsägningstider som stadgas i den danska hyreslagstiftningen tas som utgångspunkt för bedömningen av fristens längd. Avbryter boet ett hyresavtal det trätt in i *utan att först varsla*, kan hyresvärden kräva skadestånd av boet för uteblivna hyror under sedvanlig eller rimlig uppsägningstid. Skadestånd därutöver erkänns endast om särskilda skäl föreligger, och fordringen är i den delen bara en konkursfordran, 61 § 3 st DKL.

Boet kan säga upp avtalet enligt 61 § DKL också i det fall då boet inte först trätt in. Uppsägningen sker då på "konkursfordransplanet".

[4] Se betænkning nr 606/1971 s 137, Gomard s 60 f och Munch s 397, jfr dock 368.

[5] Så enligt Munch s 398, jfr Gomard s 55 f.

[6] Detta gäller dock inte om längre varsel gjorts borgenärsskyddat genom det offentliga registreringsförfarandet "tinglysning".

Något som förbryllar vid ett studium av de danska reglerna är, att *även hyresvärden har rätt att säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel* enligt 61 § DKL. Att *boet* har en sådan rätt, som ett alternativ till ett regelrätt inträde eller regelrätt omedelbart avstående från avtalet, är kanske en ändamålsenlig ordning. Men om *hyresvärden* har samma uppsägningsrätt reduceras ju boets rätt att inträda avsevärt. Som vi ska se nedan har man i Norge kritiserat de danska reglerna just på denna punkt och där inte gett hyresvärdar och andra medkontrahenter enligt varaktiga avtal någon extraordinär uppsägningsrätt vid sidan av den allmänna rätten att häva då boet avstår från att inträda i avtalsförhållandet i fråga. Till den danska regelns försvar kan dock framhållas, att någon uppsägningsrätt för medkontrahenten (här hyresvärden) ändå inte föreligger, om gäldenären hade rätt att överlåta sin rätt. Och enligt Munch ska en hyresrätt inte bara anses överlåtbar enligt 61 § DKL då hyresvärdens medgivande getts, utan också i det fall då värden är skyldig att godta en person som uppfyller vissa krav. I vart fall sägs hyresvärden få tåla boets "inträde" under den tid då sedvanligt varsel löper, och om boet under den tiden skaffar fram en ny hyresgäst som hyresvärden inte kan vägra att godta, bör hans intresse vara tillräckligt tillgodosett.[7] Både Gomard och Munch, dvs ordföranden resp sekreteraren i den utredning som låg till grund för 1977 års Konkurslov, anser dessutom att överlåtelserätt enligt 61 § DKL generellt föreligger då en överlåtelse av en hyresrätt ingår som en del av en överlåtelse av ett större förmögenhetskomplex.[8]

2.1.2 Norsk rätt[9]

I Norge har reglerna för hyresgästens konkurs tekniskt utformats något annorlunda än i Danmark. I stort torde det praktiska resultatet ändå bli ungefär detsamma.

Liksom i dansk rätt berörs normalt sett inte gäldenärens hyresrätt till sin *bostad* av konkursen. Om bara gäldenären gör rätt för sig enligt avtalet går detta i princip oberört genom konkursen. Boet kan varken inträda i hyresavtalet eller säga upp det.

Vid *lokalhyra* gäller däremot den allmänna regeln om *inträdesrätt* för konkursbon, § 7–3 LFD och detta även om inte lokalerna tillträtts av gäldenären före konkursen. Hyresvärden kan ställa boet mot väggen med en förfrågan om inträde och kan häva (med omedelbar verkan) om han

[7] Munch s 392.

[8] Munch a st och Gomard s 50.

[9] Se till detta avsnitt NOU 1972:20 s 321 ff och Ot prp nr 50(1980–81) s 188 f. Jfr även Brækhus s 169 och 172 vid och i not 9 samt Sandvik, Materiell konkursrett s 93–95.

inte får positivt besked utan "ugrunnet opphold". Hyresavtalet anses utgöra ett exempel på ett avtal om en löpande prestation till gäldenären, och boet har därmed alltid rätt till *partiellt inträde* enligt § 7–4 st 3 LFD. I den mån hyran utgår i förskott behöver boet inte ställa säkerhet utöver massaansvaret, § 7–5 st 2 LFD e contrario.

Även om konkursboet trätt in som hyresgäst, behöver boet därmed inte nödvändigtvis svara för avtalets fullgörande under resterande avtalstid. Boet kan nämligen alltid säga upp hyresavtalet med sedvanligt eller, om någon sedvana inte föreligger, tre månaders varsel, § 7–6 LFD.[10] Boet ges således en möjlighet att på detta vis *ta över gäldenärens hyresavtal för en begränsad tid*. Hyresvärdens krav på mistade hyresintäkter på grund av boets sålunda icke avtalsenliga avbrytande av kontraktsförhållandet, kan göras gällande intill det (jfr däremot i dansk rätt) positiva intresset men endast som konkursfordran. Under uppsägningstiden enligt § 7–6 LFD måste hyran dock alltid betalas som massafordran.

I motsats till i Danmark ges inte *hyresvärden* någon motsvarande, extraordinär rätt att säga upp avtalet. En sådan rätt för medkontrahenten ansågs i de norska förarbetena stå i strid med boets intresse av att kunna träda in i gäldenärens varaktiga avtal under den tid som behövs för boets avveckling, och denna avvecklingstid kan vara betydligt längre än sedvanlig uppsägningstid. En uppsägningsrätt för medkontrahenten/hyresvärden skulle då i hög grad försvåra "en hensiktsmessig disponering fra boets side". Medkontrahenten får tåla den begränsade olägenhet som boets bestämmande av avtalsförhållandets varaktighet kan medföra.[11]

Det som hittills sagts gäller både fallet då lokalerna tillträtts av gäldenären före konkursen och fallet då han inte gjort det. För *lokaler som tillträtts* före konkursen och som gäldenären hyrt för sin förvärvsverksamhet, finns härutöver särregler i § 7–10 LFD. Här fastslås att boet inträder automatiskt i hyresavtalet, om inte boet senast fyra veckor efter konkursutbrottet förklarar att det inte avser att inträda *och* dessutom ställer lokalerna till hyresvärdens disposition inom samma tid. Avger boet en sådan negativ viljeförklaring i tid, upphör avtalet omedelbart att gälla och hyresvärden får bevaka sina krav i konkursen. Men även om boet förklarar att det inte vill inträda, ska hyran ändå betalas som massaskuld fram till den tidpunkt, då förklaringen om icke-inträde kom fram till hyresvärden eller till den senare tidpunkt, då lokalerna utrymts och ställts till värdens disposition. Trots att boet inte inträder som part i

[10] Rätt till förtida uppsägning finns dock inte om ett längre varsel säkrats via s k "tinglysing".

[11] NOU 1972:20 s 318 vsp.

avtalet i egentlig mening, är hyresvärden således säkrad tills lokalerna utrymts och ställts till hans förfogande.

Denna regel om automatiskt massaansvar trädde i kraft 1986. Från tiden dessförinnan förtjänar följande intressanta underrättsavgörande att refereras.

RG 1978.630. Gäldenären hade i mars 1976 hyrt dels restauranglokaler, dels affärslokaler av annat slag. Hyran betalades i förskott med 12 000 kr per månad. Hyresgästen försattes i konkurs 8/11 1977 med hyran för november månad obetald. Vräkning hade redan begärts vid konkursutbrottet och vräkningsförrättning var "berammet". Omedelbart efter konkursutbrottet påbörjade konkursförvaltaren arbetet med att försöka sälja varulagret i affärslokalerna. Lokalerna var utrymda 20/11 1977, alltså knappt två veckor efter konkursutbrottet. Angående restauranglokalerna upptogs förhandlingar med hyresvärden. 9/12 1977 slöts avtal om hyresvärdens övertagande av "innbo" och inventarier till visst pris. Samtidigt återfick värden nycklarna till dessa lokaler.

Hyresvärden krävde att hyran för tiden fram till dagan för återlämnandet av nycklarna skulle betalas av boet som massafordran. Som skäl angavs att restaurangen varit i drift ett par dagar efter konkursutbrottet, och till nyckelöverlämnandet 9/12 hade boet disponerat lokalerna. De hade fram till 20/11 1977 bl a utnyttjats för konkursutförsäljning. Hyresvärden framhävde särskilt att han återfått rådigheten först vid återlämnadet av nycklarna.

Konkursförvaltningen framhöll å sin sida att man redan vid konkursutbrottet gjort klart för hyresvärden, att boet inte avsåg att fortsätta driften i lokalerna och att värden varit införstådd med detta. Beträffande restauranglokalerna hade förhandlingar om försäljning hela tiden pågått med värden, och affärslokalerna hade utrymts så snabbt det över huvud taget varit möjligt. På grund av ägarförbehåll hade boet varit tvunget att betala en av leverantörerna av inventarier en avsevärd summa, varför boets netto av försäljningen blivit litet. Om hyresvärden dessutom skulle ges en massafordran på hyra, skulle boet bara tillföras ett par tusen kronor. Anbud på restauranginventarierna till ett betydligt bättre pris än denna behållning hade lagts från annat håll. Mot bakgrund härav sas det vara orimligt om hyresvärdens talan om massafordran på hyra skulle vinna bifall. Boet poängterade slutligen att det inte vid någon tidpunkt genom konkludenta åtgärder gett värden intryck av att fortsatt drift önskades. Nycklarna hade bytts ut omedelbart vid konkursutbrottet. Såväl boet som hyresvärden innehade var sitt exemplar tills boet återlämnade sina nycklar, vilket påstods ha skett 9/11 1977.

Skifteretten höll med boet om att lokalerna utrymts så snabbt det rimligen kan krävas. Resultatet hade blivit att lokalerna kunde ställas till hyresvärdens disposition redan 20/11 1977, sedan utförsäljningen avslutats 16/11. Förhandlingar om restauranglokalerna hade påbörjats omedelbart, och hyresvärden hade ett klart uttalat intresse av att boet inte sålde alla lokalens lösa inventarier i ett sammanhang. Värden ville nämligen själv överlåta restaurangen samlat till nya ägare. Det befanns aldrig ha varit meningen att boet skulle fortsätta driften i lokalerna, och boet hade heller inte genom konkludent handlande gett värden grund för att tro något sådant. Det var också klart att hyran för november 1977 förfallit redan före konkursen. *Sammanfattningsvis* framhölls att hyresvärden i det aktuella fallet, liksom i alla liknande fall, löpt en risk genom uthyrningen. Alla hyresgäster kan gå i konkurs medan hyresförhållandet varar och medföra förluster för hyresvärdarna. Så länge boet gör vad som rimligen kan begäras för att få lokalerna utrymda så snart som möjligt och även lyckas med detta, blir det inte aktuellt att täcka hyran för tid efter konkursutbrottet med en massafordran. Hyresvärdens talan ogillades alltså.

Genom införandet av § 7–10 st 2 LFD får hyresvärden till en hyresgäst, som tillträtt sina rörelselokaler, alltid en massafordran på hyra fram till dess att lokalerna ställs till

värdens disposition. I 1978 års rättsfall skulle en tillämpning den nya regeln förmodligen lett till, att värden fått en massafordran på hyra för affärslokalerna för tiden fram till utrymningen 20/11 1977 (dvs för tolv dagar i konkursen), däremot knappast ända fram till nyckelåterlämnandet 9/12 1977.

Av § 7–7 st 1 p 2 LFD framgår att före konkursen uppkommen hävningsrätt kan göras gällande mot boet endast om det kontraktsbrott som hävningsrätten grundar sig på inte står i ett direkt sammanhang med den insolvens som lett till konkursen.[12] Betalningsdröjsmål är ett typexempel på ett kontraktsbrott som anses direkt orsakat av insolvensen. Gäldenärens hyresdröjsmål ger således inte hyresvärden rätt att häva i konkursen, om inte hävningsförklaringen kommit gäldenären tillhanda före densamma. I § 7–10 st 3 LFD skärps nu denna allmänna regel ytterligare till just lokalhyresgästens konkursbos förmån. Även om hyresvärden redan hävt avtalet på grund av bristande hyresbetalning före konkursen, får han inte avhysa boet på grund av dröjsmålet, *om inte också hyresvärdens framställan om avhysning gjorts till exekutionsmyndigheten före konkursen.* Regeln motivaras med lokalhyresrätternas avgörande betydelse för konkursbons möjligheter att fortsätta gäldenärens rörelse.

2.1.3 Tysk rätt[13]

I tysk rätt finns särregler för nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra (och arrende) i §§ 19 och 20 KO. § 20 KO är tillämplig då gäldenären ännu inte getts möjlighet till avtalsenligt brukande då han försätts i konkurs, förenklat sagt då han *inte tillträtt* lokalerna före konkursen.[14] Hyresvärden har då en ovillkorlig rätt att häva avtalet (säga upp det med omedelbar verkan). Hyresgästens konkursbo får nöja sig med att utan dröjsmål kräva besked om hyresvärden avser att utöva hävningsrätten eller inte. Underlåter värden att svara i tid är hans hävningsrätt förlorad, och konkursboet kan därefter välja mellan att inträda och att avstå därifrån enligt den allmänna regeln i § 17 KO.

Hyresvärdens hävningsrätt kan med bindande verkan avtalas bort eller göras beroende av villkor till boets förmån. Har hävningsrätten helt avtalats bort blir § 17 KO direkt tillämpbar. När hyresvärden häver enligt § 20 KO har han inte rätt till en konkursfordran på skadestånd.

[12] Lagrummet har ingående behandlats ovan, se främst kap III 2.5 och 3.4.

[13] Se för det följande i första hand Jaeger/Henckel s 591 ff och Kuhn/Uhlenbruck s 456 ff. Jfr även Kilger s 111 ff, Baur/Stürner s 411, Hess/Kropshofer s 128 ff och Jaeger/Lent s 307 ff.

[14] Det följande tar uteslutande sikte på rättsläget vid *lokalhyra.*

Om *lokalerna tillträtts* av gäldenären före konkursen är § 19 KO tillämplig. Det innebär att såväl hyresvärden som hyresgästens konkursbo får säga upp avtalet med de uppsägningstider som föreskrivs i den tyska hyreslagstiftningen. När det är boet som säger upp får hyresvärden bevaka skadestånd som konkursfordran. Boet får inte säga upp avtalet till upphörande före den lagstadgade uppsägningstidens utgång. Ett avtal mellan hyresvärden och hyresgästen/konkursgäldenären, om kortare uppsägningstid än den lagstadgade, är däremot bindande för boet. Även ett avtal som ger hyresvärden rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan vid hyresgästens konkurs anses giltigt. Detsamma gäller för en överenskommelse som innebär att hyresavtalet ska anses upplöst om hyresgästen går i konkurs. "Förklaringen" till att sådana avtalade lösnings- eller hävningsrätter erkänns är, att sådana avtal inte anses stå i strid med § 19 KO:s syfte, vilket av Henckel utläggs på följande sätt.[15]

Då lokalerna tillträtts vid konkursutbrottet har inte hyresvärden längre någon makt att faktiskt råda över dem. Om § 17 KO vore tillämplig, skulle avtalet omvandlas till ett ensidigt skadeståndsanspråk för hyresvärden, ifall boet valde att *inte* träda in. Hyresvärden skulle alltså inte kunna kräva fullgörelse av boet, däremot kunde han separera sin egendom. För tiden mellan konkursutbrottet och återlämnandet av lokalerna skulle boet ändå, genom fortsatt nyttjande, komma i åtnjutande av egendomens bruksvärde. Boet skulle m a o göra en obehörig vinst. Hyresvärden fick då bära risken för att hans fordran på boets obehöriga vinst blev mindre än den avtalade hyran. Denna risk skulle inte kunna övervältras på boet. Därför får hyresavtalet inte – då tillträde skett och hyresvärden inte längre kan innehålla sin prestation – omvandlas till ett ensidigt återgångsförhållande. Om hyresvärden inte säger upp avtalet består det alltså i princip oberoende av konkursen och måste fullgöras till avtalstidens slut från båda sidor. Boet har då att betala hyrorna som massafordringar för tiden efter konkursutbrottet. För att ändå ge boet en viss möjlighet att välja mellan att behålla lokalerna och att avstå från dem, ges nu boet uppsägningsrätt i § 19 KO. Uppenbarligen anses dock detta boets intresse underordnat hyresvärdens skyddsintresse enligt det angivna obehörig vinst-resonemanget (min anm).

I vissa fall kan en uppsägning från hyresvärdens sida emellertid utgöra s k *otillåten rättsutövning* och därmed vara ogiltig. Detta gäller t ex då boet är i trängande behov av lokalerna, inte kan anskaffa ersättningslokaler på annat håll, är kapabelt att betala hyra avtalsenligt och också gör så samt utövar nyttjanderätten avtalsenligt även i andra avseenden. Boet kan däremot inte hindra värdens uppsägning genom att utge förskottsbetalning eller ställa säkerhet, om inte övriga förutsättningar för

[15] Se Jaeger/Henckel s 592 ff.

otillåten rättsutövning föreligger. Och även om hyresvärdens uppsägning skulle anses otillåten enligt det sagda, är den ändå giltig om värden är beredd att sluta nytt avtal med boet på rimliga villkor. Han får då inte kräva att boet betalar hyresfordringar från tiden före konkursen. Värdens uppsägning enligt § 19 KO kan också utgöra rättsmissbruk ifall den inte grundas på ett av lagstiftaren erkänt intresse utan tvärtom endast är ett sätt för hyresvärden att använda konkursen som anledning att i förtid upplösa ett långvarigt avtalsförhållande.

Om avtalet har sagts upp med viss uppsägningstid måste boet betala hyra under uppsägningstiden som massafordran. Om inte uppsägning sker från någondera sidan fortsätter avtalsförhållandet som tidigare. Såväl boet som hyresvärden är då skyldiga att prestera på vanligt sätt. Hyresfordringarna är därvid konkursfordringar fram till konkursutbrottet och massafordringar för tiden därefter. Boet behöver inte i någondera fallet fullgöra gäldenärens hyresrestantier, utan boet kan i princip *inträda partiellt* under en eventuell, icke bortavtalad uppsägningstid eller, då inte uppsägning sker, under vanlig hyrestid. Hade hyresvärden rätt att häva/uppsäga med omedelbar verkan på grund av gäldenärens bristande hyresbetalning före konkursen, kan denna hävningsrätt dock utövas även mot boet.

Hyresvärdens skadeståndsfordran på grund av att inte lokalerna kan hyras ut tillräckligt snabbt efter uppsägningstidens utgång är en konkursfordran. Om boet inte utrymmer lokalerna före uppsägningstidens utgång, blir boet dock skyldigt att betala hyra för den överskridna tiden som massafordran.

I *1985 års insolvensrättsförslag* ges för reorganisationsförfarandets del dels en särskild reglering för varaktiga avtal i allmänhet, dels en ytterligare särreglering för nyttjanderättshavarens insolvens vid hyra och arrende.[16] Regleringen innebär följande.

Samma regler gäller oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före insolvensöppningen. I bägge fallen får *endast boet/insolvensförvaltaren* uppsägningsrätt och det med lagstadgade frister. Dessutom är hyresvärdens möjligheter att säga upp avtalet enligt allmänna hyresregler inskränkt i den generella regeln för varaktiga avtal:[17]

> "Wird ein Dauerschuldverhältnis aufgrund allgemeiner materiellrechtlicher Bestimmungen vom Vertragspartner des Schuldners gekündigt oder auf andere Weise beendet, so kann das Gericht auf Antrag des Insolvenzverwalters die Kündigung oder die sonstige Beendigung für unwirksam erklären, wenn dies im Interesse des Reorganisation geboten erscheint und überwiegende Belange des Vertragspartners nicht entgegenstehen."

[16] Se Leitsätze 2.4.1.4, 2.1.4.6 och 2.1.4.7, Insolvenzrecht I s 221 f och 223 f.

[17] Leitsatz 2.1.4.1 st 3.

Insolvensdomstolen kan alltså på förvaltarens begäran ogiltigförklara hyresvärdens uppsägning/hävning, om reorganisationsintresset kräver det och inga tyngre hyresvärdsintressen står häremot. Observera att grunden för värdens uppsägnings-/hävningsrätt inte behöver vara insolvensen som sådan, utan helt enkelt att avtalstiden löper ut strax efter insolvensöppningen eller att hyresgästen är i dröjsmål med hyresbetalningen.

Enligt en uttrycklig regel om delbara prestationer svarar boet enligt förslaget bara för tiden efter insolvensöppningen.[18] Regeln kompletteras med en särskild bestämmelse som inskränker nyttjanderättsupplåtares möjlighet att säga upp med omedelbar verkan på grund av nyttjanderättshavarens/gäldenärens betalningsdröjsmål. Närmare bestämt föreskrivs att en sådan fristlös uppsägning inte får grundas på såväl tiden före som tiden efter det att ansökan om insolvensbehandling gjordes. Och om förutsättningarna för uppsägningen inträtt först efter det att ansökan gjordes, är den tillåten endast om samtliga hyresrestantier som uppsägningen grundas på är massaskulder.[19] För att uppsägning ska få ske med verkan mot hyresgästens insolvensbo krävs således, *antingen* att hela grunden för uppsägningen förelåg före ansökningen om insolvensbehandling *eller att* hela grunden för uppsägningen uppkommit därefter.[20] En revision i riktning mot de radikala norska reglerna i § 7–7 st 1 p 2 och § 7–10 st 3 LFD förespråkas alltså. Det tyska insolvensrättsförslaget innehåller, som tidigare nämnts, även en generell bestämmelse som säger, att för insolvensfallet avtalade uppsägnings- och upphörandeklausuler är ogiltiga mot insolvensboet.[21]

Liksom idag får hyresvärden utan vidare en massafordran på vederlaget fr o m insolvensöppningen. Massastatusen behålls även om förfarandet övergår i likvidation. Har inte avtalet sagts upp under reorganisationen kan insolvensförvaltaren frånträda det (tydligen med omedelbar verkan) vid övergången till likvidation. Ett skadeståndskrav är då en massafordran.[22]

[18] Leitsatz 2.4.1.10, se Insolvenzrecht I s 226.

[19] Hänvisning görs till § 554 st 1 p 1 BGB som föreskriver, att uppsägning på grund av hyresdröjsmål får ske bl a då hyresgästen är i dröjsmål med två på varandra följande hyror eller med en icke "unerheblichen" del av hyran.

[20] Leitsatz 2.4.1.7, se Insolvenzrecht I s 224.

[21] Leitsatz 2.4.1.11, se Insolvenzrecht I s 226 f.

[22] Se för detta stycke Leitsatz 2.4.8.1 och Insolvenzrecht I s 269 ff.

2.2 Svensk rätt

2.2.1 Presentation av 12:31 JB och 5 § 1 p FRL

Den sakrättsliga utgångspunkten vid hyresgästens konkurs är hyresvärden har separationsrätt till fastigheten och därmed även hyreslägenheten, 3:3 KL.[23] Denna sakrättsliga grundregel får dock betydelse först då avtalsförhållandet avbryts på grund av konkursen. När detta kan ske bestäms inte av separationsregeln som sådan utan av 12:31 JB:s förhållandevis nyanserade reglering av hyresvärdens, hyresgästens och konkursboets befogenheter vid hyresgästens konkurs.[24]

I *första stycket* av 12:31 JB fastslås den ur konkursrättslig synvinkel självklara regeln, att hyresgästens konkursbo har rätt att säga upp avtalet. Hyresvärden kan alltså inte mot boets vilja kräva att avtalet ska löpa vidare som om ingenting hänt. Hyresförhållandet upphör å andra sidan inte heller automatiskt utan måste som sagt sägas upp. Om gäldenären *inte har tillträtt* lägenheten före boets uppsägning, upphör avtalet omedelbart att gälla vid uppsägningen, 12:6 2 st 2 p JB. Har gäldenären däremot *tillträtt* lägenheten före boets uppsägning, gäller enligt 12:6 2 st 1 p JB de uppsägningstider som föreskrivs i 12:4 1 st (för avtal med obestämd hyrestid) och 12:4 2 st JB (för avtal med bestämd hyrestid). Dessa lagstadgade uppsägningstider gäller oavsett om hyresvärden och hyresgästen/gäldenären kommit överens om något annat. Boet kan dock betydligt snabbare komma ifrån avtalet genom att helt enkelt låta bli att betala hyra. Hyresrätten förverkas då enligt 12:42 JB och avtalet upphör omedelbart när hyresvärden sedan säger upp det. Värdens fordringar på framtida uteblivna hyror och andra ersättningsanspråk blir bara konkursfordringar.

Boets uppsägningsrätt enligt 12:31 1 st JB kan inte avtalas bort av hyresvärden och hyresgästen/gäldenären före konkursen. Ett sådant avtal innebär att hyresvärden tillförsäkras ett slags villkorligt sakrättsligt skydd för sitt anspråk på framtida hyra, och avtal om sakrättsligt skydd saknar verkan mot tredje man. Att avtalet är utan verkan mot boet kan f ö stödjas direkt på 12:1 4 st JB.

Något som inte framgår av lagtexten men som framhålls i motiven är, att *boets underlåtenhet att säga upp avtalet inte betyder konkludent inträde.* Även om boet stillatigande fortsätter att nyttja lokalerna, leder detta

[23] Jfr Hessler s 144 ff och Rodhe, Sakrätt s 194 ff.

[24] Se om 12:31 JB SOU 1969:5 s 187 f, prop 1970:142 s 152 ff, Lejman s 173 ff, Berg/Sederblad s 79 ff, Bengtsson/Victorin s 131 f och Holmqvist s 144 ff.

således inte till att boet blir massaansvarigt för hyresbetalningen och hyresgästens övriga förpliktelser. Tidigare fanns en lagregel om att boet inträdde konkludent om det inte sa upp avtalet inom en månad från utgången av bevakningstiden i konkursen, se 3:31 1 st lagen (1907:36 s 1) om nyttjanderätt till fast egendom (NyttjL), jfr 2:33 1 st samma lag.[25] Passivitetsregeln togs bort 1970 på förslag av lagberedningen.[26] Ändringen och skälen för den diskuteras närmare nedan. Här ska endast konstateras att motiven till 12:31 JB slår fast, att någon regel om inträde genom konkludent handlande, liknande vad som i kap III och IV ovan antogs gälla vid köp resp entreprenad, *inte* ska tillämpas vid hyresgästens konkurs.[27] Tvärtom sägs i motiven att det krävs en uttrycklig förklaring från boets sida för att hyresvärden ska få en massafordran på motprestationen. Härav följer utan vidare att *boets stillatigande betalning av hyror som förfaller i konkuren inte innebär att inträde skett.* Konkursboet är visserligen är tvunget att betala hyra under uppsägningstid för att hyresrätten inte ska förverkas. Men boets fullgörande av denna skyldighet medför alltså inte boet blir massaansvarigt för förpliktelserna i hyresavtalet.

Det sagda gäller fullt ut vid hyra av lokaler. Vid *bostadshyra* har boets uppsägningsrätt däremot inskränkts med hänsyn till gäldenären. Han har givetvis behov av en bostad även då han är försatt i konkurs. Vid bostadslägenheter är boets uppsägningsrätt således beroende av *gäldenärens samtycke.*[28]

I detta sammanhang bör nämnas, att boet är skyldigt att avstå från så mycket av gäldenärens löpande inkomster enligt beneficieregeln i 3:4 KL, att gäldenären kan betala hyran för sin bostad. Räcker inte inkomsten till hyran eller saknar gäldenären inkomster, bör boet vara skyldigt att betala hyran åt gäldenären som "nödvändigt underhåll" enligt 3:5 2 st KL. Att boet gör så ligger även hyresvärden intresse. Även om hyresavtalet för gäldenärens bostad inte kan uppsägas av boet, utgör ju hyresgästens konkurs en risk för att hyran inte kommer att erläggas avtals-

[25] Se för rättsläget före 1970: SOU 1969:5 s 16 (jfr 14) och 186 (jfr 176). Jfr även Walin, Allmänna hyreslagen s 134 ff och NJA II 1908 s 156 f och 244 f.

[26] Se SOU 1969:5 s 188 vsp (jfr 179 hsp) och prop 1970:142 s 154 f (jfr 148).

[27] Hyresreglerna har på denna punkt sin motsvarighet vid arrende, se 2.2.2 nedan.

[28] Boets möjligheter att säga upp gäldenärens bostadshyresrätt är alltså helt beroende av gäldenärens medgivande. Boet synes således inte kunna kräva att gäldenären flyttar till en mindre och/eller billigare lägenhet. Detta bör gälla även om boet kan anvisa gäldenären en godtagbar byteslägenhet. Bytesalternativet angavs visserligen av lagberedningen som en praktisk lösning ifall hyran är mycket stor och skulle komma att bevakas i konkursen, se SOU 1969:5 s 187 f. Uttalandet torde dock vara inaktuellt. Det baserades på den tidigare i 12:31 1 st JB gällande ordningen, enligt vilken gäldenärens samtycke var obehövligt om *rättens ombudsman* biträdde boets uppsägning. När ombudsmannainstitutet avskaffades 1980 gjordes gäldenärens samtycke direkt avgörande för boets uppsägningsrätt, se prop 1975/76:210 s 27 och 228 f samt prop 1978/79:105 s 66 och 356. Att ändringen innebar en avsevärd inskränkning av boets rätt diskuterades över huvud taget inte i de nämnda motiven.

enligt. Som vi strax ska se saknar hyresvärden uppsägningsrätt på grund av konkursen då gäldenären tillträtt bostaden före densamma, och reglerna om återvinning av hyresrätten i 12:44 JB kan hindra värden från att snabbt bli av med gäldenären även om hyresrätten förverkats på grund av bristande hyresbetalning. Hyresvärden har då ett beaktansvärt intresse av att boet låter gäldenären behålla tillräckliga medel för hyran även om den är uppgår till stora belopp. Och boet kan inte gärna tillåtas kringgå skyddsregeln för gäldenären i 12:31 1 st 2 p JB, genom att inte låta honom behålla tillräckligt med pengar för betalning av hyran och på så sätt ändå förorsaka att gäldenären mister sin bostad eller tvingas flytta till en annan billigare. Säkert är detta ändå inte, då beneficiereglerna och 12:31 1 st 2 p JB inte förefaller ha samordnats på ett genomtänkt sätt.

Hyresvärdens möjligheter att säga upp avtalet regleras i 12:31 2 st och 3 st JB.

Andra stycket behandlar värdens uppsägningsrätt i det fall då gäldenären ännu inte tillträtt bostaden eller lokalen när konkurs utbryter. Har värden då inte "sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig", får han säga upp avtalet *men endast* om inte sådan säkerhet erhålls inom en vecka efter anfordran. Först då den krävda säkerheten inte ställs inom fristen får alltså uppsägning ske. Avtalet upphör då omedelbart att gälla, 12:6 2 st 2 p JB. Till skillnad från 39 § KöpL kan således "naturaleverantören" här kräva säkerhet redan innan den prestation, som svarar mot den närmast kommande betalningen, är aktuell att fullgöra. Och en inträdesförklaring från konkursboets sida utesluter inte – som i 40 § KöpL – hävning, trots att hyran betalas successivt i förskott. Detta är fullt förklarligt när det gäller bostadslägenheter (se varför strax nedan), men varför duger inte boets förklaring om inträde med åtföljande massaansvar för att utesluta hyresvärdens uppsägningsrätt vid *lokalhyra*? Jämför att 12:31 *3 st* JB innefattar en sådan inträdesmöjlighet för lokalhyresgästens konkursbo då gäldenären *tillträtt* lokalerna före konkursen. Finns det några vägande skäl för att göra skillnad mellan de båda fallen?

Lagberedningen diskuterade frågan i specialmotiveringen till nuvarande 12:31 JB.[29] De danska och norska generella reglerna för ömsesidiga avtals behandling vid konkurs refererades till en början. Här ges boet rätt att inträda också före tillträdet. Då några önskemål om en sådan rätt för konkursbon inte framförts i Sverige och lagberedningen inte trodde att frågan hade någon beaktansvärd praktisk betydelse, infördes dock ingen motsvarighet i Sverige. Jag återkommer till frågan längre fram i boken.[30]

29 Se SOU 1969:5 s 188.

30 Se 2.3.2 nedan.

Om boet vill bevara gäldenärens lokalhyresrätt då tillträde inte skett före konkursen, måste boet alltså ställa säkerhet för avtalets fullgörande, om säkerhet krävs av hyresvärden. Boet behöver därutöver inte åta sig massaansvar. Som nämnts uttalas i motiven att boets inträde kräver en uttrycklig förklaring. Om boet säger upp avtalet i förtid eller försummar att betala hyra och avtalet därför sägs upp av hyresvärden och en av boet ställd säkerheten inte täcker värdens krav på hyra för resterande hyrestid och på skadestånd i övrigt, får hyresvärden nöja sig med en konkursfordran på överskjutande belopp.

12:31 2 st JB gäller som sagt både för bostadslägenheter och lokaler. I lagberedningens förslag var hyresvärdens uppsägningsrätt däremot begränsad till lokaler. Bostadshyresgästens konkurs skulle inte ge hyresvärden någon särskild rätt att säga upp avtalet, utöver vad som i allmänhet gäller om uppsägning av hyresavtal.[31] Depchefen ansåg dock att man här inte hade anledning att göra någon skillnad mellan bostäder och lokaler. Några egentliga sakskäl för avvikelsen från beredningens förslag anfördes inte.[32]

Vad innebar då departementets ändring egentligen? En grundfråga är mot vem – gäldenären eller konkursboet? – hyresvärdens anfordran om säkerhet ska riktas vid hyra av bostad. Frågan är avhängig av om hyresrätten över huvud taget ingår i boet som förmögenhetsmassa. Är en hyresrätt till bostad över huvud taget "sådan att den kan utmätas" i 3:3 1 st KL:s mening? Såvitt jag förstår är den inte det!

Även om sakbeneficieregeln i 5:1 5 p UB för "hyresrätt till lägenhet som tjänar gäldenären till stadigvarande bostad" inte är tillämplig då gäldenären inte tillträtt lägenheten före konkursen, och även om hyresvärdens samtycke till en överlåtelse av hyresrätten föreligger (se 12:32 1 st JB), så måste det straffsanktionerade förbudet mot onerösa överlåtelser av bostadslägenheter i 12:65 JB rimligtvis hindra, att en bostadshyresrätt alls kan ingå i ett konkursbo (eller bli föremål för utmätning). Eftersom egendomen inte kan säljas av boet, kan den inte omedelbart tillföra borgenärerna några pengar. Och en grundförutsättning för egendoms utmätningsbarhet och förmåga att ingå i konkurs är att den har ett förmögenhetsvärde, dvs ett ekonomiskt värde som kan realiseras.[33] Kort sagt saknar en bostadshyresrätt förmögenhetsvärde och ingår på den grunden inte i konkursboet som förmögenhetsmassa. Egendomen är inte "sådan att den kan utmätas" i 3:3 1 st KL:s mening, jfr 5:5 1 st UB.[34]

[31] Se SOU 1969:5 s 188 vsp.

[32] Se prop 1970:142 s 155.

[33] Se t ex Olivecrona, Utsökning s 65 f och 68, Gregow s 72 ff och RVS:s utsökning s 52 f.

[34] Det kan tyckas onödigt att "hyresrätt som tjänar gäldenären till stadigvarande bostad" uttagits bland beneficieegendomen i 5:1 UB. Redan pga av förbudet i 12:65 JB är väl sådan

Hyresvärdens anfordran om säkerhet enligt 12:31 2 st JB ska således i princip riktas mot gäldenären själv vid bostadshyra. Som nämnts är boet dock skyldigt att låta gäldenären behålla så mycket av sina inkomster att hyran kan betalas. Och kräver värden dessutom säkerhet bör rimligtvis även värdet av denna ingå i beneficiet. Saknar gäldenären tillräckliga inkomster kan också ifrågasättas, om inte boet måste ställa säkerhet för gäldenärens räkning i analogi med regeln om "nödvändigt underhåll" i 3:5 2 st KL. Även om boet därför kan ha ett intresse av att gäldenärens avtal med hyresvärden *inte* löper vidare, får boet knappast heller när det gäller 12:31 2 st JB:s säkerhetsregel underlåta att uppfylla sina förpliktelser och på den vägen kringå samtyckesregeln i 12:31 1 st 2 p JB och föranleda att gäldenären tvingas flytta. Observera dock att 3:5 2 st KL endast förpliktar boet under en månad, om inte synnerliga skäl föreligger.

Tredje stycket i 12:31 JB handlar om hyresvärdens möjligheter att säga upp ett *lokalhyresavtal* då *tillträde skett* före konkursen. För en tillträdd bostadslägenhet saknar hyresvärden särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen, 12:31 3 st JB e contrario. Som framhållits ovan så ingår en bostadshyresrätt över huvud taget inte i konkursboet som förmögenhetsmassa, men boet torde ändå vara skyldigt att som beneficium låta gäldenären behålla pengar till hyran.

hyresrätt utan vidare exekutionsskyddad? Nej, faktiskt inte. Förklaringen till att bostadsregeln i 5:1 5 p UB finns och behövs kan vara, att en "hyresrätt som tjänar gäldenären till stadigvarande bostad" inte alltid är en bostadslägenhet i 12 kap JB:s mening. Enligt 12:1 3 st JB är det fråga om bostadslägenhet och inte lokal när lägenheten "till en inte oväsentlig del" upplåtits för att användas som bostad. Även om gäldenären stadigvarande bor i lägenheten kan bostadsändamålet vid kombinerade upplåtelser ändå vara så oväsentligt, att lokal anses föreligga. Och då gäller ju inte 12:65 JB, varför 5:1 5 p UB:s bostadsregel kan behövas. Om avsikten med sistnämnda regel verkligen varit att täcka in de undantagsfall, där gäldenärens stadigvarande bostad är att se som lokal, är dock tveksamt. Beneficieregeln i 5:1 5 p UB överfördes vid UB:s tillkomst i sak oförändrad från 65 § 1 st 5 p UL, vilket lagrum i sin tur tillkom 1969 på förslag av lagberedningen 1964, se SOU 1964:57 s 18 f, 222 f och 236 (jfr prop 1968:130 s 11, 79 f och 111, jfr NJA II 1968 s 41 f). I samma lagberednings förslag till UB 1973, och i propositionen till balken, hänvisas utan några självständiga överväganden tillbaka till motiven från 60-talet (se SOU 1973:22 s 293 ff och prop 1980/81:8 s 493 ff, särskilt 496). Inte heller i den utsökningsrättsliga litteraturen har 12:65 JB:s förhållande till 5:1 5 p UB eller 65 § 1 st 5 p UL uppmärksammats (se Olivecrona a a s 66 och 78, Walin/Gregow/Löfmarck s 192 f, RSV:s Utsökning s 55 f och Gregow s 84). Varken i motiven till UB eller i doktrinen beaktas således den ändring av 12:65 JB som trädde i kraft 1973. Fram till detta år hade sedan 40-talet endast gällt ett förbud mot onerösa överlåtelser av bostadslägenheter på de orter och för de lägenheter som omfattades av den s k hyresregleringen, se 11 § 2 st lagen (1942:429) om hyresreglering mm. 1969 hade visserligen en viss motsvarighet införts också för bostadslägenheter som inte omfattades av den alltmer begränsade hyresregleringen, men denna motsvarighet utgjordes endast av en särskild ockerregel för lägenheter i bristorter (se till det sagda prop 1973:23 s 20 f, 94 ff, 143 ff och 215). Från 1973 kom bestämmelsen däremot som sagt att innehålla ett generellt förbud mot försäljning av hyresrätt till bostadslägenhet mot särskilt vederlag. Detta förbud gjorde en beneficieregel för bostadslägenheter definitivt överflödig.

Vid *lokalhyra* däremot, ges hyresvärden som sagt en begränsad uppsägningsrätt då lokalerna tillträtts före konkursen, se 12:31 3 st JB. Har värden inte "sådan säkerhet att han skäligen kan nöja sig", får han säga upp avtalet men endast om sådan säkerhet inte ställs inom en månad efter anfordran *eller* boet inom samma tid förklarar sig vilja inträda i avtalet *eller* – om hyresrätten får överlåtas – överlåtelse sker. Ur konkursboets synvinkel innebär regeln, att boet har rätt att välja något av de tre föreskrivna alternativen och att vilket som helst av dem duger för att förekomma hyresvärdens uppsägning. Regleringen i första och andra punkten betyder vidare, att boet inte ovillkorligen är skyldigt att ställa säkerhet om det för egen del vill kvarstå vid avtalet. För att avskära hyresvärdens uppsägningsrätt "räcker det" att boet förklarar sig inträda med massaansvar. Regeln utgör i den delen en direkt motsvarighet till 40 § KöpL.

Det synes en aning underligt att ställande av säkerhet (men betalning av hyrorna som konkursfordringar) och inträdesförklaring (men inget ställande av säkerhet) i 12:31 3 st JB uppställs som två jämbördiga alternativ för boet. Även om boet ställer säkerhet måste det ju betala de hyror som förfaller i konkursen för att inte hyresrätten ska förverkas enligt reglerna i 12:42 JB. Säkerhetsalternativet innebär då åtminstone temporärt en dubbel belastning på boet jämfört med inträdesalternativet. Å andra sidan *kan* säkerhetsalternativet vara att föredra ifall boet inte vill dra på sig ett långvarigt massaansvar då lokalerna bara behövs under en kortare tid. Boet kan då, när säkerheten "tar slut", bryta avtalet i förtid utan massaansvar för hyresvärdens fordran på hyra för återstående avtalstid. Detta förutsätter emellertid också, att boet kan nöja sig med att ställa säkerhet endast för en viss tid framåt, under det att massaansvaret inte kan begränsas på motsvarande sätt. Hur det egentligen förhåller sig med den saken återkommer jag till i nästa avsnitt.

Det tredje alternativet enligt 12:31 3 st JB är boets *överlåtelse av hyresrätten*. Det är något förvånande att det inte här föreskrivits någon tidsbegränsning för boets besked, motsvarande den månad som boet har på sig för säkerställande eller inträde. Detta kan nu inte gärna betyda att boet kan hålla avtalets öde svävande under obegränsad tid, utan hyresvärden får säkerligen säga upp det när fristen för säkerställande och inträde gått ut.[35] Men om värden dröjer med uppsägningen sedan månadsfristen löpt ut, kan boet förmodligen också härefter förekomma uppsägning genom en överlåtelse. Som Holmqvist framhåller torde boet i vart

[35] Jfr Holmqvist s 147. – Observera att lokutionen "i behörig ordning" på departementet ersattes med "i enlighet med avtalet", fastän överlåtelse kan ske oberoende av värdens samtycke enligt 12:36 JB, jfr Holmqvist a st.

fall teoretiskt sett även kunna överlåta hyresrätten under den uppsägningstid som löper efter hyresvärdens uppsägning.[36]

En hyresrätt till lokal får *överlåtas* i den utsträckning som framgår av 12:32 1 st och 12:36 JB.[37] I förstnämnda lagrum slås den grundläggande regeln fast, nämligen att en överlåtelse av hyresrätten kräver hyresvärdens samtycke. 12:36 JB utgör ett undantag härifrån och anger således i vilka fall en hyresrätt får överlåtas *utan* värdens medgivande. En sådan överlåtelse får ske endast av en hyresgäst som vill överlåta hyresrätten till den som ska ta över verksamheten. Häri ligger bl a ett krav på att förvärvaren inte får bedriva *annan verksamhet* än den som överlåtaren bedrivit. För att överlåtelse ska få ske krävs dessutom *hyresnämndens tillstånd.* Nämnden är skyldig att ge sitt tillstånd, om inte hyresvärden har "befogad anledning" att motsätta sig överlåtelsen. Har överlåtaren innehaft lokalen i mindre än tre år får dock tillstånd ges endast om synnerliga skäl föreligger. Vid bedömningen av om värden har befogad anledning att motsätta sig överlåtelsen gäller bl a, att särskild vikt ska tilläggas förvärvarens möjlighet att betala hyran. Även hans förmåga att bedriva den typ av rörelse som ska övertas har betydelse. Synnerliga skäl enligt treårsregeln utgör enligt motiven "sjukdomsfall, dödsfall eller annan särskilt beaktansvärd händelse" som medför att överlåtaren är förhindrad att fortsätta rörelsen.[38] Huruvida hyresgästens konkurs är ett synnerligt skäl är ovisst. Tillstånd kan förenas med villkor, t ex att förvärvaren ska ställa säkerhet för hyran.

De särskilda *ansvarsreglerna i 12:38 JB* kan försvåra för boet att överlåta hyresrätten till ett acceptabelt pris. Första punkten innebär att boet inte svarar för de hyresgästförpliktelser som uppkommer *efter* det att en överlåtelse skett med hyresgästens samtycke eller hyresnämndens tillstånd. Detta förutsätter att hyresvärden inte föreskrivit något annat som villkor för sitt samtycke eller att hyresnämnden gjort så. Enligt andra punkten svarar *förvärvaren* av hyresrätten jämte överlåtaren – här boet – för förpliktelserna enligt avtalet för tiden *före* överlåtelsen, om inte annat avtalas med hyresvärden. Detta skulle kunna innebära att boet indirekt tvangs stå för gäldenärens bristande hyresbetalning före konkursen, fastän boet inte på rent konkursrättslig grund är skyldigt att för egen del betala hyra för sådan tid. Som kommer att framgå i nästa avsnitt (2.2.2), vid diskussionen om s k partiell inträdesrätt för lokalhyresgästens kon-

[36] Se Holmqvist a st, jfr Welamson, Konkursrätt s 363.

[37] Se om 12:36 JB: Walin, Allmänna hyreslagen s 152 f, Lejman s 154 ff, Berg/Sederblad s 97 ff, Bengtsson/Victorin s 120 ff och senast Holmqvist s 184 ff med hänv. Se också NJA II 1968 s 277 f. Observera att skrivningen i 12:36 JB gör att även bostadslägenhet (jfr 12:1 3 st) kan överlåtas ihop med verksamheten, se Holmqvist s 185. 12:65 JB gör dock att någon del av köpeskillingen inte får belöpa sig på eller avse hyresrätten.

[38] Se NJA II 1968 s 278.

kursbo, menar jag dock att förvärvaren inte kan krävas på betalning av hyra som belöper sig på tiden före konkursen, under förutsättning att boet vid tiden för överlåtelsen inte var massaansvarigt för sådan tid.[39]

Sägs avtalet upp av hyresvärden i enligt 12:31 3 st JB, gäller enligt 12:6 2 st 1 p JB de uppsägningstider som stadgas i 12:4 1 st JB (för avtal med obestämd hyrestid) och 12:4 2 st JB (för avtal med bestämd hyrestid). Reglerna är tvingande till förmån för båda parterna.

Enligt *fjärde stycket* i 12:31 JB har hyresvärden rätt till skadestånd för de mistade hyresintäkter och övriga kostnadsökningar som det förtida frånträdandet av lägenheten för med sig. Värden måste härpå – enligt allmänna regler – avräkna vad en ersättningsuthyrning inbringar och även i övrigt söka begränsa sin skada. Fordringen är en konkursfordran.

Att hyresgästens konkursbos rätt att förekomma hyresvärdens uppsägning genom inträde, säkerställelse eller överlåtelse av hyresrätten är *tvingande till boets förmån* framgår av 12:1 4 st JB.

För att bilden av rättsläget vid lokalhyresgästens konkurs ska bli rättvisande måste också *hyresvärdens förmånsrätt* enligt 5 § 1 p förmånsrättslagen (1970:979) beaktas.[40] Förmånsrätten gäller fordran på grund av hyresavtal för lägenhet som var avsedd för gäldenärens verksamhet. Förmånsberättigat belopp utgör dock endast vad som svarar mot tre månaders hyra, dvs en förfallen hyresbetalning om hyran som ofta görs betalas kvartalsvis. Vilken tid hyresvärdens fordran avser saknar betydelse. Detsamma gäller om förfallodagen. Hyresvärdens förmånsrätt kan alltså gälla även en fordran som förfaller eller belöper sig på tiden efter konkursutbrottet. Det är uteslutande fråga om en beloppsbegränsning. Fordringen behöver vidare inte avse hyra utan kan gälla t ex skadeståndsanspråk eller ränta, förutsatt att kraven grundas på det aktuella hyresavtalet. Det krävs dock att hyresavtalet består vid konkursutbrottet, se NJA 1987 s 992. Förmånsrätten gäller i den lösa egendom som omfattas av företagshypotek, se 2:1 lagen (1984:649) om företagshypotek (FHL). Om konkursboet överlåter hyresrätten gäller förmånsrätten i det influtna vederlaget, 2:2 FHL. De särskilda reglerna om s k förföljelserätt i 2:3 och 2:4 FHL lär inte vara tillämpliga på hyresvärdens förmånsrätt.[41] Förmånsrätten gäller även om inte företagshypotek upplåtits och går i annat fall ändå före denna i prioritet.

Avsikten med förmånsrätten är bl a att säkra driften hos företag som kommit i ekonomiska svårigheter. Har hyresvärden en viss legal säker-

[39] Liknande uppfattning Håstad, Sakrätt s 309.

[40] Se för det följande SOU 1969:5 s 107 ff, prop 1970:142 s 92 ff och 114 f och Walin/Rydin s 39 ff. Jfr Hessler s 443 f, Rodhe, Sakrätt s 462 och Håstad, Sakrätt s 121, 216 och 283.

[41] Se SOU 1969:110 f, Walin/Rydin s 43 och Hessler s 443.

hetsrätt för hyresbetalningen, kan han förväntas att avvakta med en avhysning även om betalningsdröjsmål som lett till hyresrättens förverkande inträffat. Därmed skulle frivilliga uppgörelser och rekonstruktionsmöjligheter gynnas även i övriga borgenärers intresse. Har konkurs väl utbrutit så kan förmånsrätten enligt lagmotiven tillvarata boets berättigade intresse av den beaktansvärda tillgång som en hyresrätt till lokal utgör. Konkursförvaltningen sägs kunna få ett visst anstånd med hyresbetalningen för att under respittiden undersöka gäldenärens verksamhet och besluta hur den ska rekonstrueras eller avvecklas. I propositionen framhålls att ett belopp motsvarande tre månaders hyra är tillräckligt för ge konkursförvaltningen tid att undersöka och besluta om rekonstruktion eller avveckling.[42]

Vid en eventuell *avhysning* gäller de vanliga reglerna i 16:1–9 UB. Avhysning kan givetvis inte komma ifråga förrän den uppsägningstid som kan gälla löpt ut. Vräkningshotet får således inte användas som ett självständigt medel att tvinga boet att utrymma lokalerna före uppsägningstidens utgång, förutsatt att boet betalar hyra avtalsenligt under uppsägningstiden.

2.2.2 Närmare om reglerna för lokalhyra, särskilt då tillträde skett före konkursen

2.2.2.1 Inledning

Det som i förra avsnittet sas om *lokalhyra* kan kort beskrivas på följande sätt. Hyresgästens konkursbo får säga upp avtalet. Om inte gäldenären tillträtt lokalerna före konkursen upphör avtalet omedelbart. Har tillträde skett gäller hyreslagens vanliga, tvingande regler om uppsägningstid. Detta innebär exempelvis att uppsägningstiden alltid är minst nio månader då hyresavtalet ingåtts för obestämd tid eller då hyrestiden bestämts till längre tid än nio månader, se 12:4 JB. Under uppsägningstiden kan konkursboet driva gäldenärens verksamhet vidare utan massaansvar, men boet måste ändå betala hyra under konkursen för att inte hyresvärden ska säga upp avtalet till omedelbart upphörande enligt förverkandereglerna.

Även om inte boet säger upp hyreskontraktet och stillatigande utnyttjar lokalerna för en fortsatt drift av gäldenärsföretaget, innebär det ändå inte att boet inträtt i avtalet genom konkludent handlande. Enligt klara motivuttalanden kan boet nämligen inträda endast genom en uttrycklig

[42] Se prop 1970:142 s 94 f.

förklaring. Den mera allmänna princip som får antas gälla vid t ex köp, entreprenad och anställningsavtal och som råder såväl i dansk och norsk som i tysk rätt, nämligen att boet kan inträda (eller ådra sig massaansvar) både genom en uttrycklig, ensidig viljeförklaring om inträde och genom vissa realhandlingar eller underlåtenheter, gäller alltså inte vid hyra. Det bör dock framhållas, att hyresvärden har förmånsrätt för ett belopp motsvarande tre månaders hyra. Överskjutande fordringar på hyra och andra skadeståndsposter är dock bara vanliga konkursfordringar.

Jag utgår alltså ifrån att lokalhyresgästens konkursbo, efter 1970 års lagändring och motivuttalanden, de lege lata inte kan ådra sig massaansvar annat än genom en uttrycklig inträdesförklaring. Håstad är i tredje upplagen boken Sakrätt mera tveksam och skriver, att det "torde kunna ifrågasättas, att denna sak skall anses slutgiltigt avgjord genom detta motivuttalande till ett lagstadgande, som endast reglerar hyresvärdens rätt att säga upp avtalet. Ett ansvar för konkursboet för hyra under redan utnyttjad tid ligger vid sidan av stadgandet och påverkar inte hyresvärdens behov av att säga upp avtalet för framtiden, om inte boet åtar sig ansvar för framtida hyra."[43] Redan de lege lata förespråkar han sedan ordningen att boet bör bli massaansvarigt för utnyttjande i konkursen men bara för den tid hyresobjektet faktiskt nyttjats. För framtiden skulle boet ha kvar möjligheten att välja mellan inträde och avstående på vanligt sätt.[44]

De lege ferenda kommer jag nedan att förorda en reglering som i stora drag liknar vad Håstad anfört. Att inom ramen för *gällande rätt* hävda, att lokalhyresgästens konkursbo kan bli massaansvarigt för den tid som boet "tyst" nyttjat lokalerna, är dock ohållbart. Det kan så vara att 12:31 JB i första hand reglerar hyresvärdens befogenheter att säga upp hyresavtalet, inte boets inträde i avtalet. Det kan kanske också vara riktigt, att en regel om ansvar för den tid som nyttjande faktiskt sker i viss mån ligger utanför huvudfrågan om egentligt inträde i hyresavtalet. Men som vi ska se nedan tog lagberedningen direkt och uttryckligen avstånd från en lösning som innebär, att hyresvärden får en massafordran för den tid som boet utnyttjat lokalerna utan att det uttryckligen inträtt i avtalet. En sådan ordning föreslog de samtida danska och norska utredningarna, och uttryckliga lagregler med detta innehåll återfinns numera i 62 § DKL resp § 7–10 LFD. Lagberedningen menade för sin del – i och för sig kanske ogrundat – att en sådan ordning skulle vara för komplicerad och verka förvirrande.[45] Dessutom sas att lösningen med en massafordran för viss tid i konkursen inte behövdes, eftersom hyresvärden gavs förmånsrätt för belopp motsvarande tre månaders hyra. Hyresprivilegiet avskaffades i Danmark och Norge *samtidigt* som reglerna i 62 § DKL resp § 7–10 LFD infördes. Och lagberedningen skrev uttryckligen att man i Danmark och Norge tvingats införa de nyssnämnda lagrummen som ersättning för hyresprivilegiet. Beredningens synpunkter anammades sedan i alla delar vid departementsbehandlingen.

Sammantaget kan det således inte råda någon som helst tvekan om att det system för regleringen av lokalhyresgästens konkurs, som lagstiftaren försökt tillskapa

43 Håstad, Sakrätt s 314.

44 A a s 315.

45 Se närmare och med hänv 2.3.4 nedan.

medelst 12:31 3 st JB och 5 § 1 p FRL, inte ger något utrymme för en regel motsvarande de nämnda danska och norska lagrummen. Tvärtom avfärdades en sådan ordning uttryckligen vid ett direkt ställningstagande. Och vid samma lagstiftningstillfälle angavs förmånsrätten ha just det syfte som den dansk-norska "visstidsmassafordringslösningen" fyller. Om denna senare lösning anammats skulle väl förmånsrätten inte ha gjorts tillämplig också på tid efter konkursbeslutet?

I det följande utgår jag således ifrån, att lokalhyresgästens bo enligt gällande rätt endast kan dra på sig massaskulder på kontraktsrättslig grund genom en uttrycklig inträdesförklaring. Att goda sakskäl de lege ferenda kan anföras till stöd för en annan reglering är en annan sak, se närmare 2.3.4 nedan.

Då gäldenären ännu inte tillträtt lokalerna före sin konkurs, är hyresvärdens intresse i viss mån tillgodosett genom en rätt att, vid äventyr av avtalets uppsägning till omedelbart upphörande (dvs hävande), avkräva boet säkerhet om han inte redan har nöjaktig sådan. Boet kan inte avskära denna hävningsrätt och skyldigheten att ställa säkerhet genom att "bara" förklara sig inträda i gäldenärens avtal.

Om hyresgästen/gäldenären åter *tillträtt lokalerna* före konkursen, kan hyresvärden formellt sett ställa boet mot väggen med en anfordran enligt 12:31 3 st JB. Konkursförvaltningen har i det läget en månad på sig för att antingen ställa säkerhet, avge inträdesförklaring eller verkställa en överlåtelse, ifall överlåtelse nu alls kan ske med hänsyn till värdens samtycke eller 12:36 JB. Någon tidsfrist är visserligen inte uttryckligen stadgad för överlåtelsealternativet, men boet torde ändå ha att överlåta hyresrätten inom fristen för att undvika värdens uppsägning. Boet sitter dock tämligen säkert även efter en anfordran från värden. I många fall är det klokast av konkursförvaltningen att över huvud taget inte ge hyresvärden något klart besked. Vid hyresvärdens uppsägning på grund av det uteblivna beskedet är nämligen de vanliga uppsägningstidsreglerna tillämpliga. Detta följer direkt av 12:6 2 st 1 p JB. Någon särskild regel om uppsägning med rimligt eller sedvanligt varsel, liknande vad som föreskrivs i dansk och norsk rätt, finns alltså inte i Sverige.

Anta sålunda att gäldenären hyrt sina verkstadslokaler på ett femårskontrakt med sex månaders uppsägningstid. Enligt 12:6 2 st och 12:4 2 st 5 p JB är uppsägningstiden för konkursfallet då alltid nio månader, varken mer eller mindre oavsett vad avtalet stadgar. Konkursförvaltningen kan i det läget göra en bedömning av hur länge verksamheten beräknas drivas vidare, när ett godtagbart anbud på rörelsen (inklusive hyresrätten) kan väntas föreligga etc. Beräknas nio månader räcka, kan förvaltaren lämpligen säga upp avtalet och därmed begränsa kostnadsriskerna för den fortsatta driften, dvs för hyresvärdens potentiella bevakning av utebliven hyra, till nio månader. Är det oklart hur länge boet behöver lokalerna, kan det i stället vara klokare att boet förhåller sig helt passivt gentemot värden. När framtiden för verksamheten börjar klarna

kan förvaltaren säga upp avtalet. Det spelar då ingen större roll om boet slutar upp med att betala den löpande hyran före uppsägningstidens utgång, eftersom hyresvärdens krav på uteblivna hyresbelopp ändå bara blir konkursfordringar. *Sammantaget* måste sägas att boet, med nuvarande regler och med en konkursförvaltare som känner rättsläget, har goda möjligheter att handla efter eget gottfinnande beträffande gäldenärens lokalhyresrätt. Detta sker i så fall i stor utsträckning på hyresvärdens bekostnad.

2.2.2.2 Har boet partiell inträdesrätt?

Boet saknar alltså i många fall (normalt?) anledning att ställa säkerhet eller inträda enligt 12:31 3 st JB, då lokalerna ändå kan behållas om bara den löpande hyran betalas. Från teoretisk synpunkt, och även som utgångspunkt för kommande resonemang de lege ferenda, är det ändå av intresse att se lite närmare på vilka rättsföljder som är knutna till boets inträdesförklaring och vad som gäller om boets säkerhet enligt 12:31 2 st och 3 st 1 p JB.

Förklarar sig boet *inträda* i gäldenärens avtal, gäller först att avgöra ramarna för det massaansvar som boet då iklätt sig. I lagtexten står att boet måste "svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden". Innebär detta till en början att boet även måste svara för obetalda hyresfordringar från tiden *före* konkursen eller *kan boet inträda partiellt?*

Enligt min mening går det inte att få något besked i denna fråga enbart på grundval av 12:31 JB:s ordalydelse. Inte heller 1969–70 års motiv ger någon ledning. I äldre rätt fanns i 3:31 1 st jämförd med 2:33 1 st NyttjL den ovan beskrivna regeln om boets passiva inträde. Samma regel gällde för hyra och arrende. Om inte boet sa upp avtalet inom en månad från utgången av bevakningstiden i konkursen, svarade boet för avtalets fullgörande till avtalstidens utgång eller, om uppsägning skedde först efter avtalstidens utgång, tills avtalet på grund av uppsägningen upphörde att gälla. Något besked om den tidpunkt, *från* vilken boets massaansvar skulle räknas, gavs icke. Detta fastslogs i stället tidigt i ett arrendeprejudikat:

> *NJA 1914 s 256.* 1907 hade slutits ett tioårigt arrendeavtal för tiden 25/3 1908 – 25/3 1918. Arrendeavgiften skulle erläggas årsvis i förskott. Arrendatorn försattes i konkurs i april 1908. Boet försummade att säga upp avtalet inom den frist som stadgades i 2:33 1 st NyttjL. Fråga uppkom om boet då var skyldigt att betala det första årets arrendeavgift som massafordran. Boet hävdade att så inte var fallet, eftersom en uppsägning ändå inte skulle ha befriat boet från betalningsskyldighet för det första, löpande arrendeåret. Om uppsägning skett hade boet sålunda trots allt haft att betala avgiften under den uppsägningstid som löpt fram till först infallande fardag, dvs 25/3 1909. – HR:n fastslog att de omstämda avgifterna gällde det vid konkursens början löpande arrendeåret 25/3 1908 – 25/3 1909 och att de utgjorde konkursfordringar. 2:33 1 st NyttjL:s passivitetsregel ansågs inte tillämp-

lig. HovR:n fann inte skäl att göra ändring och HD fastställde HovR:ns dom. I rubriken till rättsfallet står att boet endast ansvarar för sådan arrendetid, som börjat löpa i följd av boets underlåtenhet att säga upp avtalet.

I den dominerande arrendelagskommentaren för äldre rätt förtydligas utgången sålunda, att boet inte svarar för "arrendeavgift för det arrendeår, som löper vid tiden då arrendatorn försatts i konkurs".[46] Lagberedningen framhöll i anslutning till rättsfallet, att boet ansvarade från den tidpunkt avtalet skulle ha upphört att gälla om boet sagt upp det i rätt tid.[47] Vad särskild avsåg *hyra* skrev beredningen, bl a med hänvisning till Walin och Welamson[48], att boets ansvar räknades från den dag då avtalet enligt numera gällande 12:4 JB skulle ha upphört att gälla, om boet sagt upp avtalet precis på dagen en månad efter bevakningstidens utgång.[49]

Boets ansvar enligt passivitetsregeln inträdde således på ett ganska sent stadium i konkursen. Om vi tillämpar de uppsägningstider som gällde 1969 på exempelvis ett femårigt avtal om hyra av lokal, så var uppsägningstiden alltid minst ett år (se dåvarande 12:3 2 st 7 p JB). Antar vi vidare att konkursdomaren bestämde att bevakning av fordringar i konkursen skulle ske senast sex veckor efter konkursbeslutet (se 19 § i 1921 års KL) innebar detta, att boets ansvar vid underlåten uppsägning inträdde *fjorton och en halv månader* (!) efter konkursutbrottet (1,5 + 1 + 12 = 14,5 mån).

Det sagda visar, menar jag, att den gamla regeln om passivt inträde inte kan tas som utgångspunkt för en slutsats om att boet kunde inträda partiellt enligt äldre rätt. Ett ställningstagande till hyror som belöpte sig på tiden före konkursen aktualiserades sällan, eftersom boets massaansvar ofta uppkom långt efter det att konkurs utbrutit. Boet hade dock ändå att betala hyrorna under den hypotetiska uppsägningstiden för att hyresrätten inte skulle förverkas enligt allmänna regler. Och hyresvärden kunde då hota boet med vräkning om inte hyrorna för såväl tiden efter som före konkursutbrottet betalades. Jag har också svårt att se varför värden inte skulle ha haft rätt att göra detta. Oavsett om hyresfordringarna avsåg tid före eller efter konkursutbrottet var de konkursfordringar, och att boet var skyldigt att, vid äventyr av hyresrättens förverkande, betala de konkursfordringar på hyra, som belöpte sig på tiden *efter* konkursutbrottet, är fullt klart. Att då behandla sådana fordringar annorlunda, som visserligen belöpte sig på tiden före konkursen men som ändå

[46] Skarstedt/Ekberg/Anderberg s 228 f.

[47] SOU 1969:5 s 176 hsp, jfr Welamson, Konkursrätt s 444. Jfr även Adlercreutz, Avtalet och fordringen s 297.

[48] Se Walin, Allmänna hyreslagen s 135 och Welamson a st.

[49] SOU 1969:5 s 186 hsp.

var att hänföra till samma konkursfordranskategori, förefaller konstlat. Jag menar alltså att boet, för undvikande av förverkande, var skyldigt att erlägga också den hyra som gäldenären försummat före konkursen. En annan sak är att dessa fordringar inte var massafordringar utan konkursfordringar. Det kan då kanske tyckas konstigt att hyresvärden i strid med förmånsrättsordningen kunde göra sig fullt betald för konkursfordringar. Men det är i så fall lika systematiskt förvirrat, att boet både enligt äldre och gällande rätt i stor utsträckning är skyldigt att vid äventyr av avtalets hävande betala löpande hyror i konkursen, fastän hyreskraven bara är konkursfordringar.

Enligt den nuvarande inträdesregeln i 12:31 3 st 2 p JB kan boets massaansvar uppkomma tidigare än enligt den gamla passivitetsregeln. Det är därför inte uteslutet, att boet idag som massafordran även måste betala hyra som belöper sig på tiden före konkursen. Anta t ex att hyran ska erläggas kvartalsvis i förskott den sista december, sista mars, sista juni osv. Om konkursen inträffar den 25 januari och gäldenären då ännu inte betalat den förfallna hyran för det löpande kvartalet, skulle boet – om det exempelvis den 20 februari meddelar värden att det inträder – då även svara för de 25 dagarna i januari före konkursen.

Till skillnad från den gamla passivitetsregeln kan boet numera också bli ansvarigt för den hyresperiod som löper, då frågan om boets ansvar uppkommer. Det är då inte självklart att hyran för t ex det löpande kvartalet får delas upp i en massafordransdel och en konkursfordransdel. Walin, som var ordförande i den lagberedning som införde regeln om boets uttryckliga inträde i 12:31 JB, har också uttalat att den norska regeln om partiellt inträde i hyresavtal avviker från svensk rätt.[50]

Håstad tog dock tidigare de gamla reglerna om omfattningen av boets ansvar vid passivt inträde som intäkt för att boets ansvar vid inträde enligt 12:31 3 st JB gäller "fr o m tidpunkten för frågan eller svaret."[51] Numera är han tveksam till om lagtexten i 12:31 3 st (och 12:42) JB gör partiellt inträde möjligt. Åtminstone de lege ferenda anser han dock att partiellt inträde, med ansvar fr o m konkursbeslutet, bör kunna ske.[52] Holmqvist ställer upp inte mindre än *fyra* tänkbara tolkningsalternativ av uttrycket "under hyrestiden" i 12:31 JB, nämligen "under hela hyrestiden, hyrestiden efter konkursbeslutet, hyrestiden efter anmodan eller hyrestiden som återstår efter boets förklaring?" Därefter säger han att det "torde vara återstående hyrestid från värdens anfordran som avses

50 Se TfR 1972 s 255.

51 Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 272. Jfr också Welamson, Konkursrätt s 445, som 1961 tycks godta en partiell inträdesrätt för hyresgästens konkursbo.

52 Sakrätt, 3 uppl s 308.

(jfr prop 1970:142 s 152)."[53] Han tillägger dock därefter, något motsägelsefullt, att fordringar som uppstår efter boets *förklaring* om inträde utgör massafordringar (min kurs). I vilket fall som helst anser Holmqvist som synes att boet inte svarar för hyresfordringar som belöper sig på tiden före konkursen. Såvitt jag begriper står inga slutsatser i någon riktning att finna i den proposition som Holmqvist hänvisar till.

Sammanfattningsvis anser jag alltså några slutsatser om förekomsten av partiell inträdesrätt inte kan dras vare sig av nu gällande eller äldre lagregler, lagmotiv eller rättspraxis. Några sakskäl till stöd för den ena eller den andra lösningen har inte heller presterats i litteraturen. Ett undantag utgör möjligen Håstad, som generellt uttalat sig för inträdesrätt med begränsat ansvar för det fall man önskar "förbättra förutsättningarna för konkursboet att avveckla gäldenärens rörelse på ett någorlunda lönsamt sätt", där det inte skulle skada den solventa parten och prestationerna lätt kan delas upp.[54]

För hyra har vi sett att såväl dansk och norsk som tysk rätt tillåter att konkursboet till en lokalhyresgäst begränsar sitt massaansvar till tiden efter konkursutbrottet. I Danmark och Norge följer detta av den grundläggande regeln om rätt till partiellt inträde i alla avtal om en löpande prestation till gäldenären. Denna regel grundas i sin tur säkerligen just på det förhållande, att sådana avtal alltid kan delas upp efter tid eller mängd utan att uppdelningen leder till ytterligare förluster för medkontrahenten, utöver vad han definitionsmässigt går miste om av motprestationen direkt på grund av det partiella inträdet. Grundprincipen, att gäldenärens medkontrahents ställning inte nämnvärt bör försämras genom boets inträde, i förhållande till vad resultatet blivit om avtalsförhållandet avbrutits på konkursdagen, bör ange den yttersta gränsen för hur långt övriga borgenärers intresse av en gynnsam boavveckling rimligen ska tillgodoses i strid med den aktuella borgenärens/kontraktsmotpartens intresse av att skydda sig vid motpartens konkurs. Saken kan för hyresfallet uttryckas så, att den konkursrättsligt motiverade regeln om partiell inträdesrätt inte kan bemötas med tillräckligt starkt grundande obligationsrättsliga skäl att regeln bör frångås. Vid hyra lider ju hyresvärden ingen skada vid *själva uppdelningen* av hyresbetalningen i olika tidsavsnitt.

Förutom det stöd för en partiell inträdesrätt som ges i de undersökta utländska rättssystemen och i viss mån även den svenska litteraturen, kan också lagtexten och motiven till den numera upphävda lagen (1920:474) om registrering av elektriska anläggningar samt om rätt till elektrisk kraft åberopas som stöd för en regel om partiell inträdesrätt. Detta material

[53] Se för båda citaten Holmqvist s 147.

[54] Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 273.

har redovisats i köpkapitlet vartill hänvisas.[55] Kort kan här ändå nämnas att 1920 års ellag visserligen inte innehöll någon regel om konkursboets inträde i den snäva mening som jag använder begreppet, men lagens 22 § föreskrev efter förebild av 39 § KöpL rätt för elabonnentens konkursbo att avskära upplåtarens "innehållande" av elkraft och att kvarstå vid upplåtelseavtalet genom ställande av säkerhet. Efter upplåtarens anmodan hade boet för undvikande av hävning att ställa säkerheten inom en månad. Denna behövde enligt uttrycklig föreskrift endast täcka tiden *från egendomsavträdet* och framåt. Föreskriften kan i första hand tas som ett stöd för att konkursboets säkerhet enligt 12:31 2 st och 12:31 3 st 1 p JB endast behöver täcka vad som utestår obetalt för tiden efter konkursutbrottet. Detta är dock som sagt inte partiellt inträde i egentlig mening, snarare "partiellt säkerställande": boet behöver ju inte både inträda med massaansvar och ställa säkerhet enligt 12:31 JB.

Av motiven till 1920 års ellag framgår emellertid vidare att boet blev massaansvarigt för betalning av den elkraft som kom boet tillgodo under den månad i konkursen, då boet övervägde om det skulle kvarstå vid avtalet genom att ställa säkerhet. Denna förbrukningsregel är i princip densamma som numera föreskrivs för lokalhyra i de danska och norska konkurslagarna. Regeln ansågs vid riksdagsbehandlingen så självklar, att den inte ens behövde utskrivas i lagen utan följde redan av allmänna rättsgrundsatser, jämför 41 § 2 st KöpL. Av motiven framgår emellertid nu även, att boet genom sitt tillgodogörande av elkraft i konkursen *inte också ådrog sig skyldighet att som massafordran betala för kraft som levererats före konkursen*. Endast vederlag för kraft som kommit boet som sådant tillgodo blev alltså massafordran.[56] *Sammanfattningsvis* gällde alltså för de varaktiga avtal som 1920 års ellag reglerade, att boet då det vidblev avtalet genom säkerställande inte behövde ställa säkerhet även för tiden före konkursen. Och boet blev inte massaansvarigt för sådan tid, även om boet ådrog sig att som massafordran betala vederlag för prestationer som boet självt tillgodogjort sig under viss tid efter konkursutbrottet.

Sammanfattar vi då hela diskussionen om partiell inträdesrätt för lokalhyresgästens konkursbo, talar det mesta trots allt för att boet har en sådan rätt enligt gällande rätt. Merparten av det material som ändå kan framletas i frågan, samt de ändamålsskäl som anförts ovan, leder otvivelaktigt till denna slutsats. En partiell inträdesrätt för nyttjanderättshavarens konkursbo vid lokalhyra bör i vart fall utan tvekan anammas de lege ferenda. Detsamma gäller för boets rätt att vidbliva avtalet genom

[55] Kap III 2.6.5.2 inledningsvis.

[56] Se för det sagda NJA II 1920 nr 5 s 614 f och 617.

att ställa säkerhet enligt 12:31 2 st och 3 st 1 p JB. En sådan säkerhet behöver således inte omfatta oguldna hyresfordringar som belöper sig på tiden före konkursen.

Det återstår då att avgöra *från vilken närmare bestämd tidpunkt i konkursen* som boets massaansvar eller säkerhet ska räknas. Som framgått har Håstad tidigare menat att massaansvaret bör räknas antingen från tidpunkten för hyresvärdens förfrågan enligt 12:31 3 st eller från tidpunkten för boets inträdesförklaring. Numera har han – måhända påverkad av de synpunkter som jag själv framfört i frågan – fastnat för konkursdagen.[57] Holmqvist anser förmodligen att boets ansvar ska räknas från värdens anfordran.[58] Några sakskäl för dessa uppfattningar har inte anförts. I dansk och norsk rätt anses boets ansvar vid ett inträde utan vidare, med en *viss retroaktiv verkan*, gälla från och med konkursutbrottet. Detta framgår tydligt vid läsning av motiven och litteraturkommentarerna till särreglerna i 62 § DKL och § 7–10 LFD, som ger hyresvärden en massafordran fr o m konkursutbrottet och till det att boets ställningstagande i inträdesfrågan meddelas honom, *även* om boet inte inträder i hyresavtalet i egentlig mening. Då denna regel endast anses ha någon betydelse då boet *inte* inträder, innebär det motsatsvis att boets ansvar vid egentligt inträde räknas, inte från hyresvärdens anmodan eller boets förklaring om inträde, utan retroaktivt fr o m konkursutbrottet. I tysk rätt får hyresvärden alltid en massafordran på hyra fr o m konkursutbrottet då avtalsförhållandet fortsätter i konkursen. Detta gäller oavsett om det är den vanliga hyrestiden som löper eller det är fråga om uppsägningstid.

Ett massaansvar fr o m konkursutbrottet skulle typiskt sett kunna sägas ligga både i boets och hyresvärdens intresse. Boet bör av eget intresse försöka betala på förfallodagen för att undvika att hyresrätten förverkas under "betänketiden" i konkursen. Men ett retroaktivt massaansvar bör leda till att hyresvärden inte ser tvingad att säga upp avtalet med omedelbar verkan, även om hyresrätten förverkats på grund av bristande hyresbetalning. För att detta resonemang ska vara hållbart krävs dock även, att hyresvärden har en säkrad ställning om boet skulle bestämma

[57] Se Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 308, jfr 315.

[58] Se Holmqvist s 147. Jfr också Lindskog s 187 f: "Så snart /nyttjanderättsupplåtaren/ kan säga upp avtalet kan han vägra vidare prestation, dvs han har ett slags separationsrätt till t ex den uthyrda lägenheten vid hyresavtal. För tid därefter bör då /hyresfordringen/ vara en massafordring om /hyresgästens konkursbo/ vill fortsätta avtalsförhållandet." Lindskog beaktar här inte att hyresgästens konkursbo enligt gällande rätt kan nyttja lokalerna utan massaansvar under ibland ganska lång uppsägningstid. Det är dock möjligt att Lindskog med "För tid därefter" menar efter den tid då uppsägningen skulle fått verkan, dvs då uppsägningstiden skulle ha löpt ut. Påståendet skulle då innebära att boets massaansvar skulle uppkomma vid den tidpunkt då avtalet efter uppsägningstid skulle ha upphört att gälla, om det sagts upp av hyresvärden på den sista dagan av boets enmånadsfrist. Detta är dock felaktigt om vi håller oss till gällande rätt.

sig för att *inte* träda in i hyresavtalet i egentlig mening. I Danmark och Norge åstadkoms detta genom regeln i 62 § DKL resp § 7–10 LFD, om att hyresvärdens hyresfordran är en massafordran fram till boets förklaring om icke-inträde. Skulle denna regel inte gälla skulle värden, trots regeln om boets retroaktiva inträde, ändå kunna hamna i ett osäkrat läge, eftersom han inte i förväg vet vilket alternativ som boet ämnar välja. Enligt gällande svensk rätt får hyresvärden emellertid inte automatiskt någon massafordran på hyra under boets betänketid motsvarande den dansk-norska regeln, 41 § 2 st KöpL och 22 § i 1920 års numera upphävda ellag. För att hyresvärden ska få massafordringar på hyra krävs boets uttryckliga besked om detta. Den dansk-norska ordningen med en viss tids "automatiskt" massaansvar avvisades av lagberedningen som varande komplicerad och förvirrande.[59] Depchefen framhöll att man i Danmark och Norge tvingats göra hyresfordringarna under viss tid i konkursen till massafordringar, som ersättning för den där avskaffade förmånsrätten för hyresfordringar. Den dansk-norska ordningen, "som lätt blir komplicerad", sas inte vara behövlig om lagberedningens förslag till förmånsrättslag och 12:31 JB följdes.[60] Dessa påståenden granskas närmare nedan.[61] Här ska endast sägas att lagstiftaren uppenbarligen anser att hyresvärdens förmånsrätt för belopp motsvarande tre månaders hyra enligt 5 § 1 p FRL är en fullgod ersättning för – eller t o m är en bättre lösning än – den dansk-norska "visstidsmassafordranslösningen". Om detta talar för att boets massaansvar vid ett inträde enligt 12:31 3 st 2 p JB idag ska räknas retroaktivt fr o m konkursutbrottet är dock osäkert. Visserligen är hyresvärden, om vi nu med lagstiftaren antar att förmånsrätten för en kvartalshyra är minst lika god säkerhet som en massafordran, genom förmånsrätten normalt säkrad även om boet sedermera visar sig inte inträda i avtalet. Men förmånsrätten gäller ju i princip också då boet *inträder* i avtalet, i de delar som massaansvaret eventuellt inte anses täcka. Behövs mot denna bakgrund verkligen ett retroaktivt massaansvar utöver förmånsrätten?

I praktiken är det förmånsberättigade beloppet många gånger redan till fullo utnyttjat före konkursen, och hyresvärden står då helt osäkrad under boets "betänketid". Detta kan värden möjligen sägas få stå för, när han inte sett till att säkra sin hyreskredit bättre före konkursen. Men det utgör knappast ett argument för att hans fordringar på hyra för tiden från konkursutbrottet till boets inträdesförklaring endast är konkursfordringar. Räknar man massaansvaret från *värdens förfrågan*, innebär det att hyresvärden ställs bättre då inträdet föregås av en förfrågan, än då boet

59 SOU 1969:5 s 182 vsp med not 7.
60 Prop 1970:142 s 94.
61 Se 2.3.4.1.

på eget initiativ förklarar sig inträda. Detta kan i och för sig vara välkommet, då det medför att hyresvärdarna får ett incitament till att snabbt avkräva konkursboet besked, vilket får till följd att osäkerheten om avtalets öde tidigt skingras och tvister undviks. Kanske är detta den riktiga lösningen inom ramen för gällande rätt.

De lege ferenda menar jag dock att kraven på systematisk enkelhet och lättillämpbarhet tillgodoses bäst om en ordning liknande framför allt den norska införs i Sverige. Till denna fråga och den därtill anknytande, om förmånsrätten för hyresfordringar bör avskaffas, återkommer jag nedan.[62]

Oavsett från vilken närmare bestämd tidpunkt *i konkursen* som boets ansvar räknas, innebär regeln om partiell inträdesrätt i alla fall att boet inte är massaansvarigt för sådant som gäldenären försummat före konkursen. Liksom i Norge bör en sådan regel anses försedd med en kompletterande regel som säger, att hyresvärden inte får säga upp avtalet med omedelbar verkan (häva) på grund av försummad hyresbetalning och hyresrättens förverkande före konkursen, om uppsägning inte hunnit ske före konkursen. Den skärpning av denna princip som i § 7–10 st 3 LFD föreskrivs till boets förmån – alltså att avhysning inte får ske ens då avtalet upphört före konkursen, om inte begäran om avhysning framställts till exekutionsmyndigheten före konkursen – kan däremot inte anses förenlig med gällande svensk rätt.

I anslutning till det sagda kan följande färska hovrättsfall refereras. (Fallet illustrerar också flera av de problem som gällande regler leder till.)

SveaHovR 1988–02–15 (avd 14, DT 9, T 650/87).[63] Ett tvåårigt hyresavtal för en restauranglokal hade slutits. Då ett år gått gick hyresgästen 11/7 1985 i konkurs. Vid konkursutbrottet pågick lagsökningsprocess om oguldna hyror. 26/8 anmodades konkursboet att inom en månad ställa säkerhet eller inträda i avtalet. Samtidigt sas avtalet upp "i enlighet med" 12:31 3 st JB samt angavs att hyresrätten var förverkad och hyresavtalet uppsagt men att återvinning enligt 12:44 JB kunde ske inom tolv dagar. Förvaltaren meddelade 2/9 att boet inträdde i hyresförhållandet under förutsättning att detta ännu bestod och hyresvärden lämnade sitt samtycke till överlåtelse av hyresrätten. 6/9 svarade värden att han inte kunde acceptera ett villkorat inträde (och heller inte den angivne köparen). 11/9 förklarade boet då att man ställde säkerhet men begärde precisering av storleken och sättet för överlämnandet. Boet påstod även att instruktioner om säkerheten begärts per telefon flera gångar under september månad. Efter omfattande skriftväxling och telefonsamtal inbetalade konkursboet 1/10 (alltså efter utgången av enmånadsfristen) 100 000 kr såsom säkerhet enligt 12:31 3 st 1 p JB. Pengarna togs emot av hyresvärden. 2/10 uppmanades konkursboet vidare att inträda i lagsökningsmålet i enlighet med nuvarande 3:9 KL. Boet trädde in sex dagar senare. Samma dag, dvs 8/10, betalade boet hela det förfallna hyresbeloppet, varefter betalningsmålet avskrevs.

62 Se 2.3.4.10.

63 Se även Stockholms TR:s dom 1987–05–27 (avd 10, DF 404, F 1360/85).

Hyresvärden väckte härefter talan med yrkande om att konkursboet skulle förpliktas flytta från lokalen. Som grund anfördes (1) att boet förverkat hyresrätten och inte återvunnit den i tid, alternativt (2) att hyresvärden sagt upp avtalet enligt 12:31 3 st 2 p JB på grund av att boet underlåtit att inträda inom en månad efter anfordran. Boet bestred yrkandet och invände beträffande förstahandsgrunden, att samtliga förfallna hyror erlagts inom återvinningsfristen. Visserligen betalades hyresbeloppet först 8/10, men då uppsägningen var ställd till boet och boet då inte var part, vare sig i lagsökningsmålet eller i hyresavtalet, började inte återvinningsfristen att löpa vid uppsägningen i augusti utan då boet förklarade sig inträda i lagsökningsmålet 8/10. Genom betalningen samma dag hade boet därför återvunnit hyresrätten. Hyresvärden genmälde att boet blivit part redan i och med konkursutbrottet.

Mot hyresvärdens förstahandsgrund invände boet vidare, att det mellan boet och värden träffats avtal om att värden inte skulle göra gällande att hyresrätten var förverkad. Vid diskussioner mellan parterna om möjligheterna till överlåtelse av hyresrätten hade värden visat förståelse för boets intresse och även förklarat, att han inte hade något att invända mot en överlåtelse om tillfälle gavs att granska inkomna anbud. Enligt boet var en förutsättning för dessa diskussioner givetvis att hyresrätten inte dessförinnan förverkats. Samma förutsättning låg bakom värdens anmodan till boet att ställa säkerhet. Även den vidare skriftväxlingen samt boets betalning och hyresvärdens mottagande av säkerhetsbeloppet och de förfallna hyrorna förutsatte att förverkande inte skett. Sammantaget visade omständigheterna enligt boet att det från början eller successivt träffats överenskommelse om att hyresrätten inte skulle vara förverkad. Hyresvärden förnekade detta.

Till stöd för bestridandet av andrahandsgrunden (dvs att giltig uppsägning skett enligt 12:31 3 st 2 p JB) åberopade boet, att någon uppsägning inte skett efter anfordringen och tidsfristens utgång: Anfordran och uppsägning kan inte göras samtidigt. Värden hävdade motsatsen. Uppsägning hade i vart fall skett i och med att stämningsansökan i målet delgavs boet, jfr 12:8 5 st JB. Boet menade vidare, att det ställt nöjaktig säkerhet enligt 12:31 3 st 1 p JB. Att säkerheten inte lämnats inom månadsfristen berodde på hyresvärdens försummelse (jfr ovan). Hyresvärden påstods i varje fall, genom att godta säkerheten, ha accepterat att boet uppfyllt kraven i 12:31 JB. Hyresvärden invände att det ankommit på boet att ställa säkerhet inom fristen oavsett värdens inställning. Slutligen gjorde boet gällande att det i tid inträtt i avtalet. Bl a förutsatte boets betalning av förfallna hyror att boet var part och att hyresskulden var massagäld. Värden menade dock att boets inträde var villkorat och därför inte kunde godtas.

TR:n framhöll till en början att ett konkursbo inte inträder i ett hyresförhållande utan åtagande. Detta följde motsättningsvis redan av 12:31 3 st 2 p JB: Om boet är att anse som hyresgäst funnes ju inget behov av en inträdesförklaring. En regel om automatiskt ansvar för förfallna hyror skulle även strida mot likabehandlingsprincipen. I målet hade inte styrkts att boet gjort ett uttryckligt eller tyst åtagande förrän 8/10, då hyresrestantierna betalades. Hyresvärdens talan kunde därför inte bifallas på förverkandegrunden. Uppsägning enligt 12:31 3 st 2 p JB fick vidare ske först sedan en månad förflutit, varför hyresvärdens uppsägning samtidigt med anfordringen inte kunde godtas. Stämningsansökan i det aktuella målet gällde dock som uppsägning enligt 12:8 5 st JB. På grund av formella brister i denna uppsägning/stämningsansökan (se 12:56-58 JB) var den dock utan verkan.[64]

I HovR:n hävdade hyresvärden att frågan om boet blir massaansvarigt först genom särskilt åtagande eller automatiskt saknade betydelse för frågan om hyresrätten förverkats på grund av bristande hyresbetalning. Hyresrätten ingår till en början i konkursboet alltifrån konkursdagen, 3:3 KL. Hyresvärden får således i

[64] Jfr att 12:56 JB hänvisar också till 12:31 JB. Detta är ett förbiseende. Konkursboet ska givetvis inte ha rätt till ersättning då hyresvärden tvingas säga upp avtalet på grund av hyresgästens konkurs, jfr Berg/Sederblad s 80 f och Holmqvist s 148.

alla fall en konkursfordran på hyra för tiden innan boet förklarar sig inträda. Med stöd av Walins uttalande i TfR 1972 framhölls, att boet inte får bättre ställning än gäldenären och att förverkande av hyresrätten vid försummad betalning före konkursen således kan göras gällande genom uppsägning också mot boet. En annan sak är att boet på vanligt sätt kan återvinna hyresrätten. Visserligen angavs Håstads synpunkter, som går ut på att partiell inträdesrätt i vart fall *bör* tillåtas, men de lege lata hävdades att motsatsen gällde.

HovR:n gav hyresvärden rätt redan på förstahandsgrunden. Det framhölls alltså att gäldenären vid konkursutbrottet resterade för oguldna hyror och att hyresvärden för att få hyresrätten förverkad sagt upp avtalet och yrkat förpliktande för boet att flytta. HovR:n fann det uppenbart att hyresvärden med laga verkan kunde rikta uppsägningsförfarandet mot boet. Uppsägningen 26/10 var därför giltig. Och hyresrestantierna erlades först 8/10 eller efter 12:44 JB:s tidsfrist. På grund härav, och då avtal om avstående av förverkanderätten inte strykts mot värdens bestridande, förpliktades "konkursbolaget" att flytta från lokalen.

Domen utgör ett stöd för åsikten, att boet inte har någon annan eller bättre rätt än gäldenären att hindra uppsägning på grund av dennes kontraktsbrott *om* boet inte inträder. Möjligen talar utgången även generellt mot en partiell inträdesrätt. HovR:n gick inte alls in på frågorna kring 12:31 JB utan gav hyresvärden rätt på grund av vanliga förverkanderegler. Detta kan antingen tolkas så, att förverkandegrunder alltid har genomslag också mot ett konkursbo oavsett boets åtaganden enligt 12:31 JB, eller så ansåg HovR:n outtalat att boet ställt säkerhet eller inträtt för sent och därmed inte hindrat avtalets upphörande även om 12:31 JB i och för kunnat ha denna effekt. Förstnämnda tolkningsalternativ ligger väl närmast till hands. Häremot kan i så fall invändas, att hyresvärden i det aktuella fallet visserligen sa upp avtalet på grund av förverkande samt gav boet möjlighet till återvinning enligt 12:44 JB men *samtidigt* anmanades ju boet att ställa säkerhet inom en månad enligt 12:31 JB. Naturligt är då att anta, att hyresvärden *får anses ha* avstått från förverkande (jfr även de av boet åberopade omständigheterna som tyder på detta) och gett boet möjlighet att vidbli avtalet enligt 12:31 JB. Som redan framgått anser jag dock att som allmän regel åtminstone *bör* gälla, att uppsägning på grund av förverkande inte får ske mot boet, om boet inte först tillfrågats om inträde och fått tid på sig för svaret. Svarar boet ja bör det inte ansvara för äldre restantier. Har uppsägning på grund av förverkande redan skett *före* konkursen bör boet däremot bindas härav men liksom gäldenären ha möjlighet att återvinna hyresrätten enligt 12:44 JB om fristen inte löpt ut före konkursen.

2.2.2.3 Boets ansvar framåt i tiden

Det nyss sagda gällde ramarna för boets massaansvar/säkerställande *bakåt i tiden.* Det återstår att undersöka hur långt framåt i tiden som boet ansvarar vid inträde i hyresavtalet. Och hur många hyresperioder framöver måste en av boet ställd säkerhet täcka? I 12:31 JB står att boet måste "svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden". Och hyresvärden ska ha "sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig".

Börjar vi med *boets massaansvar* kan tämligen säkert fastslås, att ansvaret gäller för resterande avtalstid eller tills avtalet enligt allmänna regler upphör att gälla efter uppsägning från endera sidan. Detta stadga-

des tidigare uttryckligen i 3:31 jämförd med 2:33 NyttjL, men någon materiell ändring skedde inte vid revisionen av bestämmelserna i början av 70-talet.[65] Indirekt framgår detta också av en regel om inträde och säkerställande för viss begränsad tid som lagberedningen föreslog både för hyra och arrende. Den föreslagna hyresregeln hade följande lydelse.

> "Har säkerhet ställts för avtalets fullgörande till viss fardag före hyrestidens utgång eller har konkursboet förklarat sig vilja svara därför till sådan fardag, får hyresvärden ej uppsäga avtalet att upphöra tidigare."[66]

Syftet med regeln angavs i anslutning till arrenderegeln, där beredningen framhöll att det för konkursboet kan "vara av betydelse att kunna begagna sig av arrendet under kortare tid än den avtalade arrendetiden. Boet vill t ex ta vara på utestående gröda. Om jordägaren säger upp avtalet och konkursboet ställer säkerhet eller förklarar sig svara för avtalet till viss fardag före den avtalade arrendetidens utgång, får uppsägningen verkan till den dagen."[67]

Denna citerade regel om inträde/säkerställande för viss tid i konkursen motsvarar i viss mån de danska och norska 61 § DKL resp § 7–6 LFD, enligt vilka ett konkursbo som inträtt i ett varaktiga avtal får säga upp avtalet med förkortat varsel utan massaskadeståndsskyldighet för resterande avtalstid. Lagberedningens regel togs på departementet bort "i förenklingssyfte".[68] Det innebär att lokalhyresgästens konkursbo inte har någon särskild rätt att då det inträtt säga upp ett långvarigt kontrakt för gäldenärens rörelselokaler då boet inte längre har något behov av lokalerna.[69]

I sammanhanget bör dock även den allmänna hyresregeln i 12:32 2 st JB uppmärksammas: vägrar hyresvärden att utan skälig anledning ge sitt samtycke till en överlåtelse av hyresrätten, kan boet säga upp avtalet (utan skadeståndsskyldighet) till upphörande efter utgången av vanlig uppsägningstid. Detta innebär trots allt en viss möjlighet för boet att komma ifrån ett eljest långvarigt massaansvar. Men vill boet ha ut vederlag för hyresrätten och motsätter sig värden en överlåtelse, återstår endast den begränsade möjligheten till överlåtelse med tillstånd av hyresnämnden enligt 12:36 JB. Och 12:38 2 p JB kan då som nämnts åsamka boet vissa problem. Eftersom konkursboet har rätt till s k partiellt inträde (se nyss ovan), får hyresvärden dock inte kräva att förvärvaren be-

[65] Jfr t ex Arnesdotter s 229 f och Holmqvist s 147.
[66] Se SOU 1969:5 s 17 hsp, jfr s 14 hsp.
[67] SOU 1969:5 s 181 hsp, jfr 188 hsp.
[68] Prop 1970:142 s 152, jfr 155.
[69] Jfr Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 310.

talar gäldenärens hyresrestantier från tiden före konkursen.[70] Då inträde skett bör konkursboet som sådant ses som hyresgäst. Och endast i den mån hyrorna och hyresgästsidans övriga skyldigheter för tiden före överlåtelsen var *massaskulder*, bör den nye hyresgästen kunna åläggas att svara för förpliktelser jämte boet. Om boet inte inträtt i hyresavtalet, utan överlåter hyresrätten "från konkursfordransplanet" i enlighet med 12:31 3 st JB, finns enligt min mening däremot inte grund för att inte tillämpa 12:38 JB på något annat sätt än utom konkurs.

Även *omfattningen av boets säkerhet* enligt 12:31 2 st eller 12:31 3 st 1 p JB synes, mot bakgrund av departementets avvisande av lagberedningens förslag om en möjlighet att ställa säkerhet för en begränsad tid, följa vad som just sagts. Med hänsyn till lokalhyreskontrakts varaktighet och till att hyran ofta betalas kvartalsvis i förskott, *borde* det dock sakligt sett räcka att säkerheten täcker nästföljande hyresperiod.

Till det som nu sagts om boets möjligheter att komma ifrån ett långvarigt hyresavtal bör avslutningsvis upprepas, att boet med rådande rättsläge – observera särskilt de långa uppsägningstiderna – ofta gör klokt i att inte inträda eller ställa säkerhet enligt 12:31 3 st JB. Framställningen har bara avsett att utreda vad som gäller ifall inträde ändå sker (eller säkerhet ställs).

2.2.3 Arrende

2.2.3.1 Konkursboets uppsägningsrätt

Även för olika typer av *arrende* finns lagregler om nyttjanderättshavarens konkurs.[71] Liksom vid hyra ges först en regel som säger, att arrendatorns konkursbo har rätt att säga upp avtalet, 8:17 JB. Rätten är ovillkorlig och gäller för alla i JB behandlade arrendetyper, dvs jordbruks-, bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende.[72] Enligt 11 § 2 st lagen (1957:390) om fiskearrende (FiskL) är 8:17 JB tillämplig även vid fiskearrendators konkurs. Har arrendatorn tillträtt arrendestället före boets uppsägning, upphör avtalet enligt 8:4 2 st JB att gälla på den fardag som inträffar närmast efter

[70] Så även Håstad a a s 309, som också anger att detta brukar vara praktikens lösning vid frivilliga uppgörelser.

[71] Se om 8:17, 8:18 och 9:30 JB: SOU 1969:5 s 179 ff och 190, prop 1970:142 s 147 ff (jfr NJA II 1972 s 259 ff och 324 f), Bengtsson/Victorin s 194 f, Hellner, Verkan av insolvens s 256, Bäärnhielm/Larsson s 8:36 f och 9:137 ff och Rittri s 41. För äldre rätt: NJA II 1908 s 96 ff och 119, Skarstedt/Ekberg/Anderberg s 227 ff och 404 samt Bäärnhielm, Bostads- och anläggningsarrende s 41 f. Jfr ang äldre rätt även SOU 1969:5 s 176 f. Ang jordägarens förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL, se främst SOU 1969:5 s 107 ff och 114 f, prop 1970:142 s 92 ff och 114 f, Walin/Rydin s 39 ff och Bäärnhielm/Larsson s 9:141 f.

[72] Det är något förvånande att boets uppsägningsrätt är obetingad vid bostadsarrende, jfr samtyckesregeln i 12:31 1 st 2 p JB för hyra av bostadslägenhet.

sex månader från uppsägningen. Fardag är den 14 mars, 8:4 3 st JB (jfr 7 § FiskL). Sker boets uppsägning i stället före tillträdet av arrendestället, upphör avtalet genast att gälla, 8:4 2 st 2 p JB.[73] Reglerna är tvingande till arrendatorsidans förmån, 8:2 1 st JB.[74] Under uppsägningstiden är jordägarens[75] fordran på arrendeavgift och andra motprestationer en konkursfordran. Vid vissa arrendetyper kan jordägaren under denna tid vara säkrad med förmånsrätt, se 2.2.3.4 nedan.

Inte heller vid arrende medför *konkursboets underlåtenhet att säga upp avtalet* att boet ådrar sig massaansvar. Tidigare gällde motsatsen enligt 2:33 1 st (jfr 2:70 2 st) NyttjL, men passivitetsregeln utmönstrades 1970 på lagberedningens förslag.

2.2.3.2 *Jordägarens möjligheter att säga upp då konkursen inträffar före tillträdet*

Vid *jordbruksarrende* har jordägaren en ovillkorlig uppsägningsrätt då konkursen inträffar före tillträdet, 9:30 1 st 1 p JB. Regeln överfördes till JB i sak oförändrad från 1907 års nyttjanderättslag och motiverades i dess motiv med att jordägaren före arrendatorns tillträde inte hade någon säkerhet i den då gällande retentions- och förmånsrätten samt att arrendatorn före tillträdet inte kan ha lagt ned några kostnader på fastigheten som boet genom en överlåtelse av arrenderätten skulle kunna realisera.[76] Det sistnämnda skälet hänger samman med de äldre reglerna om konkursboets rätt att bevara arrenderätten då arrendatorn tillträtt arrendestället före konkursen, vilken rätt i sin tur utgjorde en direkt spegelbild av de allmänna reglerna för arrenderättens överlåtbarhet, se 2:33 2 st resp 2:8 NyttjL.[77] Lagberedningen framhöll för sin del 1969, att det inte var självklart att jordägaren skulle ges en ovillkorlig uppsägningsrätt före tillträdet men att övervägande skäl talade för en sådan ordning. Vilka de övervägande skälen var angavs inte. Beredningen kunde visserligen tänka sig, "att konkursboet eller en borgensman någon gång har intresse av att tillträda arrendet" men ansåg att man kunde bortse från sådana undantagsfall.[78] När jordägaren säger upp avtalet före tillträdet upphör det omedelbart att gälla, 8:4 2 st 2 p JB.

Är avtalet träffat för minst tio år kan arrendatorns konkursbo vid avräkningen efter uppsägningen kräva skälig ersättning för arrenderättens värde, om inte ersättningsrätten avtalats bort före konkursen, 9:30 2 st JB. Har ersättningsrätten inte avtalats bort eller har kortare avtalstid än tio år överenskommits, kan jordägaren efter uppsägningen i stället på vanligt sätt göra gällande en konkursfordran på skadestånd uppgående till det positiva kontraktsintresset, 9:30 3 st JB.

Vid *bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende* har jordägaren uppsägningsrätt före tillträdet av arrendestället i samma utsträckning som hyresvärden enligt 12:31 2 st JB, se 8:18 1 st JB. Uppsägning kan alltså ske först om jordägaren inte har "säkerhet för avtalets fullgörande med vilken han skäligen kan nöjas" och han inte får sådan säkerhet inom en vecka efter anfordran. Avtalet upphör genast att gälla vid

[73] Enligt 4 § 4 st FiskL är de beskrivna uppsägningsreglerna tillämpliga också vid fiskearrende.

[74] Jfr dock 8:5 3 p JB ang avtal om uppsägningstid vid tidsobestämda lägenhetsarrendeavtal.

[75] Med "jordägaren" menas i det följande också "fastighetsägaren" vid fiskearrende.

[76] NJA II 1908 s 98, jfr SOU 1969:5 s 177 vsp.

[77] Se numera 9:30 1 st 2 p och 9:30 2 st JB resp 9:31 JB.

[78] SOU 1969:5 s 180 vsp.

uppsägningen, 8:4 2 st 2 p JB. För avtal som ingåtts för minst tio år gäller vid uppsägning, att jordägaren har att betala skälig ersättning för arrenderättens värde, om inte annat avtalats före konkursen. Har ersättningsrätten avtalats bort eller gäller avtalet för kortare tid än tio år, kan jordägaren göra gällande skadestånd som konkursfordran på vanligt sätt, 8:18 2 st JB. De nu beskrivna reglerna för bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende gällde fram till 1968 endast för vad som då benämndes lägenhetsarrende, dvs alla upplåtelser av jord för annat ändamål än jordbruk, se 2:70 2 st NyttjL. Då allmän lagstiftning för bostads- och anläggningsarrende detta år infördes, gjordes de gamla konkursreglerna för lägenhetsarrende utan särskild diskussion tillämpliga på bostads- och anläggningsarrende också enligt den nya lagstiftningen, se 2:71 2 st och 2:83 2 st NyttjL.[79] Avsikten var att lagberedningen skulle ta ställning till konkursreglerna i samband med förslaget till förmånsrättslag. Beredningen godtog dock utan några särskilda överväganden vad som redan gällt fr o m 1968.[80] Och vad som sålunda föreslagits inarbetades sedermera i nya JB.[81]

Lagberedningen gjorde ett förbiseende när de gamla konkursreglerna för lägenhetsarrende i stort sett ograverade överfördes till nya JB. Förbiseendet gäller ersättningsregeln vid tioårsavtal (i det följande "tioårsregeln") i nuvarande 8:18 2 st JB, som bygger på bestämmelser om överlåtelse av arrenderätten som idag varken gäller för bostads-, anläggnings- eller lägenhetsarrende. Tioårsregeln är en kvarleva från bestämmelsen i 2:70 2 st NyttjL, vilket lagrum för lägenhetsarrende *dels* hänvisade till den konkursanknutna tioårsregeln för jordbruksarrende i 2:33 2 st NyttjL,[82] *dels* till regeln om jordbruksarrendatorns rätt att överlåta arrenderätten i allmänhet i 2:8 NyttjL.[83] Enligt den sistnämnda bestämmelsen kunde arrendatorn inte överlåta arrenderätten på annan. Undantag gällde dock för avtal ingångna på minst tio år (ursprungligen tjugo): arrendatorn hade i dessa fall rätt att överlåta arrenderätten till en ny arrendator med vilken jordägaren skäligen kunde nöjas. Först skulle arrendatorn dock hembjuda arrendet till jordägaren mot skälig lösen. Förklarade sig jordägaren inte vilja lösa inom en månad efter hembudet, kunde arrenderätten som sagt överlåtas till en arrendator som jordägaren hade att godta.

På dessa överlåtelseregler byggde reglerna om jordägarens uppsägningsrätt vid arrendatorns konkurs då tillträde skett före konkursen, se 2:33 2 st NyttjL. Om jordägaren i avtalet medgett överlåtelse av arrenderätten, gavs konkursboet rätt att inom tre månader verkställa en avtalsenlig överlåtelse. Var överlåtelse inte medgiven av jordägaren, och gavs inte samtycke i det enskilda fallet, fanns för boet endast den med hembudsskyldighet försedda överlåtelserätt som stadgades i 2:8 NyttjL. Konkursboet kunde alltså vid konkursutbrottet sägas ha en potentiell fordran på lösen, och om lösenbeloppet inte erlas kunde överlåtelse till nöjaktig arrendator ske. I linje med detta föreskrevs då i konkursregeln – 2:33 2 st NyttjL – att jordägaren måste betala boet skälig lösen om han valde att säga upp avtalet på grund av konkursen. Om jordägaren inte utnyttjade sin lösningsrätt kunde boet överlåta arrenderätten till en nöjaktig person.[84]

[79] Lagrummen återfinns t ex i 1969 års lagedition (se SFS 1968:342), jfr prop 1968:19 s 5 och 9, Bäärnhielm (1969) s 97 ff och SOU 1969:5 s 185.

[80] Se SOU 1969:5 s 185 hsp.

[81] Se prop 1970:20 B s 31, 133, 934 och 950 f samt prop 1970:142 s 8 f och 148 f.

[82] Jfr numera 9:30 2 st JB.

[83] Jfr numera 9:31 JB.

[84] Se till det sagda NJA II 1908 s 97 f, jfr SOU 1969:5 s 14 vsp och 176 f.

Den konkursrättsliga tioårsregeln var således direkt relaterad till en motsvarande regel för arrendatorns rätt att överlåta arrenderätten i allmänhet. Eftersom reglerna för överlåtelse av en lägenhetsarrendators rätt tidigare var desamma som för jordbruksarrende, var den konkursrättsliga tioårsregeln relevant även vid lägenhetsarrende. 1968 utbröts dock som sagt instituten bostads- och anläggningsarrende ur lägenhetsarrendekomplexet till en särskild lagreglering. Samtidigt infördes nya regler om arrendatorns överlåtelserätt för dessa båda arrendetyper. De "nya" överlåtelsereglerna återfinns nu i 10:7 resp 11:7 JB.[85]

Den förstnämnda bestämmelsen (10:7) gäller vid *bostadsarrende* och föreskriver visserligen en hembudsregel liknande vad som gällde och ännu gäller vid jordbruksarrende, men regeln är inte bara tillämplig på tioårsavtal såsom konkursregeln i 8:18 2 st JB. Och regeln är framför allt, genom ett uttryckligt undantag (se 10:7 3 st), *över huvud taget inte tillämplig vid överlåtelse i konkurs*. Konkursboet kan alltså, utan hembud till jordägaren, sälja bostadsarrenderätten till en arrendator "med vilken jordägaren skäligen kan nöjas". Förbehåll som inskränker denna boets överlåtelserätt gäller endast om det godkänts av arrendenämnden, 10:7 4 st JB. Vid *anläggningsarrende* kan redan arrendatorn själv, om inte annat avtalats, fritt överlåta arrenderätten till en annan arrendator som jordägaren skäligen kan nöja sig med. Vid försäljning i arrendatorns konkurs är överlåtelserätten tvingande till boets förmån, se 11:7 1 st JB.

För *lägenhetsarrende* saknas regler som anger i vilken utsträckning arrenderätten får överlåtas utan jordägarens samtycke. En för jordbruks- och lägenhetsarrende gemensam regel om överlåtelserätt fanns med i lagstiftningsgången t o m lagrådsremissen. Vid departementets beaktande av en del redaktionella invändningar från lagrådets sida, kom dock överlåtelsereglerna för lägenhetsarrende att falla bort. Depchefen uttalade då något överraskande, att några överlåtelseregler inte erfordrades för lägenhetsarrende,[86] vilket torde innebära att möjligheterna för lägenhetsarrendatorn (och hans konkursbo) att överlåta arrenderätten är beroende av jordägarens samtycke.[87] Några hållbara sakskäl för att överlåtelse av lägenhetsarrenderätt alltid ska kräva samtycke finns dock knappast. Rimligtvis borde överlåtelse här tillåtas i ungefär samma utsträckning som vid bostadsarrende. Idag är det dock t o m svårare att överlåta arrenderätten vid lägenhetsarrende än vid jordbruksarrende.

Sammanfattningsvis kan nu sägas, att tioårsregeln i 8:18 2 st JB idag saknar grund. Den är utformad med utgångspunkt från en numera upphävd överlåtelseregel för lägenhetsarrende och var inte ens när nya JB infördes anpassad till de regler om överlåtelse av arrenderätten som redan då gällde och som ännu gäller. Från saklig synpunkt är det också svårt att se några hållbara skäl till varför konkursboet just vid de tre nyttjanderättstyper som 8:18 JB reglerar skulle ha rätt att kräva ersättning för nyttjanderättens värde. En hyresrätt till lokal kan idag vara minst lika mycket värd som en värdefull arrenderätt, men vid uppsägning enligt 12:31 2 st JB kan ingen er-

[85] Motiv: SOU 1966:26 s 137 ff, 152 f, 220 ff och 227 samt SOU 1968:57 s 92 ff och 100 f. Jfr även Rittri s 238 ff och 292 f, Bäärnhielm/Larsson s 10:19 ff och 11:18 f samt Rodhe, Sakrätt s 122.

[86] Prop 1970:20 A s 404 (jfr NJA II 1972 s 326).

[87] Jfr Bengtsson/Victorin s 193 med not 6, Bäärnhielm/Larsson s 8:54 f och Rodhe, Sakrätt s 122. Jfr även NJA 1974 s 345, där det för utmätning av arrenderätt var direkt avgörande om bostads- eller lägenhetsarrende förelåg. Om samma överlåtelseregler gällt för båda dessa arrendetyper hade tvisten förmodligen aldrig uppstått.

sättning för nyttjanderättens värde avkrävas hyresvärden. Enligt min mening bör tioårsregeln i 8:18 2 st JB avskaffas. Bestämmelsens existens bygger ju uppenbarligen på ett förbiseende.

När ett arrendeavtal *sägs upp* av jordägaren då arrendatorn/gäldenären inte tillträtt arrendestället före sin konkurs, upphör avtalet omedelbart att gälla, 8:4 2 st 2 p och 8:5 2 p JB. Vid lägenhetsarrende på obestämd tid kan jordägaren och arrendatorn före konkursen avtala om att viss uppsägningstid ska gälla, 8:5 3 p JB.

Beträffande *fiskearrende* hänvisar 11 § 2 st FiskL inte till reglerna om jordägarens uppsägningsrätt i 8:18 eller 9:30 JB. Lagstiftaren utgår här ifrån att fastighetsägaren saknar särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen.[88] Det innebär att fastighetsägaren är skyldig att låta konkursgäldenären eller konkursboet påbörja nyttjandet, fastän han varken har säkerhet genom förmånsrätt (se nedan) eller en massafordran på arrendeavgiften: 8:17 JB om boets uppsägningsrätt är ju tillämplig och denna tillåter inte enligt motiven att konkludent inträde sker. Boet måste dock givetvis betala avgifterna under konkursen för att inte arrenderätten ska förverkas enligt 12 § FiskL. Men även om arrendeavgiften uteblir, arrenderätten förverkas och jordägaren säger upp avtalet, får boet utnyttja arrenderätten vederlagsfritt fram till nästföljande fardag (14 mars) efter uppsägningen, se 4 § 4 st FiskL och 8:4 1 st JB. Rätten kan dock ålägga boet att flytta tidigare om det befinns skäligt. De beskrivna reglerna rimmar ändå illa med den grundprincip som ligger bakom stoppningsrättsreglerna i köplagen, nämligen att en avtalspart inte ska behöva prestera i motpartens konkurs, om han inte är tillförsäkrad full motprestation.

2.2.3.3 *Jordägarens möjligheter att säga upp då konkursen inträffar efter tillträdet*

För *jordbruksarrende* stadgar 9:30 1 st 2 p JB, att jordägaren får säga upp avtalet om han inte har sådan säkerhet för avtalets fullgörande som han skäligen kan nöja sig med. Har jordägaren inte sådan säkerhet får han ändå inte säga upp avtalet, förrän konkursboet getts tillfälle att inom en månad efter anfordran antingen ställa nöjaktig säkerhet *eller* inträda med massaansvar för arrendatorns skyldigheter under arrendetiden. Som ett tidsobegränsat tredje alternativ för boet anges en överlåtelse av arrenderätten där detta får ske. Lagrummet utgör en exakt motsvarighet till 12:31 3 st JB (lokalhyra efter tillträdet). Här kan därför allmänt hänvisas till vad som sas om hyresregeln. Vill konkursförvaltningen bevara det värde som ligger i arrenderätten, kan den alltså välja mellan att ställa säkerhet, inträda eller att överlåta arrenderätten. Lagberedningen ifrågasatte om inte boet borde vara skyldigt att både ställa säkerhet och inträda med massaansvar för att kunna förekomma jordägarens uppsägning. En sådan modell ansågs dock inte vara grundad på tillräckligt starka praktiska skäl:

> "Man måste förutsätta, att konkursförvaltningen tänker sig för och i större förhållanden dessutom samråder med expertis. Jordägaren har också sin vanliga uppsägningsrätt vid kontraktsbrott, om konkursförvaltningen skulle ha missräknat sig och ej i rätt tid fullgör arrendatorns skyldigheter. I fråga om större arrenden torde vanligen arrendet utgå i förskott eller också säkerhet ha ställts. Det har visserligen förekommit, att konkursboet ej förmått betala sin massagäld, men som regel torde konkursförvaltningen vara försiktig."[89]

[88] Se SOU 1969:5 s 190 vsp.

[89] SOU 1969:5 s 181 hsp.

I ett remissyttrande hävdade lantbruksförbundet häremot, att ett konkursbo med obetydliga tillgångar med lagberedningens förslag skulle kunna "tvinga sig kvar genom en ekonomiskt värdelös förklaring att det vill svara för avtalets fullgörande."[90] Depchefen ansåg dock att beredningens skäl var övertygande.[91]

Boet kan som sagt också förekomma uppsägning genom att *överlåta arrenderätten*. Enligt 9:31 1 st JB får överlåtelse av jordbruksarrenderätt som huvudregel inte ske utan jordägarens samtycke. Härifrån görs tre undantag varav två här är relevanta. Det första undantaget (9:31 2 st) är dispositivt, gäller för arrendeavtal som slutits för viss tid som inte understiger tio år och motsvarar den gamla överlåtelseregeln i 2:8 NyttjL: Arrendatorn får överlåta arrenderätten "till annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas." Först ska dock arrendatorn hembjuda arrendestället till jordägaren mot skälig ersättning för arrenderättens värde. Det andra undantaget, som infördes 1985, gäller för alla visstidsavtal och är tvingande till arrendatorns förmån (9:31 3 st). Arrendatorn tillåts här överlåta arrenderätten till sin make eller avkomling om rätten avser ett utvecklat eller utvecklingsbart lantbruksföretag och arrendenämnden tillåter överlåtelsen. Tillstånd ska ges om inte jordägaren har befogad anledning att motsätta sig överlåtelsen.

Överlåtelserätten vid jordbruksarrende är alltså fortfarande tämligen begränsad. Detta beror framför allt på att arrendatorns personliga egenskaper, duglighet och solvens här ansetts särskilt viktiga för jordägaren.[92] Observera dock att konkursboets inträde på arrendatorns sida kan ske oberoende av om arrenderätten får överlåtas eller inte.

Då jordägaren säger upp avtalet i enlighet med 9:30 1 st 2 p JB, upphör det att gälla på den fardag (14 mars) som inträffar närmast efter sex månader från uppsägningen, 8:4 2 st 1 p JB.

Gäller avtalet för viss tid som uppgår till *minst tio år*, har "arrendatorn" (dvs konkursboet) vid uppsägningen rätt att av jordägaren utfå skälig ersättning för arrenderättens värde, 9:30 2 st JB. Denna regel anknyter som synes nära till överlåtelseregeln i 9:31 2 st JB och är liksom denna dispositiv. Bakgrunden till den konkursrättsliga tioårsregeln har redan utretts i föregående delavsnitt vartill hänvisas. Den kritik jag där framförde mot motsvarande regel i 8:18 2 st JB gör sig delvis gällande också här. Detta beror på *dels* att tioårsregeln i 9:31 JB numera inte utgör det enda för konkursfallet relevanta undantaget från huvudregeln – att jordägarens samtycke krävs för överlåtelse av jordbruksarrenderätt – vilket nog utgjorde en förutsättning för att regeln alls tillskapades 1908,[93] *dels* att det från principiell synpunkt är inkonsekvent att tillerkänna boet ersättningsrätt i detta fall. Boets intresse av att kunna realisera värdet av arrenderätten har ju redan tillgodosetts genom rätten att "rädda" avtalet genom säkerställande, inträde eller överlåtelse enligt 9:31 JB och behöver knappast tillvaratas en gång till via 9:30 2 st JB. Man kan vidare fråga sig, om 9:30 2 st JB alls är tillämpligt då motsvarande tioårsregel i 9:31 2 st JB avtalats bort? Boet har då inte vid konkursutbrottet någon "potentiell fordran på lösen" som behöver beaktas enligt konkursregeln i 9:30 2 st JB. Eller anta att boets avsikt varit att överlåta arrenderätten enligt ett tioårigt avtal till arrendatorns/gäldenärens make eller avkomling enligt 9:31

90 Prop 1970:142 s 151.

91 A st.

92 Se NJA II 1908 s 38 ff, SOU 1966:26 s 125 ff, SOU 1968:57 s 263 ff, och prop 1970:20 B s 951 ff. Jfr även Bäärnhielm/Larsson s 9:143 ff.

93 Jfr NJA II 1908 s 97 f.

3 st JB men att boet försuttit fristen i 9:30 1 st JB och jordägaren därför sagt upp avtalet. Anta vidare att tioårsregeln i 9:31 2 st JB inte avtalats bort. Ska boet då ha ersättning enligt 9:30 2 st JB även om hembudsmöjligheten enligt 9:31 2 st aldrig ens föresvävat konkursförvaltningen? Vidare: varför ska konkursboet behöva acceptera att rätten till skälig ersättning enligt konkursregeln i 9:30 2 st JB avtalas bort? Att lagrummet är dispositivt innebär att man godtar ett avtal som gynnar jordägaren men som inte drabbar arrendatorn personligen utan som uteslutande träffar konkursboet. Detta strider mot principen att två parter inte med giltig verkan får träffa avtal till tredje mans nackdel. Jämför även att tioårsregeln i 9:31 2 st JB inte behöver ha avtalats bort samtidigt med konkursregeln i 9:30 2 st JB.

Sammantaget anser jag att tioårsregeln i 9:30 2 st JB inte är ändamålsenlig. Med en del justeringar skulle den möjligen kunna anpassas till anknytande regler i JB, så att regeln i vart fall blir logiskt-regeltekniskt oklanderlig. Det finns dock inte några bärande skäl till varför jordägaren enligt en särskild regel skulle vara skyldig att ersätta boet för arrenderättens värde då han utnyttjar en uppsägningsrätt, vilken redan i sig är avsevärt inskränkt med hänsyn till boets intresse av att kunna rädda det värde som arrenderätten representerar. 9:30 2 st JB – liksom dess motsvarighet 8:18 2 st JB (se ovan) – bör därför avskaffas. Som allmän regel vid uppsägning av arrendeavtal vid konkurs bör i stället gälla vad som i 9:30 3 st JB föreskrivs för visstidsavtal som slutits för kortare tid än tio år, nämligen att jordägaren har rätt till en konkursfordran på skadestånd.

För *bostads-*, *anläggnings-*, *lägenhets- och fiskearrende* ges ingen särskild uppsägningsrätt för jordägaren då arrendestället tillträtts före konkursen, se 8:18 1 st JB motsatsvis (jfr på samma sätt 11 § 2 st FiskL). Beträffande de tre förstnämnda arrendetyperna överfördes detta rättstillstånd från 1907 års nyttjanderättslags regler för lägenhetsarrende till JB utan någon närmare diskussion. Vad avser anläggningsarrende övervägde lagberedningen visserligen om inte jordägaren där skulle ges samma uppsägningsrätt som vid jordbruksarrende. Det ansågs emellertid inte föreligga tillräcklig anledning att göra någon åtskillnad mellan bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende och därigenom avvika från vad som tidigare gällt.[94] I förarbetena till 1907 års lag motiverades jordägarens avsaknad av uppsägningsrätt vid lägenhetsarrende så här:[95]

> "Enär det personliga momentet är af vida mindre betydelse här än i fråga om jordbruksarrende, har...jordägarens rätt att vid arrendatorns konkurs uppsäga aftalet inskränkts så, att dylik rätt icke tillkommer honom efter det arrendet tillträdts...".

Avtalet fortsätter alltså som tidigare, visserligen med boet som motpart men fortfarande med arrendeavgiften på "konkursfordransplanet". Endast vid anläggnings- och lägenhetsarrende torde förmånsrätt i någon nämnvärd utsträckning komma ifråga (se närmare nedan), och jordägaren har ingen särskild rätt att avkräva gäldenären eller boet säkerhet. Detta strider mot den grundläggande ömsesidighetsprincip som fastslås i 39 och 40 §§ KöpL. Arrendeavgiften måste dock ändå betalas av boet för att inte arrenderätten ska förverkas. Observera emellertid åter att arrenderättens förverkande inte ger jordägaren rätt att säga upp med omedelbar verkan. Även om kon-

94 Se SOU 1969:5 s 186 vsp, jfr prop 1970:142 s 149.

95 NJA II 1908 s 119.

kursboet underlåter att betala arrendeavgift kan boet som huvudregel, med stöd av 8:4 1 st JB (jfr 4 § 4 st FiskL), sitta kvar till den 14 mars som inträffar efter jordägarens uppsägning på grund av förverkandet. Boet kan dessutom närheist det önskar avbryta avtalsförhållandet, genom att upphöra att betala arrendeavgift, utan någon annan *penning*påföljd än att jordägaren får en vanlig konkursfordran på kontraherat men uteblivet vederlag och eventuellt övrigt skadestånd. Då sådana fordringar endast undantagsvis för någon utdelning i konkurs, kan boet alltså på så sätt ganska godtyckligt bestämma hur länge arrendatorns avtal ska fullföljas. – När konkursboet självt säger upp avtalet enligt 8:17 JB blir boet bundet (även här dock endast på "konkursfordransplanet") av de lagstadgade uppsägningstiderna.

Boets möjligheter att *överlåta arrenderätten* är som redan nämnts goda vid bostads- och särskilt vid anläggningsarrende, se 10:7 3 st resp 11:7 1 st JB, medan överlåtelse av arrenderätten vid lägenhets- och fiskearrende, enligt allmänna obligationsrättsliga principer resp 9 § 1 st FiskL, alltid torde vara beroende av upplåtarens samtycke.

2.2.3.4 Jordägarens förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL

Även vid arrende måste slutligen även beaktas att jordägaren i vissa fall har *förmånsrätt* enligt 5 § 1 p FRL. Förmånsrätten har samma prioritetsläge och konstruktion som hyresprivilegiet och gäller fordran hos arrendatorn på grund av arrendeavtal för jord som var avsedd för arrendatorns verksamhet. Det förmånsberättigade beloppet är begränsat till vad som motsvarar ett års arrendeavgift. Här kan inskjutas att arrendeavgiften normalt betalas förskottsvis och då ofta för ett halvt eller ett år i sänder. Vilken tidsperiod jordägarens fordran avser och när den förfaller saknar betydelse. Förmånsrätten gäller även för andra typer av fordringar än arrendeavgift, bara de grundas på ett arrendeavtal för jord som är avsedd för verksamheten. Beträffande den egendom, vari förmånsrätt kan göras gällande, kan hänvisas till behandlingen av hyra. Detsamma gäller om syftet med förmånsrätten.

Begränsningen till "jord som var avsedd för verksamheten" innebär, att förmånsrätt kommer ifråga i första hand vid *jordbruks- och anläggningsarrende* men även vid *lägenhetsarrende*. Vid *fiskearrende* kan förmånsrätt aldrig komma ifråga (se rekvisitet "jord") och vid *bostadsarrende* endast i enstaka undantagsfall (jfr definitionen i 10:1 JB). Av detta följer att jordägaren, särskilt vid de arrendetyper där förmånsrätt inte alls eller endast sällan kommer ifråga, är dåligt ställd vid arrendatorns konkurs. Har t ex en lägenhetsarrendator i ett sådant fall tillträtt arrendestället före sin konkurs, saknar jordägaren särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen. Eftersom boet enligt motiven till 8:18 JB inte kan bli massaansvarigt annat än genom uttrycklig förklaring,[96] kan jordägaren heller aldrig mot boets vilja få en massafordran på arrendeavgift, även om boet rent faktiskt och fullt ut tar över avtalet under konkursen. Och om boet frånträder avtalet i förtid utan att iaktta de uppsägningstider som gäller, får jordägaren göra gällande sina krav på uteblivna arrendeavgifter och övrigt skadestånd som konkursfordringar utan förmånsrätt. Regleringen är givetvis inte tillfredsställande.

[96] Se SOU 1969:5 s 179 hsp och prop 1970:142 s 148.

2.2.3.5 Övriga frågor

För de närmare frågorna i anslutning till konkursboets inträde eller säkerställande, t ex om partiell inträdesrätt och omfattningen kontraktsansvaret framåt i tiden, får generellt hänvisas till framställningen om lokalhyra ovan.[97]

2.3 Diskussion de lege ferenda

2.3.1 Inledning

Som förhoppningsvis har framgått kan åtskilliga invändningar riktas mot rådande regler för nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra och arrende. Den kritik som jag "i spridda skurar" framfört i olika detaljfrågor återstår nu att sammanställa i en mer koncentrerad och konstruktiv form. Detta sker först för hyra och arrende var för sig. Därefter görs ett försök att på grundval av de skilda lösningarnas gemensamma nämnare utforma *allmängiltiga regler* för sådana nyttjanderätter till fast egendom. Dessa regler kan då måhända även läggas till grund för allmänna regler för andra nyttjanderätter till fast egendom. Enligt min mening kan nämligen inte bara invändningar göras om i olika avseenden materiellt otillfredsställande detaljregler. Lagstiftarens benägenhet att för varje enskild undergrupp av nyttjanderätt försöka finna de mest ändamålsenligt utmejslade och materiellt riktiga detaljreglerna, har även medfört inte bara de skilda reglerna som sådana blivit komplicerade utan också – och kanske främst – att själva *systemet* av regler för olika arrendatorers och hyresgästers konkurser blivit tämligen tillkrånglat och svåröverskådligt. Det bör därför ifrågasättas om inte komplicerade detaljregler, grundade på en för varje nyttjanderättstyp noggrant utförd intresseavvägning, i praktiken är sämre än klart och enkelt utformade generella regler för alla eller de flesta former av nyttjanderätt till fast egendom. Ett förslag till en sådan generell reglering finns i avsnitt 2.3.6. Hela det förevarande de lege ferenda-avsnittet är även allmänt inriktat på att sätta fingret på omotiverade särregler och att föreslå generaliseringar i förenklingssyfte.

2.3.2 Bostadshyra

För hyra av bostadslägenhet gäller vid hyresgästens konkurs i korthet följande.

[97] Se 2.2.2.

Konkursboet kan aldrig, vare sig lägenheten tillträtts eller inte före konkursen, säga upp hyresavtalet utan gäldenärens samtycke, 12:31 1 st 2 p JB. Någon skillnad görs inte mellan små lägenheter med låg hyra och större, dyrare lägenheter. Inte ens då lägenheten är av utpräglad lyxkaraktär gäller något annat. Boet får finna sig i att gäldenären flyttar in eller bor kvar i en aldrig så dyr lägenhet. Samtyckesregeln kan heller inte få kringås så enkelt som att boet inte låter gäldenären behålla så mycket av sin inkomst enligt 3:4 KL att hyran inte kan betalas. Motsvarande bör gälla då "nödvändigt underhåll" enligt 3:5 2 st KL måste utgå därför att gäldenären saknar annan försörjningskälla. Jämför även att tillämpningen av beneficieregeln i 5:1 5 p UB för hyresrätt som gäldenären stadigvarande bor i inte ska innefatta någon behovsprövning, se 5:4 UB e contrario.[98]

Om gäldenären ännu inte tillträtt lägenheten före sin konkurs, får hyresvärden vid äventyr av hävning kräva skälig säkerhet om han inte redan har sådan, 12:31 2 st JB. Eftersom hyresrätt till bostad på grund av förbudet i 12:65 JB saknar förmögenhetsvärde, och därmed inte kan ingå i ett konkursbo, ska kravet på säkerhet riktas mot gäldenären själv, inte mot konkursboet: hyresrätten är ju konkursfri egendom. Men boet får knappast heller i detta fall "svälta ut" gäldenären från lägenheten genom en hård tillämpning av 3:4 eller 3:5 KL. Boet torde m a o vara skyldigt att i de belopp som tillkommer gäldenären enligt de två lagrummen medräkna värdet av den säkerhet som hyresvärden kan kräva.

Då gäldenären tillträtt lägenheten före konkursen ges inte hyresvärden någon särskild rätt att säga upp avtalet. Avtalet fortsätter alltså som tidigare med konkursgäldenären som hyresgäst. Vad jag nyss sa om gäldenärens beneficieskydd för hyresbetalningen gäller också här.

Lagberedningen ansåg att hyresvärden inte heller före gäldenärens tillträde skulle ha någon särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen. Utan någon egentlig motivering gjordes dock 12:31 2 st JB på departementet tillämplig också vid hyra av bostad. Frågan om hyresvärden bör ha en särskild rätt att säga upp en bostadshyresgäst, som inte tillträtt lägenheten före sin konkurs, hänger som framgått samman med frågan om konkursboet är skyldigt att betala gäldenärens hyra som beneficium. Idag torde boet som sagt vara pliktigt att göra så, och någon egentlig grund för en hyresvärdens rätt att därutöver få kräva säkerhet finns då inte, om inte boet som sådant kan antas vara insolvent. Följdfrågan blir då om det är rimligt att tillerkänna gäldenären – ytterst via 12:31 1 st 2 p JB – ett fullgott beneficieskydd för hyresbetalningar och – reglerna bör ju så långt möjligt dra åt samma håll – om gäldenärens samtycke verk-

[98] Jfr Walin/Gregow/Löfmarck s 192. I texten bortses från att 5:1 5 p UB normalt saknar självständig betydelse på grund av förbudet i 12:65 JB.

ligen alltid bör krävas för att boet ska få säga upp honom. Enligt min mening kan följande två *reformalternativ* övervägas.

Det första alternativet innebär att 12:31 1 st 2 p JB nyanseras något, vilket i sin tur indirekt får återverkan på gäldenärens beneficium för hyresbetalningarna. Fram till 1980 gällde f ö redan en mer flexibel regel än idag. Gäldenärens samtycke var då obehövligt om rättens ombudsman biträdde boets uppsägning. Lagberedningen ansåg att rättens ombudsman var en lämplig person att göra en bedömning av uppsägningsfrågan på "objektiva grunder".[99] När ombudsmannainstitutet avskaffades tog lagstiftaren med honom helt sonika bort den viktiga funktion han haft enligt 12:31 1 st JB, utan att någon motsvarande lösning på avvägningsproblemet om uppsägning av gäldenärens bostad infördes.

En reviderad 12:31 1 st 2 p skulle kunna utformas efter mönster av 5:1 6 p UB, som stadgar beneficieskydd för bostadsrätt som gäldenären stadigvarande bor i. Undantag görs bl a då det "med hänsyn till gäldenärens behov och bostadsrättens värde är oskäligt att bostadsrätten undantas från utmätning". Observera f ö att 12:31 1 st 2 p JB ger skydd både för den hyresgäst/gäldenär som tillträtt sin lägenhet före konkursen och för den som inte gjort det. Enligt 5:1 5 p och 6 p UB krävs däremot inte bara att tillträde skett utan även att boendet kan betecknas som stadigvarande. Endast när detta kvalificerade stadium i boendet uppnåtts anses gäldenären tydligen vara tillräckligt skyddsvärd för att borgenärernas ekonomiska intresse ska få trädas för när. Motsvarande avvägning mellan borgenärsintresset och gäldenärens skyddsintresse är enligt min mening motiverad i det fall som 12:31 1 st 2 p JB reglerar.

I lagtext skulle en revision av nuvarande 12:31 1 st JB med denna inriktning kunna uttryckas på följande sätt.

> Om hyresgästen försätts i konkurs får konkursboet säga upp avtalet. Tjänar lägenheten hyresgästen till stadigvarande bostad, fordras dock att denne samtycker till uppsägningen, om det inte med hänsyn till hyresgästens behov, lägenhetens karaktär och hyrans storlek är oskäligt att konkursboet inte får säga upp avtalet. Vid denna bedömning ska 5 kap 2 § utsökningsbalken ha motsvarande tillämpning.

I samband med införande av en sådan regel bör också bostadslägenheter generellt, vilket som sagt också var lagberedningens mening, undantas från 12:31 *2 st* JB:s tillämpningsområde. I den mån en reviderad 12:31 1 st JB ger gäldenären skydd mot uppsägningar från boets sida, har boet som beneficium att undanta ett belopp motsvarande gäldenärens hyra. Hyresvärden bör få nöja sig med denna relativa säkerhet. Om boet inte säger upp gäldenären, trots att boet har rätt till det enligt den föreslagna regeln, bör ett belopp motsvarande hyran också då vara beneficieskyd-

[99] SOU 1969:5 s 188 vsp.

dat. Brister gäldenären i hyresbetalningen trots detta, står det hyresvärden fritt att säga upp honom enligt allmänna regler eller avkräva honom säkerhet för kommande hyror. Ett sådant krav på säkerhet bör dock inte belasta boet (i form av ett utökat penningbeneficium för gäldenären). En annan sak är att någon utomstående kan tänkas vara villig att ställa säkerhet eller stå för hyran i de fall som faller utanför gäldenärens uppsägningsskydd enligt den nyss föreslagna lydelsen av 12:31 1 st JB. Sådana fall behöver dock inte nämnas i lagen.

Det andra de lege ferenda-alternativet hänger samman med det faktum, att en hyresrätt till bostadslägenhet bör anses utgöra konkursfri egendom. En ändring av 12:31 1 st 2 p JB kan alltså inte motiveras av boets intresse av att avlastas från hyresvärdens bevakning av ytterligare uppkommande hyresfordringar. En konkursgäldenär är genom 3:1 KL förhindrad att till men för sina konkursborgenärer dra på sig ytterligare skulder som kan komma att göras gällande i konkursen, men gäldenärens förlust av rådighet gäller endast egendom som enligt 3:3 KL ingår i konkursboet. Annan egendom kan gäldenären förfoga över som vanligt.[100] 5:1 KL syftar till att utgöra ett komplement till 3:1 KL.[101] 5:1 KL bör då tillämpas så att konkursboet skyddas mot att gäldenären drar på sig ytterligare skulder genom förfoganden över konkursfri egendom. Detta bör även gälla för hyresfordringar som avser tid efter konkursutbrottet och som grundas på ett avtal som löper vidare med gäldenären själv oberoende av konkursen. Sådana fordringar får således anses ha uppstått efter konkursutbrottet vid tillämpning av 5:1 KL.

Att ge boet en särskild rätt att säga upp ett hyresavtal för gäldenärens bostad kan alltså endast motiveras med boets intresse av att avlastas från onödigt stora beneficieutgifter. 12:31 1 st JB läses då ihop med 3:4 och 3:5 KL. En betydligt enklare och systematiskt riktigare ordning vore emellertid att helt avskaffa boets särskilda rätt att säga upp hyresavtalet och i stället *direkt och uteslutande låta beneficiereglerna avgöra hur mycket pengar konkursboet bör vara skyldigt att avstå/utge för gäldenärens boendekostnader under konkursen*. Vägrar gäldenären då att byta till en lägenhet med en hyra som beneficiet skäligen bör omfatta, blir det uteslutande en sak mellan gäldenären själv och hyresvärden ifall hyran sedan inte kan betalas avtalsenligt. Denna lösning är enligt min mening att föredra framför den något komplicerade "kombinerade" uppsägnings- och beneficieregeln.

Slutsatsen blir sålunda att uppsägningsregeln för hyresrätter till bostadslägenheter i 12:31 1 st bör avskaffas och att konkurslagens beneficieregler uteslutande bör bestämma i vilken utsträckning som boet bör

[100] Se t ex Walin, Materiell konkursrätt s 106.

[101] Se Welamson, Konkursrätt s 442 och densamme, Konkurs s 118.

vara skyldigt att stå för gäldenärens boendekostnader i konkursen. Huruvida detta leder till att avtalet sägs upp eller till att ett byte kommer till stånd, blir då frågor som beror av penningbeneficieprövningen i den aktuella konkursen. Även hyresvärdens uppsägningsrätt enligt 12:31 *2 st* JB bör för bostadslägenheter avskaffas. Resultatet blir då att 12:31 JB inte kommer att innehålla några regler för hyra av bostadslägenhet. Jag kan inte se något fel i det.

2.3.3 Lokalhyra. Konkursen inträffar före tillträdet

Hyresgästens konkursbos rätt att säga upp ett avtal om lokalhyra före tillträdet regleras i 12:31 1 st 1 p JB. Hyresvärdens uppsägningsmöjligheter och – omvänt – konkursboets möjligheter att kvarstå vid avtalet framgår av 12:31 2 st JB. Det förstnämnda lagrummet har jag inget att erinra mot i sak. Konkursboet ges där en för boavvecklingen ändamålsenlig rätt att bryta avtalet med omedelbar verkan, se 12:6 2 st 2 p JB. Om denna befogenhet bör kallas uppsägning, hävning, avstående från inträde eller något annat kan diskuteras. Dessa tekniska överväganden spar jag till avsnitt 2.3.4.4 nedan.

Håller vi oss då till regeln i 12:31 2 st JB, ger den hyresvärden rätt att kräva en säkerhet som han skäligen kan nöja sig med (om han inte redan har sådan) och, om inte säkerhet ställs inom en vecka, uppsäga avtalet med omedelbar verkan, se 12:6 2 st 2 p JB. Regeln innebär ur konkursboets synvinkel, att boet har en obetingad rätt att kvarstå vid avtalet genom att ställa säkerhet. Någon alternativ rätt att kvarstå vid avtalet genom en inträdesförklaring (med åtföljande massaansvar för hyresgästförpliktelserna) har boet inte. Boet blir genom sitt säkerställande å andra sidan inte dessutom massaansvarigt för hyresbetalningen, utan denna fullgörs även fortsättningsvis på "konkursfordransplanet". Men boet måste ändå betala de löpande hyrorna avtalsenligt för att inte gå miste om hyresrätten enligt de vanliga förverkandereglerna. Samma förhållande gäller då boet väljer säkerhetsalternativet i 12:31 3 st JB för redan tillträdda lokaler. Enligt det senare stadgandet kan boet dock också, i stället för att ta på sig den dubbla belastning som säkerställande *och* betalning av hyra innebär, välja att kvarstå vid avtalet genom att "bara" förklara sig inträda med massaansvar.

Lagberedningens skäl för att inte ge boet inträdesrätt i egentlig mening då lokalerna inte tillträtts före konkursen har jag refererat ovan: Några önskemål om en sådan rätt hade inte framförts under lagstiftningsarbetet och frågan antogs inte ha någon beaktansvärd praktisk be-

tydelse.[102] Detta framhölls trots att motsatsen hävdats i de samtida danska och norska lagstiftningsprojekten. Enligt de nya danska och norska konkurslagarna omfattas således också det här diskuterade fallet av reglerna om konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal. I det norska betänkandet motiveras detta fritt översatt så här:[103]

> Boet kan också ha behov av att träda in i gäldenärens hyresavtal även om inte lokalerna tillträtts före konkursutbrottet. Som ett led i nedtrappningen av sin verksamhet har gäldenären t ex sagt upp sina kontorslokaler och ingått hyresavtal för andra och billigare lokaler. Även om konkursen inträffar innan uppsägningstiden löpt ut, är boet bundet av uppsägningen och följaktligen hänvisat till att flytta till de nya lokalerna om rörelsen ska kunna hållas i gång en tid. Boet bör då ha rätt att träda in i avtalet för de nya lokalerna.

I det danska betänkandet sägs på liknande sätt att någon skillnad inte bör gälla mellan tillträdda och icke tillträdda lokaler. Om gäldenären hyrt nya lokaler och det gamla avtalet är uppsagt, har boet ha ett väsentligt intresse av att kunna inträda i det nya hyresavtalet.[104] I tysk rätt ges hyresvärden däremot en ovillkorlig hävningsrätt om inte lokalerna tillträtts före konkursen, § 20 KO.[105] Hävningsrätten kan i och för sig avtalas bort eller göras beroende av villkor till boets förmån. I så fall blir den vanliga inträdesregeln – § 17 KO – tillämplig. Jämför däremot det tyska insolvensrättsförslaget av 1985, som ger boet samma rättigheter oavsett om hyresgästen tillträtt lägenheten före konkursen eller inte.

Enligt min uppfattning är de norska och danska argumenten tillräckligt starka för att motivera en ensidig inträdesrätt för lokalhyresgästens konkursbo även om inte lokalerna tillträtts före konkursen. Inga vägande skäl talar emot en sådan rätt för boet. Ett tänkbart argument skulle i och för sig kunna vara att hyresvärden, då konkursen inträffar före tillträdet, inte ska behöva tåla en hyresgäst som han inte själv valt. Argumentet får dock redan anses förkastat genom regleringen i 12:31 2 st JB, som ju tillåter att boet tillträder lokalerna om det bara ställer säkerhet. Hyresvärden torde f ö sällan ha några oguldna hyresfordringar på gäldenären före tillträdet.

Att konkursboet ska vara skyldigt att ställa säkerhet som villkor för att få behålla ett avtal som gäldenären ingått före konkursen inger även principiella betänkligheter. Uppdelningen mellan konkurs- och massafordringar syftar bl a till att konkursboet inte i varje rättslig relation ska behöva betala kontant eller ställa säkerhet. Varför då inte utnyttja de medel som lagstiftaren ställt till rättslivets förfogande? Varför ska ett konkursbo behöva ställa säkerhet när det definitionsmässigt bara har till-

102 Se SOU 1969:5 s 188.
103 NOU 1972:20 s 322 vsp.
104 Betænkning nr 606/1971 s 136 vsp.
105 Se närmare 2.1.3 ovan.

gångar men inga skulder som behöver betalas och motparten genom massafordranskonstruktionen kan tillförsäkras en principiell företrädesställning? Vidare betalas hyran så gott som alltid i förskott – vid lokalhyra ofta för ett kvartal i sänder – och hyresvärden har dessutom förmånsrätt oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före konkurs.

Sammantaget bör slutsatsen bli, att lokalhyresgästens konkursbo bör ha samma inträdesrätt oavsett om lokalerna tillträtts före konkursen eller inte. Hur boets rätt i detalj bör vara konstruerad, anges strax nedan vid diskussionen av fallet då tillträde skett före konkursen.

2.3.4 Lokalhyra. Konkursen inträffar efter tillträdet

2.3.4.1 Fördelar och nackdelar med nuvarande ordning

De svenska reglerna om konkursens inverkan på gäldenärens lokalhyreskontrakt skiljer sig ganska markant från de danska och norska. För det praktiskt viktigaste fallet – då gäldenären tillträtt lokalerna före sin konkurs – kan skillnaderna åskådliggöras med följande tabell.

A Frågor då boet inträder i/säkerställer gäldenärens avtal

		No	*Da*	*Sv*
1	Tvingande inträdesrätt för boet?	ja	ja	ja
2	Inträde genom konkludent handlande?	ja	ja	nej
3	Säkerhet utöver massaansvar då hyran betalas i förskott?	nej	nej	nej
4	Säkerhet som alternativ till inträde?	nej	nej	ja
5	Partiellt inträde?	ja	ja	ja
	a) Kan hyresvärden säga upp pga kontraktsbrott före konkursen?	nej	ja	möjligen
	b) Kan vräkning ske om den inte begärts före konkursen?	nej	ja	ja
	c) Från vilket tidpunkt räknas massaansvaret vid uttryckligt inträde?	kk-utbrottet		oklart
6	Uppsägningsrätt för boet med förkortad uppsägningstid då det inträtt?	ja	ja	nej

B Frågor då boet avstår från att inträda i/säkerställa gäldenärens avtal

		No	*Da*	*Sv*
7	Upphör avtalet omedelbart vid hyresvärdens uppsägning?	ja	ja	nej
8	Massafordran tills boets negativa besked avgetts?	ja	ja	nej
9	Massafordran även till den senare tidpunkt då lokalerna ställs till hyresvärdens disposition?	ja	nej	nej

C Övrigt

10	Förmånsrätt (för belopp motsv tre månaders hyra)?	nej	nej	ja
11	Hindrar boets överlåtelse av hyresrätten att hyresvärden säger upp avtalet att upphöra efter uppsägningstid?	nej	ja	ja

Innehållet i de danska och norska reglerna är som synes tämligen likartat. Det bör därför räcka att i det följande jämföra de svenska reglerna med endera av dessa länders regler. Jag väljer då de norska eftersom de enligt min mening är de för konkursavvecklingen mest ändamålsenligt och skickligt utformade.

Skillnaderna mellan de svenska och de norska reglerna ligger främst däri, *att* hyresvärden i Norge aldrig behöver tåla att hyresfordringarna för rörelselokalerna under konkursen inte är massafordringar, medan boet i Sverige, genom att helt enkelt förhålla sig passivt, kan tillskansa sig ett fortsatt nyttjande utan massaansvar, *att* hyresvärden i Norge kan uppsäga avtalet till omedelbart upphörande då boet väljer att inte inträda, medan boet i Sverige kan (och så långt möjligt bör) avstå från att inträda men ändå fortsätta nyttjandet utan massaansvar under vanlig uppsägningstid *och att* konkursboet i Norge kan komma ifrån avtalet med förkortat varsel efter ett inträde, medan boet i Sverige i princip alltid blir massaansvarigt till avtalstidens slut när det väl en gång uttryckligen trätt in. Om hyresvärden utan skälig anledning vägrar att gå med på en överlåtelse av hyresrätten, har dock boet i Sverige rätt att säga upp avtalet utan skadeståndsskyldighet, vare sig på konkurs- eller massafordransplanet. Hyresvärden har förmånsrätt (för konkursfordringar) endast i svensk rätt.

Nackdelarna med ett fortsatt nyttjande av lokalerna utan massaansvar kan nu synas ringa: hyresvärden har ju rätt att vid äventyr av avtalets uppsägning kräva inträde eller säkerhet av boet, och betalas inte hyrorna kontraktsenligt kan uppsägning till omedelbart upphörande ske. Här-

emot kan dock invändas, att boet kan avstå från att inträda eller ställa säkerhet. Och vid värdens uppsägning gäller då hyreslagens vanliga uppsägningstider. Under den tiden kan hyrorna var helt osäkrade och förverkandereglerna ger inget skydd om värden redan ligger ute med hyreskrediter. Omfattande skadeståndsanspråk kan uppkomma om lokalerna är svåra att snabbt hyra ut på nytt.[106] Detta kan bl a bero på att boet inte har någon massasanktionerad plikt att utrymma lokalerna, ta bort skrot, städa ur eller på annat sätt iordningställa dem och att boet inte heller är ersättningsskyldigt för skador på lokalerna, oavsett om dessa åstadkommits av gäldenären före konkursen eller av boet självt vid fortsatt drift under uppsägningstid.[107] Belopp motsvarande en kvartalshyra torde i praktiken ofta ha uttömts redan före konkursen och förmånsrätten fyller då ingen funktion under konkurstiden. Är t ex en industrifastighet speciellt avsedd för en viss typ av produktion, kan hyresvärden därför göra stora förluster.

Som angetts ovan kan boet också utnyttja hyresvärdens underlåtenhet att fråga om inträde eller säkerhet och tyst sitta kvar i lokalerna utan massaansvar. Och frågar hyresvärden t ex först två månader efter konkursutbrottet, har boet ändå en månad på sig för svaret. Blir svaret negativt börjar vanlig uppsägningstid att löpa från värdens uppsägning, och boet kan även då sitta kvar utan massaansvar. Överger boet lokalerna innan uppsägningstiden löpt ut, får hyresvärden vidare nöja sig med att göra gällande sina fordringar på hyra för resterande uppsägningstid och andra ersättningskrav, t ex för kostnader för iordningsställande av icke avtalsenligt utrymda lokaler, som konkursfordringar. På sina håll lär konkursbon också ha utnyttjat hyresvärdars okunnighet om det beskrivna rättsläget på ett rent chikanöst sätt. Det har t ex hänt att konkursbon över huvud taget inte betalat någon hyra i konkursen, gett värden allmänt oklara besked om sina avsikter och, när vräkning slutligen kommit till stånd, tillgripit "strultaktik" i vräkningsärendet under den tid som behövts för boets avveckling. Hyresvärdens ersättningskrav har sedan fått bevakas som i praktiken värdelösa konkursfordringar.

[106] Jfr SOU 1969:5 s 108 vsp och 188 hsp.

[107] Ett problem som i praktiken uppkommit är det, då en avbetalningssäljare eller en leasegivare återtar i gäldenärens rörelselokaler inmonterade eller fast uppställda maskiner eller anläggningar och i och med återtagandet åstadkommer skador på lokalerna. Har inte konkursboet uttryckligen förklarat sig inträda i lokalhyreskontraktet, torde boet inte enligt gällande rätt bli massaansvarigt för detta gentemot hyresvärden. Hyresvärdens krav är konkursfordringar. Om konkursförvaltaren genom eget vållande förorsakar betydligt större skador än vad ett "normalt" borttagande av maskinerna borde medföra, kan boet dock måhända bli skadeståndsskyldigt enligt utomobligatoriska regler, däremot inte enligt 12:24 JB.

En särskild fråga de lege lata är om hyresvärden inte kan få ersättning av boet för den tid som boet sitter kvar i lokalerna efter avtalets upphörande på grund av förverkande. Det förekommer att konkursbon ibland fortsätter nyttjandet under tiden från förverkandet och fram till vräkningsdagen. Klart bör då vara att hyresvärdens krav på ersättning för de hyresintäkter han går miste om, därför att lokalerna inte utryms i tid för att kunna hyras ut på nytt, endast är konkursfordringar om inte boet uttryckligen åtagit sig massaansvar. Kravet är ett skadestånd pga kontraktsbrott, och om kontraktet fortfarande "ligger kvar på konkursfordransplanet", när kontraktsbrottet och förverkandet ägde rum, blir skadeståndsfordringen aldrig annat än konkursfordran.

Krav som inte utgör ersättning för bortfall av hyresintäkter (eller andra fordringar som inte grundas på hyresavtalet) är svårare att bedöma. Att hävda att boet ska betala viss ersättning därför att det annars gör en obehörig vinst på värdens bekostnad, genom sitt nyttjande efter avtalets upphörande, är nog ohållbart. För det första tillåter ju faktiskt redan 12:31 JB med motiv att boet gör en slags obehörig vinst under den tid som avtalet består genom att hyresvärdens fordringar endast utgör konkursfordringar om inte boet uttryckligen åtagit sig massaansvar. För det andra antas det i Sverige inte råda någon allmänt tillämpbar princip om ersättning pga annans obehöriga vinst.[108] För det tredje finns det regler i UB som talar emot ersättningsansvar för hyresgäster – däribland konkursbon – som sitter kvar i sina lägenheter efter avtalets upphörande. Enligt 16:3 UB ska kronofogdemyndigheten (KFM) om det är möjligt verkställa avhysning inom fyra veckor från det att behövliga handlingar kom in. Och enligt 16:4 UB får KFM, om det behövs med hänsyn till hyresgästen, medge anstånd med avhysningen högst två veckor efter det att fyra veckor gått sedan de behövliga handlingarna kom in. Vid synnerliga skäl kan anståndstiden utsträckas till fyra veckor. Endast för det sistnämnda fallet ges en ersättningsregel: skälig ersättning ska betalas för hela anståndstiden (fyra veckor) då utsträckt anståndstid ges. Det har härtill angetts att ersättningen i första hand ska svara mot den hyra som skulle ha utgått om ett hyresförhållande fortfarande förelegat och att ersättningen även ska täcka "förlust som vållas hyresvärden t ex genom att han inte har kunnat på avtalad tid tillhandahålla lägenheten åt annan hyresgäst".[109] I intet fall får hyresvärden tydligen någon sådan ersättning för de fyra veckor som kan gå innan avhysning ska ske. Under de ytterligare två veckor som man kan få anstånd utan att behöva åberopa synnerliga skäl, får värden heller ingen ersättning enligt UB:s regler.

Sammantaget verkar det således som om lokalhyresgästens konkursbo (som aldrig torde kunna åberopa synnerliga skäl för utsträckt anstånd enligt UB:s socialt präglade regler) kan sitta kvar gratis en tid efter avtalets upphörande. En skadeståndsfordran, i form av ersättning för uteblivna hyresintäkter för en planerad täckningsuthyrning, orsakad av att boet underlåtit att utrymma lokalerna, bör kunna göras gällande i konkursen men endast som vanlig konkursfordran. Detsamma gäller för andra kontraktsgrundade ersättningskrav. Någon ersättning på utomobligatorisk grund torde normalt inte komma ifråga.

Men, invänder kanske någon, hyresvärden har ju trots allt *förmånsrätt*! Som refererats ovan framhölls också i motiven till 5 § 1 p FRL, att konkursförvaltningen efter konkursutbrottet ofta behöver tid på sig för att

[108] Se t ex Hellner, Obehörig vinst s 397 f och Håstad, Tjänster utan uppdrag s 36.

[109] SOU 1961:53 s 115, jfr Walin/Gregow/Löfmarck s 567.

undersöka och besluta om hur rörelsen ska rekonstrueras eller avvecklas. Ett förmånsberättigat belopp motsvarande tre månaders hyra var enligt depchefen tillräckligt för att möjliggöra detta.[110] Förmånsrätten ska alltså fylla samma syfte som den obligatoriska massafordringen gör under boets betänketid enligt dansk och norsk rätt. Depchefen menade att man i dessa länder tvingats göra hyresfordringarna för denna tid till massakrav, som ersättning för det där borttagna hyresprivilegiet.[111]

Lagstiftaren synes ha överskattat förmånsrättens betydelse åtskilligt. Eftersom beloppet endast täcker en kvartalshyra torde det som sagt ofta redan vara fullt utnyttjat innan konkurs bryter ut. Har betalningsinställelse och/eller ackordsförhandling föregått konkursen, torde detta gälla i än högre utsträckning. Ytterligare hyreskredit är då helt osäkrad. Att förhållandena kan vara sådana är en logisk följd av det *dubbla syfte* som förmånsrätten enligt 5 § FRL ska tjäna. Den ska, förutom att *underlätta förvaltarens arbete i konkursen*, avhålla hyresvärden från att säga upp avtalet på grund av hyresrättens förverkande innan gäldenären är konkursmässig och därmed i viss mån *förhindra onödiga konkurser.* Men den hyresvärd som uppfyller den ena av lagstiftarens intentioner – och därför skulle kunna betecknas som särskilt skyddsvärd – och medger hyresgästen viss hyreskredit innan konkursen är ett faktum, blir i konkursen närmast "straffad" för detta, då han där inte får någon som helst säkerhet, *dels* för hyresfordringar under den tid då boet överväger om det ska inträda/säkerställa/överlåta hyresrätten eller låta värden säga upp avtalet till upphörande efter uppsägningstid, *dels* för sina krav avseende mistade hyresintäkter under resterande avtalstid och på skadestånd för boets eventuellt bristande iordningställande av lokalerna. Att hyresvärden alltid kan säga upp avtalet med omedelbar verkan vid boets bristande betalning är en ringa tröst för honom. Uppsägningen medför ju inte att värden får täckning för sina fordringar.

Den hyresvärd däremot, som inte medgett gäldenären någon som helst respit för rekonstruktionsförsök i syfte att undvika konkurs, är i konkursen skyddad upp till beloppet av tre månaders hyra. Denna olikhet i behandling är inte motiverad. Om man i stället som i Norge ger hyresvärden en massafordran på hyra för tid efter konkursutbrottet fram till det att lokalerna utrymts av boet, innebär detta att sådana hyresvärdar alltid ställs lika och att de aldrig behöver lida större skada på grund av ett konkursbos fortsatta nyttjande, än vad som blivit resultatet om avtalet brutits och lokalerna utrymts på konkursdagen. (Jämför även det tyska obehörig vinst-resonemanget ovan.) Hyresvärden skulle då aldrig behöva prestera i konkurs utan anspråk på full motprestation för

[110] Se prop 1970:142 s 94 f.
[111] Prop 1970:142 a st.

tid efter konkursutbrottet. Samtidigt gavs alla rörelsedrivande lokalhyresgästers konkursbon *alltid* möjlighet att i konkursens inledningsskede få den respit, som lagstiftaren försökt tillförsäkra dem via den betydligt osmidigare och mera slumpartat slående förmånsrättslösningen. Hyresvärden skulle också vara mer benägen att medge kredit i konkursen och skulle inte se sig tvingad att säga upp boet vid varje tillfällig försumlighet med hyresbetalningen.

Systematiskt får det också sägas vara underligt, att konkursboets fortsatta nyttjande under konkursen inte leder till att hyresvärden får en massafordan på hyra. Inte i något av de tre här närmare undersökta utländska rättssystemen är detta förhållandet. I stället gäller som principiell allmän regel för varaktiga avtal, att medkontrahentens krav är konkursfordringar för tid fram till konkursutbrottet och massafordringar därefter. Massafordringen kan uppkomma antingen genom att massaansvar "automatiskt" åläggs boet under en tid efter konkursutbrottet eller att man i relativt stor utsträckning erkänner inträde på grund av konkludent handlande av konkursbon eller genom en kombination av alternativen.

Lagberedningen menade dock att den danska och norska ordningen "är komplicerad och kan verka förvirrande" och att den inte var lämplig att införa i Sverige ens om förmånsrätten avskaffades.[112] Enligt departementet behövdes inte den dansk-norska massafordranslösningen, "som lätt blir komplicerad", om bara lagberedningens förslag följdes.[113] För egen del har jag dock svårt att se att de danska och norska reglerna skulle vara mera komplicerade och förvirrande än de svenska. De förra ger ju uttryck för betydligt klarare principer och utgör ett mer systematiskt och konsekvent uppbyggt regelsystem än det svenska reglerna, vilka däremot kan vara direkt vilseledande. Boet kan i Sverige uttala en avsikt – att inte inträda i hyresavtalet – men ändå syfta på ett fortsatt nyttjande under avsevärd uppsägningstid under konkursen, utan massaansvar för hyrorna och övriga hyresgästskyldigheter. Att de svenska reglerna även bäddar för rättsförluster för hyresvärdarna har redan sagts ovan. Även för boet bör det vara gynnsammare om det i stället inträdde i avtalet och sedan, efter förebild av den norska § 7–6 LFD, gavs rätt att komma ifrån ett långvarigt kontraktsansvar med förkortat varsel.

I linje med det nu sagda ligger, att boet bör vara massaansvarigt också när det utan någon bestämd förklaring i någondera riktningen faktiskt fortsätter att nyttja lokalerna. Den remisskritik som både för arrende och hyra framfördes mot den gamla passivitetsregelns avskaffande förtjänar här att uppmärksammas. Beträffande arrende erinrade landstingsför-

112 SOU 1969:5 s 182 vsp med not 7, jfr s 188 hsp.

113 Prop 1970:142 s 94 nederst.

bundet till en början om att arrendatorns intressen vid konkurs tillvaratas av en konkursförvaltare, som regelmässigt är en advokat som har till yrke att ta tillvara andras intressen i konkurser:

> "Jordägaren kan däremot inte antas besitta särskilda kvalifikationer inom konkursrätten. Beredningen gör därför en felaktig kompetensavvägning då den talar om att jordägaren inte 'bara' på grund av konkursboets passivitet skall kunna få någon massafordran. Genom att man lägger skyldigheten till handlande på den avgjort mindre kompetenta partens sida, skapar man en överhängande risk för att denne till följd av en naturlig och ursäktlig okunnighet i konkursrätten försummar uppsägning. Denna felaktighet i avvägningen mellan parterna öppnar en möjlighet för konkursboet att driva jordbruket någon tid på jordägarens bekostnad fram till fardagen efter jordägarens uppsägning. Rimligheten talar för att konkursförvaltaren skall ha skyldighet att säga upp avtalet, sedan han efter bevakningstidens utgång fått överblick över boets status. Sker ej detta, bör den på återstående tiden belöpande arrendeavgiften vara massafordran."[114]

Kritiken är enligt min mening träffande. Det framstår än tydligare vid läsning av departementets bemötande av den:

> "Som regel är jordägaren den starkare parten i rättsförhållandet mellan denne och arrendatorn. Arrendelagstiftningen är därför i väsentliga delar så utformad att arrendatorn skyddas. Om arrendatorn går i konkurs blir läget ett annat. Konkursboets företrädare torde således många gånger vara bättre skickad än arrendatorn själv att förhandla med jordägaren. I konkurssituationen finns knappast anledning att ställa upp rättsregler som skyddar den ena eller den andra parten. Jag kan därför biträda lagberedningens uppfattning att den nuvarande regeln om verkan av passivitet från konkursboets sida vid arrendatorns konkurs kan avvaras. Man behöver inte därigenom befara att jordägaren lider rättsförlust."[115]

Argumentationen är uppseendeväckande. Det framhålls att jordägaren normalt är den starkare parten men att detta inte är fallet vid arrendatorns konkurs. Resultatet blir dock att jordägarens ställning just här *försämras* jämfört med vad som tidigare gällt! Om nu arrendatorsidan inte är i samma behov av skydd här som i andra lägen, varför då *stärka* dess rätt? Föredraganden tycks vidare utgå från att arrendatorns konkursbo och jordägaren skulle vara jämbördiga parter. Remissinstansens bedömning av kompetensförhållandena är nog riktigare. Dessutom kan man fråga sig, varför man inte behöver befara att jordägaren lider rättsförlust om han tvingas att kvarstå som prestationsskyldig utan att fordringarna på arrendeavgift i konkursen är massasäkrade? Frågan är särskilt motiverad vid sådana arrendetyper där förmånsrätt aldrig eller endast undantagsvis kommer ifråga. Att hyresvärdar lidit rättsförlust i motsvarande läge har som sagt förekommit. Men alldeles oavsett i vilken utsträckning detta faktiskt förekommit är redan den uppenbara risken för rättsförlust för jordägare resp hyresvärd tillräcklig för att motivera en ändring av nuvarande ordning.

114 Prop 1970:142 s 148.

115 A st.

Beträffande upphävandet av passivitetsregeln vid *hyra* framhöll Hovrätten för Västra Sverige i ett remissyttrande, att de före 1970 gällande bestämmelserna om verkningarna av boets passivitet

> "motiverats med att det skulle vara obilligt och stridande mot eljest antagna grundsatser om konkursboet skulle alltjämt kunna tillgodogöra sig avtalet men hänvisa fastighetsägaren till att efter bevakning söka utfå den betingade motprestationen (NJA II 1908 s 245). Vid hyresavtal brukar konkursboet som regel säga upp avtalet och därefter, för den händelse konkursboet behöver disponera över lägenheten, träffa särskilt avtal med fastighetsägaren om det fortsatta nyttjandet. Konkursboet har då givetvis att svara för hyran. *Om boet fortsätter att nyttja lägenheten utan att säga upp avtalet, måste väl i allmänhet presumeras att boet även i detta fall skall stå för hyran* (min kurs). I brist på uttrycklig regel därom kan emellertid bevissvårigheter uppstå om vad som varit parternas avsikt i fråga om ansvaret för hyresbetalningen."[116]

De grundsatser som antyds är den äldre motsvarigheten till 39 och 40 §§ KöpL. Observera dock att 12:31 3 st JB inte hänvisar fastighetsägaren till en dividend på hyresfordringar som belöper sig på tiden efter konkursutbrottet. Boet är visserligen inte skyldigt att *under massaansvar* betala hyra i konkursen, men underlåtenhet att utge fullt vederlag för nyttjandet är trots allt *förverkandeanledning* enligt 12:42 JB. Hänvisningen till uttalandena i NJA II 1908 är därför inte helt relevant. Det mening som kursiverats i citatet instämmer jag däremot helt i. Detta gjorde dock inte depchefen, som hänvisade till vad han sagt vid arrende, se ovan. Den regel som HovR:n föreslog överensstämmer med 41 § 2 st KöpL, 22 § i 1920 års ellag, 62 § DKL, § 7–10 LFD och §§ 19 och 59 KO.

2.3.4.2 *Konkursboet bör alltid ha en tvingande inträdesrätt, som även kan utövas konkludent*

Grundstenen i regelsystemet de lege ferenda böra vara att lokalhyresgästens konkursbo har *en ensidig, tvingande rätt att inträda i gäldenärens avtal, oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före konkursen*. Inträdesrätten bör inte bara som idag kunna utövas genom en *uttrycklig förklaring* utan också genom *konkludent handlande*, t ex fortsatt nyttjande av lokalerna under viss tid utan att uppsägning sker eller genom att boet tillträder gäldenärens lokaler eller betalar hyra för tid efter konkursutbrottet. Någon ändring i den nuvarande lagtexten i 12:31 3 st JB behövs inte för detta. Hyresvärden bör vidare liksom idag kunna fråga boet om dess avsikter. Och boet bör då ha en viss, inte alltför kort, tid på sig för att

[116] A prop s 154 f. – Jfr i detta sammanhang även Blanck i TSA 1963 s 158 ang Welamsons uppfattning i boken Konkursrätt: "Det kan ligga en teoretisk svårighet i resonemanget att gäldenärens medkontrahent, hyresvärden, blir skyldig att, i varje fall under viss tid, tillhandahålla sin prestation, trots att han å sin sida för den nu avsedda tiden endast är bevakningsberättigad och sålunda ej har en massafordran och ej heller kan förskaffa sig ställning av massaborgenär genom att han uraktlåter att uppsäga avtalet."

överväga om det ska inträda eller inte. Fristen kan sättas till en månad som enligt gällande lag.

2.3.4.3 Hyresvärden bör få en massafordran för boets nyttjande även om inte inträde sker

Då boet avstår från att inträda bör hyresvärden enligt min mening få säga upp avtalet med omedelbar verkan oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före konkursen. Men har lokalerna tillträtts före konkurs bör hyresvärden ändå alltid vara säkrad med en massafordran, *dels* för den tid som i konkursen hinner gå innan boets besked i inträdesfrågan föreligger, *dels* för den ytterligare tid som boet kan behöva för att utrymma lokalerna.[117] På så sätt kommer det ändå att föreligga en slags flexibel uppsägningstid, som alltid är säkrad med massaansvar. Alternativen skulle vara en i förväg bestämd uppsägningstid som *antingen* i sin helhet var säkrad med massafordran *eller* endast, som idag, löper på "konkursfordransplanet". Det senare alternativet är ganska meningslöst, då boet ändå inte under massaansvar behöver respektera uppsägningstiden och hyresvärdens skadeståndsfordran för utebliven hyra skulle vara begränsad till den fastställda uppsägningstiden. Att ha en bestämd uppsägningstid som i sin helhet säkras med massaansvar skulle som sagt vara alltför fyrkantigt: boet skulle i vissa fall tvingas att som massaskuld betala hyra för tid som inte kan utnyttjas för något produktivt. Att göra boet massaansvarigt endast tills lokalerna utrymts är då bättre. För hyresvärden skulle kravet på att lokalerna ska vara utrymda innebära en klar förbättring i förhållande till gällande rätt.

Specialregeln bör endast gälla för lokaler i vilka gäldenären bedriver näringsverksamhet. Motsvarande begränsning görs i de danska och norska 62 § DKL resp § 7–10 LFD, jfr även 5 § 1 p FRL. I övriga fall bör hyresvärden få nöja sig med att åberopa de allmänna reglerna om konkursboets konkludenta inträde i egentlig mening. Hyresvärden bör då i tillämpningen ges goda möjligheter att hävda att boet trätt in genom konkludent handlande, särskilt då boet fortsätter att utnyttja hyresrätten efter att ha meddelat värden att det inte avser att träda in.

Regeln om "automatisk" massafordran på hyra till utrymningsdagen bör som sagt endast gälla då lokalerna tillträtts vid konkursutbrottet. Endast i det läget är hyresvärden i behov av skydd under boets betänketid. Har tillträde inte skett kan upplåtaren vägra boet tillträde tills boet påtagit sig massaansvar. Värden bör m a o kunna innehålla sin prestation på ungefärligen samma sätt som en säljare enligt 39 § KöpL. Boet kan då inte, i vart fall inte i den utsträckning som motiverar en särregel, till-

[117] Ungefär samma uppfattning: Håstad, Sakrätt s 315.

godogöra sig värdens prestation i konkursen inledningsskede. En annan sak är att hyresvärden även i detta fall bör kunna åberopa de allmänna principerna om boets konkludenta inträde i egentlig mening, t ex om boet tillträder lokalerna och påbörjar nyttjandet utan att något uttryckligt besked getts i inträdesfrågan.

2.3.4.4 Boet behöver ingen särskild uppsägningsrätt på "konkursfordransplanet"

12:31 1 st 1 p JB ger för närvarande *konkursboet* ovillkorlig uppsägningsrätt vid lokalhyra, jfr motsvarande regel för alla arrendetyper i 8:17 JB. Uppsägningsrätten är i och för sig sakligt välmotiverad. Den behöver dock knappast skrivas ut lagen, då det redan följer av sakrättsliga grundprinciper att ett konkursbo aldrig är skyldigt att fullgöra förpliktelser som inte gjorts sakrättsliga skyddade: konkursboet har i princip alltid en tvingande rätt att utan massaansvar avstå från att fullfölja gäldenärens förpliktelser. Detta utgör den andra sidan av boets rätt att inträda i gäldenärens avtal. Fanns inte avståenderätten skulle det inte finnas anledning att tala om en *rätt* för boet att inträda. Snarare blev det fråga om en *inträdesskyldighet*.

Har man vidare en regel som säger, att konkursboet måste besvara en fråga om det vill inträda i gäldenärens avtal, ligger häri att boet kan välja att avstå från att inträda, vilket i sin tur ger medkontrahenten rätt att bryta avtalet, jfr t ex 40 § KöpL, 9:30 1 st 2 p och 12:31 1 st 2 p JB. Boet kan givetvis även på eget initiativ meddela medkontrahenten att det inte önskar fullgöra gäldenärens avtal. Vid varaktiga avtal har det nu visserligen ingen betydelse, om boets negativa ställningstagande benämns hävning, uppsägning eller inträdesavstående, då det i motsats till vid köp inte blir fråga om att återställa naturaprestationen: hävningen etc får verkan endast för framtiden. Men systematiskt blir reglerna mer konsekventa om det inte på två ställen i samma lagbestämmelse uttrycks något som egentligen är samma sak, vilket idag görs i 12:31 1 st och 12:31 3 st JB. Samma uppsägningstider gäller ju både då hyresvärden och boet säger upp avtalet, skadestånd för hyresvärden utgår i bägge fallen och underlåtenhet att säga upp medför inte någondera fallet att inträde får anses ha skett. Det bör därför räcka med att föreskriva uppsägningsrätt *för hyresvärden* då boet avstår från att inträda.

2.3.4.5 Boet bör ha partiell inträdesrätt

Som förmodligen redan gäller de lege lata bör boet alltid kunna *inträda partiellt* i hyresavtalet. Som närmare motiverats ovan bör massaansvaret mera exakt räknas *fr o m konkursutbrottet*, dvs med en viss retroaktiv ver-

kan. Hyresvärdens betalningsdröjsmål bör i linje med detta inte kunna åberopas som förverkandegrund mot boet i konkursen, om inte avtalet hunnit sägas upp dessförinnan. Boet är dock i samma utsträckning som gäldenären berättigat att återvinna hyresrätten enligt reglerna i 12:44 JB. Har avtalet definitivt upphört att gälla före konkursen, bör dock boets inträdesmöjligheter vara förbi. Någon motsvarighet till den norska § 7–10 st 3 LFD, som drar gränsen för boets inträdesrätt vid värdens vräkningsframställan hos kronofogden, bör inte införas. Det tyska insolvensrättsförslagets "Leitsatz" 2.1.4.7 ligger nära vad som här föreslås.[118]

Den partiella inträdesrätten och därtill anknytande regler behöver inte uttryckligen utskrivas i JB om en generell konkursrättslig regel med detta innehåll införs i konkurslagen. Om en sådan generell regel inte tillskapas, bör saken emellertid klargöras i en reviderad 12:31 JB.

2.3.4.6 Boet bör ha en särskild uppsägningsrätt på "massaplanet"

Bör boet ha en *extraordinär rätt att säga upp hyresavtalet* (och kanske generellt varaktiga avtal) med förkortad uppsägningstid då det inträtt? Som framhållits ovan innefattade lagberedningens förslag en viss sådan möjlighet. I Danmark och Norge finns extraordinär uppsägningsrätt föreskriven för i princip alla typer av varaktiga avtal, se 61 § 1 st DKL resp § 7–6 LFD. Om man inför en möjlighet – eller kanske snarare en risk – för hyresgästens konkursbo att på massaplanet bli bundet genom konkludent handlande, bör boet enligt min åsikt också i Sverige skyddas mot att dra på sig ett alltför vittgående ansvar framöver. De vanliga uppsägningstidsreglerna i 12 kap JB ger inte boet den nödvändiga handlingsfriheten i det avseendet. Möjligheten för boet att säga upp avtalet enligt 12:32 2 st JB, vid hyresvärdens omotiverade vägran att ge sitt samtycke till överlåtelse, ger inte heller någon tillfredsställande lösning. Bl a ska de vanliga uppsägningstidsreglerna då tillämpas.

I stället bör gälla, att boet alltid då det inträtt har rätt att säga upp avtalet med tre månaders varsel, om inte kortare tid ska gälla enligt JB:s allmänna regler. Boets massaansvar bör kvarstå tills uppsägningstiden löpt ut eller till den eventuellt senare tidpunkt, då boet utrymt lokalerna. Ifall en generell konkursrättslig regel för varaktiga avtal införs med en liknande utformning, behöver dock ingen särskild uppsägningsregel upptas i JB.

2.3.4.7 Sammanfattning i lagtext

Vad som så långt föreslagits de lege ferenda kan i form av en reviderad 12:31 JB sammanfattas på följande sätt.

[118] Se 2.1.3 ovan in fine.

Om en lokalhyresgäst försätts i konkurs får konkursboet inträda i avtalet. Hyresvärden får kräva att boet inom en månad ger besked om det vill inträda.

Inträder konkursboet i avtalet svarar boet för hyresgästens förpliktelser för tiden efter konkursbeslutets meddelande. Har boet inträtt får det därefter säga upp avtalet med tre månaders uppsägningstid, om inte kortare tid ska gälla enligt 6 § i detta kapitel.

Gäller hyresavtalet en lokal som var avsedd för hyresgästens näringsverksamhet och som tillträtts före konkursen, är konkursboet, även om det inte inträder i avtalet enligt första stycket, skyldigt att som massaskuld betala hyra för tiden från konkursbeslutets meddelande till dess lägenheten utrymts och ställts till hyresvärdens förfogande.

Om inte konkursboet inträder enligt första stycket, får hyresvärden säga upp avtalet till omedelbart upphörande. Han har även rätt att kräva ersättning för skada.

2.3.4.8 Något säkerställandealternativ behövs inte

Det hittills sagda har nästan uteslutande avhandlat frågor om boets inträde och avstående från inträde. Bör nu inte den alternativa möjligheten att rädda hyresavtalet genom *säkerställande*, se 12:31 3 st 1 p JB, bevaras? Enligt min mening är detta överflödigt. Beträffande skälen för ståndpunkten hänvisas till avsnitt 2.3.3.[119] Inte heller bör ett konkursbo som inträder i ett hyresavtal, där hyran ska erläggas periodvis i förskott, vara skyldigt att *utöver massaansvaret* ställa säkerhet. Om detsamma bör gälla när hyran i undantagsfall betalas i efterskott låter jag vara osagt. Och om *någon annan än boet* är villig att ställa säkerhet bör detta gå bra utan att det skrivs ut i lagen. Endast konkursboet har trots allt dispositionsrätt över hyresrätten vid hyresgästens konkurs. Om någon annan undantagsvis har intresse av att rädda hyresrätten när boet inte vill det, bör det stå vederbörande fritt att ställa säkerhet även om det inte skrivs ut i lagen.

2.3.4.9 Behövs särskilda regler om boets överlåtelse av hyresrätten?

Bör *överlåtelsealternativet* i 12:31 3 st 3 p JB kvarstå de lege ferenda? Något sådant alternativ för avvärjande av värdens hävning eller uppsägning finns t ex inte upptaget i den norska regleringen, se § 7–7 st 1 LFD e contrario (jfr § 7–5). Boet kan dock givetvis även här överlåta hyresrätten i den utsträckning som gäldenären själv kunde göra det. Men endast inträde avskär alltså hyresvärdens hävnings- eller omedelbara uppsägningsrätt. Den danska konkurslagen går i princip på samma linje, se 58 § 1 st DKL (jfr 57 §), men en medkontrahent enligt ett varaktigt avtal kan ändå säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel, oavsett om boet träder in eller inte, enligt en särskild regel i 61 § 2 st DKL. Att regeln inte är ändamålsenlig för en gynnsam boavveckling har

[119] Mot slutet.

redan framhållits ovan: den betar värdet av boets tvingande rätt att träda in avsevärt. Uppsägningsrätten kan emellertid inte göras gällande om gäldenären hade rätt att överlåta sin rätt enligt det varaktiga avtalet. Det krävs här inte att boet inom viss tid faktiskt *gjort bruk* av överlåtelserätten, utan den potentiella *möjligheten* är fullt tillräcklig för att inte uppsägningsrätt ska föreligga. Enligt tysk rätt torde inte rätt till överlåtelse beaktas enligt § 19 KO. Något överlåtelsealternativ framgår i varje fall inte av lagtexten eller framställningarna i litteraturen. Inte heller 1985 års insolvenslagsförslag föreskriver något härom.

I svensk rätt gäller däremot som sagt att boets tillåtna överlåtelse av hyresrätten avskär hyresvärdens uppsägningsrätt, om överlåtelsen verkställs inom en månad efter värdens förfrågan. Regeln fanns inte med som ett tredje alternativ för avskärande av värdens uppsägningsrätt i lagberedningens förslag. En överlåtelse av hyresrätten nämndes där endast som ett undantagsfall då boets massaansvar efter inträde skulle upphöra redan före avtalstidens utgång:[120]

> "...eller inom samma tid konkursboet förklarar sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden eller, om hyresrätten får överlåtas, till dess denna i behörig ordning övergått till annan".

I departementsförslaget upptogs däremot hyresrättens överlåtande som ett självständigt, tredje alternativ jämte säkerställande eller inträde:[121]

> "...eller inom samma tid konkursboet förklarar sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden eller, när hyresrätten får överlåtas, överlåtelse sker i enlighet med avtalet."

Ändringen motiverades inte.[122] Kan det möjligen vara så att de två små orden "till dess" helt enkelt fallit bort på departementet, och att regeln då (oavsiktligt?) fått en helt annan innebörd? Avsaknaden av tidsfrist för boets överlåtelse tyder på det.

Enligt *1907 års nyttjanderättslag* var något överlåtelsealternativ inte aktuellt för boet, då hyresvärden inte tillerkändes någon som helst uppsägningsrätt på grund av hyresgästens konkurs för fallet då tillträde skett före konkursen.[123] Vid jordbruksarrende kunde jordägaren dock säga upp avtalet, men undantag gällde då jordägaren medgett överlåtelse i avtalet och konkursboet inom tre månader från bevakningstidens utgång visade att överlåtelse skett i enlighet med avtalet. Överlät boet arrenderätten senare men innan jordägaren hunnit säga upp avtalet, kunde upp-

[120] SOU 1969:5 s 17 hsp och 181 vsp, jfr 188 hsp. Inte heller vid jordbruksarrende upptogs något fristående överlåtelsealternativ, se a bet s 14 hsp.

[121] Prop 1970:142 s 10 hsp, jfr för arrende s 9 hsp (se 9:30 1 st 2 p JB).

[122] Se a prop s 151 f och 155.

[123] Se Walin, Allmänna hyreslagen s 135 och SOU 1969:5 s 187 vsp.

sägning inte ske därefter.[124] Möjligen är det denna regel som inspirerat upphovsmännen till nuvarande 12:31 3 st 3 p JB (och 9:30 2 st 2 p JB).[125]

Oavsett hur det förhåller med den saken, återstår här att avgöra om boets överlåtelse av hyresrätten de lege ferenda bör utgöra ett alternativ till boets inträde. Nuvarande ordning innebär *dels* att boet kan överlåta hyresrätten på "konkursfordransplanet" (dvs innan inträde skett) för avskärande av hyresvärdens uppsägningsrätt, *dels* – vilket dock inte följer av 12:31 3 st 3 p JB – att boet kan överlåta hyresrätten som massaförpliktelse (efter det att inträde skett). I bägge fallen reglerar 12:36 JB ramarna för överlåtelserätten som sådan när inte hyresvärden gett eller ger sitt samtycke.[126] I det första fallet kan boet förekomma hyresvärdens uppsägning genom att överlåta hyresrätten inom en månad från värdens anfordran. Ger hyresvärden sitt samtycke till överlåtelsen får väl normalt anses att han utan vidare avstått från uppsägningsrätten. Att boets överlåtelse i detta fall avskär uppsägningsrätten behöver knappast utskrivas i lag. Men om överlåtelse sker utan samtycke enligt 12:36 JB, måste hyresnämndens tillstånd då föreligga inom en månad eller räcker det att boet *sökt* tillstånd hos nämnden inom denna tid? Skulle det första alternativet vara riktigt, innebär det att boet nästan aldrig kan överlåta hyresrätten annat än med värdens samtycke, vilket bör vara uteslutet. Det får därför antas att det räcker att hyresnämndens *tillstånd sökts* inom fristen.

Går man på den linjen kan det dock leda till ett ibland långvarigt osäkerhetsmoment för hyresvärden. Hyresnämndens handläggning av tillståndsärendet kan ju dra ut på tiden (jämför dock att nämndens ärenden enligt 26 § lagen (1973:188) om arrendenämnder och hyresnämnder ska handläggas "skyndsamt"), och överklagas nämndens beslut sedan till bostadsdomstolen (se 12:70 och 71 JB), kan en avsevärd tid förflyta innan överlåtelse- och uppsägningsfrågan blivit slutligt avgjord. Under den tid tillståndsärendet handläggs har hyresvärden endast en konkursfordran på hyresbetalningen, låt vara att boet måste betala avtalsenligt för att inte bli vräkt på grund av förverkande: boet kan ju enligt motiven till 12:31 JB dra på sig massaansvar endast genom uttrycklig förklaring. Och vägras boet sedermera överlåtelse enligt 12:36 JB kan uppsägning visserligen ske men vanliga uppsägningstider ska tillämpas. Avbryter boet hyresförhållandet efter det negativa beskedet från hyresnämnden eller bostadsdomstolen, har hyresvärden endast en konkursfordran på mistade hyresintäkter, kostnader för iordningsställande av lokalerna etc.

[124] Se 2:33 2 st 2 p NyttjL. Jfr Skarstedt/Ekberg/Anderberg s 227 och 229 samt SOU 1969:5 s 176 f.

[125] Jfr Holmqvist s 147.

[126] Boet kan givetvis också överlåta hyresrätten utan begränsning i tiden så länge värden inte frågat enligt 12:31 3 st JB. Eftersom boets inträde de lege lata förutsätter uttrycklig förklaring, sker överlåtelsen även i detta fall från "konkursfordransplanet".

Resonemanget talar närmast för att boets ansökan om tillstånd hos hyresnämnden inom enmånadsfristem *inte* bör avskära hyresvärdens uppsägningsrätt.

Boets överlåtelse av hyresrätten då hyresgästförpliktelserna fortfarande ligger på "konkursfordransplanet", kan tydligen leda till tillämpningsproblem vid användning av 12:36 JB. Och även då generellt samtycke till överlåtelse getts i förväg, torde det i många fall vara opraktiskt att överlåta hyresrätten så snart som en månad efter en anfordran som riktas mot boet några dagar efter konkursbeslutet. Som antytts tidigare kan även 12:38 2 p JB innebära problem då överlåtelse sker från "konkursfordransplanet". Förvärvaren måste i detta fall stå för obetalda konkursfordringar som hyresvärden inte kan få ut av gäldenären eller boet. Och boet får räkna med ett motsvarande lägre pris för hyresrätten vid försäljningen. Enligt min mening finns heller inget att invända mot att hyresvärden i detta fall, vid äventyr av hyresrättens förverkande, kräver förvärvaren på obetald hyra oavsett om den belöper sig på tiden före eller efter konkursutbrottet. Boet var ju skyldigt att betala för sådan tid för att undvika förverkande, trots att hyresfordringarna i och för sig endast var konkursfordringar, och förvärvaren bör därmed svara i samma utsträckning. I det nu diskuterade läget är det således knappast hållbart att hävda, att boet endast svarade för hyrorna från konkursutbrottet och att förvärvarens ansvar därmed bör vara begränsat till samma tid. Ett betalningsansvar för boet endast för tiden efter konkursutbrottet kan enligt min åsikt bli aktuellt först då boet tar på sig massaansvar. Detta massaansvar bör vara begränsat till tiden efter konkursutbrottet och vid en överlåtelse av hyresrätten som massaförpliktelse bör därmed även förvärvaren svara endast från konkursutbrottet. Så länge inträde inte ägt rum bör en överlåtelse under konkursen däremot i princip anses gjord av gäldenären själv. Förvärvaren bör då kunna krävas på betalning av alla hyresrestantier som hör till kategorien konkursfordringar.

Sammanfattningsvis får sägas att överlåtelsealternativet i 12:31 3 st 3 p JB, parat med anknytande allmänna regler om överlåtelse av hyresrätt, idag inte är riktigt genomtänkt. Måhända har det tillkommit genom ett misstag på departementet. Detta stöds av att det inte stadgats någon tidsgräns motsvarande den enmånadsfrist som gäller för säkerställande och inträde. Och om en tidsgräns ändå antas gälla får det icke önskvärda konsekvenser vid tillämpning av 12:36 och 12:38 JB. Man skulle i och för sig kunna tänka sig, att 12:36 JB över huvud taget inte är tillämplig vid överlåtelse i konkurs enligt 12:31 3 st JB – jfr lagtextens "i enlighet med avtalet" – utan att endast ett i förväg avgett samtycke avses. Men i så fall skulle en av de viktigaste lagbestämmelserna vid försäljning av en igång-

varande rörelse inte kunna utnyttjas, vilket inte gärna kan vara meningen. Det ligger närmare till hands att anta, att 12:31 3 st 3 p JB egentligen inte är avsedd att tjäna som ett tredje alternativ för att förekomma hyresvärdens uppsägning. Ställs inte säkerhet eller inträder inte boet efter en förfrågan, bör kanske uppsägning redan de lege lata få ske oavsett om exempelvis tillstånd för överlåtelse enligt 12:36 JB sökts inom fristen. *Min slutsats* blir hur som helst att nuvarande 12:31 3 st 3 p JB inte bör bevaras för framtiden och att ett annorlunda utformat överlåtelsealternativ inte heller bör införas. Jag återknyter i denna del till lagberedningens förslag. Boets inträde bör utgöra exklusiv grund för uteslutande av hyresvärdens uppsägningsrätt.

En annan sak är att boet, när det väl inträtt i avtalet i egentlig mening, kan och bör kunna överlåta hyresrätten *åtminstone* i den utsträckning som gäldenären/hyresgästen själv. Jag skriver åtminstone, därför att det kan diskuteras om inte konkursboet behöver en vidare rätt att överlåta hyresrätten utan samtycke än vad 12:36 JB idag medger. Jämfört med reglerna i 10:7 och 11:7 JB, som tillåter bostads- resp lägenhetsarrendatorns konkursbo att överlåta arrenderätten till en ny arrendator som jordägaren skäligen kan nöja sig med, är hyresregeln väl snäv. Jämför även 11 § BRL, som ålägger bostadsrättsförening att som medlem godta en bostadsrättsförvärvare med vilken föreningen skäligen kan nöjas. Och bostadsrätt kan liksom hyra som bekant avse lokal. Från praktikerhåll har nyligen pläderats för en utvidgad överlåtelserätt vid lokalhyra i denna riktning.[127] Särskilt framhålls olägenheterna i konkurs av att överlåtelse enligt 12:36 JB bl a kräver att förvärvaren ska bedriva samma typ av rörelse som gäldenären gjort.[128] Själv instämmer jag i den kritiken och menar, att i vart fall lokalhyresgästens *konkursbo* bör ha *rätt att överlåta hyresrätten till en ny hyresgäst med vilken hyresvärden skäligen kan nöjas*. Frågan om konkursbons rätt att överlåta kontrakt är av väsentlig betydelse även vid andra kontraktstyper än hyra av fast egendom. Jag återkom-

[127] Se Frigell/Skiöld i Advokaten 1986 s 349 och 353.

[128] Se häremot, Persson i Advokaten 1986 s 420 ff. Ang just konkursfallet förbiser Persson enligt min mening, *dels* att hyresvärdens intresse måste vägas mot övriga borgenärers intresse av att få ut något av det ofta avsevärda värde hyresrätten representerar, *dels* att hyresvärden endast är en av många borgenärer i konkursen, som varit oförsiktiga nog att upprätthålla affärsförbindelse med en konkursmässig person och som inte sett till att komma ifrån avtalet i tid. Att hyresvärden i det uppkomna läget då får tåla en del olägenheter, liksom andra avtalsparter till gäldenären får göra det med hänsyn till konkursboets i förhållande till den enskilda borgenärens principiellt tyngre vägande intresse av en gynnsam boavveckling, är på intet sätt oskäligt. Med den föreslagna regeln, som endast tvingar hyresvärden att godta en ny hyresgäst som han "skäligen kan nöjas med", bör värdens intresse i denna situation vara tillräckligt tillgodosett.

mer därför efter genomgången av de enskilda avtalstyperna med överväganden om en generellt utformad överlåtelseregel.[129]

I *12:38 JB* bör vidare ett förtydligande eller tillägg göras i form av en ny sista punkt i enlighet med vad som förespråkats ovan:

> Sker överlåtelse i hyresgästens konkurs, svarar dock varken konkursboet eller den tillträdande hyresgästen för förpliktelserna enligt avtalet för tiden före konkursen.

De av mig i övrigt förespråkade reglerna för lokalhyresgästens konkurs har redan ovan, i form av *en reviderad 12:31 JB*, sammanfattats. Den diskussion som härefter förts har inte föranlett några ändringar. Om *en generell reglering för ömsesidigt förpliktande avtal införs i konkurslagen*, kan särreglerna för hyra skrivas kortare.

2.3.4.10 Hyresprivilegiet bör avskaffas, åtminstone för tid efter konkursutbrottet

I och med att hyresvärden till en hyresgäst, som bedriver näringsverksamhet i lokalerna, blir säkrad med en massafordran på hyra under viss tid i konkursen, även då boet sedermera inte visar sig inträda i avtalet, bör *förmånsrätten avskaffas för tid efter konkursutbrottet*. Huruvida förmånsrätten helt bör avskaffas faller egentligen utanför den här boken att bedöma. Möjligen vore ett helt avskaffande olämpligt. För det syfte som förmånsrätten ska fylla *innan* konkursen är ett faktum är den måhända viktig. Ett helt avskaffande skulle kanske föranleda onödiga konkurser, särskilt som "massaställning" inte går att få vid betalningsinställelse och ackord medan förmånsberättigade borgenärer slipper nedsättning av sina fordringar vid offentligt ackord. Å andra sidan kan man fråga sig varför just hyresvärdar (och jordägare) ska ha förmånsrätt. För ett företag med exempelvis leasade anläggningstillgångar kan det vara precis lika viktigt att upplåtaren/leasegivaren kan medge viss kredit vid nyttjarens sviktande ekonomi, utan att omedelbart se sig tvingad att häva avtalet och återta egendomen och kanske därmed framtvinga konkurs. Motsvarande läge kan föreligga t ex vid exklusiva licensupplåtelser men inte heller här ges upplåtaren förmånsrätt.

2.3.5 Arrende

2.3.5.1 Sammanfattning av gällande rätt

Reglerna för arrendatorns konkurs vid olika arrendetyper har behandlats i det packade avsnitt 2.2.3 ovan. Redan där utsattes vissa regler för kritik. I den del kritiken

[129] Se kap XI nedan.

gällde den s k tioårsregeln i 8:18 2 st och 9:30 2 st JB nöjer jag mig med att här hänvisa till den tidigare framställningen. Kort kan ändå nämnas, att tioårsregeln innebär att jordägaren, vid uppsägning på grund av konkurs av ett avtal som ingåtts för minst tio år, ska utge skälig ersättning för arrenderättens värde om inte annat avtalats före konkursen. Min slutsats ovan var att såväl 8:18 2 st som 9:30 2 st JB bör avskaffas. Det förstnämnda lagrummets existens beror på ett förbiseende av 1969–70 års lagstiftare. Tioårsregeln för bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende saknar även bortsett från detta grund för sig. I stort gäller detsamma för jordbruksarrenderegeln i 9:30 2 st JB.

Återstående lagregler för arrendatorns konkurs (8:17–18 och 9:30 JB) ser systematiskt sammanställda ut på följande sätt. (Där inget annat sägs avses samtliga arrendetyper.)

> Om arrendatorn försätts i konkurs får konkursboet säga upp avtalet.
>
> Har arrendestället *inte tillträtts* då konkursen inträffar, får vid *jordbruksarrende* även jordägaren ovillkorligen säga upp avtalet. Vid *bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende* får jordägaren säga upp avtalet först om han inte har sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig och han inte heller erhåller sådan säkerhet inom en vecka efter anfordran. Vid *fiskearrende* får fastighetsägaren inte alls säga upp avtalet på grund av konkursen.
>
> Inträffar vid *jordbruksarrende* konkursen *efter tillträdet*, och har inte jordägaren sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig, får hyresvärden säga upp avtalet
>
> 1. om inte sådan säkerhet ställs inom en månad efter anfordran,
> 2. om inte konkursboet inom samma tid förklarar sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden, eller
> 3. om inte, när arrenderätten får överlåtas, överlåtelse sker.[130]
>
> Vid *övriga arrendetyper* får jordägaren/fastighetsägaren inte alls säga upp avtalet på grund av konkursen.
>
> Sägs avtalet upp enligt första, andra eller tredje stycket, har jordägaren/ fastighetsägaren rätt till ersättning för skada.

För en riktig uppfattning om rättsläget måste härutöver nämnas, *att* avtalet upphör omedelbart då uppsägning sker före tillträdet,[131] *att* avtalet upphör den 14 mars som inträffar närmast sex månader efter uppsägningen då tillträde skett,[132] *att* jordägaren, under uppsägningstid som löper i konkursen och under vanlig avtalstid i de fall där konkursen inte ger honom någon särskild uppsägningsrätt, anses skyldig att låta konkursboet utnyttja arrenderätten utan att han får kräva säkerhet eller massafordran för tryggande av arrendeavgiften, *att* jordägaren till en arrendator som bedriver näringsverksamhet visserligen kan vara säkrad med förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL, *att* denna förmånsrätt således kommer ifråga främst vid anläggnings- och jordbruksarrende, mera sällan vid lägenhetsarrende, så gott som aldrig vid bostadsarrende och aldrig vid fiskearrende *samt att* jordägaren vid de två sistnämnda arrendetyperna således normalt inte har någon som helst säkerhet för motprestationen på vad han presterar till boet i konkursen.

Till detta ska läggas *att* en arrendators konkursbo enligt motiven inte kan inträda med massaansvar i arrendeavtal annat än genom en uttrycklig förklaring därom, *men*

[130] Slutklämmen "i enlighet med avtalet" i 9:30 1 st JB har här borttagits med hänsyn till den nya överlåtelseregeln i 9:31 3 st JB.

[131] 8:4 2 st 2 p JB. Jfr dock 8:5 3 p JB.

[132] 8:4 2 och 3 st samt 8:5 1 p JB.

att boet, även då arrendeavgiften för nyttjande i konkursen endast är konkursfordran, är skyldigt att betala avgiften för att inte arrenderätten ska förverkas och avtalet sägas upp enligt allmänna regler. Jordägarens skadeståndsfordran vid avtalets avbrytande är dock endast en konkursfordran. Detsamma gäller för övriga krav som grundas på arrendeavtalet. Observera avslutningsvis också, att jordägarens uppsägning på grund av arrenderättens förverkande, t ex därför att konkursboet försummat att betala arrendeavgift, inte som vid hyra medför att avtalet omedelbart upphör. I stället upphör avtalet, enligt 8:4 1 st JB, att gälla den 14 mars som inträffar närmast efter uppsägningen, om inte rätten finner det skäligt att ålägga boet att flytta tidigare.

2.3.5.2 Reformförslag

Tillträde har inte skett före konkursen. Konkursboet får säga upp alla typer av arrendeavtal till omedelbart upphörande. Liksom vid hyra av lokal finns inget sakligt att erinra mot denna regel.

För jordägarens uppsägningsmöjligheter och – omvänt – konkursboets möjligheter att kvarstå vid avtalet, gäller delvis olika regler för olika arrendetyper. Jordbruksarrendatorns konkursbo får alltid finna sig i att omedelbart gå miste om arrenderätten då jordägaren önskar häva, medan bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrendatorns bo ges möjlighet att rädda avtalet genom att ställa säkerhet på samma sätt som vid hyra, jfr 12:31 2 st JB. Bäst ställt är fiskearrendatorns konkursbo, som kan tillträda fisket eller fortsätta att utnyttja arrenderätten utan att några nya försäkringar eller åtaganden behöver göras för att säkra upplåtaren. Inte vid någon arrendetyp kan konkursboet, mot jordägarens vilja, kvarstå vid avtalet genom att "bara" förklara sig inträda med massaansvar.

Bör den ovillkorliga hävningsrätten för jordägaren vid *jordbruksarrende* bibehållas? Skälen för nuvarande ordning ges i motiven till 1907 års nyttjanderättslag: före tillträdet hade inte jordägaren någon nytta av den då gällande retentions- och förmånsrätten och arrendatorn kunde inte före tillträdet ha lagt ned några investeringar på fastigheten som boet skulle kunna realisera genom en överlåtelse.[133] Det första argumentet är i och för sig hållbart än idag. Inget nämnvärt underlag för företagshypotek torde finnas innan tillträde skett och jordbruksrörelsen satts igång. Jämför dock att tioårsregeln i 9:30 2 st JB ger konkursboet rätt till skälig ersättning för arrenderättens värde även då uppsägning sker före tillträdet av arrendestället. Tydligen har lagstiftaren utgått från att även ett icke tillträtt arrende kan representera ett ekonomiskt värde som konkursboet bör få del av. Jämför också att en arrenderätt enligt ett minst tioårigt avtal kan överlåtas till annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas även om inte tillträde skett, 9:31 2 st JB. Först ska dock jordägaren ges möjlighet att lösa arrenderätten mot skälig ersättning. Denna regel bör kvarstå även om den konkursanknutna tioårsregeln i 9:30 2 st JB avskaffas. Boet kan således få lösen av jordägaren även om den sistnämnda regeln avskaffas. Observera dock även att 9:31 2 st JB är dispositiv och att detta även gäller då överlåtelse sker i konkurs, vilket ska jämföras med de för konkursfallet relevanta överlåtelsereglerna för bostadsarrende och anläggningsarrende i 10:7 resp 11:7 JB, vilka är tvingande till boets förmån.[134]

[133] NJA II 1908 s 98, jfr SOU 1969:5 s 177 vsp.

[134] Vid bostadsarrende kan dock överlåtelserätten med giltig verkan inskränkas om detta godkänts av arrendenämnden, 10:7 4 st JB.

Däremot är överlåtelserätten enligt 9:31 *3 st* JB redan idag tvingande till arrendatorsidans förmån. Boet kan alltså med arrendenämndens tillstånd alltid överlåta ett visstidsarrende till gäldenärens make eller avkomling om arrenderätten avser ett utvecklat eller utvecklingsbart lantbruksföretag. Tillstånd ska ges om inte jordägaren har befogad anledning att motsätta sig överlåtelsen. Och arrenderätten kan i och för sig gälla ett utvecklingsbart lantbruksföretag även om det aktuella arrendestället inte tillträtts före konkursen, t ex om arrendatorn i syfte att sanera ekonomin sagt upp ett dyrare och större arrende och vid konkursutbrottet inom kort planerat att tillträda ett som är mer anpassat till de ekonomiska realiteterna.

Sammantaget menar jag att överlåtelsereglerna i 9:31 JB talar för att boet bör ha rätt inträda i ett avtal om jordbruksarrende även då gäldenären/arrendatorn inte tillträtt arrendestället före sin konkurs.

Lagberedningen ansåg det inte vara självklart att jordägaren skulle ha ovillkorlig hävningsrätt då tillträde inte skett före konkurs. Beredningen kunde således tänka sig, att konkursboet (eller en borgensman) "någon gång har ett intresse av att tillträda arrendet" men ansåg att man kunde "bortse från sådana undantagsfall".[135] Frågan är dock om det inte är lämpligare att lägga detta avgörande hos konkursboet i det konkreta fallet, i stället för att lagstiftaren ska "sitta och bortse" från fall som när de trots allt uppkommer kan vara nog så viktiga. Och hör bara beredningens förlitan på konkursförvaltarnas omdöme när det gäller att avgöra, om boet ska inträda eller inte då tillträde av arrendestället skett före konkurs:[136]

> "Man måste kunna förutsätta, att konkursförvaltningen tänker sig för och i större förhållanden dessutom samråder med expertis. Jordägaren har ju också sin vanliga uppsägningsrätt vid kontraktsbrott, om konkursförvaltaren skulle ha missräknat sig och ej i rätt tid fullgör arrendatorns skyldigheter. I fråga om större arrenden torde vanligen arrendet utgå i förskott eller också säkerhet ha ställts. Det har visserligen förekommit, att konkursbo ej förmått betala sin massagäld, men som regel torde konkursförvaltningen vara försiktig."

Motsvarande förtroende bör kunna ges förvaltaren också före tillträdet av arrendestället. Observera också att ett inträde inte behöver innebära ett så definitivt och avgörande steg, om konkursboet tilläggs rätt att efter inträde säga upp avtalet med kortare varsel än vad de vanliga uppsägningsreglerna leder till och även att jordägaren aldrig bör vara skyldig att prestera i konkursen om han inte i det konkreta fallet är tryggad genom massaansvar, förmånsrätt eller ställd säkerhet. Och om – men också endast om – *boets solvens* kan ifrågasättas, bör särskild säkerhet kunna avkrävas boet utöver massaansvaret.

Sammanfattningsvis menar jag således att jordbruksarrendatorns konkursbo bör ges samma rätt att inträda oavsett om arrendestället tillträtts eller inte före konkursen. Rent sakligt är boets intresse av att inträda här i och för förhållandevis svagt, men detta bör vara en sak som läggs på konkursförvaltaren att avgöra i det enskilda fallet.

Vilka regler bör härefter gälla vid *bostads-*, *anläggnings- och lägenhetsarrende* då konkursen inträffar före tillträdet? För närvarande kan jordägaren här som framgått häva avtalet, om han inte har nöjaktig säkerhet för avtalets fullgörande och inte heller får sådan inom en vecka efter anfordran, 8:18 1 st JB. Regeln går tillbaka på en likalydande regel i 1907 års nyttjanderättslag, för vad som då (och fram till 1968) be-

135 SOU 1969:5 s 180 vsp.

136 A bet s 181 hsp.

nämndes lägenhetsarrende, dvs alla upplåtelser av jord för annat ändamål än jordbruk.[137] Som framhållits ovan gjordes den gamla regeln för lägenhetsarrende utan diskussion tillämplig på bostads- och anläggningsarrende när allmän lagstiftning för dessa båda arrendetyper infördes i slutet av 60-talet. Meningen var att lagberedningen skulle ta ställning till konkursreglerna i samband med förslaget till förmånsrättslag. Beredningen godtog dock utan närmare överväganden vad som sålunda gällt sedan 1968. Och reglerna inarbetades sedan rutinmässigt i nya JB.

I avsnitt 2.3.3 ovan diskuterades motsvarande regel för hyra, se 12:31 2 st JB. Slutsatsen blev att lokalhyresgästens konkursbo bör ha samma rättigheter oavsett om lokalerna tillträtts eller inte före konkursen vilket innebär (se avsnitt 2.3.4), att konkursboet bör ha rätt att rädda avtalet genom att förklara sig inträda med massaansvar för hyresgästförpliktelserna fr o m konkursutbrottet. Lokalhyresregeln bör först och främst vara överförbar på *anläggningsarrende*, där parternas relation väsentligen är affärsmässig, men även på *lägenhetsarrende*, där det personliga momentet i vart fall inte typiskt sett är framträdande.

Den principiella diskussionen om valet mellan alternativen inträde med massaansvar och säkerställande utan massaansvar är relevant också vid *bostadsarrende*. Här kan dock tveksamhet råda om ett inträde av ett konkursbo är lämpligt med hänsyn till upplåtelsens personliga karaktär. Enligt gällande rätt har denna aspekt emellertid inte tillagts betydelse, då konkursboet enligt 8:18 1 st JB kan tillträda arrendet och påbörja nyttjandet om boet bara säkerställer jordägaren på nöjaktigt sätt. Och har tillträde skett före konkursen, har jordägaren över huvud taget ingen särskild uppsägningsrätt. Enligt 10:7 3 st JB kan bostadsarrendatorns konkursbo vidare överlåta arrenderätten "till annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas", vilket innebär att rätten är "sådan att den kan utmätas" i 3:3 KL:s mening och därmed ingår i boet som förmögenhetsmassa. Något sakbeneficium finns heller inte stadgat i 5:1 UB för bostadsarrenderätt, motsvarande vad som gäller för hyresrätt och bostadsrätt, trots att arrendatorn i många fall stadigvarande bor i eget hus på arrendestället, se definitionen i 10:1 JB.[138] Inte heller är konkursboets uppsägning av ett avtal om bostadsarrende beroende av arrendatorns/gäldenärens samtycke, såsom fallet är vid hyra, jfr 12:31 1 st 2 p med 8:17 JB. Samtycke krävs inte ens då arrendatorn har sin permanentbostad på arrendestället.

Jordägaren har vid bostadsarrende således inte något av lagstiftaren erkänt intresse av att få vägra ett konkursbo som motpart. *För boet* är dock själva utnyttjandet av arrenderätten normalt av ringa intresse. Liksom vid hyra av bostadslägenhet gäller att boet givetvis inte har något intresse av att "få bo" i stället för gäldenären. Intresset torde snarare ligga i att *dels* slippa behöva betala arrendeavgiften för gäldenärens bostad som beneficium, *dels* avlastas från ytterligare i konkursen uppkommande och bevakningsbara fordringar på arrendeavgift, *dels också* – och framför allt – kunna sälja småhuset och arrenderätten. 10:7 JB ger boet förhållandevis goda möjligheter till en sådan försäljning utan jordägarens samtycke.

Men vad har nu överlåtelsereglerna att göra med frågan om boet ska ha inträdesrätt eller inte? Om boets intresse är att via en försäljning få in pengar för arrenderätten, varför då inte låta jordägarens uppsägningsrätt enligt 8:18 JB vara direkt avhängig av att boet överlåter arrenderätten inom en viss tid efter jordägarens för-

137 Se härtill och för det närmast följande 2.2.3.2 vid not 79 ff.

138 Enligt uppgift hos Rittri s 14 och 16 uppskattades 1980 ca 10 500 småhus för permanentboende stå på arrenderad mark.

frågan, på samma sätt som nu gäller då konkurs inträffar efter nyttjanderättshavarens tillträde vid jordbruksarrende och lokalhyra? Varför krångla till det hela genom att gå vägen över ett inträde?

Flera skäl talar för att alltid gå vägen över boets inträde. Till en början torde det många gånger vara svårt att snabbt få egendomen såld och då bör jordägaren vara säkrad med en massafordran för den tid som hinner förflyta i konkursen innan försäljning kommer till stånd. Även reglerna om fördelningen av överlåtarens och förvärvarens ansvar för överlåtarens "gamla" skulder till jordägaren, talar för att boets överlåtelse av en bostadsarrenderätt alltid bör ske "från massaplanet". Grundregeln vid en dylik överlåtelse är säkerligen att överlåtaren svarar för de förpliktelser som bort fullgöras före överlåtelsen och förvärvaren för tiden därefter. Jordägaren bör åtminstone subsidiärt även kunna kräva förvärvaren för icke fullgjorda arrendatorförpliktelser från tiden före överlåtelsen, jfr 12:38 2 p JB.[139]

Om vi nu antar att boet bör ha rätt att överlåta arrenderätten *innan det inträtt* i arrendeavtalet med massaansvar för arrendatorförpliktelserna, och att vissa arrendeavgifter utestår obetalda såväl för tid före som för tid efter konkursutbrottet men före överlåtelsen, innebär det att de oguldna avgifterna är konkursfordringar oavsett om de belöper sig på tiden före eller efter konkursutbrottet. Antar vi vidare att boet konkursrättsligt inte behöver betala fullt för konkursfordringar, även om de avser tid efter konkursutbrottet, innebär det, att förvärvaren av arrenderätten blir tvungen att betala dessa avgiftskrav för att inte den arrenderätt han köpt ska förverkas (jfr 12:38 2 p JB), vilket i sin tur innebär att boet får ett lägre pris vid försäljningen och att detta i praktiken medför att boets begränsade konkursrättsliga ansvar saknar värde. Antar vi däremot att boet redan på konkursrättsliga grunder måste betala avgifter för tid före överlåtelsen även om jordägarens fordran endast är en konkursfordran – vilket jag de lege lata antog vara fallet vid hyra ovan – blir resultatet åtminstone mera konsekvent. Det är dock betänkligt att en medkontrahent ska tvingas prestera under konkurs utan att hans anspråk på motprestation är säkrad. Om kontraktsbrott begås saknar ju boet då massaansvar härför.

Som sagts tidigare bör en framtida reform i stället bygga på den enkla principen, att en medkontrahents fordran enligt ett hyres- eller arrendeavtal är en konkursfordran för tid fram till konkursutbrottet och en massafordran därefter. Utgår man från denna premiss kan en överlåtelse av en arrenderätt aldrig ske annat än "från massaplanet". Detta innebär också att ansvaret enligt 12:38 2 p JB och motsvarande regler blir enklare att fastslå. *Boet svarar då jämte förvärvaren för obetald arrendeavgift i den mån den hade massastatus i konkursen.* Fordringar som avser tid före konkurs är bara konkursfordringar och sådana kan inte krävas betalda av förvärvaren eller boet. Överlåtaren bör alltid anses vara *konkursboet som sådant* då överlåtelse sker "från massaplanet" och för konkursfordringar svarar ju inte boet.

Sammanfattningsvis menar jag att också bostadsarrendatorns konkursbo bör kunna avvärja jordägarens uppsägning av avtalet genom att förklara sig inträda. Därefter kan boet realisera värdet av nyttjanderätten (och huset) genom en överlåtelse enligt 10:7 JB. En överlåtelse av arrenderätten bör däremot inte beta jordägaren uppsägningsrätten om den görs från "konkursfordransplanet", dvs om inte inträde först sker.

[139] Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 642 f, 718 f och 728, densamme, Lärobok s 257 f, 271, 297 och 300 samt densamme, Sakrätt s 120 f. Jfr också Lejman, Om begreppet nyttjanderätt s 118, Bengtsson, Nyttjanderätt s 136 och Hellner II s 168 f.

Återstår så att bedöma om motsvarande regler bör gälla för *fiskearrende* då arrendatorn sätts i konkurs innan fisket tillträtts. Idag ges inte fastighetsägaren någon uppsägningsrätt vid fiskearrendatorns konkurs: 11 § 2 st fiskearrendelagen hänvisar endast till 8:17 JB, som handlar om *konkursboets* uppsägningsrätt. Någon materiell ändring av reglerna för fiskearrende gjordes inte vid lagstiftningen 1969–70.[140] Skälen för nuvarande ordning får i stället sökas i förarbetena till 1957 års fiskearrendelag. I den departements-PM som låg till grund för lagen sägs kortfattat, att jordägaren inte torde böra ha rätt att frånträda avtalet därför att arrendatorn försatts i konkurs. Reglerna mot vanskötsel av fisket och nyttjanderättens förverkande ansågs tillräckliga.[141] Vid remissbehandlingen ifrågasattes dock om inte uppsägningsrätt borde tillerkännas upplåtaren i samma utsträckning som vid lägenhetsarrende (idag: bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende). Det framhölls att någon egentlig motivering för avvikelsen från lägenhetsarrenderegeln inte lämnats och att jordägarens berättigade intresse motiverade att reglerna vid fiskearrende inte gjordes mera oförmånliga för jordägaren än vad som gällde för lägenhetsarrende.[142] Depchefen bemötte inte invändningarna i sak utan framhöll endast att tillräcklig anledning inte fanns för att införa av en sådan bestämmelse.[143]

Jag har i det föregående kritiserat regleringen för fiskearrende.[144] Den innebär att fastighetsägaren är skyldig att låta nyttjandet påbörjas trots att han inte har förmånsrätt, formell säkerhet eller en massafordran på motprestationen. Dessutom torde fiskearrendatorns konkursbo efter 1970 års lagändring (se nuvarande 8:17 JB) inte kunna bli massaansvarigt genom passivitet eller konkludent handlande. Visserligen förverkas arrenderätten enligt 12 § FiskeL om avgifterna inte betalas i tid, men detta innebär ju inte att fastighetsägaren får täckning för sina fordringar på utebliven arrendeavgift och på skadestånd för avtalets förtida avbrytande. Och enligt 8:4 1 st JB jämförd med 4 § 4 st FiskL kan boet, såvida inte rätten finner det skäligt att ålägga boet att avträda fisket tidigare, utan ersättning utnyttja arrenderätten fram till nästföljande 14 mars efter uppsägning på grund av förverkande. *Sammantaget* måste regleringen betecknas som orättfärdig gentemot fastighetsägaren. Denne bör vid fiskearrende ha samma rätt att kräva inträde av boet, vid äventyr av avtalets uppsägning till omedelbart upphörande, som vid andra arrendetyper.

Jag övergår nu till de regler som bör gälla vid arrendatorns konkurs *då arrendestället tillträtts* före konkursen.

8:17 JB ger för närvarande *konkursboet* ovillkorlig uppsägningsrätt vid samtliga arrendetyper. Avtalet upphör att gälla på den fardag (14 mars) som inträffar närmast sex månader efter uppsägningen, 8:4 2 st JB. Liksom vid lokalhyra anser jag att uppsägningsrätten för boet i och för är välmotiverad. På de skäl som anförts för lokalhyra menar jag emellertid att det är onödigt att särskilt ange att boet har uppsägningsrätt: boet kan ju avstå från att inträda enligt 9:30 1 st 2 p, varvid jordägaren får rätt att säga upp. Denna uppsägning har samma rättsföljder som boets uppsägning enligt 8:17 JB. Det är då obehövligt att på två ställen i samma lagbestämmelse skriva ut något som i realiteten är samma sak.

140 Jfr SOU 1969:5 s 190 vsp och prop 1970:142 s 158.
141 Ds 1956:3 s 100 f.
142 Prop 1957:151 s 87.
143 A prop s 91.
144 Se mot slutet av 2.2.3.3 och 2.2.3.4.

Även i övrigt bör slutsatserna för lokalhyra vara lämpliga även för jordbruksarrende. Exempelvis bör ingen uppsägningstid i egentlig mening löpa vid uppsägning efter boets avstående från att inträda. Jordägaren bör i stället *dels* ha goda möjligheter att få framgång med ett påstående om att boet inträtt genom konkludent handlande, *dels* – då näringsverksamhet bedrivs på arrendestället – alltid få en "automatisk" massafordran på arrendeavgift under den tid då boet överväger inträdesfrågan och fram till det att arrendestället utrymts. Sistnämnda regel innebär en slags flexibel, massasäkrad uppsägningstid. Liksom vid hyra bör den bara gälla då tillträde skett före konkurs. Då tillträde inte skett bör jordägaren kunna innehålla sin prestation analogt med 39 § KöpL, varför en automatisk massasäkring inte behövs. Även vid arrende bör vidare förmånsrätten enligt 5 § 1 p FRL, på grund av det just föreslagna, avskaffas för tid efter konkursutbrottet.

Vad som utvecklats angående lokalhyra bör mutatis mutandis också i övrigt vara överförbart på arrende. Detta bör gälla för samtliga här behandlade arrendetyper, dvs jordbruks-, bostads-, anläggnings-, lägenhets- och fiskearrende. Jag hänvisar således allmänt till avsnitt 3.2.4 ovan och till de lagförslag som där gavs.

Endast på en punkt kan en modifiering övervägas. Det gäller *uppsägningstiden då boet säger upp avtalet efter ett inträde*. I arrendeförhållanden kan den tid på tre månader som föreslogs för lokalhyra tyckas väl kort.[145] Enligt 8:4 JB gäller vid uppsägning av ett tillträtt arrende i allmänhet aldrig kortare uppsägningstid än sex månader. Bör då inte konkursboet, vid utövning av sin extraordinära uppsägningsrätt, vid arrende alltid vara skyldigt att iaktta minst sex månaders uppsägningstid? Möjligen bör det vara så, men även lokalhyresvärden får med en generell uppsägningsfrist på tre månader i många fall tåla en avsevärd förkortning av eljest enligt 12:4 JB gällande uppsägningstider. Jag anser att det varken vid hyra eller arrende är oskäligt att hyresvärden/jordägaren, i den gynnsamma konkursavvecklingens intresse, ibland får tåla en icke oväsentlig förkortning av de uppsägningstider som annars är att tillämpa. En uppsägningstid om maximalt tre månader bör därför gälla som tvingande grundregel både vid lokalhyra och arrende. Observera att upplåtaren under denna tid är säkrad med en massafordran på vederlaget. Framstår uppsägningstiden i något fall trots allt som orimligt kort, kan en undantagsregel för undvikande av enstaka oacceptabla resultat införas som en reservutgång.

2.3.6 Förslag till generella regler för hyra och arrende

I det föregående har på åtskilliga ställen konstaterats, att samma eller liknande överväganden i stor utsträckning kan göras för hyra och arrende av fast egendom. Reglerna bör därför i stora stycken kunna göras gemensamma. Huruvida detsamma gäller även för andra typer av nyttjanderätt till fast egendom får jag försiktigtvis låta vara osagt, då utrymmet inte medger att ytterligare nyttjanderättstyper, t ex sådana som nämns i 7:3 JB och bostadsrätt till lokal, analyseras.[146] Det är dock inte

[145] Jfr SOU 1969:5 s 182.

[146] Jfr rättsfallet *NJA 1986 s 136* som gällde skogsavverkningsrätt. Sådana avtal följer i sakrättsligt hänseende reglerna för nyttjanderätt, se 7:3 JB. Av 1986 års fall följer i princip

osannolikt att liknande principer som här förepråkats för hyra och arrende skulle anses lämpliga också i dessa fall. Som sagt är detta dock bara obelagda antaganden.

De regler som jag pläderat för i detta avsnitt 2.3 är alltså i första hand avsedda för hyra och arrende. I lagform kan de generaliseras på följande sätt.

> Om en nyttjanderättshavare till fast egendom försätts i konkurs, får konkursboet inträda i avtalet. Upplåtaren får kräva att boet inom en månad ger besked om det vill inträda.
>
> Inträder konkursboet i avtalet svarar boet för nyttjanderättshavarens förpliktelser för tiden efter konkursbeslutets meddelande. Har boet inträtt får det därefter säga upp avtalet med tre månaders uppsägningstid, om inte kortare tid ska gälla enligt jordabalkens allmänna regler. Står det klart att denna uppsägningstid är alltför kort, med hänsyn till den påtagliga olägenhet som skulle åsamkas upplåtaren, gäller den längre uppsägningstid som i det enskilda fallet får anses skälig.
>
> Gäller avtalet egendom som upplåtits för nyttjanderättshavarens näringsverksamhet och som tillträtts före konkursen, är konkursboet, även om det inte inträder i avtalet enligt första stycket, skyldigt att som massaskuld betala vederlaget för tiden från konkursbeslutets meddelande till dess egendomen utrymts och ställts till upplåtarens förfogande.
>
> Om inte konkursboet inträder enligt första stycket, får upplåtaren säga upp avtalet till omedelbart upphörande. Han har även rätt att kräva ersättning för skada.

att avtalets obligationsrättsliga likhet med köp av lös egendom medför att reglerna i 39–41 §§ KöpL blir analogt tillämpliga. I det aktuella fallet tillämpades regeln i 41 § 2 st KöpL (om konkludent inträde då köparens konkursbo tillgodogör sig säljarens prestation) analogt, då ett konkursbo till en innehavare av skogsavverkningsrätt under konkursen påbörjat och avslutat avverkningen av de träd som nyttjanderätten avsåg. I rättsfallet nämns varken från parternas eller domstolarnas sida de alternativt tänkbara analogierna från 8:18, 9:30 och 12:31 JB. Detta är något förvånande, då ju dessa nyttjanderättsstadganden med motiv ger en motsatt lösning i just frågan, om boets utnyttjande av medkontrahentens prestation ska leda till massaansvar. – Utgången i NJA 1986 s 136 är fullt förenlig med de förslag som jag de lege ferenda ger i detta avsnitt. – För den tidigare diskussionen om 7:3 JB-avtal, se Almén, rubriken till lagen vid not 61 ff, § 14 vid not 19 och i not 20, § 39 vid och i not 111, Lejman, Om begreppet nyttjanderätt s 75 ff, särskilt 94–99 och 117 f, Undén, Fast egendom s 192 f samt Rodhe, Obligationsrätt s 400 med not 44, s 612 och 616. Se dessutom Bengtsson, Hävningsrätt s 575 ff, densamme, Nyttjanderätt s 141 f och Bengtsson/Victorin s 205 f. För rättspraxis, se främst NJA 1900 s 70, NJA 1922 s 102, NJA 1979 s 451 och det nyssnämnda fallet NJA 1986 s 136.

3 Hyresvärdens och jordägarens konkurs

3.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt

3.1.1 Dansk rätt[1]

I Danmark avgörs rättsläget vid hyresvärdens[2] konkurs av de allmänna reglerna i 7 kap DKL om konkursens inverkan på gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal. Detta innebär följande.

Hyresvärdens konkursbo kan *inträda* i avtalet enligt 55 § DKL oavsett om hyresgästen tillträtt lägenheten före konkursen eller inte. Inträdet kan förmodligen ske både genom en uttrycklig förklaring och konkludent handlande enligt allmänna principer. Hyresgästen har rätt att kräva besked av boet utan oskäligt uppehåll. Om boet då uttryckligen eller passivt avstår från att inträda får hyresgästen säga upp avtalet till omedelbart upphörande (häva det), 58 § DKL.

Inträder boet blir det massaansvarigt för hyresvärdens förpliktelser. Huruvida massaansvaret kan begränsas till tiden efter konkursutbrottet har jag inte hittat någon uppgift om. En sådan *partiell inträdesrätt* är enligt 56 § 2 st DKL alltid medgiven vid avtal där medkontrahenten löpande presterar till gäldenären. Det är kanske tveksamt om hyresgästens förpliktelser kan betecknas som löpande i detta lagrums mening. Och även om partiell inträdesrätt tillåts, kan hyresgästen antagligen ändå, enligt 58 § 2 st DKL, *säga upp avtalet på grund av hyresvärdens kontraktsbrott före konkursen*.

Hyresgästen får *innehålla förskottshyra* tills boet ställer säkerhet, 54 § DKL, och hyresgästen kan såvitt hyran betalas i förskott även aktivt *kräva säkerhet* av boet vid äventyr av avtalets hävande, se 57 och 58 §§ DKL. Säkerheten ska i princip täcka den tid förskottsbetalningen avser. Om partiell inträdesrätt erkänns behöver säkerheten bara avse tiden efter konkursutbrottet.

[1] Se för detta avsnitt Gomard s 49 ff, Munch s 350 f, 354 f, 359 och 391 f samt betænkning nr 606/1971 s 121 ff här och där, särskilt s 132–134.

[2] Med hyresvärden menas i det följande även jordägaren vid arrende om inte annat sägs.

Både hyresgästen och hyresvärdens bo kan som grundregel *säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel*. Det gäller oavsett om boet först trätt in med massaansvar eller inte, se 61 § DKL. *Boet* får dock respektera ett längre uppsägningsvarsel om det säkrats genom det offentliga registreringsförfarandet "tinglysning". *Hyresgästen* får å sin sida inte säga upp avtalet om hyresvärden hade rätt att överlåta kontraktet, vilket värden i allmänhet får göra, i varje fall tillsammans med fastigheten. De danska motiven utgår också ifrån att hyresgästen saknar uppsägningsrätt vid hyresvärdens/fastighetsägarens konkurs.[3] Jämför även 1 § tinglysningsloven (1976:464) som säger, att rättigheter till fast egendom ska registreras enligt lagen för att äga giltighet mot tredje man. Av 3 § samma lag följer vidare att avtalade nyttjanderätter till fast egendom, som inte stiftats för längre tid än sex månader och för vilka inte heller gäller en uppsägningstid som är längre än sex månader, är giltiga mot envar utan tinglysning. Vad särskilt gäller hyra av fast egendom står i 7 § lejeloven (1979:237), att hyresgästens rättigheter enligt lagen gäller mot envar utan tinglysning.[4]

Även *förskottsbetalning* av hyra är enligt sistnämnda paragraf giltig mot envar utan tinglysning, om beloppet inte överstiger ett halvårs hyra. Detta innebär att hyresvärdens konkursbo, och även den som köper fastigheten av boet, får godta avräkning på sina hyreskrav upp till det sålunda skyddade förskottsbeloppet. 7 § lejeloven anses också ge hyresgästen en skyddad *rätt att kvitta* en konkursfordran, t ex på återkrav av för mycket betald hyra, mot boets krav på hyra för nyttjande i konkursen, upp till beloppet av sex månaders hyra. Har hyresgästen före konkursen förskotterat större belopp får han finna sig i att betala det överskjutande beloppet på nytt. Hyresgästen får inte kvitta med en större konkursfordran än vad som svarar mot sex månaders hyra, oavsett om boet trätt in i avtalet eller inte. Lejelovens förskottsregel kompletteras av 3 § 2 st tinglysningsloven som föreskriver, att förskottsbetalning av hyra för mer än ett halvt år ska tinglysas om den inte har stöd i ett tinglyst kontrakt.

Sammantagna innebär tinglysnings- och lejelovens speciella regler om avräkning på förskott och kvittning, att konkursboet i många fall bör vara intresserat av att under en tid inträda och fullfölja avtalet under massaansvar, även då betydande förskott utgetts före konkursen och även om hyresgästen har kvittningsgilla motfordringar på hyresvärden. Om hyresgästens avräknings- och kvittningsrätt däremot inte hade begränsats till i normalfallet sex månaders hyra, skulle boet inte haft anledning att inträ-

[3] Se betænkning nr 606/1971 s 133 hsp, jfr Munch s 392 och Ørgaard s 109 not 42–44.

[4] Se till det sagda Karnov s 1782 och 2259 ff samt Tillägg s 139 f.

da i dessa lägen. Någon motprestation för massaansvaret hade då inte kommit boet till godo.[5]

3.1.2 Norsk rätt

Även i Norge tillämpas de generella reglerna om "Bobehandlingens innvirkning på skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser" vid hyresvärdens konkurs.[6] Det innebär till en början att hyresvärdens konkursbo har *rätt att inträda* enligt § 7–3 LFD och att inträdesrätt tillerkänns boet även om inte hyresgästen tillträtt lägenheten före värdens konkurs. Omvänt kan hyresgästen inte häva förrän han frågat boet om det önskar träda in och boet inte gett positivt besked inom skälig tid.

Väljer boet att inträda blir det skyldigt att fullgöra hyresvärdens skyldigheter som massaförpliktelse. Anses hyresgästens förpliktelser vara löpande räknas massaansvaret från konkursutbrottet, § 7–4 st 3 LFD. Anses de inte vara löpande kan konkursboet kräva att få *inträda partiellt* endast om hyresvärdens förpliktelser är delbara och med hänsyn till det inbördes sammanhanget inte bör betraktas som en enhet, § 7–4 st 2 LFD. Jag har inte kunnat finns några angivelser i motiven eller doktrinen hur dessa regler är avsedda att tillämpas vid just hyresvärdens konkurs. Till de problem som kan uppkomma, vid en uppdelning av hyresvärdens prestation på konkursdagen, återkommer jag till vid behandlingen av svensk rätt nedan.

Hyresvärdens kontraktsbrott före konkursen ger hyresgästen rätt att häva avtalet endast om kontraktsbrottet inte står i ett direkt samband med insolvensen, § 7–7 st 1 p 2 LFD. Hur regeln avses att tillämpas vid exempelvis bristande underhåll av uthyrd fastighet nämns inte i motiven. I allmänhet gäller dock att kontraktsbrott avseende naturaprestation ger hävningsrätt mot den kontraktsbrytandes bo i större utsträckning än betalningsdröjsmål.[7]

Hyresgästen kan i Norge liksom i Danmark *innehålla avtalade förskottshyror tills säkerhet ställs*, § 7–2 LFD, och han kan aktivt *kräva säkerhet* för förskottshyra vid äventyr av avtalets hävande enligt § 7–5 LFD. Om partiellt inträde medges räcker det att säkerheten täcker beloppet av förskott som avser tid efter konkursutbrottet.

[5] Se för äldre dansk rätt UfR 1926.526, där hyresgästen tilläts kvitta fordringar på gäldenären mot boets hyreskrav intill den tidpunkt då boet genom uppsägning kunde få avtalet att upphöra, jfr Munch s 315 f och även Lindskog s 192.

[6] Avsnittet gäller också för jordägarens konkurs vid arrende.

[7] Se närmare kap III 2.5.3 och 3.4 ovan.

I motsats till i Danmark kan hyresgästen enligt norsk rätt inte mot boets vilja säga upp avtalet med sedvanligt varsel vid hyresvärdens konkurs. *Endast boet* kan säga upp avtalet med förkortat varsel och då bara efter det att boet först trätt in i avtalet, se § 7–6 LFD. Uppsägningstiden är den sedvanliga eller, om någon sedvana inte föreligger, tre månader. Boets uppsägningsrätt inskränks dock i den utsträckning som hyresgästens rätt gjorts sakrättsligt skyddad via s k "tinglysing", dvs då registrering skett.

I det norska betänkandet motiveras hyresvärdens konkursbos extraordinära uppsägningsrätt enligt § 7–6 LFD fritt översatt på följande sätt.[8]

> Om medkontrahenten har uppnått sakrättsligt skydd genom registrering av sin kontraktsenliga rätt, t ex för en hyresrätt till gäldenärens fasta egendom, är det klart att denna rätt bör kunna göras gällande fullt ut oavsett om boet inträder i avtalet i dess helhet eller bara för en begränsad tid. Men det kan ändå vara av betydelse om boet träder in eller inte, och det kan också tänkas att boet har behov av en rätt till tidsbegränsade inträden. Gäldenären har t ex hyrt ut fabrikslokaler på tio år och i hyresavtalet åtagit sig vissa förpliktelser avseende renhållning, uppvärmning och leverans av varmvatten, underhåll och vakthållning. Kontraktet registreras. Två år senare försätts gäldenären i konkurs. Hyresgästen har då en skyddad hyresrätt: han kan kräva att få disponera lokalerna för den återstående avtalstiden oavsett om boet inträder eller inte. Han har däremot inget sakrättsligt skyddat anspråk på fullgörelse av hyresvärdens biförpliktelser. Om boet inte träder in bör han därför kunna välja mellan att fortsätta hyresförhållandet utan att få dessa prestationer (men då mot en motsvarande lägre hyra) och att häva avtalet. En sådan hävning kan boet emellertid vara intressat av att förhindra: fabriksbyggnaden ligger kanske avsides och det kan vara svårt att få nya hyresgäster. Därtill kommer att gäldenärens rörelse ska fortsätta i samma byggnad någon tid, vilket medför att uppvärmning etc av lokalerna ändå kommer att ombesörjas. Å andra sidan kommer boet att försöka undvika att påta sig ett fullt ansvar hyresvärdsförpliktelserna för de återstående åtta åren; det kan t ex efter en tid visa sig vara olönsamt för boet att ha kvar byggnaden.

Enligt 12 § tinglysingsloven (1935:2) kan avtal som går ut på att stifta, förändra, överlåta, behäfta, erkänna och upphäva rätter till fast egendom tinglysas.[9] Enligt 23 § samma lag står sig en rätt grundad på avtal vid konkurs, om rättigheten införts i dagboken senast dagen före konkursutbrottet. En bruksrätt – t ex en nyttjanderätt till fast egendom – som stiftats för högst tre månader eller som kan uppsägas med högst tre månaders varsel eller till "vanlig flyttetid" med sedvanemässigt varsel, gäller dock mot tredje man utan tinglysing, se 22 § 3 p tinglysingsloven.

Förskottsbetalning av hyra är verksam mot en godtroende förvärvare av fastigheten, och även mot hyresvärdens konkursbo, om förskottet tinglysts. I de fall då tinglysing av kontraktet enligt 22 § 3 p tinglysingsloven

[8] NOU 1972:20 s 319 vsp.

[9] Se härtill och för det följande Harbek/Solem s 144 f och 155 f, Brækhus/Hærem s 444 f, jfr 518 samt Brækhus, Tinglysing s 120 ff.

inte krävs för sakrättsligt skydd, är förskottsbetalning utan särskild åtgärd skyddad mot förvärvare och konkursbo i samma utsträckning. Om ett förskott inte tinglysts i ett fall, där detta krävs för uppnående av sakrättsligt skydd, får hyresgästen finna sig i att betala på nytt till den nye ägaren eller till konkursboet.

Enligt Brækhus & Hærem är även bruksrätter av längre varaktighet än tre månader skyddade utan tinglysing "i samme tidsrom", om bruket tillträtts före konkursen. Även *icke tinglysta förskott* sägs vara skyddade i samma utsträckning. I vissa fall kan också hyreslagstiftningens regler ge hyresgästerna ett bättre skydd än vad som följer av tinglysingslovens regler.[10]

3.1.3 Tysk rätt

Särregler för upplåtarens konkurs vid hyra och arrende återfinns i § 21 KO. Vad som i det följande sägs om hyra gäller även för arrende där inte annat anges.[11]

Då hyresgästen inte getts möjlighet till avtalsenligt brukande före konkursen, förenklat sagt *då lägenheten inte tillträtts före konkursen*, är dock inte § 21 KO tillämplig. I brist på särregler gäller i stället den generella inträdesregeln i § 17 KO. Enligt denna har hyresvärdens konkursbo valrätt mellan att inträda i avtalet och att avstå därifrån på vanligt sätt. Inträder boet måste det fullgöra samtliga hyresvärdens skyldigheter under massaansvar. Partiellt inträde tillåts inte. Ingendera sidan kan efter inträdet säga upp avtalet i större utsträckning än vad som följer av de vanliga hyresreglerna. Förtida förfoganden över hyror torde vara fullt verksamma mot boet. Boet anses vara tillräckligt skyddat genom sin rätt att avstå från att inträda i hyresavtalet. Hyresgästen torde även få kvitta konkursfordringar mot boets krav på hyra för nyttjande i konkursen.[12] Avstår boet från att inträda omvandlas avtalet till ett ensidigt skadeståndskrav för hyresgästen. Kravet är en vanlig konkursfordran, § 26 KO.

Då hyresgästen tillträtt lägenheten före konkursutbrottet blir särreglerna i § 21 KO tillämpliga. Enligt första stycket står sig avtalet mot boet då egendomen tillträtts före konkursen. Hyresgästen är alltså sakrättsligt skyddad. Boet har ingen särskild uppsägningsrätt utan är i princip tvunget att fullgöra hyresvärdens skyldigheter. Inte heller hyresgästen får i detta läge säga upp avtalet på grund av konkursen. De *förpliktelser som*

[10] Se Brækhus/Hærem a st.

[11] Se för detta avsnitt Jaeger/Henckel s 626 ff, Kilger s 116 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 472 ff, Baur/Stürner s 410 f och Marotzke s 230 ff (på spridda ställen).

[12] Se Jaeger/Henckel s 629.

belöper sig på tiden efter konkursutbrottet blir massaskulder, se § 59 st 1 p 2 KO. Boet inträder således "automatiskt" med verkan från konkursutbrottet. Detta kan även uttryckas så, att hyresgästen har sakrättsligt skydd för samtliga sina avtalsgrundade anspråk på hyresvärden.

När boet förr eller senare säljer fastigheten genom vanlig frivillig eller exekutiv försäljning, kan hyresgästen ändå tvingas att flytta. Enligt § 21 st 4 KO får boets frivilliga försäljning av fastigheten verkan på hyresavtalet som en exekutiv försäljning. Det innebär att avtalet i och för sig består mot *den nye ägaren till fastigheten* enligt § 571 BGB – oavsett om han köpt under hand eller exekutivt – men att den nye ägaren får säga upp hyresgästen i förtid enligt § 57a lagen "über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung" (ZVG). Lagstadgade uppsägningstider ska tillämpas. Den nye ägaren förlorar uppsägningsrätten om han inte använder den inom viss, kortare tid. Om lägenheten omfattas av de särskilda hyresgästskyddsreglerna, är uppsägningsrätten ytterligare inskränkt. Häri kan jag inte fördjupa mig här.

§ 21 st 2 KO ger särskilda regler om *hyresvärdens/gäldenärens förfoganden över framtida hyror före konkursen*. Endast tillträdda lägenheter avses. Sammanställda med § 12 i en förordning "über Massnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung" från 1933 innebär reglerna, att gäldenärens förfoganden – särskilt nämns hans inkassering av förskottshyra – endast är giltiga mot hyresvärdens konkursbo om de avser den vid konkursutbrottet löpande kalendermånaden. Inträffar konkursen efter den 15:e i månaden, är dock förtida hyresförfoganden giltiga mot boet även för den följande kalendermånaden.

> Exempel: Vederlaget enligt ett avtal om hyra av kontorslokaler ska betalas kvartalsvis i förskott. Konkurs hos hyresvärden inträffar den sjunde januari och förskott för det första kvartalet på året har uppburits veckan dessförinnan. § 21 st 2 KO innebär då att hyresgästen får tillgodoräkna sig en tredjedel av det utgivna förskottet, dvs den del som avser den vid konkursutbrottet löpande kalendermånaden januari. Hyran för februari och mars får betalas på nytt, nu till boet. – Inträffar konkursen i stället den 20:e januari får hyresgästen "bara" betala hyran för mars månad två gånger.

Ett förtida förfogande i § 21 st 2 KO:s mening anses inte föreligga, då hyran bestämts till ett fast belopp för hela avtalstiden och ska erläggas vid en tidpunkt som ligger före konkursutbrottet och också erlades då. Inte heller gäller § 21 st 2 KO då förskottsbetalningen betingats för finansiering av en på- eller tillbyggnad som påverkar fastighetens värde. I övrigt är lagrummet emellertid tillämpligt på varje förskottsbetalning av hyra som bestämts för periodiska tidsavsnitt. Att förskottet var avtalat redan från början och gäller hela hyrestiden saknar då betydelse. § 21 st 2 KO omfattar vidare inte bara förskottsbetalning av hyra utan även andra förfoganden, t ex pantsättning och säkerhetsöverlåtelse av de

framtida hyresintäkterna. Och även om ett förtida förfogande är giltigt mot boet enligt § 21 st 2 KO, kan förfogandet bli föremål för återvinning i konkurs i vanlig ordning. Till sist bör nämnas att hyresgästen kan göra gällande en konkursfordran på obehörig vinst motsvarande vad gäldenären berikas genom den dubbla hyresbetalningen.

I § 21 st 3 KO ges *en särskild kvittningsregel* som korresponderar mot andra styckets avräkningsregel. I den utsträckning som förskottsbetalning av hyra är gällande mot boet enligt § 21 st 2 KO, får hyresgästen kvitta en fordran på gäldenären/hyresvärden mot boets fordran på hyra för nyttjande i konkursen. Regeln *utvidgar* hyresgästens kvittningsrätt i förhållande till vad som annars skulle ha gällt: i och med att boet alltid blir massaansvarigt för hyresvärdsförpliktelserna från konkursutbrottet, dvs "automatiskt" inträder partiellt i avtalet, anses hyreskraven för samma tid ha uppstått efter konkursutbrottet. Den allmänna kvittningsregeln i § 55 st 1 p 2 KO medger då *inte* kvittning. § 21 st 3 KO innebär sedan ett undantag härifrån i samma utsträckning som hyresvärden med giltig verkan mot boet hade kunnat förfoga över framtida hyresbelopp enligt § 21 st 2 KO.

Det sagda utgör den härskande åsikten. Häremot har på senare tid hävdats, att eftersom BGH numera – förmodligen – tagit avstånd från begreppet "Wiederkehrschuldverhältnis",[13] så bör boets hyresfordringar inte anses uppstå varje gång ett hyresbelopp förfaller. I stället borde man med den i rättspraxis för köp och entreprenad nyligen bekräftade villkorsteorin – se BGH 14.12.1983 (KTS 1984.284)[14] – anse att alla hyresfordringar grundas på det hyresavtal som ingåtts före konkursen. Och kvittning borde då kunna ske.[15] – BGH har dock i ett annat rättsfall – *BGH 9.2.1983 (ZIP 83.332)* – ungefär samtidigt befäst regeln, att en hyresgäst inte får kvitta en konkursfordran mot boets krav på hyra (eller arrendeavgift) i större utsträckning än vad § 21 st 3 KO tillåter. Domstolen ansåg sig dock inte behöva ta ställning till villkorsteorins vara eller icke vara i detta sammanhang, utan förbjöd kvittning på funktionellt orienterade grunder. Det beaktades även att ingendera sidan kan säga upp avtalet på grund av konkursen och att boet blir massaansvarigt då rättsförhållandet fortsätter. Boet bör då enligt grunderna för bl a § 17 KO få effektivt vederlag som motprestation. Rättsfallet gällde visserligen ackord, men det sägs uttryckligen i målet att samma principer gäller vid konkurs. Resonemangen förs också med utgångspunkt från konkursfallet.

Motsvarande avräknings- och kvittningsregler som enligt § 21 KO gäller för konkursbon gäller också då en hyresrätt efter frivillig överlåtelse av fastigheten kan göras gällande mot en ny ägare, t ex den som köpt fastigheten av boet. Dessa regler återfinns i §§ 573–575 BGB. Enligt § 57 ZVG ska BGB:s regler även tillämpas vid tvångsförsäljning.

13 Se närmare kap III 2.6.4 ovan.

14 Se kap III 3.6 mot slutet.

15 Se Müller, Aufrechnung s 23 ff och 105 och Kuhn/Uhlenbruck s 890 f.

I 1985 års insolvensrättslag särregleras hyresvärdsinsolvens för reorganisationsförfarandets del på samma sätt som idag föreskrivs i § 21 st 1 och st 4 KO.[16] Enda skillnaden är att även icke tillträdda lägenheter ges sakrättsligt skydd mot insolvensboet.[17]

3.2 Gällande svensk rätt

3.2.1 Hyresgästens och arrendatorns sakrättsliga skydd

Nyttjanderättshavarens och konkursboets obligationsrättsliga befogenheter vid fastighetsägarens konkurs måste ses mot bakgrund av nyttjanderättshavarens *sakrättsliga* ställning gentemot konkursboet och även gentemot en ny ägare som köper fastigheten av boet. Här följer därför först en kortfattad redogörelse för det sakrättsliga läget.[18]

Börjar vi med *nyttjanderättshavarens*[19] *förhållande till fastighetsägarens konkursbo*, gäller den oskrivna regeln att redan avtalet ger nyttjanderättshavaren skydd om det bara ingåtts före konkursen. Avtalet upphör alltså inte utan vidare att gälla på grund av konkursen och kan inte heller sägas upp av konkursboet. Nyttjanderättshavaren har således ett mot boet skyddat anspråk på att få fortsätta nyttjandet i konkursen. (Detta betyder *inte* i sig att fastighetsägarens övriga förpliktelser utöver det grundläggande upplåtandet av lägenheten, t ex underhållsskyldighet, måste fullgöras av boet, se härom i stället avsnitt 3.2.3 nedan.) Då boet säljer fastigheten, antingen genom vanlig ("frivillig") försäljning eller exekutivt enligt reglerna i 12 kap UB (se 8:6 KL), kan nyttjanderättshavaren dock i vissa fall gå miste om sin rätt att få nyttja.

[16] Leitsatz 2.4.1.5, se Insolvenzrecht I s 222 f.

[17] De särskilda avräknings- och kvittningsreglerna i § 21 st 2 och st 3 KO upptas inte, vilket kan bero på att några särskilda kvittningsregler över huvud taget inte getts för reorganisationsförfarandet, se Insolvenzrecht I s 266 f, jfr 337 ff.

[18] Se härtill Hessler s 328 ff (jfr 318–323), Bengtsson/Victorin s 242 ff (jfr 129–131), Rodhe, Sakrätt s 567 ff och 581 ff, Boman i Festskrift till Hessler s 65 ff och Westerlind, 7 kap s 246 ff. Jfr också Forssell s 133–145 och 224–226. För motiven till 12 kap UB, se SOU 1968:64 och prop 1971:20. – De särskilda reglerna om ändrings- och tilläggsavtal i 7:7 och 7:8 JB kommer jag inte att gå in på. Se i stället Rodhe a st och Bengtsson/Victorin s 247 ff.

[19] Med "nyttjanderättshavaren" avses i det följande, om inte annat anges, alla nyttjanderättshavare till fast egendom som grundar sin rätt på avtal med undantag för bostadsrättshavare och gravrättsinnehavare.

Vid *vanlig, "frivillig"* [20] försäljning står sig nyttjanderätten först och främst om den inskrivits innan den nye ägaren sökt lagfart, 7:14 1 st 1 p och 17:1 JB. En nyttjanderätt som inte inskrivits är fastighetsägaren skyldig att förbehålla enligt 7:11 1 st JB. Har han gjort det står sig nyttjanderätten mot den nye ägaren. Har nyttjanderätten varken inskrivits eller förbehållits klarar den sig ändå då den avser *hyra* och *arrende*, om avtalet är skriftligt och tillträde skett före överlåtelsen, 7:13 1 st JB. Enligt 11 § 1 st lagen om fiskearrende gäller samma regel då en fiskearrendator "tillträtt fisket" före överlåtelsen.[21] Jämför att krav på skriftform enligt 8:3 JB och 2 § FiskL råder vid jordbruks-, bostads-, anläggnings- och fiskearrende men inte vid hyra och lägenhetsarrende. Till sist står sig nyttjanderätten alltid om den nye fastighetsägaren var i ond tro om upplåtelsen, 7:14 1 st 2 p JB.

Om nyttjanderätten inte, trots att tillträde ägt rum, består mot den nye ägaren enligt 7:11-13 JB, gäller den ändå mot honom om han inte säger upp avtalet inom tre månader från överlåtelsen, 7:14 2 st JB. Och om en hyresgäst – läget kan bara uppkomma vid muntliga hyresavtal – sägs upp i tid och princip skulle få finna sig i att flytta enligt 7 kap JB:s regler, kan hyresgästen slutligen åberopa hyreslagens regler om besittningsskydd.

Ska nyttjanderätten gälla mot den nye ägaren enligt allt det nu sagda, fortsätter avtalsförhållandet i princip som tidigare med den nye ägaren som ny upplåtare. Denne är således, enligt 7:17 1 st 1 p och 2 p JB, berättigad att uppbära arrendeavgift, hyra eller annat vederlag för rättigheten i den mån vederlaget förfaller till betalning efter det att den nya ägaren tillträtt fastigheten. Från samma tidpunkt kan han också i övrigt utöva upplåtarens befogenheter enligt avtalet. Omvänt blir den nye ägaren skyldig att uppfylla den tidigare ägarens förpliktelser i den utsträckning de ska fullgöras efter tillträdesdagen, 7:17 2 st JB. Försummas detta blir överlåtaren/den tidigare ägaren skadeståndsskyldig, 7:20 1 st JB. Vill nyttjanderättshavaren hålla sig till överlåtaren måste han dock skriftligen anmäla det inom sex månader från det att han fick kännedom om att fastighetens överlåtits, se 7:20 3 st JB.

I 7:17 1 st 3 p och 4 p JB ges nu dessutom, *dels* en särskild kvittningsregel som i förhållande till 28 § SkbrL inskränker nyttjanderättshavarens rätt att kvitta fordringar på den tidigare ägaren/överlåtaren mot den nye ägarens/förvärvarens krav på vederlag,[22] *dels* en regel som i förhållande till 27 § SkbrL begränsar nyttjanderättshavarens möjligheter att mot den

[20] Termen är inte lyckad men används i avsaknad av bättre, jfr Welamson, Konkurs s 113 f.

[21] Se närmare prop 1957:151 s 59 ff.

[22] Jfr Lindskog s 215.

nye ägaren åberopa bl a förskottsbetalning som utgetts till den tidigare ägaren/överlåtaren. Dessa skyddsregler för den nye ägaren lyder:

> "På belopp, som förfaller till betalning mer än sex månader eller, i fråga om arrende, mer än ett år efter det att rättighetshavaren erhöll kännedom om överlåtelsen eller fick skälig anledning till förmodan därom, får rättighetshavaren icke avräkna fordran hos den förre ägaren. I fråga om sådant belopp gäller ej heller betalning som rättighetshavaren erlagt till den förre ägaren eller annan uppgörelse med denne, om icke den nye ägaren ägde eller bort äga kännedom därom vid överlåtelsen."[23]

Reglerna innebär alltså att en hyresgäst endast får kvitta fordringar på överlåtaren mot hyreskrav från den nye fastighetsägarens sida, om hyreskraven förfaller inom ett halvår från det att hyresgästen kom i ond tro om överlåtelsen. Andra meningens innebörd är i klartext: På hyror som förfaller senare än ett halvår från det att *hyresgästen* kom i ond tro om överlåtelsen, gäller inte förskottsbetalning av hyra som hyresgästen erlagt till överlåtaren, om inte *den nye ägaren* vid överlåtelsen var i ond tro om att förskott utgetts. Vid arrende gäller i båda fallen samma regler, men tidsgränsen är här utsträckt till ett år.

Jag övergår nu till att behandla nyttjanderättens ställning då fastigheten övergår till ny ägare genom *exekutiv försäljning*.[24]

Enligt 7:16 JB gäller en upplåtelse av nyttjanderätt mot en ny ägare till fastigheten endast om försäljningen skett under förbehåll om rättighetens bestånd enligt 12 kap UB eller om den enligt samma kapitel är skyddad utan förbehåll. Är fastigheten taxerad som annan fastighet, och har den vid taxeringen betecknats som hyreshusenhet, gäller dock den särskilda regeln, att skriftlig upplåtelse av bostadslägenhet på obestämd tid *alltid står sig* mot den nye ägaren om tillträde skett före den exekutiva försäljningen. Hyresgäster som tillträtt sina lägenheter i ett hyreshus berörs således normalt inte alls av en exekutiv försäljning.

Övriga hyresrätter och andra nyttjanderätter måste däremot upptas i den s k sakägarförteckningen för att över huvud taget beaktas vid försäljningen. Enligt 12:25 1 st 4 p UB ska som huvudregel endast inskriven eller skriftlig nyttjanderätt (där handlingen är tillgänglig) upptas i förteckningen. Undantag gäller dock för hyresrätter avseende tillträdda bostadslägenheter i hyreshus som inte ska bestå oavsett fastighetens försäljning enligt 7:16 JB, dvs muntliga och tidsbestämda sådana avtal: även dessa ska alltså upptas i sakägarförteckningen.

[23] Motiv: SOU 1960:25 s 325 ff och prop 1970:20 B 1 s 394 f. Jfr Westerlind, 7 kap s 288 ff och Bengtsson/Victorin s 129 f och 249 f.

[24] Endast exekutiv försäljning på offentlig auktion berörs. Vid en försäljning i konkurs torde nämligen "exekutiv underhandsförsäljning" enligt 12:57 ff UB aldrig bli aktuell: boet kan ju redan enligt 8:6 1 st 2 p KL företa en "frivillig underhandsförsäljning". Att utnyttja UB:s underhandsförsäljningsregler är då onödigt. Jfr lagrådet i prop 1971:20 s 564.

Att en hyres- eller arrenderätt upptas i förteckningen innebär normalt att den klarar sig vid en försäljning som begärts av konkursförvaltaren, då denne anses som sökande utan förmånsrätt, 12:26 4 st UB. Alla nyttjanderätter som upptagits i sakägarförteckningen har då bättre rätt än exekutionsfordringen, se 12:29 och 12:32 UB. Nyttjanderätten skyddas då utan förbehåll, 12:33 1 st 2 p UB. Men om en panthavare (eller annan borgenär med bättre förmånsrätt) begär att fastigheten säljs för hans fordran, se 12:13 UB, kan läget försämras för nyttjanderättshavaren. Panthavarens fordran blir då exekutionsfordran, vilket kan medföra att nyttjanderätten får sämre rätt än exekutionsfordringen. Nyttjanderättshavarens remedium är då endast att lösa ut panthavaren genom att betala hans fordran, 12:12 UB.

Om nyttjanderätten enligt det sagda *inte* har bättre rätt än exekutionsfordringen, ska den enligt 12:33 2 st UB särskilt förbehållas "om det saknas anledning antaga att rättigheten belastar fastigheten till beaktansvärd skada för innehavare med bättre rätt." En s k oskadlighetsprövning ska göras.[25] Vid hyra (och även arrende) torde denna ofta utfalla till nyttjanderättshavarens fördel, då någon skadlig belastning på fastigheten sällan kan anses föreligga då nyttjanderättshavaren löpande utger vederlag för sin rätt. Och även om nyttjanderätten inte anses kunna förbehållas särskilt enligt 12:33 2 st UB, kan den ändå komma att förbehållas *vid auktionen* enligt de särskilda utropsreglerna i 12:39 JB. Får nyttjanderätten även här vika, kvarstår den när det gäller hyra och arrende trots allt mot den nye ägaren, om han inte säger upp avtalet inom en månad från tillträdet, 12:46 2 st UB. Vanliga uppsägningstider ska tillämpas. Iakttas enmånadsfristen kan hyresgästen och arrendatorn slutligen, "som grädde på moset", åberopa reglerna om besittningsskydd, 12:46 3 st UB. Bryts nu även detta sista skyddsnät för nyttjanderättshavaren, får han kräva skadestånd av den förre ägaren, 7:19 JB.

För det fall nyttjanderätten består mot den nye ägaren, ska denne svara för ägarens skyldigheter fr o m tillträdesdagen, 12:46 1 st UB. Underlåter han detta blir den förre ägaren subsidiärt skadeståndsskyldig, 12:47 5 st UB och 7:20 1 st JB. Liksom vid frivillig överlåtelse upphör dock den förre ägarens ansvar om inte nyttjanderättshavaren inom sex månader, från det han fick kännedom om överlåtelsen, skriftligen anmält till den förre ägaren "att han vill kunna hålla sig till honom", 7:20 3 st JB.

Motsvarande *kvittnings- och avräkningsbegränsningar* föreskrivs slutligen vid exekutiv försäljning som vid frivillig. I 12:47 2 st UB står således:

> "På arrendeavgift, hyra eller annat vederlag för rättigheten som förfaller till betalning mer än sex månader eller, i fråga om arrende, mer än ett år efter tillträdesdagen får rättighetshavaren ej avräkna fordran hos den förre ägaren. I fråga

[25] Se om denna Boman a a s 82 ff med hänv.

om sådant belopp gäller ej heller betalning som rättighetshavaren erlagt till den förre ägaren eller annan uppgörelse med denne."

3.2.2 Hyresgästens och arrendatorns uppsägningsrätt enligt 12:30 resp 8:16 JB

12:30 och 8:16 JB (jämförda med 12:29 resp 8:15 JB) innehåller regler om uppsägningsrätt för hyresgästen resp arrendatorn vid fastighetsägarens konkurs. Reglerna är i sak identiskt utformade för hyra och arrende. Vad som här kommer att sägas om 12:30 JB och för hyra i övrigt gäller därför utan vidare även för arrende om inget annat sägs. Se även hänvisningen till 8:16 JB i 11 § 2 st fiskearrendelagen.

Enligt 12:30 JB får hyresgästen säga upp avtalet *om hyresvärden försätts i konkurs före tillträdesdagen*. Någon skillnad mellan lokaler och bostadslägenheter görs inte. Uppsägningsrätten måste utövas inom en månad från det att hyresgästen fick kännedom om konkursen. Annars är den överspelad. Gör hyresgästen däremot bruk av sin uppsägningsrätt inom fristen så upphör avtalet omedelbart att gälla vid uppsägningen, 12:6 2 st 2 p JB.[26] Hyresgästen kan sedan göra gällande en konkursfordran på skadestånd. *Hyresvärdens konkursbo* ges i lagrummet ingen möjlighet att rädda avtalet genom att ställa säkerhet eller inträda med massaansvar. Däremot stadgas en annan begränsning av hyresgästens uppsägningsrätt: upphävs konkursen eller blir frågan om fastighetens försäljning av någon annan orsak inaktuell, får inte uppsägning ske därefter.

Begränsningen antyder de sakskäl som ligger bakom hyresgästens (och arrendatorns) rätt att säga upp avtalet när konkursen inträffar före tillträdesdagen, nämligen hans osäkra ställning vid en försäljning i konkursen. Hyresgästen ska alltså inte behöva flytta in, inrätta sig i lägenheten och börja betala hyra, om han ändå inom kort riskerar att gå miste om lägenheten. Blir det å andra sidan inte fråga om någon försäljning, anses det inte finnas anledning att låta honom säga upp avtalet, särskilt som hyresgästen redan i och med avtalet är sakrättsligt skyddad gentemot hyresvärdens konkursbo: boet kan ju inte säga upp honom.

I 1907 års nyttjanderättslags 2:32 gavs motsvarande regler för jordbruksarrende. Genom hänvisningar till lagrummet gällde samma regler för övriga arrendetyper och för hyra. I förarbetena från seklets början motiverades den särskilda uppsägningsrätten för jordbruksarrendatorn på följande sätt. För att tillträda arrendet är arrendatorn tvingad att vidta åtgärder och dra på sig utgifter, som delvis blir onyttiga om han

[26] Jfr ang arrende 8:4 2 st 2 p och 8:5 2 p och 3 p JB.

kanske efter en kort tid måste återlämna arrendestället, om han nu över huvud taget någonsin kommer att få tillträda det.[27] Uppsägningsregeln sas ansluta sig till vad som redan i rättspraxis antagits gälla,[28] och enmånadsfristen uppställdes "till förekommande av missbruk" från arrendatorns sida.[29] För konkursfallet uttalades att den realisation som konkursen framtvingar innebär, att boet ytterst är hänvisat till att sälja fastigheten exekutivt. Och vid sådan försäljning åtnjöt inte nyttjanderättshavaren samma rättsskydd som vid frivillig försäljning. Dessa skäl för arrendatorns uppsägningsrätt sas äga giltighet även vid hyra.[30]

Jag återkommer längre fram med en närmare granskning av argumenten för hyresgästens (och arrendatorns) uppsägningsrätt enligt 12:30 (resp 8:16) JB.[31]

Återvänder vi till rekvisiten i 12:30 JB, kan uppsägning alltså inte ske om konkursen upphävs eller en fastighetsförsäljning inte blir aktuell på annan grund. Jag ska nu kortfattat utreda vilka fall som det kan bli fråga om.

Med *konkursens upphävande* torde avses att tingsrättens beslut om konkurs överklagats till hovrätten och hovrätten upphävt beslutet, se 16:5 och 16:9 KL. Enligt 2:22 2 p KL ska hovrätten häva konkursbeslutet om gäldenären där kan visa att han är solvent. Det kan ske fastän det är gäldenären själv som sökt sig i konkurs eller han tidigare medgett en borgenärs konkursansökan. Upphävs konkursbeslutet av hovrätten ska fastighet i boet "återställas" till gäldenären om den inte behövs för betalning av konkurskostnader och massaskulder, 2:25 KL.

27 Se till det följande NJA II 1908 s 95 f.

28 Se *NJA 1880 s 427* som gällde *utmätning*. Omständigheterna var ganska komplicerade. I juni 1878 hade slutits arrendeavtal med tillträdesdag i mars 1879. En del av fastigheten utmättes i slutet av 1878 för jordägarens skulder. I februari 1879 försattes arrendatorn i konkurs och kort därefter (före tillträdesdagen) även jordägaren. Den utmätta delen av fastigheten såldes i början av april 1879. Samma månad förklarade arrendatorns konkursbo att det inte ville ta någon befattning med arrendet, utan överlämnade till jordägarens konkursbo att däröver förfara efter gottfinnande. Jordägarens konkursbo utarrenderade den 24 april 1879 återstående del av fastigheten på ett år. – I arrendatorns konkurs bevakade jordägarens konkursbo en fordran motsvarande 25 års arrendeavgift. Häremot anmärkte arrendatorns konkursbo, att avtalet borde anses brutet eftersom en del av den arrenderade egendomen blivit såld. Jordägarens bo genmälde att en del av egendomen visserligen sålts i början av april 1879 men att den varit ostyckad på den avtalade tillträdesdagen i mars 1879 och att inget hindrat arrendatorns bo från att då tillträda fastigheten i dess helhet. Det framhölls också att köparen av den utmätta fastighetsdelen varit villig att låta köpet gå åter. – HR:n framhöll att då en del av den utarrenderade fastigheten redan 1878 blivit utmätt och jordägaren eller hans bo såvitt visats inte kunnat tillhandahålla fastigheten i det skick som avtalats, måste kontraktet anses ha blivit brutet av jordägaren eller hans bo. Avtalet var alltså inte bindande för arrendatorn eller hans bo, och bevakningen av framtida arrendeavgifter ogillades. HovR:n fann inte skäl göra ändring och HD fastställde.

29 NJA II 1908 s 96.

30 A a s 156.

31 Se 3.3.1 nedan.

Vad som gäller om ett *konkursbesluts överklagbarhet* är något oklart.[32] Före reformerna av 1921 års konkurslags första kapitel på 70-talet torde i alla fall ha gällt, att ett beslut om konkurs som meddelats *efter gäldenärens egen ansökan* endast kunde överklagas av honom själv (bortsett från frågor om konkursdomstolens/konkursdomarens behörighet).[33] Detsamma gällde förmodligen *då gäldenären medgett en borgenärs konkursansökan*, jfr 2:22 2 p KL. Att gäldenären också hade rätt att överklaga en konkursansökan som han *inte medgett*, ansågs och anses fortfarande vara självklart och är inte utskrivet i lagen. För frågan *om en borgenärs rätt att överklaga ett beslut om gäldenärens försättande i konkurs då en annan borgenär ansökt om konkursen*, rådde och råder osäkerhet. Welamson skrev 1961 att i princip endast gäldenären själv har rätt att överklaga i detta fall: "Möjligen kan dock tredje man anses äga fullföljdsrätt beträffande konkursbeslut som på borgenärs ansökan meddelats under förutsättningar vilka medföra risk för att ett tredje mannens förvärv blir underkastat återvinning eller att en för hans räkning gjord utmätning icke medför förmånsrätt, om beslutet vinner laga kraft."[34]

Numera torde viss fullföljdsrätt tillkomma en borgenär även då gäldenären själv sökt sig i konkurs och också då han medgett en borgenärs ansökan som sedan lett till ett beslut om konkurs. Detta sammanhänger med att prövning av insolvensfrågan idag undantagsvis kan företas också i dessa fall, se 2:14 2 st och 2:18 2 st KL. Generellt uttalade således lagberedningen 1970, att fullföljdsrätten skulle bedömas "mera fritt efter vad som är rimligt och ändamålsenligt med tanke på dem som nära berörs och kan lida skada av eventuell konkurs."[35] Beredningen refererade vidare Welamsons ovan citerade uppfattning men tog inte ställning till den för egen del. Med hänsyn till frågornas principiella räckvidd ansåg sig beredningen inte heller böra föreslå någon uttrycklig bestämmelse om fullföljdsrätten.

Gäldenären kan alltså *sammanfattningsvis* alltid överklaga ett konkursbeslut medan en borgenär kan göra det i viss, oklart begränsad omfattning. Besvärstiden räknas i bägge fallen från den dag då kungörelse om konkursbeslutet var införd i Post- och Inrikes Tidningar. Besvärstiden är två veckor, se 16:9 1 st KL.[36]

Enligt 16:4 1 st KL går ett konkursbeslut i verkställighet omedelbart. För det fall då gäldenären besvärat sig över konkursbeslutet föreskrivs dock i 8:3 1 st KL, att försäljning av bl a fast egendom inte får ske mot gäldenärens vilja förrän hovrätten prövat besvären. Att försäljning inte får ske enligt denna bestämmelse innebär dock knappast att försäljningen av fastigheten blivit inaktuell i 12:30 JB:s mening (jfr "förfaller" i 8:16 JB). Hyresgästen bör alltså i princip ha rätt att säga upp avtalet tills hovrättens beslut om upphävande av konkursen föreligger. En annan sak är att regeln i 8:3 KL i praktiken kan vara av betydelse för hyresgästens vilja att göra bruk av sin rätt. Det kan då vara intressant att konstatera, att 8:3 KL endast behandlar fallet då besvär anförs av *gäldenären*, däremot inte fallet då *en borgenär* besvärat sig. Motsatsvis tycks alltså följa att fastigheten alltid får säljas då en borgenär överklagat konkursbeslutet. Detta verkar konstigt. 8:3 1 st KL, som utan ändringar i sak haft samma lydelse sedan 1970 – se 63 § 1 st i 1921 års KL – torde vid sin tillkomst 1921 ha förutsatt att endast

32 Se för det följande Welamson, Konkursrätt s 32 och 101 f och SOU 1970:75 s 70, 99 f och 107 f med vidare hänv.

33 Så NJA II 1921 s 437.

34 Welamson a a s 101.

35 SOU 1970:75 s 107 hsp.

36 Jfr prop 1986/87:90 s 411 f.

gäldenären kan överklaga ett beslut om att han ska försättas i konkurs. Detta torde som sagt ha gällt fram till 1970, då lagberedningen införde en överklagandemöjlighet i detta fall även för borgenärer utan att någon följdändring i 63 § 1 st 1921 års KL samtidigt gjordes.[37] Några bra *sakskäl* för en e contrario-tolkning av 8:3 1 st i nya KL är också svåra att finna. Att egendom hinner säljas på grund av ett konkursbeslut som sedermera hävs är lika olyckligt oavsett om initiativet till hävandet tas av gäldenären själv eller någon annan. Studerar man 1921 års motiv till 8:3 1 st KL:s äldre motsvarighet – 63 § 1 st 1921 års KL – framgår som sagt också att lagstiftaren vid formulerandet av denna regel utgått ifrån att endast gäldenären själv kan överklaga konkursbeslutet.[38]

Även andra fall där fastigheten kan tänkas förbli osåld på grund av att det vanliga konkursförfarandet avbryts kan uppkomma. Inkommer gäldenären med *ackordsförslag* får egendomen i boet enligt 8:4 KL som huvudregel inte säljas förrän ackordsfrågan blivit avgjord. Detta hindrar dock inte att egendomen säljs bl a för utfående av konkurskostnader och massagäld, se närmare 8:4 och 12:24 KL. Det intressanta i förevarande sammanhang är dock att avgöra *hur och när själva konkursen avslutas* då den övergår i ett ackord. Frågan är inte reglerad i konkurslagen. Enligt Welamson bör ett under konkursen lagakraftvunnet beslut om fastställande av ackord kungöras i analogi med reglerna om kungörande av nedläggning av konkurs efter förlikning, se numera 12:2 KL. Konkursen ska då anses avslutad i och med kungörandet.[39]

Om nedläggning av konkursen efter *förlikning*, dvs en uppgörelse med alla borgenärers samtycke,[40] stadgas i 12:1–2 KL. På motsvarande vis som i 8:4 KL föreskriver 12:1 3 st KL, att rätten kan förordna om att egendomen i boet inte får säljas om gäldenären kommer in med en ansökan om konkursens nedläggning på grund av förlikning. För betalning av konkurskostnader och massagäld kan dock egendomen komma att säljas, se 12:2 2 st KL.

Ytterligare fall då det "normala" konkursförfarandet avbryts utgör *avskrivningsfallen*. Om tillgångarna inte räcker för betalning av uppkomna och väntade konkurskostnader och massaskulder, ska rätten efter att ha hört förvaltaren besluta om avskrivning av konkursen, 10:1 KL. Avskrivning får som huvudregel inte ske förrän boupptecknings beedigats och förvaltaren avgett förvaltarberättelse, 10:2 KL. Avskrivning ska även efter anmälan av förvaltaren genast beslutas av rätten, om någon fordran inte görs gällande och inte heller kan antas komma att göras gällande i konkursen, 10:3 KL. Återstår egendom efter det att konkurskostnader och massaskulder uttagits ska förvaltaren, vid avskrivning på grund av bristande tillgångar och

[37] Stödet för att även en borgenär kan överklaga ett beslut om att försätta gäldenären i konkurs återfanns 1970–1987 i 25 § 2 st KL: "Vill annan än gäldenären klaga över att konkursansökan bifallits...". Fram till 1970 löd lagrummet: "Vill annan än gäldenären klaga däröver att konkursansökning upptagits..."(se NJA II 1921 s 437 och SOU 1970:75 s 22 vsp). Lagberedningen anförde att 25 § endast ändrades redaktionella ändringar (se SOU 1970:75 s 107 vsp). Att klaga över att en konkursansökan *upptagits* är emellertid något helt annat än att klaga över att en konkursansökan *bifallits*. Att en konkursansökan *upptas* betyder endast att den inte avvisas, t ex på grund av att borgenären inte var behörig att söka gäldenären i konkurs. Överklagas ett beslut om att sätta gäldenären i konkurs, inriktar sig besvären däremot på konkursdomstolens materiella prövning av insolvensfrågan.

[38] Se NJA II 1921 s 497 f, jfr s 436 där det sägs vara självklart att ingen annan än gäldenären kan klaga över att han själv försatts i konkurs.

[39] Se Welamson, Konkursrätt s 747 f.

[40] Se närmare Welamson a a 700 ff och densamme, Konkurs s 172 f.

då det står klart hur kvarvarande tillgångar ska fördelas och tillsynsmyndigheten medger det, överlämna tillgångarna till berättigad borgenär. I övriga avskrivningsfall ska egendomen återlämnas till gäldenären.[41]

> *NJA 1974 s 306.* En konkursförvaltare hade begärt att några i boet ingående fastigheter skulle säljas exekutivt, men innan försäljning skett avskrevs konkursen enligt 186 § i 1921 års KL (motsvaras närmast av 10:1 nya KL). Fråga uppkom om förvaltaren kunde kräva att försäljningen fullföljdes. HD uttalade att avskrivning av konkursen inte i och för sig medför att försäljningsfrågan förfaller. I vissa lägen bör nämligen boets tillgångar kunna säljas genom förvaltarens försorg även efter en avskrivning. Om pengar saknas för betalning av konkurskostnaderna bör han således få föranstalta om försäljning, dock endast i den mån det är påkallat för att få täckning för sådana kostnader som ska belasta egendomen. I målet hade emellertid inte påstått att försäljning skett för betalning av sådana kostnader.Inte heller hade åberopats andra omständigheter av beskaffenhet att kunna medföra att det exekutiva förfarandet avseende fastigheterna skulle fullföljas.

Jag har hittills behandlat fall, där fastigheten kan förbli osåld därför att det vanliga konkursförfarandet avbryts genom att konkursen upphävs, nedläggs eller avskrivs. Det återstår nu att se på de fall då *konkursen fortlöper enligt konkurslagens "normala" regler* (och avslutas genom att tingsrätten fastställer utdelning i enlighet med utdelningsförslaget, se 11:18 jfrd med 11:7 KL) *men fastigheten ändå inte blir såld.*[42]

Regler som tillåter konkursförvaltaren att underlåta en "frivillig" försäljning av fastigheten saknas i konkurslagen. Detta är nu inget märkligt, då en sådan försäljning bör ses som ett första alternativ: en sådan kan i princip genomföras endast så länge försäljningspriset täcker alla pantborgenärers fordringar. Om så inte kan ske måste exekutiv försäljning enligt 12 kap UB:s regler tillgripas. Regeln i 12:26 4 st UB, om att boet anses som sökande utan förmånsrätt, innebär dock att också en exekutiv försäljning kan vara svår att genomföra. Borgenärer med panträtt eller bättre rätt i fastigheten kan dock förhindra att fastigheten lämnas osåld genom att göra bruk av anslutningsrätten enligt 12:13 UB: skyddsbeloppet sänks då till att omfatta summan av beloppen av den anslutandes och bättre ställda borgenärers fordringar.

Trots anslutningsrätten kan det inträffa att någon försäljning inte kommer till stånd ens exekutivt. I 8:6 2 st KL står således att konkursförvaltaren inte behöver vidta ytterligare åtgärder för fastighetens försäljning, om exekutiv auktion hållits utan att någon försäljning kommit till stånd. Och redan innan exekutiv auktion hållits, får förvaltaren låta bli att ens försöka sälja fastigheten, om det finns anledning att anta att en sådan auktion inte skulle leda till försäljning. För att förvaltaren ska få underlåta att ens försöka sälja fastigheten i det sistnämnda fallet, krävs dock att alla borgenärer, som kan göra gällande fordringar med särskild förmånsrätt i fastigheten, samtycker till detta. Det är alltså endast borgenärer med särskild förmånsrätt, som dessutom också har en *personlig fordran* på gäldenären, som behöver samtycka. För en sådan fordringsägare innebär nämligen en underlåten exekutiv försäljning att det inte säkert kan fastslås om fastigheten förslår till infriande av hans fordran. Och enligt 18 § 2 p FRL måste detta kunna ske för att en borgenär med särskild förmånsrätt ska vara berättigad till oprioriterad utdelning ur annan egendom.

41 Se närmare prop 1986/87:90 s 313 ff och Welamson, Konkurs s 170 ff.

42 Se till det följande Welamson, Konkursrätt s 378 ff, densamme, Konkurs s 113 f och Rodhe, Sakrätt s 520 f. Jfr NJA II 1921 s 502 ff och prop 1986/87:90 s 286 ff.

Slutligen bör nämnas att den omständigheten att fastigheten lämnas osåld inte hindrar att konkursen avslutas, se 11:2 2 p (jfr 11:18) KL.

Sammanfattningsvis kan det således i flera fall vara ganska svårt att fastställa när frågan om fastighetens försäljning blivit slutgiltigt inaktuell och när hyresgästens uppsägningsrätt enligt 12:30 JB följaktligen avskurits.[43] Konkursförvaltaren torde inte heller vara skyldig att upplysa hyresgästen om detta förhållande. Det finns sålunda viss risk för att hyresgästen rättsstridigt säger upp avtalet efter det att frågan om fastighetens försäljning blivit inaktuell. I vilken utsträckning han kan åberopa att han var i god tro angående fastighetens icke-försäljning är oklart. Detsamma gäller om en eventuell skyldighet för honom att upplysa sig om de rätta förhållandena. Måhända har dock den nu diskuterade begränsningen av uppsägningsrätten liten betydelse. I de flesta fall har kanske frågan om inställande av fastighetens försäljning inte hunnit avgöras innan en månad gått sedan hyresgästen fick kännedom om att konkurs utbrutit? Uppsägningsfrågan kan m a o måhända i många fall redan vara avgjord innan konkursen exempelvis avskrivits enligt 10:1 KL eller ett misslyckat försök att sälja fastigheten exekutivt genomförts.

Om hyresgästen redan tillträtt lägenheten före konkursen, väljer att tillträda i konkursen eller låter en månad gå från det att han fick kännedom om den, kan han inte göra gällande någon uppsägningsrätt alls på grund av konkursen. Omvänt är hyresgästen som sagt sakrättsligt skyddad mot hyresvärdens konkursbo redan i och med avtalet. Boet kan alltså inte heller å sin sida säga upp avtalet.

Liksom hyresgästens uppsägningsrätt då konkursen inträffar före tillträdesdagen, grundas avsaknaden av uppsägningsrätt då konkursen inträffar efter tillträdesdagen på hyresgästens ställning vid en försäljning av fastigheten. Som vi sett ovan är tillträdet en omständighet som stärker hans chanser att få behålla hyresrätten även efter försäljningen. Han har därför inte ansetts vara i behov av någon extraordinär, konkursgrundad uppsägningsrätt utan får nöja sig med att avvakta utgången av försäljningen och förlita sig på att reglerna i 7 kap JB eller 12 kap UB medför att han får bo kvar. En bostadshyresgäst får i sista hand hoppas på att han klarar sig med hjälp av hyreslagens regler om direkt besittningsskydd. I realiteten torde försäljningsreglerna innebära, att en hyresgäst

[43] Att konkursen hävs av högre rätt utesluter inte redan i sig att fastigheten säljs. Enligt t ex 2:25 KL ska konkurskostnader och massaskulder tas ut ur fastigheten innan den återlämnas till gäldenären. Det innebär att den kan säljas för uttagande av sådana fordringar, jfr NJA 1974 s 306. Rekvisitet konkursens upphävande i 12:30 JB torde därför vara inadekvat: ifall konkursens upphävande inte "automatiskt" medför att fastighetsförsäljningen ställs in, bör inte heller hävning av konkursen utan vidare leda till att uppsägningsrätten avskärs.

som tillträtt sin lägenhet och som har ett skriftligt kontrakt på den så gott som alltid "överlever" fastighetens försäljning.

Från konkursutbrottet och fram till boets försäljning av fastigheten – om en försäljning nu alls kommer till stånd – löper avtalsförhållandet vidare på i princip samma sätt som före konkursen. För hyresgästens del innebär det t ex att han oberoende av konkursen kan säga upp avtalet enligt de vanliga hyresreglerna på grund av kontraktsbrott på värdens sida. Konkursen som sådan är dock inte kontraktsbrott. Vad de fortsatta obligationsrättsliga förpliktelserna mellan hyresgästen och hyresvärdens konkursbo har för status – massa- eller konkursfordran? – fram till dagen för fastighetens försäljning ska jag nu försöka reda ut.

3.2.3 Kan konkursboet ådra sig massaansvar?

Om konkursboet säger upp hyresgästen[44] är det givet att boet som sådant blir skadeståndsskyldigt: hyresgästen har ju sakrättsligt skydd för sin rätt och boets uppsägning är en kränkning härav. Men har de krav – utöver själva den grundläggande rätten att få fortsätta nyttja lägenheten – som hyresgästen kan göra gällande enligt de vanliga hyresreglerna vid ett fortsatt avtalsförhållande, t ex reparations- och underhållskrav, massaställning? Innebär således hyresgästens avsaknad av uppsägningsrätt att boet "automatiskt" inträder i hyresavtalet? Eller kan boet över huvud taget ådra sig massaansvar?

Dessa frågor ska jag först försöka besvara genom ett ganska fritt och "principobundet" intresse- och konsekvensresonemang. Därefter övergår jag till ett mera systematiskt angreppssätt.

Utgångspunkten är att fastigheten med hyreslägenheterna ingår i konkursboet som förmögenhetsmassa, 3:3 KL. Fastigheten inklusive hyresvärdsrättigheterna enligt hyreskontrakten får överlåtas utan hyresgästernas samtycke. En ensidig *rätt* för konkursboet att med massaansvar inträda i hyresvärdens ställe är således fullt tänkbar. Man kan nog också säga att boet *har* en sådan rätt. Men boet saknar typiskt sett intresse av att inträda: hyresgästerna saknar ju uppsägningsrätt på grund av konkursen och hyresintäkterna kommer därför att flyta in som tidigare utan att inträde behöver ske. *Hyresgästerna* kan däremot ha ett intresse av att boet inträder. Fastigheten ingår som sagt bland konkursegendomen och över denna har endast boet dispositionsrätt, 3:1 KL. Det är alltså boet som måste hålla fastigheten inklusive hyreslägenheterna i skick för att inte hyresgästerna ska säga upp avtalen på grund av bristande underhåll. Trots att hyresavtalet innehåller personliga moment även på hyresvärd-

[44] Härmed avses i det följande även arrendatorn vid jordägarens konkurs.

ens sida, och dennes egenskaper därför kan vara av vikt, är hyresgästen i denna mening skyldig att tåla konkursboet som "part" även om inte boet – i vart fall inte uttryckligen – åtagit sig massaansvar för hyresvärdens förpliktelser, eller rättare sagt för den del av hans prestationer som går ut på positiva förpliktelser såsom underhåll och reparationer. Dessa förpliktelser täcks ju inte av det sakrättsliga skyddet för nyttjandet som sådant. En annan sak är att boet med hjälp av lönegarantin och inträde i anställningsavtal kan behålla gäldenärens anställda, t ex fastighetsskötare. Reparationer och annat underhåll kan därför i och för sig utföras som förut.

Antar vi nu först *att boet inte kan inträda i avtalet genom konkludent handlande*, dvs att hyresgästens avtalsenliga krav under konkurstiden utöver det grundläggande nyttjandet inte har massastatus, strider detta mot principen att en medkontrahent enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal inte ska behöva kvarstå som förpliktad, om inte hans anspråk på motprestation är säkrat. Hyresgästens skadeståndskrav, ersättningsanspråk för avhjälpande av fel på hyresvärdens bekostnad enligt 12:11 JB eller ett åtgärdsföreläggande enligt 12:16 JB blir ju då inte massafordringar resp behöver inte fullgöras under massaansvar. Hyresgästen kan visserligen säga upp avtalet om bristen är av väsentlig betydelse och avtalet upphör då omedelbart att gälla, 12:6 1 st JB. Men skadeståndskravet (t ex för skillnaden mellan en ny dyrare hyra och hyran för den uppsagda lägenheten) är bara en konkursfordran, och hyresgästers intresse är väl i allmänhet att bo kvar med fullgod standard.

Det hittills sagda talar enligt min mening med viss styrka för att göra konkursboet massaansvarigt, exempelvis då boet fortsätter driften av ett fastighetsförvaltande bolags rörelse en tid och uppbär hyror som tidigare. Uppmärksammas bör dock att hyresgästerna i viss utsträckning skyddas genom *rätten till skälig nedsättning av hyran* för den tid lägenheten är bristfällig, se 12:11 1 st in fine och 12:16 1 st JB. För att inte boet sedermera, vid en missbedömning av hyresgästen, ska förklara hyresrätten förverkad på grund av dröjsmål, 12:42 JB, får hyresgästen deponera beloppet av motfordringen hos länsstyrelsen enligt 12:21 JB. Hyresgästen återfår det deponerade beloppet, om en överenskommelse i kvittningsfrågan inte träffats eller boet väckt talan mot honom inom tre månader från förfallodagen, 12:22 JB. Om hyresgästens fordringar på grund av bristande underhåll etc överstiger hyresbetalningarna under återstående hyrestid – han avser kanske snart att flytta – är hyresgästen dock oskyddad i motsvarande mån. Men om reparationskostnaderna överstiger den hyra som hyresgästen har att betala under sin återstående tid i lägenheten, är å andra sidan reparationerna antagligen mer omfattande än vad som belöper sig på fastighetsunderhållet fr o m konkursdagen. Och rätten att

innehålla framtida hyra är då kanske trots allt en fullgod kompensation för ett bristande massaansvar för boet. Resonemanget förutsätter att massaansvaret enligt det diskuterade inträdesalternativet kan begränsas till tiden efter konkursutbrottet. Även denna fråga är dock oklar, se strax nedan.

Om vi då antar *att hyresvärdens konkursbo kan dra på sig massaansvar genom konkludent handlande*, belastar detta boet endast om det försummar sina positiva förpliktelser som hyresvärd. Ersättningsanspråk, t ex på grund av en hyresgästs eget berättigade avhjälpande av brister i sin lägenhet, måste då betalas som massafordran. Hyresgästens rätt att säga upp avtalet på grund av kontraktsbrott förändras däremot inte i sig. För boets massaansvar talar, att boet kan tänkas spekulera i möjligheten att många hyresgäster kommer att bo kvar och betala full hyra trots att standarden sjunker på grund av värdens försummelser under konkurstiden.

Antar man att boet kan inträda konkludent, bör massaansvaret begränsas till tiden efter konkursutbrottet. Det vore orimligt om boet tvangs att utföra omfattande reparationsarbeten på fastigheter som hyresvärden låtit förfalla innan konkursen är ett faktum. Konkursbon är ju inga organ för sanering av fastighetsbeståndet! Detta kan vara ett argument mot massaansvar över huvud taget. Å andra sidan skulle ett fullständigt massaansvar möjligen leda till att oseriösa fastighetsägare snabbare försattes i konkurs av hyresgäster med stora reparationsfordringar. Konkursbon till sådana gäldenärer kan dock inte förväntas vara särskilt solventa för massaskulderna.

Skulle man medge *partiellt inträde*, eller m a o ett massaansvar från konkursdagen, kan det emellertid uppkomma en del praktiska problem, som liknar de som diskuterats vid entreprenad ovan. Partiellt inträde (eller partiellt massaansvar) innebär att det måste avgöras om en försummelse eller en bristfällighet ska hänföras till tiden före eller efter konkursutbrottet, dvs till gäldenären själv eller till boet. Besvärliga bevis- och gränsdragningsproblem kan här uppstå. Dessa bör dock inte vara fullt så svåra som i entreprenadsammanhang. En tyngre vägande invändning är att det förefaller meningslöst och samhällsekonomiskt oförsvarbart att boet endast delvis reparerar skador i "sina" hyreslägenheter: om hyresvärden förelagts att reparera alla skador i en lägenhet före konkursen men detta försummats, ska då boet bara nödtorftigt behöva åtgärda bristerna, dvs endast de delar som förvärrats efter konkursutbrottet? Kanske är det en enklare och bättre lösning, att boet helt slipper massaansvar och att hyresgästerna under konkursen får nöja sig med nedsättning av hyran. Konkursboet skulle då kunna nöja sig med att åtgärda brister i de lägenheter, för vilka det bedöms affärsmässigt gynnsamt att erhålla full hyra, medan andra lägenheter skulle kunna

försummas utan massaansvar. Med sådana regler skulle boet i vissa fall ändock kunna ådra sig massaansvar, t ex om det utför en reparation på ett sådant sätt att det medför skadeståndsanspråk för hyresgästen. Boet har då frivilligt försökt fullgöra en av hyresvärdens biförpliktelser i utsikt att vinna ekonomiska fördelar härav. Det synes då logiskt att boet också får stå risken för att insatserna misslyckas.

Sammanfattningsvis är det så långt – såväl de lege lata som de lege ferenda – osäkert om hyresvärdens konkursbo kan bli eller bör kunna bli konkludent massaansvarigt för hyresvärdsförpliktelserna i konkursen. Med hänsyn till hyresgästens rätt att kräva nedsättning av hyran under den tid lägenheten är bristfällig, är behovet av att göra boet massaansvarigt inte så starkt. Även om en del hyfsat goda sakskäl kan anföras för motsatt ståndpunkt så förefaller det ändå rimligast, att boet inte ådrar sig massaansvar så länge det inte faktiskt utför positiva prestationer under konkursen. Försöker boet utföra underhåll eller reparera en lägenhet/fastighet, för att därigenom förhindra att hyran sätts ned eller förhindra att hyresgästerna säger upp sina lägenheter på grund av kontraktsbrott, bör boet däremot svara för de skador eller fel som åtgärderna kan föranleda.

Så långt de fria konsekvensorienterade resonemangen. *Ett mera systematiskt angreppssätt* kan emellertid också vara fruktbart. I boken Konkursrätt menar först Welamson att som generell regel för varaktiga avtal skulle gälla, att medkontrahentens anspråk är en konkursfordran tills avtalet kan fås att upphöra genom uppsägning av konkursboet. Detta skulle gälla oavsett om konkursboet dragit fördel av medkontrahentens prestation. "För tid som börjat löpa på grund av konkursförvaltningens underlåtenhet att uppsäga avtalet får borgenären däremot en massafordran."[45]

Det är ovisst om Welamson numera står fast vid dessa teser.[46] De bygger främst på de passivitetsregler som tidigare, enligt 1907 års nyttjanderättslag, rådde för nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra och arrende. Welamson hänvisar också till bl a äldre rättspraxis för hyresgäst- och arrendatorkonkurs.[47] Eftersom passivitetsreglerna vid hyra och arrende avskaffades 1970, är det som sagt ovisst om Welamson idag står fast vid det sagda. Vad just avser *hyresvärdens* konkurs synes Welamson redan 1961 varit tveksam till tesernas tillämplighet.[48] Tillämpar vi dem trots allt vid

45 Welamson, Konkursrätt s 444.

46 Se Konkurs, 7 uppl s 129 not 4, jfr 8 uppl s 119.

47 Konkursrätt s 444 not 5.

48 A a s 479 not 13 mot slutet. Mot bakgrund av det sagda är det något förvånande, att Hellner på senare tid menat att en generell uppsägningsrätt finns för konkursbon vid varaktiga avtal och även påstått följande (utan hänvisning till Welamson). "Vid varaktiga avtal anses sålunda den solventa partens fordran bli en massafordran efter utgången av den tid

hyresvärdens konkurs så innebär det, att *hyresgästen aldrig kan få annat än konkursfordringar på hyresvärdens konkursbo.* Boet har ju över huvud taget ingen rätt att säga upp avtalet.

Liknande synpunkter står Lindskog för. Han menar dock att man inte bör fästa avgörande vikt vid boets rådighet över avtalsförhållandets fortbestånd. I stället bör *medkontrahentens rådighet* ytterst avgöra gränsen mellan massa- och konkursfordran.[49] En fordran på grund av fel eller brist i ett varaktigt naturapresterande konkursbos prestation anser han således vara en konkursfordran, om prestationen fullgjorts under en tid då varken medkontrahenten eller boet kunde säga upp avtalet. Från den tidpunkt då medkontrahenten kunnat säga upp avtalet ska fordringen däremot ha massastatus.

För den hyresgäst som tillträtt lägenheten före konkursen innebär resonemanget, att han aldrig kan få massafordringar på hyresvärdens bo, då ingendera sidan i det läget kan säga upp avtalet. Så långt blir resultetet detsamma som med Welamsons teori. *Då konkursen inträffar före tillträdet* har hyresgästen däremot rätt till omedelbar uppsägning enligt 12:30 JB. Förstår jag Lindskog rätt har de föreskrivna inskränkningarna i denna uppsägningsrätt ingen betydelse för tillämpningen av hans teser. Oavsett på vilken grund uppsägningsrätten inte utövas ska hyresgästen anses ha "valt" att inte uppsäga avtalet. Därmed får den hyresgäst som inte tillträtt lägenheten före konkursen alltid en massafordran på hyresvärdens motprestationer när avtalet fullföljs i konkursen.

För egen del menar jag att Lindskogs teori ger ganska märkliga resultat. Anta t ex att det i ett hyreshus finns 25 kontrakterade hyresgäster. Av dem bor 20 i huset när fastighetsägaren försätts i konkurs. Fem har ännu inte tillträtt sina lägenheter. Boet fortsätter förvaltningen av fastigheten i avvaktan på dess försäljning. De hyresgäster som inte tillträtt lägenheterna före konkursen gör inte bruk av uppsägningsrätten enligt 12:30 JB utan tillträder i konkursen. Anta vidare att boet underlåter att fullgöra fastighetsunderhållet under de månader som förflyter fram till försäljningen. De hyresgäster som tillträtt i konkursen kan då med framgång kräva att boet fullgör underhållet under massaansvar och kan ytterst via utmätning hos boet få täckning för sina krav. Övriga hyresgäster däremot, är bara oprioriterade konkursborgenärer. En sådan ordning förefaller som sagt besynnerlig.

Det synes riktigare att fästa avgörande vikt vid frågan om hyresgästens sakrättsliga skydd emot hyresvärdens konkursbo. I princip är detta samma lösning som Welamson anfört. I och med att hyresgästen alltid är

inom vilken konkursboet kunnat säga upp avtalet." (se Hellner II s 259 f, citatet s 260). Bägge påståendena är tvivelaktiga.

[49] Se Lindskog s 161–163 och 194 f. I princip instämmande Håstad, Sakrätt s 315.

sakrättsligt skyddad i och med avtalet, är han enligt min mening fullt jämförbar med en varuköpare, som fortfarande har kvar varan hos säljaren när denne försätts i konkurs, men som trots allt är sakrättsligt skyddad därför att lösöreköplagens föreskrifter iakttagits. Lösöreköparen kan i det läget – liksom hyresgästen vid hyresvärdens konkurs – *tvinga boet att fullfölja avtalet*, i detta fall kräva leverans mot avtalat vederlag. Lösöresäljarens konkursbo är därvid *inte massaansvarigt* för fel och brist. Han är i det avseendet jämställd med den köpare av lös egendom, som fått varan traderad till sig före säljarens konkurs. Och sistnämnde köpare kan naturligtvis inte med framgång hävda att boet är massaansvarigt för fel i den redan före konkursen mottagna varan. Annorlunda förhåller det sig om en sakrättsligt oskyddad vara av säljarens bo utges till den ursprunglige köparen. Boet bör här alltid vara massaansvarigt för varans kvalitet.[50]

Ska något systematiskt betraktelsesätt anläggas, bör alltså förekomsten av sakrättsligt skydd vara det avgörande. Endast om hyresvärdens konkursbo har rätt att vägra hyresgästen fortsatt prestation under konkursen bör boets fortsatta prestationer under konkursen kunna leda till massaansvar. En sådan boets vägran är rättsstridig i vad avser hyresgästens huvudanspråk att få nyttja lägenheten, däremot inte beträffande positiva anspråk på vård, underhåll etc. Boet bör därför inte kunna ådra sig massaansvar om boet inte positivt försöker fullgöra sådant, t ex en hyresvärden åliggande reparationsskyldighet, som inte omfattas av det sakrättsliga skyddet för själva nyttjandet. Någon skillnad mellan hyresgäster som tillträtt sina lägenheter vid konkursutbrottet och hyresgäster som inte gjort det blir det då aldrig fråga om, vilket också verkar materiellt riktigt.

Sammanfattningsvis leder alltså både de konsekvensorienterade resonemangen och de enligt min uppfattning riktiga systematiska argumenten till, att hyresvärdens konkursbo enligt gällande rätt inte utan uttrycklig förklaring eller positivt utförande av hyresvärdens biförpliktelser ådrar sig massaansvar för samma biförpliktelser. Att boet utan vidare är massaansvarigt för hyresgästens anspråk på att få nyttja sin lägheten i konkursen, följer redan av det sakrättsliga skyddet som sådant. Till en mera ingående analys av förhållandet mellan det sakrättsliga skyddet och utrymmet för inträde och inträdesrätt vid nyttjanderättsavtal återkommer jag vid behandlingen av hyra av lös sak nedan.[51]

[50] Se närmare kap III 3.9 ovan.

[51] Se kap VI 3.2.3.

3.2.4 Avräkning på förskott och kvittning med konkursfordringar

Som framgått av genomgången av *dansk, norsk och tysk rätt* är en viktig fråga vid hyresvärdens konkurs, om hyresgästen ska få *avräkna* före konkursen utgivna hyresförskott på de hyror hyresvärdens konkursbo kräver in för hyresgästens nyttjande av lägenheten efter konkursutbrottet.[52] Ett näraliggande – men ändå annat – problem är, om hyresgästen ska få *kvitta* kanske värdelösa konkursfordringar på hyresvärden/gäldenären mot boets hyreskrav avseende tid efter konkursutbrottet.

I de tre här studerade utländska rättssystemen har hyresgästens möjligheter i både lägena i viss utsträckning inskränkts med hänsyn till boets intresse av att få rimlig avkastning av fastigheten under konkurstiden.[53] Boet har i dessa länder närmare bestämt getts samma rättsskydd som en köpare av fastigheten har både vid frivillig och exekutiv försäljning. Saken kan också uttryckas så, att fastigheten i avräknings- och kvittningshänseende anses såld i och med konkursutbrottet.[54] Längst i skyddet för konkursboet *i avräkningshänseende* har man gått i Västtyskland, där § 21 st 2 KO måste sägas utgöra en mycket ingripande inskränkning av hyresgästernas (och arrendatorernas) avräkningsrätt jämfört med allmänna regler.

I *Sverige* finns motsvarigheter till de särskilda utländska avräknings- och kvittningsreglerna föreskrivna endast då fastigheten övergår till *ny ägare*, se 7:17 JB och 12:47 UB. För fallet att en uthyrd (eller utarrenderad) fastighet övergår till fastighetsägarens *konkursbo*, saknas alltså någon motsvarighet. De allmänna cessionsreglerna i 27 och 28 §§ SkbrL är inte heller direkt tillämpliga i detta läge, då ju konkursboets egendomsbeslag inte innebär någon överlåtelse eller äganderättsövergång, jfr 1:1 2 p KL. En annan sak är att konkursbokonstruktionen inte bör anföras som skäl vare sig för eller mot den ena eller andra lösningen, om lösningen ifråga är sakligt motiverad. Men hur bedöms nu de angivna avräknings- och kvittningsproblemen enligt svensk rätt?

Börjar vi med *avräkning på hyresförskott* som erlagts före konkursen, är läget analogt med den situation som ingående diskuterats vid behandlingen av säljarens konkurs ovan.[55] Där gällde det att avgöra om en köpare ska få avräkna ett utgivet förskott på säljarens konkursbos fordran på betalning för leveranser som boet självt fullgör i konkursen, eller om köparen är tvungen att betala på nytt om boet kräver det. Slutsatsen blev

[52] Med hyra avses i det följande även arrende.

[53] I tysk rätt innebär dock kvittningsregeln i § 21 st 3 KO en *utökad* kvittningsmöjlighet för hyresgästen jämfört med allmänna regler.

[54] Jfr Lindskog s 193.

[55] Se kap III 3.5.3.

att köparen bör vara skyldig att utge effektiv betalning till boet, om den köpta varan är delbar i teknisk och juridisk mening på det sätt som en regel om partiell inträdesrätt för säljarens konkursbo bör förutsätta. En premiss för boets rätt till effektiv betalning är då också att boets leverans verkligen ska ses som ett konkludent inträde, vilket i sin tur förutsätter att boet inte var tvungat att leverera, dvs att sakrättsligt skydd för köparens anspråk på att få varan inte uppnåtts. Endast om boet inte var skyldigt att prestera, trätt in i avtalet med massaansvar och dessutom tillåts göra detta med verkan från konkursdagen, finns alltså anledning att skydda boet mot avräkning. Fordringar på vederlag bör först då anses tillkomma boet som sådant.

Tillämpas dessa principer vid hyresvärdens konkurs, vilket jag anser kan göras, innebär det att boet har rätt att få effektiv betalning för hyresgästens nyttjande efter konkursutbrottet (utan avräkning på före konkursen utgivna hyresförskott) *om* (a) hyresvärdens konkursbo kan välja om det ska inträda eller inte och (b) i det konkreta fallet också får anses ha inträtt med massaansvar och (c) massaansvaret med hänsyn till delbarheten av hyresvärdens prestation får begränsas till tiden efter konkursutbrottet.

Den första punkten kan endast uppfyllas vad avser biförpliktelserna i hyresavtalet. Endast i den delen finns det, med hänsyn till sakrättsskyddet, någon valrätt för boet i inträdesfrågan. Och endast i den delen är det således relevant att diskutera frågan om boet kan ådra sig massaansvar. Enligt vad som framkom i förra avsnittet bör detta massaansvar endast kunna uppkomma om boet företar positiva handlingar som misslyckas. Det massaansvar som ett sådant inträde medför kan möjligen begränsas till att gälla endast för tiden efter konkursutbrottet (partiellt inträde). Den systematiskt riktiga lösningen bör då vara, att boet endast kan kräva effektiv betalning (utan avräkning på hyresförskott) för den del av vederlaget för tiden efter konkursutbrottet, som avser biförpliktelser som boet blivit massaansvarigt för. I den del vederlaget avser det sakrättsligt skyddade *nyttjandet* som sådant, bör däremot, i brist på särskilda regler motsvarande den tyska § 21 st 2 KO, hyresgästen alltid få åberopa före konkursen erlagd förskottshyra avseende tiden efter konkursutbrottet.

I praktiken är denna uppdelning av olika delar av vederlaget säkerligen svår att upprätthålla och konkret beräkna. Det förefaller då godtagbart att trots allt tillåta att hyresgästen fullt ut får avräkna boets hyreskrav på före konkursen inbetald förskottshyra.

När det därefter gäller hyresgästens möjligheter, att *kvitta konkursfordringar mot hyresfordringar som avser tiden efter konkursutbrottet*, finns följande rättsfall att redovisa.

NJA 1957 s 197. En rad personer hade, i samband med förvärv av hyresrätt till lägenheter i fastigheter som ägdes av en bostadsrättsförening, betalat ett belopp som motsvarade den insats som krävdes för att få teckna bostadsrätt hos föreningen. När teckning sedermera skulle ske befanns dock fastigheterna vara i så dåligt skick, att hyresgästerna vägrade att teckna bostadsrätt. De vägrade också att betala hyra under åberopande av kvittningsgill motfordran hos föreningen på återbetalning av de inbetalda insatserna. På grund härav gick föreningen i konkurs. För att få kvittningsfrågan prövad träffades en överenskommelse om att boet skulle väcka talan mot en av hyresgästerna, i fortsättningen kallad T. Boet yrkade således att T skulle utge de innehållna hyresbeloppen. T invände att han på giltiga skäl vägrat att teckna bostadsrätt och därför hade rätt att återfå sin insats och kvitta denna fordran på hyran. Boet bestred då kvittningsrätt för tiden efter konkursutbrottet. T genmälde att det inbetalda beloppet var att anse som ett hyresförskott.

RR:n ansåg att T inte hade rätt att återfå den inbetalda insatsen, dvs att han över huvud taget inte hade någon motfordran. Kvittning var därmed utan vidare utesluten. HovR:n fann däremot att T var berättigad att återfå insatsen. I kvittningsfrågan framhölls att T:s hyresskuld, även vad avser tiden efter konkursutbrottet, grundade sig på det ursprungliga upplåtelseavtalet och att boets invändning därför inte förtjänade avseende. Full kvittningsrätt tillerkändes således T. HD fann inte skäl att meddela prövningstillstånd. Eftersom målet är *refererat* i NJA torde det innebära att HD godtog HovR:ns domskäl.[56]

Som vi sett ovan kan varken boet eller en hyresgäst som tillträtt sin lägenhet säga upp avtalet på grund av konkursen. Boet kan troligtvis därmed inte heller dra på sig massaskulder annat än genom eget positivt handlande som misslyckas eller uttrycklig förklaring. I motsats till läget i NJA 1916 s 154 (betodlaren) – och f ö även till de förutsättningar som gällde för det tyska hyres- och arrenderättsfallet BGH 9.2.1983 (ZIP 83.332)[57] – var boet i NJA 1957 s 197 således tvunget att fortsätta prestera, såvitt gäller det grundläggande passiva upplåtandet av lägenheten under konkurstiden.[58] Valrätt för boet mellan inträde och avstående/-uppsägning saknades i den delen på grund av den sakrättsliga regeln.

Angående HovR:ns intetsägande domskäl instämmer jag med Håstad när han säger, att man inte "rakt ut i luften skall ta ställning till den litet metafysiska frågan, huruvida konkursboets fordran på hyra efter konkursutbrottet grundar sig på det hyresavtal som träffats före konkursen eller uppkommit successivt och blivit fullgånget först i samband med nyttjandet av lägenheten under den tid hyran avser."[59] I stället bör enligt Håstad beaktas bl a vilken möjlighet boet hade att inträda i avtalet (med verkan från konkursdagen), hur starkt samband det fanns mellan boets krav på hyra och T:s återbetalningsfordran och om T hade fått en sämre position om han tvingats flytta vid konkursutbrottet och i stället utan

56 Jfr Håstad, PM s 29 och allmänt Beckman i TSA 1962 s 166.

57 Se härom 3.1.3 ovan.

58 Jfr Håstad a st och densamme, Sakrätt, 2 uppl s 280 not 29 och 3 uppl s 312 not 25.

59 Håstad, PM a st.

kvittning fått betala hyra för en annan lägenhet. Avgörande vikt läggs dock vid det faktum att hyresvärdens bo inte kan säga upp avtalet.

Welamson anser i Konkursrätt att boet i fall som 1957 års kan begränsa kvittningsrätten för medkontrahenten i den mån boet kan säga upp avtalet. Han skriver också att om kontraktet prolongeras genom ett särskilt avtal, slutet mellan boet och hyresgästen från den tidpunkt då boet tidigast kunnat få kontraktet att upphöra, då avskärs medkontrahentens rätt att kvitta konkursfordringar. Slutligen framhålls att det är "möjligt men knappast otvivelaktigt", att boets underlåtenhet att säga upp kontraktet vid den nyss nämnda tidpunkten får samma betydelse som en uppsägning och ett nytt avtalsslut.[60] Welamsons ståndpunkt innebär i princip att hyresvärdens konkursbo inte kan undvika att hyresgästen kvittar konkursfordringar på hyresfordringar avseende tiden efter konkursutbrottet.

Lindskog intar samma ståndpunkt. Så länge konkursboet är skyldigt att prestera enligt avtalet – i betydelsen att boet inte har uppsägningsrätt – anser han således att kvittning kan ske med en konkursfordran. Lindskog har heller inget att erinra mot utgången i 1957 års rättsfall, i den mån det inte var möjligt för boet att säga upp avtalet. Om boet haft rätt att frivilligt förlänga avtalet skulle kvittning däremot inte tillåtas.[61]

De lege lata instämmer jag i stort i denna uppfattning. Liksom i avräkningsfallet ovan bör dock framhållas, att den del av boets hyresfordran som motsvaras av boets fullgörande och inträde beträffande underhåll, reparationer och andra biförpliktelser, vilka alltså inte omfattas av det sakrättsliga skyddet, i princip inte bör kunna kvittas mot en hyresgästens konkursfordran. I den delen kan boet utan massaansvar välja att avstå från att prestera. Presterar boet ändå är det jämförbart med att boet träffar ett nytt avtal med hyresgästen. Och fordringar som härrör från nya avtal som boet sluter kan givetvis inte kvittas mot vanliga konkursfordringar. De praktiska svårigheterna att beloppsmässigt dela upp hyran i en del för själva lägenhetsupplåtelsen och en del för vård, underhåll etc, talar dock för att ändå tillåta kvittning fullt ut. Normalt motsvarar väl också biförpliktelserna endast en liten del av hyran. Ifall biförpliktelserna i ett visst fall skulle vara betydande, och boet väljer att fullgöra dem, anser jag det ändå vara felaktigt att tillåta kvittning mot hela boets vederlagskrav. Huvudregeln torde dock trots allt bli, att full kvittning är tillåten.[62]

60 Welamson, Konkursrätt s 479 not 13.

61 Se Lindskog s 192.

62 Att tillåta kvittning endast mot den del av boets vederlagskrav, som avser det grundläggande upplåtandet av lägenheten, borde i konsekvensens namn även betyda, att nedsättning av hyran enligt 12:11 1 st 5 p (jfr 12:16 1 st) JB inte fick ske på ett högre hyresbelopp än vad som motsvarar denna del. Detta är nog ingen önskvärd lösning.

Av det föregående framgår förhoppningsvis att *kontraktsansvars-, avräknings- och kvittningsfrågorna* kan bedömas likformigt. Hyresgästens sakrättsliga skydd redan i och med avtalet bör alltså innebära att boet inte utan uttryckligt åtagande eller frivilligt positivt utförande av biförpliktelser bör ådra sig massaansvar. *Boets skuldsida* upphöjs inte utan vidare till "massaplanet" vid avtalets fortsättning i konkursen. Eftersom hyresgästen i samma utsträckning med giltig verkan mot boet bör få avräkna hyresförskott och kvitta boets hyreskrav för tiden efter konkursutbrottet mot konkursfordringar, på samma sätt som han kunnat det mot gäldenären själv, kan man också säga att inte heller *boets tillgångssida* upphöjts till massaplanet. Begreppsparet "inträde" – "icke-inträde" kan således utan risker användas för samlande beskrivning av läget, då samtliga eller ingen av de tre nyssnämnda rättsföljderna (eller rättsföljdspaketen) aktualiserats.

3.3 Några synpunkter de lege ferenda

3.3.1 Bör uppsägningsrätten enligt 12:30 (och 8:16) JB avskaffas?[63]

Uppsägningsrätten för den hyresgäst som inte tillträtt sin lägenhet före hyresvärdens konkurs har som nämnts motiverats med den osäkra ställning som hyresgästen då har vid exekutiv auktion. Detta angavs redan i motiven till 1907 års nyttjanderättslag och har därefter endast upprepats utan några egentliga självständiga överväganden av argumentets hållbarhet.

1905 års motivuttalanden bygger naturligen på de regler som då gällde om försäljning av fast egendom i konkurs (se idag 8:6 KL) och på de regler om nyttjanderättshavarens ställning vid en konkursförsäljning som gällde i början av seklet.

Motsvarigheten till dagens 8:6 KL fanns 1905 i 51 § 1 st i 1862 års KL.[64] Här föreskrevs bl a att fast egendom inte fick säljas annat än på offentlig auktion, om inte samtliga vid borgenärssammankomst närvarande borgenärer och dessutom gäldenären själv samtyckte till detta. Därutöver stadgades vissa ytterligare regler till skydd för inteckningshavarna. I

[63] Vad som i avsnittet sägs om 12:30 JB och hyra gäller också för 8:16 JB och arrende.

[64] För den historiska genomgången, se 1905 års lagedition (Skarin) s B 111, 1911 års KL-förslag s 25 och 308 ff, 1919 års KL-förslag s 26 och 219 f, NJA II 1921 s 502 ff, Welamson, Konkursrätt s 378 ff, SOU 1968:64 s 96 f, 185 ff och 257 f, prop 1971:20 s 1 f, 51 f, 135 ff, 354 ff och 564, SOU 1977:29 s 38 f, 105 ff och 180, prop 1978/79:105 s 23 f, 273 ff och 291 f.

1911 års konkurslagsförslag föreslogs en 71 § med innebörd, att försäljning i annan ordning än den som utsökningslagen föreskrev endast skulle få ske om förvaltaren fann detta fördelaktigare och gode mannen i konkursen var ense med honom. Skulle gode mannen vägra ge sitt samtycke krävdes i stället borgenärernas medgivande. Därutöver uppställdes ett oeftergivligt krav på gäldenärens samtycke för försäljning i annan ordning än på auktion. Genom ändringar i UL 1912 kom också 51 § 1 st i 1862 års KL att ändras i linje med 1911 års KL-förslag. I 1919 års konkurslagsbetänkande föreslogs i allt väsentligt den lydelse av 70 § KL som kom att gälla under precis ett halvt sekel, från 1921 och fram till 1971.

Samtidigt som det med 1971 års fastighetsförsäljningslag infördes en möjlighet att sälja en utmätt fastighet under hand, se numera 12:57 ff UB, ändrades således 70 § KL samma år så, att konkursförvaltaren gavs möjlighet att sälja en fastighet "frivilligt" utan gäldenärens samtycke. Gäldenären skulle hädanefter endast höras. Kravet på samtycke från rättens ombudsman eller borgenärerna kvarstod dock. Vid 1979 års konkurslagsreform avskaffades emellertid även detta krav. Också regeln om hörande av gäldenären utmönstrades ur 70 § KL. I det sakligt likalydande efterträdarstadgandet 8:6 i 1987 års KL står nu, att fast egendom får säljas i annan ordning än exekutiv om bara förvaltaren anser det fördelaktigare för boet. Enligt en generell bestämmelse, 7:10 KL, ska förvaltaren i viktiga frågor höra särskilt berörda borgenärer, om det inte föreligger hinder däremot. I sådana frågor ska han även höra gäldenären "om det lämpligen kan ske". Enligt specialmotiven till 1979 års ändringar av dagens 8:6 KL, är samråd "naturligtvis ofta påkallad" i fastighetsförsäljningsfrågor.[65]

Sammanfattningsvis har alltså möjligheterna för förvaltaren att kunna sälja fast egendom i annan ordning än på exekutiv auktion utvidgats avsevärt sedan seklets början, då motiven till regeln i 12:30 JB skrevs. Från att tidigare ha krävt i princip alla tänkbara inblandades samtycke, medger konkurslagen idag förvaltaren själv att efter en tämligen fri bedömning avgöra i vilken ordning fastigheten ska säljas. Detta har sin betydelse för bedömningen av uppsägningsrätten enligt 12:30 JB, därför att hyresgästens ställning är starkare vid frivillig försäljning än vid exekutiv, jfr avsnitt 3.2.1 ovan. Genom införandet av nya JB och reglerna i dess 7 kap har nyttjanderättshavares ställning också vid frivillig försäljning förbättrats jämfört med tidigare regler.[66] För närvarande skyddas sålunda hyresrätten för en hyresgäst som inte tillträtt sin lägenhet vid frivillig försäljning, om rätten inskrivits innan den nye ägaren sökt lagfart, om den förbehållits (vilket överlåtaren under skadeståndsansvar är skyldig att

[65] Prop 1978/79:105 s 291 f.

[66] Se t ex Westerlind, 7 kap JB s 247 med vidare hänv i not 77 och Forssell s 120 ff.

göra) eller om den nye ägaren annars är i ond tro om hyresrättens existens. Enda skillnaden jämfört med en tillträdd hyreslägenhet är att skriftligt kontrakt inte utan vidare ger skydd, 7:13 1 st JB e contrario.[67]

Med hänsyn till att frivillig försäljning i konkurs numera kan företas i betydligt större utsträckning än tidigare, att hyresgästens ställning vid en sådan försäljning är mycket god[68] och att några avgörande skillnader i rättsställning inte finns mellan tillträdda och icke tillträdda hyreslägenheter, blir slutsatsen så långt, att både grunden för uppsägningsrätten enligt 12:30 JB som sådan och olikheten i behandling, mellan hyresgäster som tillträtt och hyresgäster som inte tillträtt lägenheten före försäljningen, idag inte är sakligt motiverad.

Det återstår emellertid att närmare skärskåda skillnaderna i rättsställning före och efter tillträdet också vid *exekutiv försäljning*. Först bör allmänt sägas att skyddet för nyttjanderättshavarna förbättrades avsevärt i och med 1971 års fastighetsförsäljningslag, jfr numera 12 kap UB.[69] Vad avser skillnaderna mellan tillträdda och icke tillträdda lägenheter, bör först nämnas det nyligen införda extraordinära skyddet för tidsobestämda skriftliga upplåtelser av bostadslägenheter i hyreshus (se 7:16 1 st 2 p JB och 12:25 1 st 4 p in fine UB). Detta skydd gäller bara lägenheter som tillträtts före den exekutiva försäljningen. I övrigt görs emellertid ingen skillnad mellan tillträdda och icke tillträdda lägenheter: den principiella grundregeln i 7:16 1 st 1 p JB behandlar till en början fallen lika. Med undantag för nyssnämnda hyreshusfall görs heller ingen skillnad i frågan om vilka hyresrätter som ska upptas i sakägarförteckningen. Enligt 12:25 1 st 4 p UB gäller här som generellt krav i stället att inskrivning måste skett eller att upplåtelsen grundas på en skriftlig handling som är tillgänglig. Inte heller reglerna i 12:33 UB om förbehåll och oskadlighetsprövning eller reglerna i 12:39 UB om dubbla utrop vid auktionen skiljer mellan tillträdda och icke tillträdda lägenheter. Vidare är passivitetsregeln i 12:46 2 st UB densamma i bägge fallen och reglerna om besittningsskydd i 12 kap JB diskriminerar i princip inte hyresgäster som inte tillträtt sina lägenheter. Jämför dock i och för sig att det indirekta besittningsskyddet vid lokalhyra inte gäller ifall hyresförhållandet inte varat längre än nio månader, 12:56 1 st 1 p JB. Det intressenta i sammanhanget är dock att gränsen inte dras vid tillträdet.

Sammantaget bör den successiva förbättringen av hyresgästens (och övriga nyttjanderättshavares) skydd mot ny fastighetsägare, både vid

[67] Se närmare 3.2.1.

[68] Jfr Bengtsson/Victorin s 242, där det sägs att det normala vid hyra och arrende kan sägas vara att rättigheten består samt Forssell (s 143) som skriver: "Genom kravet på god tro har principen 'köp bryter lega' berövats huvuddelen av sitt materiella innehåll."

[69] Se SOU 1968:64 s 103 ff och 144 ff samt prop 1971:20 s 192 ff. Jfr Bengtsson/Victorin s 254.

frivillig och exekutiv försäljning, och de små skillnader som råder mellan reglerna för tillträdda och icke tillträdda lägenheter, leda fram till slutsatsen, att *uppsägningsrätten enligt 12:30 (och 8:16) JB bör avskaffas*. För detta talar som sagt också att den tidigare restriktiva inställningen till "frivillig" försäljning av fast egendom i konkurs numera övergetts.

Ett alternativ till att helt avskaffa 12:30 (och 8:16) JB skulle dock kunna vara, att införa en uppsägningsregel som på ett mera nyanserat sätt beaktar risken för att nyttjanderätten kan komma att falla vid en försäljning i konkursen. Regeln kan formuleras så här:

> Om hyresvärden försätts i konkurs får hyresgästen säga upp avtalet, om det är sannolikt att hyresrätten efter en försäljning av fastigheten inte skulle komma att gälla mot den nye ägaren.

Någon frist inom vilken uppsägningsrätten måste utövas är inte behövlig. I bedömningen av om hyresrätten kommer att stå sig vid en kommande försäljning ligger utan vidare, att uppsägning inte längre får ske om och sedan frågan om fastighetens försäljning blivit inaktuell. Någon motsvarighet till nuvarande föreskrifter med detta innehåll behöver då inte intas i lagtexten. I linje med det ovan sagda görs ingen skillnad mellan tillträdda och icke tillträdda lägenheter.

3.3.2 Bör särskilda avräknings- och kvittningsbegränsningar införas?

En grundläggande fråga de lege ferenda bör vara, om regler om konkursboets inträde bör införas också vid hyresvärdens konkurs. Genom 7 kap DKL och 7 kap LFD kan man säga att detta redan gjorts i Danmark resp Norge. I Västtyskland är rättsläget något annorlunda, men en gemensam nämnare är att boet i princip alltid blir massaansvarigt om avtalsförhållandet faktiskt fortsätter efter konkursutbrottet.

I Sverige kan hyresvärdens konkursbo förmodligen inte, utan uttryckligt åtagande eller fullgörande av hyresvärdens biförpliktelser på underhåll och reparationer, dra på sig massaansvar. Med hänsyn till hyresgästens möjlighet till skälig nedsättning av hyran för den tid lägenheten är bristfällig och till att boet saknar rätt att säga upp avtalet, torde detta förhållande också vara en riktig eller i vart fall acceptabel ordning. Att rucka på den allmänna regeln, om nyttjanderätt till fast egendoms sakrättsliga skydd mot fastighetsägarens konkursbo redan genom avtalet, bör inte göras.

Det faktum att hyresgästen uppnår sakrättsligt skydd mot boet i och med avtalet bör också redan idag medföra, att hyresgästen får *avräkna* före konkursen erlagd förskottshyra för tid efter konkursutbrottet på

boets hyreskrav och att hyresgästen får *kvitta* honom tillkommande konkursfordringar – såväl konnexa som inkonnexa – mot "boets" krav på hyra för hyresgästens nyttjande av lägenheten i konkursen. I den del av vederlaget som avser boets frivilliga fullgörelse av hyresvärdens icke oväsentliga biförpliktelser, kan dock på principiell grund ifrågasättas om avräkning och kvittning bör få ske fullt ut.

Även om boet inte, med avseende på hyresvärdens ansvar för lägenhetens skick, i någon högre grad bör kunna bli massaansvarigt mot sin vilja, bör ändå avräknings- och kvittningsbegränsningar liknande de danska, norska och tyska övervägas de lege ferenda. Som Lindskog framhållit innebär nämligen hyresgästens kvittnings- (och avräknings-) rätt att värdet av fastigheten urholkas.[70] Då boet säljer fastigheten kan *den nye ägaren* visserligen inte mötas med avräknings- och kvittningsinvändningar i större utsträckning än vad 7:17 JB och 12:47 UB tillåter. Men eftersom konkursboet inte åtnjuter samma skydd för egen del, ligger det i boets intresse att sälja fastigheten så fort som möjligt: boet får ju ingen avkastning på fastigheten om hyresgästen har stora motfordringar eller utgett stora hyresförskott. En snabb försäljning i konkursen innebär å andra sidan att en hyresgästen eljest tillkommande kvittningsrätt inskränks och att boet då blir ersättningsskyldigt upp till beloppet av den mistade kvittningsrätten, se 5:17 3 st KL.[71] Lindskog menar att det då är praktiskt att anse egendomen såld i och med konkursutbrottet.

För att förbättra möjligheterna för förvaltaren att sälja fastigheten vid en tidpunkt som han själv finner mest fördelaktig och öka fastighetens avkastningsvärde *under* konkursen, menar även jag att kvittnings- och avräkningsreglerna i 7:17 JB och 12:47 UB bör ges en motsvarighet vid fastighetens övergång till konkursboet. Om man nöjer sig med de förhållandevis måttliga inskränkningar som dessa lagrum föreskriver, kan följande konkursregel föreslås.

> På arrendeavgift, hyra eller annat vederlag för nyttjanderätten, som förfaller till betalning mer än sex månader, eller i fråga om arrende, mer än ett år efter det att fastighetsägaren försattes i konkurs, får nyttjanderättshavaren inte avräkna fordran hos fastighetsägaren. I fråga om sådant belopp gäller inte heller betalning som nyttjanderättshavaren erlagt till fastighetsägaren eller annan uppgörelse med denne före konkursen.

Regeln innebära alltså att tidpunkten för avräknings- och kvittningsbegränsningen flyttas fram till konkursdagen. Någon tillämpning av nuvarande 7:17 JB och 12:47 UB blir därefter aldrig aktuell då boet sedan säljer fastigheten.

70 Lindskog s 192 f och 214 f.

71 Jfr Lindskog s 192 f.

Det kan diskuteras om inte ett längre gående avräknings- och kvittningsskydd för boet bör införas. Tidsfristerna i 7:17 JB och 12:47 UB är i konkurssammanhang väl långa. Jämför här den tyska § 21 st 2 (och st 3) KO, som sätter en yttersta gräns på sex veckor. Åtminstone en halvering av de tider som 7:17 JB och 12:47 UB föreskriver bör vara motiverad för konkursfallet. Därtill kommer att 7:17 JB och 12:47 UB räknar tiderna från hyrans resp arrendeavgiftens *förfallodag*, vilket om vederlaget betalas i förskott kan medföra att tiderna, för vilka avräkning och kvittning medges, kan gälla betydligt längre hyres- och arrendeperioder än sex resp tolv månader. För konkursfallet innebär det att den föreslagna avräknings- och kvittningsbegränsningen blir i stort sett verkningslös. En smidigare och inte så slumpartat slående ordning är att i stället räkna den tillåtna avräknings- och kvittningstiden på den period som hyran resp arrendeavgiften *belöper sig*.

De nu förordade skärpningarna av den föreslagna avräknings- och kvittningsregeln kan förstås inte accepteras om man vill uppnå kongruens mellan överlåtelse- och konkursfallen. Ser man inga hinder mot att vissa skillnader kan råda härimellan, bör konkursregeln dock utformas så här:

> På arrendeavgift, hyra eller annat vederlag för nyttjanderätten, som *avser tid* mer än *tre* månader, eller i fråga om arrende, mer än *sex* månader efter det att fastighetsägaren försattes i konkurs, får nyttjanderättshavaren inte avräkna fordran hos fastighetsägaren. I fråga om sådant belopp gäller inte heller betalning som nyttjanderättshavaren erlagt till fastighetsägaren eller annan uppgörelse med denne före konkursen.

VI HYRA AV LÖS SAK

1 Inledning

Hyra av lös sak förekommer i en mängd olika former och för många skiftande typer av objekt.[1] Vid behandlingen av hyrestagarens konkurs ska jag i första hand diskutera den form av långtidsuthyrning som s k *finansiell leasing* utgör. Transaktionen kan här ses som en finansieringsform och som ett alternativ till avbetalningsköp. Liksom vid ett avbetalningsköp avser vederlaget (leasingavgifterna) att täcka uthyrarens (leasegivarens) anskaffningskostnad, räntor, övriga kostnader och affärsvinst. Leasingavgifterna betalas oftast kvartalsvis i förskott men även månadsvisa förskottsbetalningar är vanliga. Den finansiella funktionen åstadkoms främst genom att avtalet görs ouppsägbart under objektets ekonomiska livslängd. Denna basperiod varierar mellan 2–7 år och vid dess utgång kan hyrestagaren (leasetagaren) om han vill fortsätta avtalsförhållandet ett år i sänder mot en starkt nedsatt leasingavgift. Alternativt är det ofta underförstått att leasetagaren får köpa egendomen till ett belopp motsvarande restvärdet eller lägre.

Med finansiell leasing menar jag här i första hand s k *indirekt leasing*, vilken innebär att ett finansieringsföretag efter överenskommelse med en kund köper in egendomen från en leverantör eller tillverkare för uthyrning till kunden/leasetagaren. Finansieringsföretaget står alltså som uthyrare/leasegivare medan objektet levereras direkt från leverantören till kunden/leasetagaren.[2]

Leasetagaren svarar under avtalstiden själv för reparationer, underhåll och försäkring av objektet, medan leasegivarens ansvar för dröjsmål och

[1] Se till det följande Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 39 f, Hellner II s 157 f, Millqvist s 18–22 och 32–49, Henriz i TfR 1968 s 85 ff, Nyström i SvJT 1980 s 245 ff, densamme, Leasing s 9 ff, Arnesdotter, Leasing, RSV:s Leasing s 4 ff och 58 ff, SOU 1977:97 s 57 ff, Håstad, Sakrätt s 324 f och 328, Hessler s 300 ff, Adlercreutz, Finansieringsformer s 141 ff, Brækhus, Leasing, Berning s 310 f, Kofoed-Hansen s 30 ff, särskilt 51–60 samt Schaadt s 29 ff.

[2] Även långtidsuthyrning där "leasingavtal" sluts direkt mellan leverantören som uthyrare och kunden (*direkt leasing*) kan i det följande hänföras till finansiell leasing om avtalsvillkoren är i huvudsak desamma som vad som beskrivs i den löpande texten. Vid direkt leasing brukar leverantören ofta överlåta eller pantsätta sin rätt gentemot leasetagaren till ett finansieringsföretag, varvid den reella avtalssituationen blir snarlik den som "från början" råder vid indirekt leasing.

fel brukar motsvara leverantörens ansvar enligt köpavtalet med leasegivaren. Faran för objektet övergår direkt från leverantören till leasetagaren. Inte sällan innehåller köpavtalet mellan leverantören och leasegivaren en återköpsklausul, enligt vilken leverantören på leasegivarens anfordran är skyldig att återköpa objektet ifall leasetagaren inte fullföljer leasingavtalet kontraktsenligt eller då han inte vill köpa eller förlänga avtalet vid basperiodens slut. Ibland åligger det även leverantören att försöka återuthyra objektet efter ett återtagande eller att skrota det eller i varje fall att hjälpa till med en försäljning av objektet. De finansiella leasingavtalens regler för leasetagarens konkurs redogör jag för i avsnitt 2.1 nedan.

Finansiell leasing avser ofta verkstadsmaskiner och andra industriella utrustningar som representerar avsevärda ekonomiska värden. Hävning av avtalen och återtagning av objekten kan således leda till allvarliga driftstörningar och ekonomiska skador för leasetagaren. Även för leasegivaren kan ett avbrytande av avtalsförhållandet och de kostnader som då uppkommer leda till förluster och det särskilt ifall leasetagaren kommer på obestånd. Ur konkursrättslig synvinkel är framför allt leasetagarens konkursbos möjligheter att överta leasingavtalet ofta en nödvändighet för att driften av gäldenärsföretaget inte ska stoppas, temporärt eller för gott. För en aktiv fortsatt drift av rörelsen får konkursboets intresse och behov av att få behålla en leasad maskinpark antas vara fullt jämförbart med boets intresse av att kunna överta gäldenärens hyreskontrakt för rörelselokaler eller kontor och behovet av de anställdas arbetskraft.

Vid leasegivarens/uthyrarens konkurs gör sig delvis andra aspekter gällande. Här har jag också valt att vidga diskussionen till att avse även andra typer av hyra av lös sak än finansiell leasing. Även "leasingavtal" på kortare tid och med underhålls- och reparationsplikter för uthyraren tas då upp till behandling. Såväl för nyttjarens som för upplåtarens konkurs kommer jag även att i partier med mindre stil något undersöka två typer av nyttjanderätt till fartyg, nämligen dels egentlig hyra av fartyget som sådant (s k "bare-boat charter"), dels tidscertepartier (tidsbefraktning), dvs starkt förenklat hyra av fartyg inklusive besättning och med skyldighet för redaren (oftast ägaren) att stå för service, underhåll och reparationer. Tidscertepartierna är många gånger slutna för mycket lång tid, ibland upp till 20 år eller lika med fartygets hela livslängd. Även "bare-boat charter" kan avse lång tid. Bägge avtalstyperna tjänar inte sällan som viktiga instrument vid fartygsfinansiering. Någon närmare beskrivning av fartygsavtalens olika funktioner och innehåll i övrigt kan inte göras här.[3]

[3] Se i stället bl a Tiberg, Kreditsäkerhet s 100 ff, Grönfors s 417 ff, Håstad, Sakrätt s 324 f, Hellner II s 120 ff, Brækhus, Sikkerhet i certepartier, SOU 1970:74 s 136 ff, 5 kap

Valet av behandlade hyrestyper är dikterat av vad jag antar vara praktiskt väsentligt. En viss godtycklighet i urvalet blir då svårfrånkomlig om man inte vill ge en outhärdligt uttömmande detaljredovisning av allehanda förekommande kontraktsformer på området. Jag vill dock framhålla att de diskussioner som i det följande förs, exempelvis för avtal om finansiell leasing, kan ses som *resonemangsmodeller* även för andra avtalsförhållanden, varvid de avtalade prestationernas karaktär, varaktighet, personliga art och även den sakrättsliga bakgrunden kan föranleda justeringar av här dragna slutsatser i den ena eller andra riktningen.

Angående *terminologin* så benämner jag parterna vid hyra av lös sak i allmänhet "uthyraren" resp "hyrestagaren". Sistnämnda term anser jag vara bättre än den tidigare ofta använda "hyresmannen". På de ställen i texten där jag uteslutande tar sikte på finansiell leasing (i nyss beskriven mening), betecknas parterna som redan framgått "leasegivaren" resp "leasetagaren". Av sammanhanget torde framgå vad som avses i den mån tvekan kan råda. I certepartidelarna av framställningen kallar jag den part som upplåter (det bemannade) fartyget för "redaren" och nyttjaren för "befraktaren". Även andra och kanske systematiskt riktigare beteckningar brukar här förekomma, men jag tror att de just angivna är ändamålsenliga för syftet med denna bok.

Till sist ska här sägas något om *gränsen mellan hyra/leasing och avbetalningsköp*.[4] Betydelsen härav är inte särskilt stor vid *hyrestagarens* konkurs, då uthyraren där i realiteten har en sakrättslig position som är likadan som en avbetalningssäljares. När det sedan gäller frågorna kring konkursboets inträde och inträdesrätt, kan det i och för sig vara klargörande att kunna fastslå om 39–41 §§ KöpL ska tillämpas direkt eller endast analogt eller om JB:s olika regler för nyttjanderättshavares konkurs kan få analog betydelse. Som vi ska se är det dock inte alls säkert att det innebär något framsteg, att t ex köpreglerna ska tillämpas "rakt av" utan några justeringar. Med hänsyn till de olika hyres- och leasingavtalens särprägel kan det kanske tvärtom vara bättre att rättsläget fastställs genom en "blandad analogi", där möjligheter finns att beakta vikti-

SjöL, NJA II 1936 s 478 ff och NJA II 1976 295 f (jfr 260 ff). För "bare-boat charter", se främst Falkanger, Leie av skib. Jfr också SOU 1987:27 (Skeppslega till utlänning) s 55 f, 63–69 och 79–81.

[4] Se för denna fråga Millqvist s 81 ff, Hessler s 300 ff, Helander s 626 f, Håstad, Sakrätt s 328, Nyström i SvJT 1980 s 248 ff, Arnesdotter, Leasing s 18 f, Hellner II s 157, Adlercreutz, Finansieringsformer s 146, SOU 1987:27 s 65 ff, Kofoed-Hansen s 61 ff, Brækhus, Leasing s 206 ff, Berning s 317 ff och Søgaard i UfR 1984 B s 81 ff. För tysk rätt, se den litteratur som anges i avsnitt 2.2.2 och 3.1.2 nedan. För amerikansk rätt, se Millqvist s 101–108 och Helander s 109–112 och 686 f. – För motiven till 3 § 2 st KKrL och 1 § 3 st AvbL, som dock egentligen inte innehåller något som inte redan framgår av lagtexten, se SOU 1975:63 s 223 f, prop 1976/77:123 s 158 f och 347 f, SOU 1977:24 s 78 f och 104 f samt prop 1977/78:142 s 84. För motsvarande bestämmelse (1 § 2 st) i 1915 års AvbL, se NJA II 1915 s 306 f.

ga skillnader i kontraktsinnehåll. Det är vidare långt ifrån självskrivet att de obligationsrättsliga frågorna i avtalsförhållandet, t ex de som aktualiseras vid en leasetagares konkursbos fullföljande av ett bestående avtal, bör bedömas enligt samma paket av regler som de sakrättsliga, t ex frågan om leasetagarens skydd mot leasegivarens borgenärer. Jämför från fastighetsrätten att skogsavverkningsrätter enligt 7:3 JB sakrättsligt behandlas som nyttjanderättsavtal men beträffande "obligationsrätt i konkurs" i vissa fall enligt 39–41 §§ KöpL och alltså inte 8:18, 9:30 och 12:31 JB, fastän de senare lagrummen innehåller motsvarande men innehållsmässigt något annorlunda regler än köplagen för vissa andra nyttjanderätter till fast egendom.[5]

Inte i något av de här undersökta rättssystemen kvalificeras finansiell leasing utan vidare som avbetalningsköp. Detta gäller såväl rent obligationsrättsligt, sakrättsligt som vid behandlingen av det fortsatta avtalsförhållandet under en konkurs. Det gör ingen skillnad om köpoptionsrätt avtalats eller inte. Inte heller anses det lämpligt att en allmän rättslig kvalifikation av avtalstypen som köp eller hyra s a s automatiskt får styra vilka regler som ska tillämpas vid avtalets fortsättning i endera sidans konkurs. I stället sägs särskilt i tysk rätt att de särskilda konkursrättsliga ändamålen, sammanvägda med det rent obligationsrättsliga innehållet i parternas förpliktelser, bör vara avgörande.

Håller vi oss till *svensk rätt* så föreskrivs i 3 § 2 st KKrL och 1 § 3 st AvbL, att avtal som betecknats uthyrning eller där betalningen angetts utgöra vederlag för varans nyttjande ändå ska anses vara ett avbetalningsköp, om avsikten är att "hyrestagaren" ska bli ägare.[6] Utgångspunkten är alltså att avbetalningsköp föreligger när parterna är överens om att "hyrestagaren" ska bli ägare. Och antar man då att leasingkontrakten också avspeglar den verkliga partsavsikten, är det uppenbart att dessa avtal inte är avbetalningsköp. Detta gäller även om köpoption avtalats. Optionen innebär ju inte att leasetagaren bundit sig att köpa utan endast att han getts möjlighet att välja mellan köp och återlämnande (eller fortsatt nyttjande). Motiven till KKrL och AvbL utgår också ifrån detta. Även om den ekonomiska effekten av avtalet är detsamma som ett avbetalningsköp, är det alltså fråga om hyra och inte köp så länge leasetagaren inte åtagit sig att köpa. En annan sak är att olika bevisfakta, däribland de som bestämmer avtalets reella ekonomiska innebörd, kan åberopas till stöd för att äganderättsövergång från början eller sedermera överenskommits, fastän transaktionen kallats uthyrning.[7]

[5] Se särskilt rättsfallet NJA 1986 s 136.

[6] I det följande betecknas både avtal enligt KKrL och AvbL avbetalningsköp.

[7] Av dansk och finsk rättspraxis anser Millqvist det framgå, att ett formellt hyresavtal bedöms som avbetalningsköp endast om det kan styrkas dels att det avgörande skälet varit att

Svenska prejudikat om gränsen mellan avbetalningsköp och hyra/leasing saknas nästan helt.

> I *NJA 1963 s 129* fick frågan dock betydelse. Det gällde här att avgöra om ett formellt hyresavtal med köpoptionsrätt för hyrestagaren i själva verket utgjorde köp och om egendomen därmed var undandragen förlagsinteckningshavarnas kreditunderlag på den formelle uthyrarens sida. Fastän det sammanlagda beloppet av erlagda hyror och köpesumman vid optionens utövande enligt HD bestämts så, att de motsvarade den köpeskilling som parterna i ett tidigare skede kommit överens om för ett sedermera förkastat köpalternativ, ansågs avtalet ändå, innan optionsrätten faktiskt utnyttjats, vara hyra och inte köp. Objektet som sådant ingick sålunda fortfarande i inteckningsunderlaget.[8]

1963 års mål avsåg en rent sakrättslig konflikt mellan hyrestagaren och en realsäkrad konkursborgenär i upplåtarens konkursbo. Det kunde enligt min mening lika gärna ha varit fråga om en direkt konflikt mellan hyrestagaren och upplåtarens (allmänna) konkursbo som sådant, om huruvida den förre kunde separera egendomen ur boet eller endast åberopa nyttjanderätt till lös sak, utan att utgången blivit annorlunda. Jag menar därmed också att 1963 års fall utgör ett klart stöd för att de båda avbetalningsköplagarnas kriterium för gränsdragningen mellan hyra och avbetalningsköp de lege lata är tillämpligt också i rent *sakrättsliga* konflikter.[9] Den reella ekonomiska innebörden av transaktionen saknar därvid materiellt sett betydelse, om inte en gemensam partsavsikt om äganderättsövergång samtidigt kan visas eller annars är uppenbar. Dessutom måste sägas att det rättspolitiskt är bättre att domstolarna direkt tar ställning till frågan om leasingavtalens sakrättsskydd vid upplåtarens insolvens, än att man pressar in dem under köpbegreppet för att på den omvägen uppnå det med köpet förknippade och även för leasing kanske önskvärda sakrättsliga skyddet.

Varför jag här över huvud taget har ifrågasatt om avbetalningsköplagarnas gränsdragning är relevant också sakrättsligt, beror på att dessa lagar omedelbart endast avser att reglera det obligationsrättsliga förhål-

kringgå avbetalningslagarna, dels att parterna från början varit inställda på äganderättsövergång. Förstnämnda krav saknar i Sverige stöd såväl i lagtext som i rättspraxis. Jfr även Wilhelmsson i SvJT 1987 s 45, som framhåller att Millqvists kringgåenderekvisit i praktiken leder till en mycket snäv avgränsning av de tvingande avbetalningsköpreglerna.

[8] Rättsfallet diskuteras närmare i 3.2.2 nedan.

[9] Detta är kanske inte så överraskande, då 3 § 2 st KKrL och 1 § 3 st AvbL egentligen inte utsäger något nytt som inte redan skulle ha gällt enligt allmänna principer. I lagrummen stadgas ju inte något annat än att *köp är köp även om det kallas hyra.* Och köp innebär definitionsmässigt ömsesidigt bindande löften om äganderättsövergång medan hyra och annan särskild rätt inte gör det. Jfr fallet att parterna slutit ett avtal som de betecknat köp men som naturagäldenären ("säljaren") påstår är ett hyresavtal. På motsvarande men omvänt sätt som KKrL och AvbL anger för formella hyresavtal, måste han då visa att äganderättsövergång *inte* överenskommits utan endast upplåtelse av egendomen för nyttjande.

landet mellan säljare och köpare.[10] Det är dock troligt att gränsdragningen utan vidare får relevans även sakrättsligt, då säljaren hävdar separationsrätt mot köparens borgenärer med stöd av återtaganderättsförbehåll. Även om de båda lagarna i och för sig endast behandlar i vilken utsträckning återtaganderättsförbehåll kan göras gällande mot köparen själv (se 15 § KKrL och 7 § AvbL), ligger den väsentliga betydelsen av förbehållet i att det har verkan mot tredje man på köparens sida. Och att hävda, att den gränsdragning mellan hyra och avbetalningsköp som görs i de obligationsrättsliga lagarna inte ska användas vid bedömningen av vilken typ av anspråk som "uthyraren" har i "hyrestagarens" konkurs, synes då betänkligt. Som sagt är gränsdragningen dock inte av så stor betydelse i just denna situation.

Ett fall där gränsdragningen trots allt kan få betydelse är det, då en "uthyrare" underlåtit att förbehålla sig giltig ägande- eller återtaganderätt i ett avtal som sedermera bedöms som köp samt konkludent förbehåll inte anses kunna intolkas, jfr i intolkningsfrågan HovR:n och RSV:s plädering inför HD i NJA 1976 s 134.[11]

I övrigt kan en hyres- eller leasetagares konkursbo vara intresserat av att hävda att ett formellt hyresavtal är avbetalningsköp, därför att uppgörelsen vid återtagande (jfr 9:10 UB, 13 § KKrL och 5 § AvbL) normalt blir betydligt gynnsammare för boet vid avbetalningsköp, låt vara att 36 § AvtL kan åberopas i vissa fall av oskäliga hyres-/leasinguppgörelser.[12]

I *RH 1986:153*, som inte avsåg en sakrättslig situation men som ändå är av betydelse för leasetagarens konkursbo, hade en grävmaskin köpts på avbetalning. Priset var drygt en miljon kr. Köparbolaget gick i konkurs några månader efter köpslutet, varvid maskinen återlämnades till säljaren. Köparbolagets ägare fortsatte rörelsen som enskild firma och slöt då leasingavtal för samma grävmaskin. "Baspriset" var ca 900 000 kr, leasingtiden 72 månader och leasingavgiften (ca 20 600 kr) skulle betalas månadsvis i förskott. Sedvanliga standardvillkor för finansiell leasing gällde på avtalet. Bl a tillförsäkrades leasegivaren, vid hävning på grund av bristande avgiftsbetalning, rätt till skadestånd motsvarande leasingavgifterna för resterande avtalstid diskonterade efter sex procent.

Då leasetagaren kom i dröjsmål och återtagning skedde, gjorde leasegivaren bruk av ersättningsklausulen. Leasetagaren invände då bl a att avtalet var ett avbetalningsköp. Avsikten hade nämligen varit att han skulle förvärva äganderätten vid leasingtidens slut. Återtagandereglerna i avtalet påstods muntligen ha avtalats bort. AvbL:s tvingande regler skulle därför gälla. Leasegivaren förnekade att det

[10] Se t ex Hessler i lagrådet i prop 1976/77:123 s 355 ff, depchefen i samma prop s 371 och SOU 1977:24 s 80. Jfr även Håstad, Sakrätt s 140, 157 not 31 och 328, Helander s 626 f och Millqvist s 84 f.

[11] Frågan om intolkning av förbehåll har såvitt bekant aldrig direkt bedömts av HD. 1976 års rättsfall är inte av intresse i sammanhanget, eftersom prövningen där var begränsad till frågan om "uthyraren" styrkt sitt påstående, att han vid utmätning för motpartens gäld fortfarande stod som uthyrare och därmed kullkastat besittningspresumtionen i den dåvarande motsvarigheten till 4:18 UB. Jfr Hessler i SvJT 1983 s 169, Håstad, Sakrätt s 102 not 16 och Millqvist s 89.

[12] Jfr SOU 1977:24 s 79.

sagts att avtalet skulle vara ett avbetalningsköp eller att det muntligen avtalats om äganderättsövergång. Leasetagaren uppgav dock under sanningsförsäkran att det vid ett sammanträffande hos leasegivaren diskuterats under vilka former han skulle kunna behålla maskinen efter bolagets konkurs. Någon värdering av maskinen gjordes inte då leasingavtalet upprättades, utan kontraktet lades bara framför honom. Han kände sig pressad och skrev på. Inget hade nämnts om skillnaden mellan avbetalningsköp och leasing, men leasetagaren hade förstått att det var ett leasingavtal som han undertecknade. Att leasingavtal träffades berodde på att leasetagaren inte haft medel för kontantinsatsen vid avbetalningsköp. Visserligen diskuterades inte vad som skulle ske med maskinen vid avtalstiden slut, men leasetagaren ansåg det självklart att äganderätten skulle övergå till honom.

En representant för leasegivaren uppgav i vittnesförhör att leasegivaren hellre ingått avtal om avbetalningsköp men att leasetagaren som sagt inte haft möjlighet att erlägga kontantinsatsen. Därför slöts ett leasingavtal som utformades gemensamt. Ingen överenskommelse om förvärv av äganderätt träffades. Det uppgavs dock vara branschpraxis att leasegivaren vid leasingtidens slut frågar leasetagaren om denne vill köpa objektet. Oftast brukade det leda till köp.

TR:n redogjorde för 1 § 3 st AvbL och framhöll att leasingavtalet föreskrev att maskinen var leasegivarens egendom och skulle återställas vid leasingtidens utgång. Parterna var vidare ense om att det inte hade förekommit några diskussioner om vad som då skulle hända med maskinen. Att leasetagare vanligtvis köper objektet utgjorde inte tillräckligt skäl för att bedöma det aktuella avtalet som ett avbetalningsköp. AvbL ansågs inte tillämplig.

I HovR:n uppgav leasetagaren bl a att i baspriset ingick hans tidigare rest- och ränteskuld och att leasingtiden därför blev 72 i stället för normala 48 månader. Vidare hade endast raterna diskuterats vid leasingavtalets ingående, inte de allmänna villkoren. Leasegivaren framhöll bl a att leasetagaren antagligen erbjudits att förlänga leasingavtalet för ett år i sänder mot en kraftigt reducerad avgift, om köp inte kommit till stånd vid leasingtidens utgång och leasetagaren inte heller velat återlämna maskinen, vilket leasegivaren troligen skulle ha godtagit.

HovR:n uttalade, att om leasetagarens skulder till leasegivaren vid leasingavtalets ingående beaktas, gav utredningen inte stöd för att den överenskomna leasingavgiften varit större än vad som kan ha motsvarat skälig ersättning för brukandet av maskinen. Med hänsyn till detta och på de skäl som TR:n anfört var inte AvbL tillämplig.

I detta mål förmådde leasetagaren inte ens visa att avtalet innehöll en köpoption och givetvis då inte heller att parterna ömsesidigt bundit sig för köp, vilket 1 § 3 st AvbL uttryckligen kräver. Att hans talan inte fick framgång är då föga överraskande. Den reella ekonomiska innebörden av leasingavtalet var i detta fall uppenbarligen identisk med det avbetalningsköp som först slöts: parterna var ju i målet överens om att den enda orsaken till att leasing valts var att kontantinsatsen enligt AvbL inte skulle kunna erläggas. Men detta saknade betydelse för utgången. Detsamma gäller om parternas kringgående av AvbL:s tvingande regler om kontantinsats.

HovR:n förefaller för sin del ha fäst vikt vid om leasingavgifterna innefattade något annat och mer än vad som motsvarade skäligt vederlag för själva nyttjandet av maskinen. Hur detta skulle kunna leda till en annan utgång, när det samtidigt står klart att varken köpoption eller köp

överenskommits, har jag svårt att se. HovR:ns framhållande av att avgifterna motsvarade skäligt vederlag för brukandet är enligt min mening särskilt malplacerat då det – som här – är ostridigt att avtalsvillkoren är typiska för ett finansiellt leasingavtal, där leasingavgifterna bestäms så att de ger täckning för leasegivarens anskaffningskostnad, ränta och affärsvinst. Hur avgifterna proportioneras ut tidsmässigt har inget med själva bruksvärdet att göra. Snarare är det bokförings- och skattemässiga avskrivningsregler som är bestämmade. Huruvida leasingavgiften vid en viss tidpunkt motsvarar skäligt vederlag för värdet av själva nyttjandet eller inte beror då mera på slumpen än något annat. Och hur vet man vad som är skäligt bruksvederlag för ett objekt, som på marknaden bara kan erhållas genom banklån-kontantköp, avbetalningsköp eller finansiell leasing? Kan vidare de sista leasingavgifterna under basperioden någonsin motsvara ett skäligt vederlag för brukandet, när nästa månadsavgift vid en förlängning normalt är 11/12 lägre? Enligt min mening bör man de lege lata helt underlåta att fästa avseende vid om leasingavgiften innefattar något annat än ett brukandevederlag. I annat fall bör de flesta finansiella leasingavtal underkännas som nyttjanderättsavtal och i stället ses som köp, vilket emellertid strider mot regeln i 1 § 3 st AvbL om ingen överenskommelse om äganderättsövergång samtidigt anses föreligga.

Ett konkursbo till en formell hyres-/leasetagare kan även vilja göra gällande köp, ifall boet inte önskar inträda i det kanske långvariga avtalet samtidigt som boet inte helt vill gå miste om objektet genom att uthyraren återtar det. Kan boet då visa att avtalet är ett avbetalningsköp så har boet rätt att lösa egendomen genom att betala restskulden i förtid enligt 12 § KKrL eller 4 § AvbL, medan motsvarande befogenhet saknas vid hyra av lös sak. Även här kan dock möjligen 36 § AvtL, som vi närmare ska se längre fram i kapitlet, i viss mån överbrygga skillnaden.

Ytterligare ett, kanske mera perifert fall, där "hyrestagarens" konkursbo kan ha anledning att göra gällande att avbetalningsköp föreligger, fastän avtalet formellt är hyra, är det, då de obligationsrättsliga förutsättningarna för återtagande enligt 15 § KKrL (jfr 7 § AvbL) *inte* skulle vara för handen om avtalet ses som avbetalningsköp, t ex därför att "hyrestagaren"/gäldenären betalat mer än 9/10 av kreditfordringen. Ett konkursbo som vill hindra separation och återtagning kan då hävda att "hyresavtalet" egentligen är ett köp och att återtagning enligt 15 § 2 st KKrL inte längre kan ske. Om avtalet bedöms vara köp skulle "uthyraren"/säljaren således inte alls kunna separera egendomen, fastän inte boet löste restskulden eller inträdde i avtalet. Eftersom förbehållet inte ens är partsgiltigt, är det självklart inte heller verksamt mot tredje man.

Skulle avtalet i detta fall sakrättsligt bedömas som köp (t ex därför att den ekonomiska effekten av avtalet bedöms vara sådant och detta anses sakrättsligt avgörande) men obligationsrättsligt som hyra enligt 3 § 2 st KKrL, blir resultatet att uthyraren/avbetalningssäljaren saknar rätt till återtagande så länge hyrestagaren/avbetalningsköparen inte går i konkurs eller drabbas av utmätning. Rätten att få tillbaka objektet skulle "leva upp", i form av en uthyrares separationsrätt, just då borgenärsanspråk

väcks mot egendomen. En sådan ordning är besynnerlig och undviks om både den obligatoriska som den här diskuterade sakrättsliga gränsdragningen sker enligt samma kriterium.

I det följande kommer jag mot bakgrund av det sagda att utgå ifrån att finansiell leasing, med eller utan köpoptionsklausul, är hyra av lös sak eller en särskild typ av nyttjanderätt till lös sak. Detta innebär dock inte att jag först kommer att försöka fastlägga rättsläget för hyra av lös sak i allmänhet ("saklega"), för att därefter justera resultatet med hänsyn till de finansiella leasingavtalens särart. I stället utgår jag ifrån leasingavtalen som sådana, såsom de framträder i de standardkontrakt som finns i leasingbranschen, för att härifrån direkt söka "blandade analogier" i första hand från köplagens och 12 kap JB:s regler. Vid diskussionen av andra former av hyra av lös sak görs en motsvarande avvägning mellan de aktuella avtalens typiska innehåll och de potentiella analogikällorna.[13] Framställningen är, liksom boken i övrigt, främst inriktad på kommersiella avtal.

[13] Ang analogier vid hyra av lös sak i allmänhet, se Sundberg s 22 ff, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 40 f och Hellner II s 159. Betr just leasing, se Millqvist s 15 f och 77 ff.

2 Hyrestagarens konkurs

2.1 Standardavtalsregleringen vid finansiell leasing

Standardavtalen för finansiell leasing innehåller genomgående en klausul som säger, att leasegivaren har rätt att omedelbart säga upp avtalet (i fortsättningen "häva") och återta leasingobjektet bl a om leasetagaren blir försatt i konkurs.[1] Konkursboet ges således ingen möjlighet att kvarstå vid avtalet genom inträde eller säkerställande och inte heller, i motsats till en avbetalningsköpares bo enligt 4 § AvbL (och 12 § KKrL), genom att lösa objektet genom betalning av återstående leasingavgifter under basperioden.

Uppgörelsen efter hävning och återtagande är ofta hård mot leasetagaren. Leasingbolagen förbehåller sig enligt kombinerade förfallo-, förverkande- och schabloniserade skadeståndsklausuler, förutom redan förfallna obetalda leasingavgifter, en stor del av summan av återstående icke förfallna avgifter under basperioden, låt vara att motbevisning om mindre skada numera ofta tillåts. Förskottsbetalda avgifter förverkas helt eller delvis. Därtill ska leasetagaren stå för samtliga i anledning av hävningen och återtagandet uppkomna kostnader, däribland för återtransport av objektet.

I vad mån de nyssnämnda fordringarna kan bevakas fullt ut i leasetagarens konkurs – eller åberopas som massafordran om boet i förtid avbryter avtalsförhållandet efter ett inträde – behandlas i avsnitt 2.3.5 nedan.

Leasingkontrakten stadgar alltid förbud för leasetagaren att överlåta, pantsätta eller på annat sätt förfoga över leasingkontraktet och leasingobjektet utan leasegivarens samtycke.

[1] Så t ex Skandic Leasing AB:s, Svenska Finans AB:s, AB Vendax', AB Volvos och Industrifinans AB:s kontrakt. Se för ytterligare kontrakt Arnesdotter s 228 not 195. Jfr Berning s 322 not 55, Schaadt s 49, Kofoed-Hansen s 37, Brækhus, Leasing s 198 och Millqvist s 48.

2.2 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt

2.2.1 Dansk och norsk rätt[2]

Både i Danmark och i Norge omfattas leasing vid leasetagarens konkurs av de generella reglerna för ömsesidigt förpliktande avtal i respektive konkurslag. Det innebär till en början att leasetagarens konkursbo utan särskilda inskränkningar har *inträdesrätt*. Rätten kan utövas uttryckligen, genom en förklaring från boets sida, eller konkludent, t ex genom att boet fortsätter att utnyttja leasingobjektet under en viss, inte alltför kort tid. Inträde (med åtföljande massaansvar) antas normalt också ha skett då boet betalar leasingavgifter som förfaller i konkursen. Leasegivaren kan vidare ställa boet mot väggen med en förfrågan om inträde i leasingförhållandet. Ges då inte besked utan oskäligt uppehåll så kan leasegivaren häva.[3]

Hävning får däremot inte ske om boet inte först getts tillfälle att inträda i avtalet. Eftersom inträdesrätten är tvingande till konkursboets förmån, anses den i leasingkontrakten intagna klausulen, om ovillkorlig hävningsrätt för leasegivaren vid leasetagarens konkurs eller insolvens, *inte* kunna göras gällande mot leasetagarens bos vilja att inträda och fullfölja leasingavtalet (om inte hävning hunnit ske redan innan konkursen är ett faktum).[4] Någon skillnad mellan fallen då leasingobjektet avlämnats till leasetagaren före konkursen och då detta inte skett har inte antytts. Inte heller har gjorts någon distinktion mellan fallet att konkursen inträffar då leasingavtalets basperiod ännu löper och det då konkursen infaller efter det att en förlängningsoption utnyttjats.

Leasegivarens prestation anses löpande och leasetagarens bo har därmed utan vidare rätt att begränsa sitt kontraktsansvar till tiden efter konkursutbrottet. *Partiellt inträde* kan m a o ske.[5] Enligt den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD har leasegivaren inte heller rätt att åberopa leasetagarens betalningsdröjsmål före konkursen som hävningsanledning mot hans konkursbo om inte hävning hunnit göras före konkursutbrottet: betalnings-

[2] Se för *dansk* rätt: betænkning nr 606/1971 s 123 vsp och 124 hsp, Munch s 356 f, 359 f och 387 ff, Gomard s 46 f, 52 ff, 55 f, Berning s 322 med not 55 och – utförligast – Kofoed-Hansen s 189 f. För *norsk* rätt, se NOU 1972:20 s 315 vsp, 316 vsp och 317 hsp, Brækhus, Leasing s 198 och 199 f, densamme, Konkursrett s 170 f och 175 samt Sandvik, Materiell konkursrett s 91 och 94.

[3] Se 55 § DKL resp § 7–3 LFD.

[4] Se just för leasing Gomard s 56, Kofoed-Hansen s 190, Brækhus, Konkursrett s 170 och densamme, Leasing s 198.

[5] Se 56 § 2 st DKL resp § 7–4 st 3 LFD.

dröjsmål före en konkurs anses så gott som alltid bero på den blivande konkursgäldenärens sviktande ekonomi, och en "kvarstående hävningsrätt" är därmed utesluten enligt det nyssnämnda lagrummet. I Danmark gäller motsatsen enligt 58 § 2 st DKL, men Munch har i konkurslagskommentaren menat att bestämmelsen bör tolkas så att inte syftet med rätten till partiellt inträde enligt 56 § 2 st DKL förfelas.[6] Behöver boet inte utge prestationer som hänför sig till tiden före konkursutbrottet som massaskuld, skulle boet därmed inte heller behöva tåla att medkontrahenten häver avtalet på grund av kontraktsbrott hänförliga till samma tid. Frågan är nog ännu inte slutligt avgjord i dansk rätt.[7]

Då leasetagaren normalt betalar leasingavgiften i förskott per hyresperiod, anses han vid den konkursrättsliga bedömningen betala i förskott för leasegivarens (löpande) prestation till honom. Därmed behöver inte konkursboet säkerställa leasegivaren för avtalets riktiga fullgörande utöver det massaansvar som inträdet alltid för med sig.[8]

En annan mening har hävdats av dansken Kofoed-Hansen. Han anser att leasegivaren alltid kan kräva säkerhet av leasetagarens bo. Och säkerheten skulle då antas maximalt omfatta de ackumulerade resterande leasingavgifterna diskonterade till nuvärde. Kofoed-Hansen menar nämligen att det inte nödvändigtvis finns ett samband mellan å ena sidan den fortlöpande värdeminskningen på leasingobjektet och å andra sidan amorteringen av leasegivarens anskaffningskostnad. Det framhävs att fastställandet av basperiodens längd och leasingavgifternas storlek i första hand sker med hänsyn till leasetagarens önskemål och ekonomi, även om det givetvis också strävas efter att i objektet hela tiden ha täckning för leasegivarens resttillgodohavande för basperioden. Kofoed-Hansen påstår vidare att begreppet löpande prestation i 57 § 2 st DKL (säkerhet endast för nästföljande period efter konkursutbrottet då gäldenären betalar i efterskott för en löpande prestation) *inte* omfattar sedvanliga leasingkontrakt. Huruvida det kan finnas grund för nedsättning av säkerheten enligt skälighetsregeln i 57 § 3 st DKL, sägs sedan vara avhängigt av en konkret bedömning. Till sist framhålls det dock ändå vara sannolikt, att säkerheten "i påkommende fald" kan fastställas till en enskild leasingavgift.[9]

Påståendet att leasingavtal inte innefattar en löpande prestation till leasetagaren i den mening som begreppet används i 7 kap DKL saknar helt grund i lagmotiven och övrig doktrin. I de förra sägs tvärtom uttryckligen att bl a leasing av maskiner omfattas av regeln om partiellt inträde vid avtal om en löpande prestation till gäldenären (56 § 2 st DKL). Och beträffande boets plikt att ställa säkerhet enligt 57 § DKL hänvisas för begreppet löpande prestation till uttalandena om partiellt inträde.[10] Observera slutligen att 57 § 2 st DKL endast tillåter krav på säkerhet för en period framåt i tiden, då gäldenären presterar i *efterskott* per tidsenhet. Även om man således skulle

6 Munch s 367 f.

7 Se närmare särskilt i kap III 2.5.2 och 2.6.2 ovan.

8 57 § 2 st DKL resp § 7–5 st 2 LFD e contrario.

9 Kofoed-Hansen s 190.

10 Se betænkning nr 606/1971 s 123 vsp och 124 hsp. Så också Munch s 359 och 364 samt Gomard s 46 f och 55.

anse att betalning av leasingavgift i förtid per hyresperiod inte utgör en förskottsprestation i vanlig mening, finns i alla fall knappast grund för att anse leasetagaren prestera i efterskott. Se även nedan i avsnitt 2.2.2 för det resonemang som Baumgarte fört i tysk rätt, om att leasetagaren under basperioden bör anses betala i förskott för det framtida utövandet av en eventuell optionsrätt, oavsett vilken typ av option det är fråga om.

Fastän konkursboet trätt in i leasingavtalet under dess basperiod och avtalet under denna tid gjorts ouppsägbart, kan boet både enligt dansk och norsk rätt säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt (resp tre månaders) varsel.[11] Det finns alltså inte något avgörande hinder för boets inträde även om det återstår avsevärd tid av basperioden.

I *Norge* kan leasegivaren enligt § 7–6 st 1 p 2 (jfr § 7–8) LFD kräva en konkursfordran på fullt skadestånd uppgående till det positiva intresset för det förtida avbrytandet av leasingförhållandet, även efter det att boet inträtt och boet fullföljt avtalet en tid. Leasingbolagen kan i princip inte lägga sina sedvanliga förfalloklausuler till grund för bevakningen, om klausulerna ger rätt till en ersättning som överstiger det positiva kontraktsintresset beräknat enligt allmänna regler, även om klausulerna skulle godtas rent civilrättsligt, se den till boets förmån tvingande skadeståndsregeln i § 7–8 LFD. De norska standardkontraktens förfalloklausuler synes dock vara förhållandevis skäliga, och de skulle därför måhända godtas även konkursrättsligt som ett undantag från § 7–8 LFD på grund av rättsförhållandets egenart, jfr § 7–1 LFD.[12]

Enligt *danska* 61 § 1 st och 3 st DKL kan en medkontrahent enligt ett varaktigt avtal däremot inte alls bevaka någon konkursfordran på skadestånd då boet säger upp avtalet efter ett inträde. En leasegivare som

[11] 61 § 1 st DKL resp § 7–6 st 1 LFD.

[12] Ang norska leasingavtals förfallo- och ersättningsklausuler, se Brækhus, Leasing s 200 och – främst – Kofoed-Hansen s 37. Enligt det standardavtal som de flesta norska leasingbolag enligt den sistnämnde lär använda, kan leasegivaren vid hävning vid bl a leasetagarens kontraktsbrott och konkurs tillgodoräkna sig ersättning för a) samtliga *förfallna* men obetalda leasingavgifter, b) samtliga *icke förfallna* leasingavgifter för den återstående delen av basperioden, diskonterade till nuvärde efter en sats motsvarande Oslo-bankens vid varje tid gällande kassakreditränta med tillägg för den årliga provisionen, c) den *ytterligare skada* som leasegivaren kan åsamkas som en följd av att leasingavtalet avbryts före basperiodens utgång samt, d) *omkostnaderna vid återtagandet*, däribland kostnaderna för demontering, emballering och återtransport av leasingobjektet. Leasegivarens ersättning enligt b) och c) ska sedan *reduceras* antingen med det nettobelopp som fås ut vid *ny uthyrning* för den återstående delen av basperioden eller vid en *försäljning* av objektet eller – om avtal om uthyrning eller försäljning inte slutits inom tre månader efter det att leasegivaren återfick objektet – med objektets *antagna försäljningsvärde*. Uppnås inte enighet om sistnämnda värde, fastställs det "ved takst avgitt av en representant for hver part samt en formann oppnevnt av Norges Handelsstands Forbund" (se Kofoed-Hansen s 37 och det där angivna standardavtalets § 18 st 2 och 3). Dessutom stadgas att leasetagaren inte kan kräva ut en differens honom till godo även om leasegivarens vederlag vid en täckningstransaktion etc överstiger hans fordran enligt b) och c) nyss ovan.

sagts upp av boet med exempelvis tre månaders frist skulle alltså inte kunna bevaka något skadestånd för bortfall av oförfallna avgifter etc. Endast om särskilda skäl föreligger skulle bevakning av en konkursfordran tillåtas. Boet är i alla fall enligt de vanliga reglerna om konkursboets inträde skyldigt att betala vederlaget för "inträdestiden", dvs tills den sedvanliga eller rimliga uppsägningstiden löpt ut, som massafordran.

En annan skillnad jämfört med den norska regleringen är, att boet i Danmark kan säga upp enligt 61 § 1 st DKL med sedvanligt eller rimligt varsel även då det *inte* först trätt in i avtalet, dvs på "konkursfordransplanet". Under varseltiden har medkontrahenten tydligen bara en konkursfordran på motprestationen och efter denna ingen bevakningsbar fordran alls. Med hänsyn till boets möjlighet att avstå från att inträda med rättsföljden att medkontrahenten kan häva med omedelbar verkan enligt 58 § DKL, förefaller denna danska särreglering något överflödig, vilket också påpekades av den norska utredningen.[13] Enligt Munch får boets avstående från att inträda in dubio tolkas som en uppsägning enligt 61 § 1 st DKL med avtalad uppsägningstid.[14] Gomard menar däremot att boets negativa besked bör ses som ett avstående enligt 55 § DKL och att en leasegivare då omedelbart kan få tillbaka objektet. Även i detta läge skulle man dock tillämpa 61 § 1 st DKL beträffande begränsningen av rätten att bevaka fullt skadestånd.[15] Uppenbarligen föreligger här en oklarhet i den danska regleringen.

Enligt 61 § *2 st* DKL kan förvånande nog även medkontrahenten – här leasegivaren – säga upp det varaktiga avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel. Kritik emot denna regel, som beskär boets möjligheter att inträda avsevärt, har jag anfört ovan för hyra av lokal vartill hänvisas.[16] Även vid leasegivarens egen uppsägning är hans rätt att bevaka skadestånd begränsad till den i lagen angivna varseltiden.

Från dansk rättspraxis ska nu refereras två fall, där tillämpningen av den beskrivna 61 § DKL bedömts just för finansiell leasing. Målen gäller i första hand frågan i vad mån paragrafen begränsar leasegivarens rätt till en konkursfordran på skadestånd (och annan avtalad ersättning) efter leasetagarens konkursbos uppsägning av avtalet vid konkursutbrottet, dvs då uppsägningen sker från "konkursfordransplanet". Möjligen är målen relevanta vid uppsägning av leasingavtal enligt 61 § DKL över huvud taget. Observera att inget av målen avgjorts av högsta instans.

UfR 1981.339. Ett tryckeri hade leasat en fotosättmaskin och en framkallningsapparat. Avtalet var ouppsägbart under en basperiod om 63 månader. Leasing-

13 Se NOU 1972:20 s 318 hsp.
14 Munch s 390.
15 Gomard s 54.
16 Se kap V 2.1.1.

avgifterna betalades månadsvis i förskott. I kontraktet gavs leasegivaren rätt att häva utan varsel bl a vid leasetagarens betalningsinställelse, konkurs och annan insolvensbehandling. Hävning kunde dock avvärjas om leasetagaren på leasegivarens anfordran ställde säkerhet. Viss säkerhet hade ställts vid avtalsslutet i form av ett deponerat belopp motsvarande tre månadsavgifter. Efter hävning var leasegivaren berättigad att återta leasingobjekten, kräva in förfallna leasingavgifter (inkl ränta och indrivningskostnader) och samtliga ännu icke förfallna avgifter. Därutöver tillförsäkrades leasegivaren skadestånd för förluster orsakade av leasetagarens kontraktsbrott.

Leasetagaren försattes i konkurs då nyttjandet av leasingobjekten påbörjats. Mer än fyra år återstod av basperioden. Konkursboet sa upp avtalet och återlämnade objekten. Leasegivaren sålde därpå fotosättmaskinen till visst pris, medan framkallningsapparaten visade sig vara värdelös och skrotades. I konkursen bevakade leasegivaren en fordran som utgjordes av *dels* förfallna obetalda leasingavgifter, *dels* ersättning i samband med uppsägningen beräknad till nuvärdet av resterande leasingavgifter under basperioden diskonterade med en räntesats på 10 1/2 %. Härifrån fråndrogs vad försäljningen av fotosättmaskinen inbringat (minus maskinens restvärde) och det vid avtalsslutet deponerade beloppet.

Konkursboet godtog bevakningen av redan förfallna avgifter men yrkade nedsättning av kraven på grund av uppsägningen. Med hänvisning till 61 § 1 st DKL medgav boet i den delen endast en bevakning motsvarande tre månaders leasingavgift minus det deponerade beloppet. Subsidiärt yrkades fastställande av ett skönsmässigt beräknat belopp enligt 61 § 3 st DKL.

Leasegivaren invände att den bevakade ersättningen bestämts till ett lägre belopp än vad avtalet föreskrev genom att boet gottskrivits, dels leasegivarens fördel av att få uppbära alla avgifter på en gång före de stipulerade förfallodagarna, dels gottskrivits köpesumman vid försäljningen av fotosättmaskinen. Han menade vidare att det avgörande, vid bedömningen av om 61 § DKL ska användas vid finansiell leasing, är syftet med denna leasingform. Meningen är att leasetagaren under basperioden ska amortera hela leasegivarens anskaffningskostnad, varför avtalet måste vara ouppsägbart under denna period. Leasegivaren saknar intresse av en leasad maskin som sådan, eftersom den är utvald av leasetagaren själv för dennes behov. Leasingbolagen utgör endast ett finansierande led mellan leverantören och brukaren.

Det framhölls dessutom av leasegivaren, att det inte visats finnas något sedvanligt varsel vid uppsägning av ett avtal om finansiell leasing. Det sas inte heller vara möjligt att visa något sådant varsel, då ouppsägbarhet är en nödvändighet enligt kontraktsförhållandets art. Inte heller rimlighetssynpunkter kunde medföra rätt till uppsägning enligt 61 § 1 st DKL. Om uppsägningsrätt för boet godtogs, skulle leasegivaren göra stora förluster. Det bestreds att uttrycket "vedvarende retsforhold" i 61 § DKL avser också finansiell leasing. För det fall ersättningskravet ändå begränsades enligt 61 § 1 st DKL, hävdades utvidgad ersättningsrätt enligt 61 § 3 st DKL. Det bevakade beloppet angavs också svara mot leasegivarens positiva kontraktsintresse vid normal avtalsavveckling. I den mån det skulle finnas ett, i förhållande till det bevakade beloppet, överskjutande tillgodohavande efter en "konkursregulering" enligt 61 § 1 st DKL, sas detta överskjutande belopp motsvara det yrkade skadeståndet.

Konkursboet åter, hävdade häremot att den i avtalet föreskrivna ouppsägbarheten i förhållande till boet måste ersättas av en rätt att säga upp avtalet med rimligt varsel, som skönsmässigt kunde sättas till tre månader då någon sedvänja obestridligen inte kunde konstateras på området. I motiven till 61 § DKL fanns inga belägg för särbehandling av avtal om finansiell leasing, då det där endast fastslås att leasing omfattas av lagrummet. Boet framhöll till sist att det inte fanns grund för att utge skönsmässigt bestämd ersättning enligt 61 § 3 st DKL.

Skifteretten skrev för sin del också, att det av förarbetena klart framgår att leasingavtal omfattas av 61 § DKL och att det inte fanns anledning anta att avtal om finansiell leasing skulle bedömas annorlunda. Domstolen fann därför att ford-

ringen på betalning av genom konkursen förfallna avgifter skulle begränsas till sex månaders leasingavgift. Vid fastställandet av fristen togs särskild hänsyn till de leasade objektens särskilda art, som antogs ha försvårat ingåendet av ett nytt leasingavtal eller en snabb försäljning till rimligt pris. När det gällde ytterligare ersättningsbelopp enligt 61 § *3 st* DKL, menade skifteretten att leasegivarens beräkningar var ett uttryck för att hans förlust på grund av att avtalet inte fullgjorts hade beräknats enligt allmänna regler om kontraktsrättsligt skadestånd. Enligt dessa regler, och då det inte fanns grund för att beskära leasegivarens rätt att kräva täckning för sin fulla skada, befanns leasegivaren enligt 61 § 3 st DKL berättigat till ersättning motsvarande skillnaden mellan de enligt 61 § 1 st DKL medgivna sex månadsavgifterna och det i konkursen bevakade beloppet. Sammantaget bifölls m a o hela leasegivarens förstahandsyrkade belopp.

Vestre Landsret fastslog att uppsägningsregeln i 61 § *1 st* DKL över huvud taget inte är tillämplig vid finansiell leasing: på grund av kontraktsförhållandets karaktär av finansiering – här betonades bl a att ouppsägbarheten under basperioden behövs för amortering av leasegivarens anskaffningskostnad – fanns det inte tillräcklig grund för uppsägning enligt lagrumet. Leasegivarens beräkningar godtogs därför utan vidare.

Kofoed-Hansen skriver i en kommentar att domen ger belägg för att "konkursregulering" enligt 61 § DKL kan tänkas företas oftare vid direkt än vid indirekt leasing.[17] Det är enligt honom antagligt, att ett sedvanligt leasingavtal vid *indirekt leasing* över huvud taget inte kan uppsägas av boet med de rättsföljder som 61 § 1 st DKL utlöser. I stället måste skadeståndsberäkningen ske på basis av förfallna avgifter, "afholdte" omkostnader och med tillägg för de resterande leasingavgifterna (diskonterade till nuvärde) för full amortering av anskaffningsutgifterna. Härifrån ska det återtagna objektets värde – efter värdering, försäljning eller återuthyrning – dras av, och det kan kanske också accepteras ett tillägg för objektets restvärde efter basperiodens utgång. I princip ska alltså allmänna skadeberäkningsregler tillämpas.

När det gäller *direkt leasing* finner Kofoed-Hansen rättsläget mycket osäkert. I den mån avtalet närmar sig avbetalningsköp talar detta för att *inte* tillåta "konkursregulering" enligt 61 § DKL utan i stället tillämpa regler motsvarande avbetalningsköplagens regler om uppgörelse vid återtagande. Detta skulle i det väsentliga motsvara principerna i UfR 1981.339. Å andra sidan har parterna velat ta avstånd från avbetalningsköpet, liksom äganderätten anses "finnas kvar" hos leasegivaren. Detta talar enligt Kofoed-Hansen för att tillåta tillämpning av 61 § DKL, vilket bestyrks av motivens uttalanden till bestämmelsen. Kofoed-Hansen anser avslutningsvis att allmänna skadeståndsberäkningsprinciper bör tillämpas angående icke förfallna leasingavgifter, i stället för en diskontering med en avtalsmässig faktor.

Också Søgaard har i en enligt min åsikt nyanserad och sakligt övertygande leasingartikel gjort några korta kommentarer kring 1981 års rätts-

[17] Det bör nämnas att Kofoed-Hansens framställning är skriven innan det strax nedan refererade rättsfallet UfR 1983.883 avdömdes. Se för det följande Kofoed-Hansen s 190 ff.

fall.[18] Angående 61 § DKL:s tillämpning skriver han att nyare dansk rättspraxis visar,[19] att både operationell och finansiell leasing behandlas som vanliga hyresavtal när det gäller leasegivarens *separationsrätt* i leasetagarens konkurs. I konsekvens härav synes det naturligt, att leasing behandlas som ett hyresförhållande och inte som ett lånearrangemang vid leasegivarens bevakning av skadestånd i leasetagarens konkurs. Såväl vid operationell som vid finansiell leasing bör det därför accepteras, att konkursboet får säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel. Vad dessa lokutioner närmare ska anses innebära, beror enligt Søgaard i hög grad på de konkreta förhållandena och leasingobjektets karaktär. Ju mer speciellt och individuellt avpassat objektet är, desto längre uppsägningsvarsel får accepteras och desto större är möjligheten för leasegivaren att få tilläggsersättning enligt 61 § 3 st DKL. På samma sätt sägs de konkreta omständigheterna normalt medföra längre varsel vid finansiell leasing än vid operationell.

UfR 1983.813. Här hade slutits leasingkontrakt för fyra lastbilar. Basperioden var 72 månader. Leasingavgifterna betalades månadsvis i förskott och var beräknade utifrån ett angivet pris per bil och en räntesats motsvarande gällande kassakreditränta med vissa tillägg. Vid beräkning av leasingavgifterna kalkylerades med att varje lastbil vid basperiodens slut skulle ha ett restvärde på 10 % av det ursprungligen avtalade priset. Avtalsvillkoren vid hävning på grund av leasetagarens kontraktsbrott och konkurs var identiska med de som föreskrevs i föregående rättsfall. Avtalen innehöll förlängningsoption och leasetagaren hade ställt bankgaranti för riktig fullgörelse.

När två år gått av basperioden försattes leasetagaren i konkurs. Vid den betalningsinställelse som föregått konkursen hade avtalet av ett utsett "tilsyn" sagts upp "med kortast möjliga varsel". Bilarna hade därefter ställts till leasegivarens disposition. Alla fyra hade efter hand kunnat säljas till varierande priser.

I leasetagarens konkurs bevakade leasegivaren ersättning både för förfallna obetalda leasingavgifter och för icke förfallna avgifter under resterande basperiod, diskonterade på visst sätt. Boet medgav bevakning av förfallna leasingavgifter men inte av oförfallna för längre tid än tre månader. Leasegivaren argumenterade i det väsentliga som i föregående mål. Det gjordes gällande att 61 § DKL inte var tillämplig på finansiell leasing. För det fall lagrummet ändå skulle anses tillämpligt, hävdades att oförfallna avgifter för sex månader kunde bevakas enligt paragrafens första stycke och oförfallna avgifter för resterande del av basperioden som skadestånd enligt paragrafens tredje stycke. Boet menade för sin del, *att* objekten på intet sätt var speciella, *att* den avtalade ouppsägbarheten inte binder ett konkursbo, *att* rimligt varsel var tre månader *och att* det är utan betydelse för 61 § DKL:s tillämplighet huruvida avtalet innebär finansiell eller operationell leasing.

Skifteretten upprepade endast Vestre Landsrets avgörande skäl från 1981 års rättsfall och framhöll, att kontraktsförhållandets karaktär av finansiering gjorde att det inte fanns grund för tillämpning av 61 § DKL. Hela leasegivarens ersättningskrav godtogs därför.

Østre Landsret fann dock, med hänsyn till rättsförhållandets karaktär, att uppsägning kunde ske enligt 61 § 1 st DKL men att leasegivaren ändå kunde bevaka

[18] Se UfR 1984 B s 79 ff och särskilt för det följande s 89. Søgaard torde ha skrivit sin artikel före domen i UfR 1983.883.

[19] Se om denna Søgaard a a s 81–83. Jfr Millqvist s 90–96.

sitt krav på skadestånd för den skada som åsamkats honom vid avbrytandet av kontraktet före basperiodens utgång enligt 61 § 3 st DKL. Skadeståndet beräknades enligt följande. *Leasegivaren* fick tillgodoräkna sig (1) förfallna leasingavgifter och dröjsmålsränta på dessa, (2) icke förfallna leasingavgifter diskonterade med den avtalade faktorn som motsvarade kassakrediträntan, inklusive försäljningsprovision, men utan andra tillägg, (3) andra nödvändiga försäljningsomkostnader samt (4) det kalkylerade restvärdet på 10 % av anskaffningspriset. Värderingshonorar fick leasegivaren inte tillgodoräkna sig. *Boet* kunde tillgodoräkna sig försäljningssumman för lastbilarna och den av leasetagaren ställda bankgarantin, vilken leasegivaren tagit i anspråk.

Rättsfallet har kommenterats av Gierding i en tidskriftsartikel.[20] Han framhåller bl a att Østre Landsret inte tog ställning till frågan om uppsägningstidens längd enligt 61 § 1 st DKL. Skälet härtill var säkerligen att det totala bevakningsbara beloppet blivit detsamma oavsett vilken uppsägningstid som fastlagts. Det sägs också att landsretten inte fastställde skadeståndsbeloppet skönsmässigt, trots att detta föreskrivs i den av domstolen åberopade 61 § 3 st DKL. Gierding anser att både 1981 och 1983 års rättsfall ger uttryck för den obligationsrättsliga regeln, om en avtalsparts rätt till ersättning för skada intill det positiva intresset vid den andra partens kontraktsbrott. Det totala beloppet blir då detsamma oavsett hur 61 § DKL tillämpas.

Häri kan man väl instämma. Och därmed är tills vidare också klart, att leasingbolagen i Danmark, i enlighet med Kofoed-Hansens rekommendation, kan bevaka fullt skadestånd uppgående till det positiva intresset vid avtalets uppsägning/hävning vid leasetagarens konkurs, i vart fall vid avtal om *finansiell* leasing. Trots en annorlunda lagreglering är rättsläget i detta hänseendet m a o detsamma som i Norge.

Avslutningsvis ska sägas något om behandlingen av *tidscertepartier* vid nyttjanderättshavarens/tidsbefraktarens konkurs. Endast norskt material anförs.

Börjar vi med frågan om *inträdesrätt* som sådan, skrev Brækhus 1970 att fullgörelsen av exempelvis ett långsiktigt avtal för en 50 000-tonnare kan kräva så stora utbetalningar av boet, att redaren (bortfraktaren) ofta bör ha god grund för att sätta frågetecken för boets förmåga att prestera kontraktsenligt. Alternativet står då mellan att låta redaren häva eller att tillåta ett krav på utvidgad säkerhet jämfört med vad som annars kan krävas. Den lämpligaste lösningen angavs vara att ge skifteretten diskretionär befogenhet att besluta om ytterligare säkerhet i fall som dessa.[21] En sådan regel föreslogs också i 1972 års norska betänkande och har 1986 trätt i kraft i form av § 7-5 st 3 LFD:

"Finner skifteretten at en sikkerhetsstillelse etter reglene i de foregående ledd ikke gir den annen part tilstrekkelig beskyttelse, kan den bestemme at boet dersom det vil tre inn i avtalen, skal stille sikkerhet også før den annen parts oppfyldestetid er kommet eller i vidare omfang enn nemt."

20 UfR 1984 B s 119 f.

21 Brækhus, Konkursrett s 166–168.

Som tillämpningsexempel nämns i betänkandet fallet, att charterhyran enligt ett certeparti vid konkursutbrottet ligger betydligt under charterpriset på fraktmarknaden.[22] Konkursboet inträder därför i det för befraktarsidan gynnsamma avtalet. Senare inträffar dock ett kraftigt fall på fraktmarknaden, vilket medför att certepartiet blir gynnsamt för redaren och i motsvarande grad ogynnsamt för befraktarens bo. Efter en tid antas boet inte kunna betala den avtalade frakten. Redaren skulle då kunna häva och återta fartyget, men hans möjligheter att sluta ett nytt certeparti till ett användbart pris är då betydligt sämre än då konkursboet en gång trädde in. § 7–5 st 3 LFD utgör i ett sådant fall en bättre lösning genom att redaren redan "från början", vid boets beslut om inträde, hos skifteretten kan begära utvidgad säkerhet. Boet behöver dock inte besluta sig i inträdesfrågan förrän skifterettens beslut föreligger, eftersom domstolens avgörande ju kan göra det omöjligt för boet att alls inträda. Avger boet en inträdesförklaring efter det att beslutet om säkerhet tagits, blir boet däremot ansvarigt om det sedan inte förmår ställa den fastställda säkerheten. Ansvaret sägs i motiven dock vara begränsat till det *negativa* kontraktsintresset, dvs till den förlust som redaren gör genom att hävning kan ske först då det står klart att säkerheten inte kommer att ställas.[23]

Befraktarens bo får alltså som regel antas ha inträdesrätt, med den begränsning som en tillämpning av den särskilda säkerhetsregeln innebär. Ett tidscerteparti med gäldenären som befraktare nämns i motiven som ett exempel på ett avtal om en löpande prestation till gäldenären. *Partiellt inträde* bör därför som utgångspunkt vara tillåtet.[24]

Liksom vid leasing kan nyttjanderättshavarens/befraktarens bo efter att det inträtt i princip säga upp avtalet med sedvanligt eller tre månaders varsel enligt § 7–6 LFD. Redaren kan sedan bevaka fullt skadestånd intill det positiva intresset.[25] Kritik mot tillämpning av § 7–6 LFD vid långvariga fraktavtal på en snabbt föränderlig marknad framkom vid remissbehandlingen.[26] Departementet höll också med om att det ibland kan vara oskäligt att boet har rätt att ensidigt säga upp ett avtal som det först trätt in i. Boet kan t ex träda in då kontraktet är gynnsamt ur dess synvinkel men sedan säga upp det när prisutvecklingen gjort det ogynnsamt. Det angavs dock vara svårt att i § 7–6 LFD inta en generellt avfattad undantagsregel för sådana fall. En dylik regel skulle bli tämligen vag och ge liten konkret vägledning. Det antogs vara tillräckligt att falla tillbaka på den i § 7–1 LFD allmänt föreskrivna begränsningen med hänsyn till rättsförhållandets "egenart".

2.2.2 Tysk rätt

Den tyska diskussionen om behandlingen av leasingavtal[27] vid leasetagarens konkurs har i första hand rört sig kring frågan, om den gene-

22 Se till detta NOU 1972:20 s 316 f.

23 Se a bet s 317 vsp.

24 Se § 7–4 st 3 LFD och NOU 1972:20 s 316 hsp.

25 Se särskilt NOU 1972:20 s 318 hsp, jfr däremot (dock föga övertygande) Sandvik, Materiell konkursrett s 94.

26 Se härtill och till det följande Ot prp nr 50(1980–81) s 186 hsp.

27 Om inte annat sägs avses med leasing i det följande endast finansiell leasing.

rella inträdesrättsregeln i § 17 KO (som bl a tillämpas vid köp) eller särregeln för hyrestagarens konkurs vid hyra av lös (och fast) egendom i § 19 KO ska tillämpas.[28] Svaret anses i nyare doktrin och praxis inte böra avgöras genom en allmän rättslig kvalifikation av leasing som köp eller hyra. I stället bör de särskilda ändamålen med de konkursrättsliga stadgandena bestämma vilka regler som ska tillämpas. Huruvida man med detta synsätt är beredd att anse leasing utgöra en rättsfigur sui generis eller inte saknar då i stort sett betydelse.

Vad gör det då för skillnad om § 17 KO tillämpas i stället för § 19 KO vid leasing?[29] Jo, *om § 17 KO tillämpas* så kan leasetagarens konkursbo genom en ensidig förklaring inträda i leasingavtalet med åtföljande fullständigt massaansvar (även för redan före konkursen förfallna leasingavgifter). Leasegivaren kan inte säga upp eller häva avtalet på grund av konkursen mot boets vilja att avtalsförhållandet ömsesidigt ska fullföljas.

Å andra sidan blir boet genom sitt inträde ansvarigt för hela den resterande delen av leasingavtalets basperiod och kan i princip endast utnyttja eventuella optioner på det sätt som leasetagaren själv kunnat. Behöver boet bara objektet under en kortare avvecklingstid, är detta alternativ således inte någon praktisk utväg. Och väljer boet att avstå från att inträda, omvandlas avtalet med omedelbar verkan till en konkursfordran på skadestånd för leasegivaren. Denne kan då genast återta leasingobjektet. Under den tid som objektet finns hos boet, under boets betänketid i konkursen eller under tid efter boets negativa besked, har leasegivaren endast en vanlig konkursfordran på leasingavgift. Om boet under sådan tid faktiskt utnyttjar objektet finns visserligen möjlighet för leasegivaren att åberopa en massafordran på grund av regler om obehörig vinst. Detta förutsätter dock som sagt att boet faktiskt utnyttjar egendomen, och en massafordran på obehörig vinst har sämre prioritet än andra massafordringar, se § 59 st 1 p 4 och § 60 KO. Alternativet att avstå från att inträda enligt § 17 KO ger således varken boet någon reell möjlighet att nyttja leasingobjektet under en övergångstid på säg tre, fyra månader, eller leasegivaren någon säkrad ställning för sina avgiftskrav. Dessutom går ju värdet av eventuella optionsrätter förlorat för boet.

[28] Den tyska diskussionen har uteslutande gällt läget då leasingobjektet avlämnats före leasetagarens konkurs, dvs den situation som för hyra och arrende regleras i § 19 KO. För fallet att *avlämnande inte skett* gäller § 20 KO, som anses fullt ut tillämpbar vid leasing. I korthet innebär det att leasetagarens konkursbo inte mot leasegivarens vilja kan fullfölja avtalet och det oavsett om köpoption avtalats. I stället har leasegivaren rätt att häva och omedelbart separera objektet. För detaljer hänvisas till framställningen om lokalhyra vid hyresgästens konkurs, se kap V 2.1.3 inledningsvis. För § 20 KO:s tillämpning och skälen för denna just vid leasing, se främst Baumgarte s 73 f.

[29] Det följande bygger väsentligen på Baumgarte s 47–57.

Tillämpas i stället reglerna för hyra i § 19 KO, så har både leasegivaren och leasetagarens konkursbo rätt att säga upp avtalet med lagstadgad uppsägningstid, vilken enligt § 565 st 4 p 2 BGB endast är tre dagar. Denna korta uppsägningstid kan dessutom helt avtalas bort. Som nämndes i kap V för lokalhyra gäller dock till upplåtarens förmån enligt § 19 KO, att han alltid får en massafordran för den tid som avtalet löper vidare efter konkursutbrottet.[30] Detta gäller också vid ömsesidig underlåtenhet att utnyttja uppsägningsrätten. Endast för det fall leasegivaren väljer att inte säga upp avtalet, kan boet således fortsätta nyttjandet av objektet i konkursen. Och endast under denna förutsättning kan boet genom sin uppsägningsrätt – § 19 KO föreskriver inte någon frist inom vilken boet *måste* säga upp avtalet – smidigt reglera sitt behov av leasingobjektet.

Undantagsvis skulle boet dock kunna hävda att leasegivarens uppsägning enligt § 19 KO utgör s k *otillåten rättsutövning*.[31] Som exempel har nämnts fallet att gäldenären för sin bokföring leasat en dataanläggning, som boet inte tillräckligt snabbt kan ersätta med en annan likvärdig, anläggningen behövs för avvecklingen av gäldenärens affärsverksamhet samt boet är i stånd att betala vederlaget avtalsenligt. En uppsägning är i det läget giltig endast om leasegivaren går med på att ingå nytt avtal med boet, varvid han inte får göra det nya avtalet beroende av att före konkursen förfallna avgifter erläggs.

Vilket av dessa två alternativ – § 17 eller § 19 KO – ska då väljas? Frågan torde vara endast delvis avgjord i *rättspraxis*:

BGH 5.4.1978 (BGHZ 71.189). I november 1972 hade ingåtts avtal om finansiell leasing av två traktorer. Basperioden var 42 månader. Därefter kunde leasetagaren utnyttja en köpoption. Två veckor efter det att leasetagaren gått i konkurs (i oktober 1974) meddelade konkursförvaltaren leasegivaren att boet avstod från att träda in i avtalet "enligt § 17 ff KO". För det fall det rörde sig om ett hyresavtal uppsas hyresförhållandet med lagstadgad uppsägningstid, dvs tre dagar. I målet utkrävde leasegivaren avgifterna från dagen för konkursbeslutet till den tidpunkt avtalet upphört att gälla på grund av uppsägningen (enligt § 19 KO) som massafordringar.

BGH menade att det avgörande vid bedömningen av om § 17 eller § 19 KO ska tillämpas på leasing är om tyngdpunkten i avtalet ligger på nyttjande eller på avyttring. Domstolen ansåg därvid att det starka hyresinslaget övervägde, och leasing var därför i detta sammanhang antingen att se som hyra eller som en avtalstyp för sig. BGH sa sig i och med detta hålla fast vid sin praxis för andra typer av leasingmål. Varför skulle då tyngdpunkten i avtalet, trots att köpoption avtalats, anses ligga på nyttjande? Jo, det väsentliga är *arten av leasegivarens prestation*, vilken i första hand går ut på en nyttjanderättsupplåtelse. En jämförelse gjordes mellan definitionen för hyra i § 535 BGB och definitionen för köp i § 433 BGB. Att faran för objektet, underhållsplikten, reparationsskyldigheten etc vid leasing ligger på leasetagaren hindrar inte antagandet om hyra. Visserligen är

30 2.1.3.

31 Se även kap V 2.1.3 ovan.

leasingavtalens regler inte i dessa avseenden typiska för hyra, men de är ändå inte främmande för avtalstypen.

Hyra och köp angavs skilja sig främst genom plikten för köparen att förvärva äganderätt. Blotta befogenheten för leasetagaren att i framtiden köpa kunde inte jämställas med en sådan redan avtalad äganderättsövergång. Sammanfattningsvis skulle leasingavtalet vid tillämpning av de relevanta konkursrättsliga reglerna således ses som ett hyresavtal. I det aktuella fallet fick avtalet därför anses ha sagts upp enligt § 19 KO, med den i BGB stadgade uppsägningsfristen. Leasingavgifterna från konkursutbrottet till uppsägningstidens utgång skulle därmed betalas av boet som en massaförpliktelse.

Rättsfallet gällde således – även om också mera vittgående slutsatser i riktning mot en allmän tillämpning av § 19 KO vid leasetagarens konkurs förekommit i doktrinen – uteslutande frågan, om konkursboets negativa besked om avtalets fullföljande i konkursen ska ses som ett avstående från inträde enligt § 17 KO eller som en regelrätt uppsägning enligt § 19 KO, med de nyssnämnda skillnaderna i rättsföljd.[32] Eftersom § 19 KO var att tillämpa i denna situation, blev leasegivarens krav för de drygt två veckor, som hunnit löpa efter konkursutbrottet innan förvaltaren gav sitt negativa besked, säkrade med en massafordran på leasingavgift.

När det gäller övriga skillnader mellan § 17 och § 19 KO saknas vägledande praxis. I *doktrinen* har diskussionen däremot varit livlig. Vissa författare har menat att köpreglerna, dvs § 17 KO, ska tillämpas fullt ut,[33] andra att § 19 KO ska tillämpas oinskränkt.[34] Den numera härskande läran, främst uppdragen av Baumgarte men även av Henckel, innebär emellertid snarast *en modifierad tillämpning av § 19 KO*. Huvudpunkterna i Baumgartes resonemang ska nu först redovisas. Därefter anges Henckels delvis avvikande ståndpunkter.[35]

Baumgartes teoretiska grundåsikt är att leasetagaren vid avtal med optionsrätt – det må sedan vara köpoption, förlängningsoption eller någon annan typ – under basperioden inte bara betalar för nyttjandet av objektet utan även för optionsrätten.[36] Optionen antas m a o höja leasingavgiften. För att detta förhållande ska tillmätas betydelse vid bedömningen av rättsläget vid konkurs menar Baumgarte, om jag förstått honom rätt, att det är avgörande (eller i alla fall väsentligt) om leasetagaren, alldeles bortsett från själva nyttjanderätten, har en säkrad ställning för sitt optionsanspråk vid en avyttring av objektet från leasegivarens sida, låt vara att ett sådant förfogande är obligationsrättsligt otillåtet. Eller, något tillspetsat: bryter köp "optionsstämma" då options-

32 Så Baumgarte s 65 och Jaeger/Henckel s 598.

33 Så t ex Lwowski s 110 ff och 123 f, Seeger i KTS 1974 s 9 och 11 f samt Stoppok s 298.

34 Så t ex Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck s 221, Kilger s 111 f, Baur/ Stürner s 411 not 38 och Hess/Kropshofer s 128. Se vidare hänvisningar hos Baumgarte s 24 not 3–5 och Kuhn/Uhlenbruck s 459 f.

35 För ytterligare litteratur från senare tid, se hänv hos Kuhn/Uhlenbruck s 459 ff.

36 Se för det följande Baumgarte s 36 ff, särskilt s 60–73.

borgenären besitter leasingobjektet? En förlängningsoption befinns då vara fullständigt skyddad mot en ny ägare av objektet enligt besittningsskyddsregeln i § 986 st 2 BGB. Även vid köpoption kan leasetagaren, i kraft av en ogiltighetsregel i § 161 st 1 BGB, göra sin optionsrätt gällande mot förvärvaren.[37]

En annan viktig aspekt är, enligt Baumgarte, i vad mån leasetagarens optionsrätter är *realiserbara*, dvs kan av honom omvandlas i pengar genom försäljning eller andrahandsuthyrning av objektet eller genom förtida utövning av en köpoption. Försäljning och andrahandsuthyrning hindras då utan vidare av det faktum att sådana förfoganden över objektet inte får ske utan leasegivarens samtycke. Däremot menar Baumgarte att *ett förtida utövande av en köpoption*, genom betalning av samtliga ännu icke förfallna leasingavgifter under basperioden, eventuellt med tillägg för en mindre köpesumma för objektets restvärde, bör gå för sig.[38] Han anser därvid att finansiell leasing i detta sammanhang bör jämställas med ett kreditavtal. Vid sådana avtal har kredittagaren rätt att återbetala lånet i förtid "aus wichtigem Grund". Just leasetagarens konkursbo anges ha goda skäl för att åberopa en sådan princip. Konkursutbrottet kan sägas utgöra en viktig grund för boet, som utan förtida avtalsavveckling ofta skulle sakna möjlighet att få ut det optionsvärde som leasetagaren är tillförsäkrad, eftersom detta värde i annat fall skulle kunna realiseras först långt i framtiden, då boet avvecklats. Något skyddsvärt intresse för leasegivaren sägs inte tala emot en sådan lösning. Denne får ju alla leasingavgifter betalda – visserligen diskonterade till nuvärde – och kanske därtill en viss köpesumma, dvs allt vad han ska ha enligt avtalet. Någon säkerhet i leasingobjektet behövs då inte längre.

Baumgarte går efter dessa två teoretiska grundresonemang vidare med en *intresseavvägning* mellan boets och leasegivarens typintressen. Den inledande redogörelsen ovan, om skillnaderna mellan tillämpning av § 17 och § 19 KO, byggde i stora stycken på denna Baumgartes avvägning, varför jag här kan fatta mig kort.

Boet har grovt indelat tre huvudintressen vid leasetagarens konkurs. *Det första* är förstås att kunna fortsätta nyttja leasingobjektet för en fortsatt drift av rörelsen eller för att åtminstone kunna färdigställa halvfärdiga varor. Detta intresse hindras om leasegivaren ges uppsägningsrätt enligt § 19 KO. § 17 KO är däremot ändamålsenlig i det avseendet. Boets *andra huvudintresse* är flexibilitet. Med detta menas att boet självt ska kunna avgöra om och för hur lång tid leasingobjektet ska utnyttjas i

[37] Baumgarte behandlar genomgående även andra typer av optionsrätter än de nu nämnda, men dessa är av mindre intresse för argument till bedömning av svenska standardkontrakt för finansiell leasing.

[38] Se s 46.

konkursen. Som tidigare sagts innebär § 17 KO en allt-eller-intet lösning, som inte uppfyller detta intresse, medan däremot *boets* uppsägningsrätt enligt § 19 KO, vilken inte behöver utnyttjas inom någon särskild frist, ger den önskvärda handlingsfriheten. Boets *tredje intresse* är att kunna utnyttja optionsrätter inom konkurstiden. Även här strider en uppsägningsrätt *för leasegivaren* enligt § 19 KO mot boets intresse, eftersom optionsvärdet då utan vidare går förlorat. Detta gäller både för boets intresse av fortsatt nyttjande i avvaktan på basperiodens utlöpande eller en förtida utövning av en köpoption.

Leasegivarens enda reella intresse är säkring av de avtalade leasingavgifterna, då leasetagarens personliga egenskaper i stort sett saknar betydelse för honom. Väsentligt är därvid att leasingavgifterna blir massaskulder först vid boets förklaring om inträde, om § 17 KO tillämpas, medan avgifterna automatiskt blir massaskulder från konkursutbrottet och fram till avtalets upphörande på grund av uppsägning, om § 19 KO används. Leasegivaren är således bättre säkrad om § 19 KO tillämpas. Visserligen kan nu denne möjligen åberopa en massafordran på grund av regler om obehörig vinst under svävartiden enligt § 17 KO, men sådana massafordringar har i så fall, som sagt, sämre prioritet än andra.

De *slutsatser* som Baumgarte drar är *de lege lata* följande. Vid *avtal utan optioner* bör § 19 KO vara tillämplig fullt ut. Leasetagaren har här inte betalat en viss del av leasingavgifterna i förskott för någon option och avtalet är ett rent nyttjanderättsavtal (om inte annat kan visas). Båda sidor bör m a o ha uppsägningsrätt. De allmänna undantaget från leasegivarens uppsägningsrätt grundat på otillåten rättsutövning gäller dock även här. I övrigt kan inskränkningar enligt generalklausulen i § 242 BGB tänkas för maskiner som tillverkats just för leasetagarens behov eller då leasade maskiner är fast monterade eller förankrade i marken och därför inte kan återtas utan stora problem och kostnader.

För *avtal med köpoption* och *avtal med förlängningsoption* bör enligt Baumgarte gälla en särskild, på § 242 BGB stödd, inskränkning av leasegivarens rätt att säga upp enligt § 19 KO då leasetagaren betalat mer än bara för själva brukandet. *Endast boet* bör alltså i dessa fall tillerkännas rätt att säga upp avtalet. Konkursförvaltaren kan då avvakta med uppsägning den tid som boet behöver exempelvis en leasad maskin och säga upp avtalet kortfristigt när maskinen inte längre behövs. Alternativt kan maskinen utnyttjas till dess tillämpningen av en optionsrätt aktualiseras. Vid förlängningsoption kan boet sedan låta leasegivaren ta tillbaka maskinen och vid köpoption kan boet utnyttja optionen i förtid eller vid basperiodens slut. För all tid efter konkursutbrottet är leasegivaren säkrad med en massafordran på leasingavgift. När boet säger upp avtalet upphör det för framtiden. Leasegivaren kan då separera objektet och

kräva skadestånd som konkursfordran intill det positiva intresset, § 19 p 3 och § 26 st 2 KO. Baumgarte diskuterar slutligen om inte boet på detta dividendkrav bör vara berättigat att avräkna värdet av den optionsrätt som går förlorad genom att avtalet sägs upp innan optionen realiserats. En sådan avräkning sägs dock, efter ingående diskussion, inte böra tillåtas.[39]

Det just sagda förespråkas alltså inom ramen för gällande tysk rätt. En helt tillfredsställande ordning anser Baumgarte dock kunna uppnås endast genom en *lagändring*. Den nuvarande regeln om ömsesidig uppsägningsrätt vid alla typer av hyres- och arrendeavtal i § 19 KO skulle då kompletteras med ett andra stycke där det slås fast, att *endast konkursboet* kan säga upp avtal om hyra av lös egendom. Men på motsvarande sätt som enligt den allmänna inträdesregeln, skulle boet på medkontrahentens (här: leasegivarens) förfrågan vara skyldigt att utan dröjsmål ge besked *för vilken tid* boet avser att fullfölja avtalet. Gavs inte besked i tid skulle leasegivaren omedelbart kunna säga upp avtalet. Därmed skulle också leasegivarens intresse av snabba besked om avtalets framtid tillgodoses.[40]

Vad slutligen gäller frågan om leasingkontraktens *hävningsklausuler* för leasetagarens konkurs, menar Baumgarte att sådana klausuler är ogiltiga mot boet i den mån boet kan inträda enligt § 17 KO eller ensamt kan bestämma om avtalets fortsättning genom ensidig uppsägningsrätt.[41] Vid avtal med förlängnings- eller köpoption skulle således hävningsklausulerna inte kunna göras gällande, om inte avtalet hunnit hävas redan före konkursen och hävningen är skyddad mot återvinning. Om avtalet däremot inte innehåller optionsrätt, är det ju enligt Baumgarte ömsesidigt uppsägbart enligt en fullständig tillämpning av § 19 KO. Och för denna paragraf har tidigt i rättspraxis slagits fast, att ett avtal om fristlös uppsägningsrätt för medkontrahenten är giltigt. Därmed finns det knappast de lege lata grund för att anse en hävningsklausul vara ogiltig. För detta fall anser följaktligen också Baumgarte att hävningsklausulen gäller mot boet.

Så långt Baumgarte. *Henckel* gör för sin del först skillnad mellan operationell och finansiell leasing.[42] Den förstnämnda leasingtypen anser han utan vidare och utan inskränkningar falla under § 19 KO. Liksom Baumgarte menar han också att avtal om finansiell leasing *utan optionsrätt* utan särskilda modifikationer faller under § 19 KO. I dessa båda fall

39 Se om argumentationen Baumgarte s 68–70.

40 Se för det just sagda a a s 58–60.

41 Se för detta parti a a s 74–80.

42 Se för det följande Jaeger/Henckel s 596 ff.

skulle avtalet således kunna sägas upp med högst tre dagars frist. Vid leasegivarens uppsägning får dock beaktas vad som ovan sagts om s k otillåten rättsutövning.

För avtal om finansiell leasing med *köpoption* kan boet för sin del säga upp enligt § 19 KO, jfr rättsfallet BGH 5.4.1978 (BGHZ 71.189) ovan. För frågan om också *leasegivaren* har uppsägningsrätt skriver Henckel, att leasegivaren i och med köpoptionen överlämnat beslutanderätten om avtalets öde vid basperiodens slut till leasetagaren. Leasegivaren är obligationsrättsligt bunden av detta. Och denna bundenhet utgör i sin tur *ett affärsvärde för leasetagaren*, vilket värde leasegivaren inte utan ersättning får beröva honom. Även om man inte anlägger Baumgartes perspektiv, och således anser att i beloppet av de samlade leasingavgifterna också ingår ett visst vederlag för optionsrätten, har optionsrätten alltså ändå ett värde för leasetagaren. Detta värde kan leasegivaren inte ensidigt beröva honom. Då avtalet inte hävts före konkursen och konkursboet således ännu vid konkursutbrottet kan utöva optionsrätten och sälja till ett pris, som är högre än vad leasetagaren hade att betala till leasegivaren vid utövande av köpoptionen, så hör chansen till denna vinst till leasetagarens förmögenhet. Boets intresse av att göra bruk av optionen och avyttra objektet på ett för borgenärerna gynnsamt sätt, förtjänar enligt Henckel skydd mot leasegivarens intresse av säkerhet. Det av § 19 KO skyddade intresset för en uthyrare, att få tillbaka objektet kortfristigt, får således träda tillbaka när beslutanderätten vid normal avtalsavveckling ligger hos hyrestagaren, här leasetagaren. Slutsatsen blir att leasegivaren endast kan säga upp avtalet när leasetagarsidan kommer i dröjsmål med betalning av leasingavgift. Å andra sidan ska inte leasegivaren behöva vänta en obegränsad tid för besked huruvida boet avser att utnyttja optionsrätten eller inte. På liknande sätt som Baumgarte förespråkat de lege ferenda, angående rätt till besked om boet avser att *säga upp* eller inte, anser Henckel att leasegivaren kan kräva *besked om utövandet av köpoptionen* enligt § 17 st 2 KO analogt. Boets underlåtenhet att ge besked i tid skulle sedan ge leasegivaren uppsägningsrätt enligt § 19 KO. Allt detta förespråkas inom ramen för gällande rätt.

Frågan *om köpoptionen kan utövas i förtid* av boet vill Henckel inte besvara generellt. Det framhålls att avtalen normalt inte tillåter detta. Oftast kommer man dock överens efter det att boet gett ett anbud på objektet som motsvarar de avtalade villkoren och kostnadskalkylerna för en förkortad avtalstid. Leasingbolagen/leasegivarna själva anges sällan vara intresserade av att sälja objekten. Allt efter omständigheterna kan dessa dock på grund av tro och heder förpliktas att med boet sluta avtal om förtida köp, om detta medför en väsentlig fördel för boet och inga mot-

stående skyddsvärda intressen för leasegivaren står däremot. Henckel är således i den här delen lite mera försiktig än Baumgarte.

Också vid avtal med *förlängningsoption* menar Henckel att motsvarande principer bör gälla (bortsett från förtida utövande av köpoption förstås). Leasegivaren har således inte rätt att säga upp avtalet men kan, vid äventyr av uppsägning, fråga boet om det önskar förlänga avtalet vid basperiodens slut. Denna ordning anser Henckel vara försvarbar även i fall, där det återstår avsevärd tid av basperioden när konkursen inträffar. Vid fortsatt drift sägs det nämligen ofta vara svårt att förutse hur lång tid boet kommer att fortsätta verksamheten. Leasingbolagen tillåter i sina kontrakt ofta partsväxling på leasetagarsidan om s k viktig grund föreligger. Konkursboet kan då vid avyttringen av rörelsen låta leasingavtalet s a s följa med och därmed erhålla ett bättre pris för helheten, om objektet efter basperioden representerar ett högre värde än vad det kostar att fortsätta nyttjandet. Denna möjlighet sägs leasegivaren inte kunna beröva boet medelst uppsägning.

Beträffande en *avtalad hävningsrätt/uppsägningsrätt vid leasetagarens konkurs* skriver Henckel, att optionsrätten hör till boet om inte avtalet hävts före konkursen och hävningen inte kan återvinnas. Optionsrätten kan därmed inte ensidigt berövas boet. Klausulen sägs således vara overksam under samma förutsättningar som ett avtal som inskränker eller utesluter boets valrätt mellan att inträda och att avstå från att inträda enligt § 17 KO.[43] Detta innebär, med beaktande av att leasetagarens prestation i det väsentliga går ut på att betala leasingavgifterna, att klausulen utan nämnvärda undantag *icke* kan göras gällande mot boet.

I 1986 års upplaga av Mentzels konkurslagskommentar instämmer Uhlenbruck så gott som på varje punkt med Henckel.[44]

Till sist ska de för leasing relevanta reglerna i *1985 års insolvensrättsförslag* beskrivas. För det fall insolvensförfarandet inriktas på *reorganisation* gäller till en början, enligt en allmän regel för varaktiga avtal, att *endast insolvensboet kan säga upp* avtalet. För hyresavtal sägs särskilt att detta gäller oavsett om objektet avlämnats eller inte. Den lagstadgade uppsägningstiden för hyra av lös egendom på tre dagar är då att beakta. Om inte boet uppsäger avtalet fortsätter det i princip med leasingavgiften som massafordran fr o m insolvensöppningen.[45] Leasegivarens uppsägningsrätt eller hävningsrätt "aufgrund allgemeiner materiellrechtlicher Bestimmungen", kan vidare på insolvensförvaltarens ansökan ogiltigförklaras av insolvensdomstolen, om detta är påkallat i re-

[43] Se Jaeger/Henckel s 600 och 568 f.

[44] Se Kuhn/Uhlenbruck s 459 ff.

[45] Jfr Leitsatz 2.4.1.10 ang partiellt massaansvar fr o m öppningen av insolvensförfarandet, då gäldenärens prestation är *delbar*.

organisationens intresse och inga tyngre vägande leasegivarintressen står däremot.[46] Oavsett grunden för det varaktiga avtalets upphörande kan alltså boet få avtalet förlängt enligt denna regel. På samma sätt som vid hyra av fast egendom föreslås också en regel som innebär, att uthyraren/leasegivaren endast får säga upp avtalet till omedelbart upphörande på grund av dröjsmål med betalning av hyra/leasingavgift, om hela uppsägningsgrunden antingen förelåg före insolvensförfarandets öppnande eller efter detsamma.[47]

Särskilt för leasingavtal ges härutöver ytterligare skydd för boet: leasegivaren får över huvud taget inte säga upp leasingavtalet före basperiodens utgång, oavsett om avtalet säger något annat och oavsett om de avvikande avtalsbestämmelserna knyter an till insolvens eller inte. Undantag görs endast för de i § 553 och § 554 st 1 BGB föreskrivna rätterna att uppsäga hyresavtal till omedelbart upphörande på grund av avtalsstridigt brukande och på visst sätt kvalificerat dröjsmål med hyresbetalningen. En uppsägning på grund betalningsdröjsmål förutsätter då även att restantierna i sin helhet är massaskulder.[48] Som sagts i tidigare kapitel föreslås också en allmän regel som föreskriver, att för insolvensfallet avtalade uppsägnings- och upplösnings-/hävningsrätter är ogiltiga mot insolvensboet.[49]

För det *likvidationsförfarande* som kan väljas inom det samlade insolvensförfarandet, föreskrivs ytterligare särregler för leasingavtal.[50] Till en början kan leasegivaren hos insolvensdomstolen begära att en frist utsätts, inom vilken insolvensförvaltaren måste ange för vilken tid insolvensboet avser att fullfölja avtalet, dvs när förvaltaren beräknar att utöva den ensidiga uppsägningsrätt som ovan beskrevs. Försätts fristen kan leasegivaren säga upp avtalet med lagstadgad uppsägningstid, dvs tre dagar.

Det föreslås vidare regler, som ger insolvensboet *rätt att köpa leasingobjektet före basperiodens slut*. För avtal med *förlängningsoption* (= en option enligt vilken vederlaget reduceras vid en bestämd tidpunkt till ett belopp som är betydligt lägre än det vederlag som vanligtvis erläggs för upplåtelse av ett sådant objekt) stadgas att förvaltaren har rätt köpa objektet mot betalning av 75 % av resterande leasingavgifter under basperioden. Räntan på beloppet ska reduceras enligt en särskild regel i nuvarande § 65 st 2 KO. Vid avtal med *köpoption* ges förvaltaren en mot-

[46] Se Leitsatz 2.4.1.4 och 2.4.1.6 samt Insolvenzrecht I s 221 f och 223. Jfr kap V 2.1.3 ovan.

[47] Leitsatz 2.4.1.7, se Insolvenzrecht I s 224.

[48] Leitsatz 2.4.1.8, se a a s 224 f.

[49] Leitsatz 2.1.4.11, se a a s 226 f.

[50] Leitsatz 3.3.11, se a a s 324 ff.

svarande rätt att utöva denna i förtid. Han ska då utge ersättning med 75 % av summan av de leasingavgifter som enligt avtalet skulle ha erlagts fram till den tidpunkt, då optionsrätten tidigast kunnat utövas. Ersättningen ska diskonteras som ovan. Därutöver ska leasegivaren erhålla 75 % av det avtalade optionspriset på objektet. Leasegivarens eventuellt överskjutande fordran är oprioriterad.

Nämnas bör att en minoritet inom insolvensrättskommissionen på affärsmässiga grunder opponerade sig mot de sist beskrivna inskränkningarna av leasegivarnas rätt.[51]

Nu återvänder jag till gällande tysk rätt. Även de tyska standardkontrakten för finansiell leasing innehåller för leasetagaren hårda *förfallo- och ersättningsklausuler* vid leasegivaren fristlösa uppsägning/hävning av avtalet vid leasetagarens kontraktsbrott och konkurs.[52] I vad mån leasegivarnas/leasingbolagens krav grundade på sådana klausuler kan bevakas fullt ut i leasetagarens konkurs beror på, *dels* om de föreskrivna beloppen rent civilrättsligt kan godtas, *dels* om den konkursrättsliga regleringen innefattar några begränsningar av bevakningsrätten. Jag ska här börja med de konkursrättsliga reglerna.

Enligt § 19 p 3 KO[53] är leasegivaren berättigat till ersättning för skada vid *leasetagarens konkursbos* uppsägning av avtalet. Av § 26 p 2 KO följer att kravet är en vanlig konkursfordran. För *leasegivarens* uppsägning finns ingen motsvarande skadeståndsregel föreskriven. Regleringen ska enligt den härskande meningen tolkas motsatsvis vilket alltså innebär, att en skadeståndsfordran endast får göras gällande då det är boet som säger upp. Fordringens belopp ska då beräknas intill det positiva kontraktsintresset. Skadeståndsregeln anses *tvingande* till boets förmån: avtalade ersättningsbelopp utöver den faktiskt visade skadan intill det positiva intresset kan inte göras gällande i konkursen. Detta gäller oberoende av om ersättningen bestämts i form av vite, skadestånd eller som återstående omedelbart förfallna avgifter enligt ett leasingkontrakt. Bevisbördan för att den avtalade ersättningen verkligen överstiger de faktiska skadorna ligger dock på boet.[54]

Om leasetagarens konkursbo inte utan dröjsmål efter leasegivarens förfrågan ger besked, vid vilken tidpunkt boet avser att säga upp avtalet/-

[51] A a s 326.

[52] I enlighet med tysk terminologi benämns i det följande ett avbrytande av ett hyresavtal med verkan för framtiden *uppsägning*, även då denna får verkan omedelbart, jfr "fristlose Kündigung".

[53] Jag antar i fortsättningen att § 19 KO är tillämpbar vid leasing med de tidigare nämnda inskränkningarna.

[54] Se Jaeger/Henckel s 613–615, jfr 565, Baumgarte s 80–82, Kilger s 114 f, Hess/Kropshofer s 129 f samt även Kuhn/Uhlenbruck s 462 och 466 f.

utnyttja en optionsrätt, kan leasegivaren enligt den ovan redovisade, dominerande uppfattningen säga upp avtalet enligt § 19 KO. Inget skadeståndskrav kan då som sagt bevakas, § 19 p 3 KO e contrario. Det är emellertid för detta fall omtvistat, om ett *avtal* om skadestånd, en förfalloklausul eller en vitesklausul kan göras gällande i konkursen. Eller i klartext: kan leasegivaren med verkan mot boet, i strid med § 19 KO, avtala om ersättning vid sin egen framtida uppsägning av leasingavtalet vid leasetagarens konkurs?

Henckel är benägen att besvara frågan nekande.[55] Han menar att uthyraren/ leasegivaren ju automatiskt får en massafordran på leasingavgift fr o m konkursdagen om boet inte å sin sida säger upp avtalet. Och boets uppsägning ger leasegivaren rätt till skadestånd enligt § 19 KO. Om leasegivaren då *ändå* väljer att säga upp avtalet åstadkommer han själv sina skador. Förslår inte boets tillgångar till betalning av massaskulderna, är konkursförvaltaren däremot tvungen att säga upp avtalet för att undvika att leasingavgifterna blir massaförpliktelser. Vid boets insolvens är en uppsägning från leasegivarens sida också berättigad, då han i detta fall lidit skada även om inte avtalet sagts upp, eftersom täckning då inte hade kunnat erhållas ur massan. Men om boet är insolvent är det å andra sidan ointressant för leasegivaren med en vanlig konkursfordran på skadestånd. *Sammantaget* anser Henckel följaktligen att ett avtal om ersättning vid leasegivarens uppsägning i leasetagarens konkurs inte är giltigt.

Baumgarte menar utan vidare att leasingbolagens förfalloklausuler inte kan läggas till grund för bevakning vid bolagets egen uppsägning i leasetagarens konkurs. Däremot hävdas att ett avtalat skadestånd, som uppgår till de faktiskt visade skadorna, bör kunna göras gällande.[56]

Uhlenbruck vill gå ytterligare ett steg och uteslutande pröva förfallo- och ersättningsklausulernas giltighet enligt de civilrättsliga reglerna i den tyska standardavtalslagen (AGBG). Men även om det alltså inte i sig bör vara otillåtet att avtala om ersättning vid leasegivarens uppsägning i leasetagarens konkurs, måste därefter ändå prövas om förfalloklausulen etc strider mot syftet med konkursreglerna och om dess tillämpning då är att anse som otillåten rättsutövning.[57]

En något säregen situation förelåg i följande rättsfall.

BGH 6.6.1984 (KTS 1985.87). Kring årskiftet 1980–81 hade slutits avtal om finansiell leasing av en dataanläggning. I kontraktet gavs leasegivaren rätt till fristlös uppsägning om domstolsmässigt insolvensförfarande kom till stånd hos leasetagaren. Leasetagaren kunde dock i stället å sin sida säga upp avtalet i sådant

55 Se Jaeger/Henckel s 615 f.

56 Baumgarte s 82–84.

57 Se närmare den inte helt klara framställningen hos Kuhn/Uhlenbruck s 462, jfr också 466 f med vidare hänv.

fall, om han inom en vecka från leasegivarens uppsägning presterade säkerhet. Vid leasegivarens uppsägning skulle samtliga leasingavgifter förfalla till omedelbar betalning och anläggningen återlämnas. Efter en täckningstransaktion skulle leasegivaren ersätta leasetagaren eventuellt överskjutande belopp efter avdrag för de omedelbart förfallna leasingavgifterna, ett eventuellt restvärde på anläggningen och rimlig affärsvinst efter leasegivarens billighetsbedömning.

17/11 1981 gick leasetagaren i konkurs. 4/12 samma år sa boet upp avtalet enligt § 19 KO till upphörande efter tre dagars uppsägningstid, dvs till 7/12 1981. Leasegivaren sa å sin sida upp avtalet med omedelbar verkan 5/12 enligt insolvensklausulen. Leasegivaren gjorde gällande att han i konkursen hade rätt att bevaka samtliga återstående leasingavgifter plus skadestånd.

BGH slog först – i enlighet med tidigare civilrättslig praxis (se strax nedan) – fast, att förfalloklausulen var ogiltig enligt standardavtalslagens generalklausul, se § 9 AGBG. Bl a framhölls att ställande av säkerhet inte är någon realistisk utväg för en insolvent leasetagare, och att en giltig klausul måste vara en *för boet* lämplig lösning. Om leasetagarsidan är i stånd att betala punktligt, behöver det således inte utges någon säkerhet för samtliga resterande avgifter. Kravet på återstående avgifter var sålödes ogiltigt. Och då leasegivarens skadeståndskrav enligt avtalet inte grundats på annat än den sålunda ogiltiga förfalloklausulen, kunde skadestånd endast fås med stöd av någon *lagregel*.

Domstolen framhöll därvid att skadestånd enligt § 19 p 3 KO endast kan fås vid *boets* uppsägning. I det förevarande fallet bedömdes avtalet ha upphört att gälla på grund av *leasegivarens egen* fristlösa uppsägning, och därmed kunde ingen ersättning tillerkännas honom. Varför skulle då avtalet anses ha upphört på grund av leasegivarens uppsägning och inte på grund av boets? Jo, syftet med uppsägningsrätten i § 19 KO angavs knyta an till själva avslutandet av avtalsförhållandet. Avtalet upphör inte redan då uppsägningen mottas utan med utgången av en genom uppsägningen igångsatt uppsägningstid. Boets uppsägning mottogs visserligen 4/12 och leasegivarens 5/12, men då den senare uppsägningen fick omedelbar verkan och ett avtal om kortare frist än den lagstadgade är giltigt, upphörde avtalet 5/12 på grund av leasegivarens uppsägning. Enligt § 19 p 3 KO e contrario var leasegivaren därmed inte berättigad till skadestånd.

Avslutningsvis skrev BGH att det är omstritt huruvida § 19 KO genom avtal kan utfyllas med en skadeståndsrätt vid leasegivarens uppsägning. Stridsfrågan behövde emellertid inte avgöras i det aktuella målet, då leasingkontraktet ju inte innehöll någon giltig skadeståndsöverenskommelse.

Som redan antytts finns i Västtyskland också goda möjligheter att angripa leasingkontraktens förfallo- och ersättningsklausuler på rent *civilrättslig* väg. Denna möjlighet har nu inte så stor betydelse för konkursfallet, eftersom boet som framgått i stor utsträckning redan enligt tvingande konkurslag slipper ifrån bevakningar av stora kontraktsgrundade ersättningskrav. De civilrättsliga prejudikaten ska ändå kort refereras, då de är av visst intresse för en svensk betraktare, som inte har någon uttrycklig tvingande begränsning av ersättningsrätten i konkurslagen att hålla sig till.

BGH 5.4.1978 (BGHZ 71.196). Avtal om leasing av en datautrustning hade ingåtts med en basperiod om 72 månader. I en förfalloklausul föreskrevs att tio dagars försenad betalning av leasingavgift gav leasegivaren omedelbar och fristlös uppsägningsrätt. Samtliga avgifter skulle då omedelbart förfalla till betalning. Därutöver skulle leasegivaren ha skadestånd. Då leasetagaren sedermera kom i dröjsmål sa leasegivaren upp avtalet och krävde ersättning enligt den nämnda klausulen.

BGH lämnade till en början öppet, om inte standardavtalets kumulering av uppsägning och krav på resterande leasingavgifter var att se som ett sådant *överraskande villkor*, som enligt den då ännu inte ikraftträdda standardavtalslagens § 3 icke blir avtalsinnehåll.[58] Kumuleringen ansågs ändå avvika så mycket från den dispositiva regleringen i BGB, att avsevärda betänkligheter mot dess giltighet uppkom vid en innehållskontroll enligt den allmänna generalklausulen § 242 BGB. Domstolen jämförde alltså leasingavtalets förfalloreglering med den dispositiva rättens. Enligt dispositiv rätt, dvs BGB:s regler för hyra av lös egendom, bortfaller prestationsskyldigheten för framtiden på ömse sidor vid en uppsägning. Endast om hyrestagaren inte återlämnar objektet kan uthyraren kräva skadestånd i form av de avtalade hyrorna för den tid som objektet undanhålls honom (§ 557 st 1 BGB). I det aktuella standardavtalet föreskrevs däremot att leasegivaren efter uppsägning och återtagande skulle vara fri från prestationsskyldighet, medan leasetagaren å sin sida förblev skyldig att prestera och det t o m i större utsträckning än före uppsägningen, då han ålas att genast betala resterande avgifter utan diskontering. Något rättfärdigande av denna avvikelse från de ledande principerna för ömsesidiga avtal ansågs otänkbart. Förfalloklausulen ogiltigförklarades således med stöd av § 242 BGB.

BGH 28.10.1981 (ZIP 82.64). Avtal om leasing av en dator inklusive tillbehör hade slutits. Avtalet var ouppsägbart under 48 månader. Därefter kunde leasetagaren säga upp det med sex månaders uppsägningstid, varvid leasetagaren dock blev betalningsskyldig med 43 % av leasingobjektets anskaffningsvärde utan avdrag för den köpesumma som leasegivaren kunde få vid en täckningsförsäljning. Vid betalningsdröjsmål gavs leasegivaren rätt till fristlös uppsägning, återtagning av objektet och rätt att betrakta samtliga leasingavgifter som förfallna. Leasetagaren hade dock möjlighet att genom omedelbar betalning av alla fördröjda och framtida avgifter få tillbaka det återtagna objektet.

BGH upprepade övervägandena från föregående mål och fastslog bl a, att såväl förfalloklausulen som klausulen om leasegivarens rätt till ersättning med 43 % av anskaffningsvärdet vid leasetagarens avtalsenliga uppsägning vid basperiodens utgång stred mot § 9 AGBG, dvs standardavtalslagens generalklausul.[59] Båda avtalsklausulerna befanns således ogiltiga. Viss ersättning kunde dock krävas enligt allmänna regler om kontraktsrättsligt skadestånd.

BGH 28.10.1981 (ZIP 82.67). Avtalet innehöll ungefär samma villkor som i föregående mål. Förfalloklausulen skiljde sig dock en aning genom att leasetagaren medelst omedelbar betalning av samtliga förfallna och framtida avgifter gavs rätt att hindra återtagande och fortsätta nyttjandet. Klausulen ogiltigförklarades enligt § 9 st 2 p 1 AGBG.

[58] § 3 AGBG lyder: Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

[59] Stadgandet lyder:

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

BGH 31.3.1982 (ZIP 82.700). Målet gällde ett avtal om leasing av en minidator. Basperioden var 72 månader och leasingavgifterna betalades förskottsvis per månad. Leasegivaren gavs rätt till fristlös uppsägning om leasetagaren dröjde med betalning av leasingavgift mer än 30 dagar. Därvid skulle objektet återlämnas och framtida avgifter förfalla till betalning enligt en särskild tabell, enligt vilken tidpunkten för uppsägningen gjorts direkt proportionell mot storleken på ersättningsskyldigheten för resterande avgifter. Leasetagaren gavs å sin sida rätt att på beloppet av resterande avgifter avräkna försäljningssumman från en täckningsförsäljning, dock endast till 90 %. Ifall leasetagaren vid fristlös uppsägning betalade resterande avgifter var han dock berättigad att fortsätta nyttjandet som tidigare. Då 24 månader av basperioden gått kunde leasetagaren vidare säga upp avtalet med sex månaders varsel. Därvid skulle han dock utge samma belopp för resterande avgifter som vid leasegivarens uppsägning på grund av kontraktsbrott.

Då ungefär ett år gått av avtalstiden sa leasetagaren upp avtalet under oberättigat åberopande av s k viktig grund och inställde vidare avgiftsbetalning. Leasegivaren sa då å sin sida upp avtalet på grund av betalningsdröjsmål och yrkade utfående av ersättning för obetalda förfallna leasingavgifter, "avslutsbetalning" enligt tabell motsvarande 51 månadsavgifter, dröjsmålsränta och anmaningskostnader. Dessutom yrkades ersättning för övrig skada.

BGH slog först fast, att anspråket på "avslutsbetalning" var ogrundat. Härvid hänvisades till de tidigare avdömda målen och § 9 AGBG. Ogiltigheten kunde i detta fall även stödjas på § 10 p 7a AGBG.[60] Avtalsklausulen angavs nämligen förplikta leasetagaren att betala sammanlagt lika mycket som han haft att betala om avtalet löpt längre tid än de maximala 72 månaderna. Klausulen föreskrev därmed "eine unangemessen hohe Vergütung". Det befanns också oskäligt, att vederlaget vid leasegivarens täckningsförsäljning endast tillgodoräknades leasetagaren till 90 %. Leasegivaren kunde inte heller få skadestånd för leasetagarens försenade återlämnande av objektet, vilket kontraktet stadgade. Enligt dispositiv rätt krävs för utfående av sådan ersättning att en anfordran om återlämnande gjorts och befunnits verkningslös, se § 557 BGB. I leasingavtalet gavs inget besked om vad som skulle gälla om ingen anfordran gjordes. Och denna oklarhet i standardavtalet skulle därmed, enligt den i § 5 AGBG lagfästa oklarhetsregeln, tolkas till leasegivarens nackdel.[61] Leasegivaren tillerkändes därmed inget skadestånd för leasetagarens dröjsmål med återlämnandet. Däremot kunde skadestånd uppgående till det positiva intresset utkrävas enligt allmänna regler.

Av det hittills sagda framgår, att leasegivarna med smärre undantag har rätt att kräva skadestånd uppgående till *högst* det positiva intresset vid uppsägning på grund av kontraktsbrott eller konkurs. Avtal om andra ersättningar har i stor utsträckning ogiltigförklarats, antingen på civilrättslig eller på konkursrättslig grund. I rättsfallet *BGH 26.6.1983 (ZIP 83.1089)* har BGH närmare utvecklat hur skadeberäkningen ska gå till vid fristlös uppsägning av ett leasingavtal på grund av leasetagarens betalningsdröjsmål. Beräkningarna och skälen för dem är mycket detaljerade och ska inte redovisas här. I stort sett tillämpar BGH vanliga dispo-

[60] Lagrummet lyder: In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam...7.eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrage zurücktritt oder den Vertrag kündigt, a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen verlangen kann.

[61] § 5 AGBG lyder: Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

sitiva (vid leasing numera tvingande?) skadeberäkningsprinciper, vilka för den här boken är av mindre intresse.[62]

Avslutningsvis ska om tysk rätt sägas, att leasegivarens fordringar på ersättning för olika *kostnader vid återtagande av leasingobjektet* efter en uppsägning är vanliga konkursfordringar i leasetagarens konkurs. Detta fastslogs 1978 av BGH i ett rättsfall som gällde "vanlig" hyra av lös egendom, men fallet är säkerligen också vägledande vid alla former av leasing.

> *BGH 6.11.1978 (BGHZ 72.263).* Målet gällde hyra av telefonanläggningar enligt flera olika kontrakt. Sedan hyrestagaren försatts i konkurs sa boet upp avtalen enligt § 19 KO, varvid uthyraren själv demonterade sina anläggningar i enlighet med hyresvillkoren. Uthyraren krävde boet som sådant på kostnaderna för demontering och återtransport av objekten. I enlighet med tidigare praxis och härskande läror bifölls hans talan i underinstanserna. Den ogillades däremot i högsta instans. BGH framhöll att *hyrorna* visserligen är massaskulder fr o m konkursutbrottet då avtalet löper vidare i konkursen. Uthyraren presterar då som tidigare och måste få fullt vederlag för detta. Mera tveksam var frågan om massa- eller konkursfordran för den obligationsrättsliga plikten att återlämna objektet. Spörsmålet lämnades dock därhän, då det inte var avgörande för utgången. I det föreliggande målet hade nämligen uthyraren enligt avtal förbehållit sig att själv hämta och demontera teleanläggningarna. Avtalet slöts före konkursen och även om fordringarna visat sig först efter konkursutbrottet så var de därmed vanliga konkursfordringar. Domstolen gjorde därutöver en tolkning av §§ 19 och 59 KO och fann bl a, att kostnadsfordringarna inte utgjorde någon motprestation för nyttjandet av hyresobjektet, vilket dessa båda lagrum syntes förutsätta för erhållande av en massafordran. Inte heller kunde boet anses ha gjort en obehörig vinst genom att inte betala återtagandekostnaderna som massaförpliktelse, då ju återtagandet uteslutande tjänar uthyrarens intresse.

I doktrinen har särskilt Henckel ägnat frågan om kostnader i samband med återtagande av hyresobjekt (och utrymning av hyrda lokaler) analys.[63] Hans slutsatser är desamma som BGH:s, låt vara att han motiverar ståndpunkten något annorlunda.

[62] För analys av merparten av de civilrättsliga leasingfallen, se Graf von Westphalen i ZIP 83 s 1021 ff.

[63] Jaeger/Henckel s 616–618. Jfr även Kilger s 269 och Kuhn/ Uhlenbruck s 956.

2.3 Svensk rätt

2.3.1 Har leasetagarens konkursbo inträdesrätt?

2.3.1.1 Inledning och redogörelse för doktrinen

Oavsett om avtalet anses utgöra hyra eller avbetalningsköp är utgångspunkten vid leasetagarens konkurs, att leasegivaren har *separationsrätt* till det leasade objektet.[64] Den enda skillnaden mellan de båda avtalstyperna i detta avseende är, att återtagandeförbehåll måste uppställas vid avbetalningsköp medan äganderätten för en uthyrare i princip utan vidare ska respekteras av konkursboet. Den praktiska skillnaden är dock i de flesta fall obefintlig, eftersom leasingkontrakten nästan alltid innehåller förbehåll som torde uppfylla de krav som brukar uppställas för sakrättslig giltighet.[65]

Separationsrätten för leasegivaren kan beroende på omständigheterna falla av olika skäl.[66] En uthyrd eller avbetalningssåld maskin kan till en början vara förlorad därför att den *infogats i fast egendom* på sådant sätt, att den blivit s k allmänt fastighets- eller byggnadstillbehör, se 2:4 JB. Visserligen är en leasad maskin nog oftast att se som industritillbehör (2:3 JB), men särskilt gränsen mellan byggnads- och industritillbehör kan många gånger vara svårdragen. Det är därför långt ifrån säkert att leasegivaren kan göra separationsrätt gällande, även om leasetagaren försökt lakta standardkontraktens förbud mot infogande i fast egendom. Separationsrätten kan i vissa fall också förloras genom leasingobjektets *infogande i lös egendom*,[67] och den kan även falla om leasetagaren får *förfoga över objektet* eller ersätta den med annan likartad. Leasingkontrakten innehåller dock i allmänhet en klausul, där överlåtelse, pantsättning, andrahandsuthyrning och andra förfoganden förbjuds.

Den sakrättsliga utgångspunkten är alltså att leasegivaren som ägare av objektet har separationsrätt i leasetagarens konkurs. Detta innebär att

[64] Se Hessler s 145 ff resp 189 ff, Håstad, Sakrätt s 137 ff resp 153 ff, Rodhe, Sakrätt, främst s 185 ff och 355 ff resp 194 ff samt Millqvist s 255 ff.

[65] Se om dessa krav Hessler s 189 ff, densamme i SvJT 1983 s 172 f, Håstad a a s 158 ff, Helander s 627 ff och Rodhe a a s 186 ff. Jfr även Adlercreutz, Finansieringsformer s 56 ff. – För fallet att förbehåll inte uttryckligen gjorts i ett "hyresavtal" som bedöms vara ett köp, se NJA 1976 s 134, Håstad, Sakrätt s 140 och 158 ang konkludent förbehåll/intolkning.

[66] Dessa frågor faller i princip utanför ämnet för den här boken. Därför görs endast ett kort omnämnande.

[67] Se om infogandefrågorna i nyare litteratur Gustafsson, Jordabalkens tillbehörsreglering, Håstad, Sakrätt s 29 ff och 159 ff, Hellner II s 171, Grauers, Fastighetsköp s 70 ff, Helander s 658 ff, Rodhe, Sakrätt s 188 f, Adlercreutz, Finansieringsformer s 59 ff och Millqvist s 319 ff, samtliga med vidare hänv.

leasegivaren har rätt att återta objektet om avtalet hävs eller sägs upp[68] i och med konkursen. Rätten att separera ger dock inte redan som sådan rätt att häva avtalet utan utgör endast säkerhet – på samma sätt som ett sakrättsligt giltigt återtagandeförbehåll vid avbetalningsköparens konkurs – *efter* det att berättigad hävning ägt rum.[69] Frågan blir då om leasegivaren faktiskt får häva avtalet på grund av konkursen. Svaret beror omvänt på om leasetagarens konkursbo har *rätt att inträda* i avtalet med åtföljande massaansvar eller om boet eventuellt kan *hindra hävning genom att ställa säkerhet*.

Uppfattningen i *litteraturen* ska först refereras. Beträffande traditionell saklega skriver *Hasselrot* på 20-talet, att hyrestagarens konkurs inte i sig ger uthyraren rätt att häva. Konkursboet sägs dock i regel inte vara berättigat att nyttja objektet, men uthyraren kan i varje fall inte motsätta sig att boet häver avtalet. Synpunkterna avser rättsläget då konkursen inträffar efter avlämnat av objektet. Ifall hyrestagaren går i konkurs före avlämnandet menar Hasselrot att uthyraren har hävningsrätt om inte hyrestagaren ofördröjligen ställer säkerhet. Hänvisning görs till 1907 års nyttjanderättslags exakta motsvarighet till nuvarande 12:31 2 st JB.[70]

Ekeberg & Benckert menar att 39–41 §§ KöpL är analogt tillämpliga på saklega. Konkursboet anges dock inte kunna kräva att få överta nyttjandet av saken, därför att detta skulle "strida för mycket" mot den upphävda 13:3 HB.[71] Ska avtalet bestå bör detta följaktligen ske till förmån för hyrestagaren/gäldenären personligen. Något inkonsekvent skriver författarna därefter ändå, att uthyraren "liksom vid andra onerösa avtal" kan häva om inte konkursboet inträder och ställer säkerhet för hyrestagarens betalningsskyldighet. Hävningsrätten grundas på anteciperat dröjsmål. Då konkursen inträffar före avlämnandet sägs objektet kunna innehållas om inte säkerhet ställs.[72]

Den analogi som här görs är enligt min uppfattning oriktig. I och för sig kan man mycket väl tänka sig vissa avtal om hyra av lös sak, där hyrestagarens personliga egenskaper är så framträdande och väsentliga för uthyraren, att konkursboet inte bör ges ensidig rätt att ta över avtalet. Men att då tillämpa 39 och 40 §§ KöpL analogt i *gäldenärens* intresse är ohållbart. Reglerna avser att utgöra en avvägning mellan medkontrahentens skyddsintresse vid den andra partens konkurs och konkursboets intresse av att kunna fullfölja avtal som är gynnsamma ur de övriga borgenärernas synvinkel. Något skydd för gäldenärens eget intresse är knappast avsett. Om inte boet anses få överta avtalet på grund av den personliga karaktären hos gäldenärens förpliktelse, bör uthyraren ovillkorligen få avbryta avtalsförhållandet. En annan sak är att ett hyresavtal i vissa fall kan vara *konkursfri egendom*, se 3:3 1 st KL. I så fall blir frågan om avtalets fullföljande uteslutande en sak mellan gäldenären personligen och uthyraren. Och i det läget står det kanske, beroende på omständigheterna, den

[68] I det följande *hävs*.

[69] Jfr att regleringen i 12:31 JB avseende fastighetshyresgästens konkurs finns oberoende av fastighetsägarens "separationsrätt" till den uthyrda lägenheten.

[70] Hasselrot, Saklega s 67 f.

[71] Lagrummet innehöll fram till 1858 ett förbud mot uthyrning av tredje mans gods utan samtycke.

[72] Ekeberg/Benckert II s 200.

senare fritt att avkräva gäldenären säkerhet för riktig hyresbetalning. Hyresfordringarna i det sålunda fortsatta avtalsförhållandet belastar dock aldrig boet i detta fall, och ett krav på säkerhet ska i princip riktas mot gäldenären själv.[73]

Karlgren framhåller på ett systematiskt riktigare sätt följande. "Vid lega av lös egendom lär icke legotagarens personligt färgade nyttjanderätt kunna övertas av konkursboet. Men legotagarens konkurs bör ge legogivaren hävningsrätt såvida denne icke, från konkursgäldenären själv eller genom konkursboets förmedling, erhåller säkerhet för legans utgörande."[74]

I den nyare litteraturen har *Bengtsson* under hänvisning till 3:31 NyttjL och 12:31 JB menat, att hyrestagarens konkurs kan tänkas ge uthyraren uppsägningsrätt, i vart fall om inte säkerhet ställs på anfordran; "uthyraren riskerar ju då bl a att gå miste om framtida hyresbetalningar."[75] Rättsläget betecknas dock som oklart.

De hittills refererade författarna har, av naturliga skäl, inte haft just finansiell leasing för ögonen. *Henriz* framhåller dock just för leasetagarens konkurs vid finansiell leasing, att konkursboet inte har någon uppsägningsrätt motsvarande vad som föreskrivs för fast egendom, om inte avtalet innehåller en uppsägningsklausul till leasetagarens förmån. Med detta menas dock förmodligen inte annat än att leasegivaren blir berättigat till skadestånd om boet ändå säger upp avtalet. Det nämns å andra sidan inte huruvida kravet är en konkurs- eller en massafordran. För det fall *leasegivaren* utnyttjar en avtalad uppsägningsklausul, som Henriz anser bindande för boet, anges kravet dock vara en konkursfordran. Det framhålls vidare att leasegivaren inte enbart på grund av konkursen får säga upp avtalet, utan han får acceptera att konkursförvaltaren betalar förfallande hyror.[76] I ett annat sammanhang har Henriz sagt att det

> "erfarenhetsmässigt är förmånligast för leasingbolaget, om leasingavtalet kan löpa tiden ut och leasingbolagen torde därför vara benägna att så långt det över huvud taget är möjligt tillmötesgå och ta hänsyn till leasetagarens mer eller mindre tillfälliga betalningssvårigheter etc. I konkursfallet menar jag, att det i praxis inte är tänkbart att ett leasingbolag inte skulle med glädje acceptera, att leasetagarens konkursbo inträder i leasetagarens ställe och påtar sig ansvar för leaseavgifterna såsom massaförpliktelse."[77]

Arnesdotter anser, tydligen för det fall då konkursen inträffar efter avlämnandet, att leasetagarens konkursbo har en tvingande rätt att inträda enligt 40 § KöpL och 12:31 JB analogt och att någon säkerhet då inte behöver ställas. Även interpellationsmekanismen i 40 § KöpL anser hon vara analogt tillämpbar. För fallet att boet inte vill inträda frågar sig Arnesdotter, om leasetagarens bo kan uppsäga avtalet att upphöra efter uppsägningstid i analogi med 12:31 JB. Frågan besvaras inte. Leasegivarens fordran på grund av avtalet sägs bli en konkursfordran då boet inte inträder.[78]

Går vi så till *Hellner* ges först ett exempel, där en maskin hyrts mot efterskottsbetalning vid avtalstidens slut och uthyraren blir insolvent före avlämnandet. Uthyra-

[73] Jfr kap V 2.2.1 och 2.3.2.

[74] Kollegium s 73.

[75] Särskilda avtalstyper s 44 vid not 17.

[76] Henriz s 96.

[77] Henriz i NJM 1969 s 240.

[78] Arnesdotter, Leasing s 38–40. Jfr ang betalningsinställelse s 37 f och Betalningsinställelse s 228–230.

ren skulle då kunna innehålla maskinen om inte hyran betalas i förskott eller säkerhet ställs.[79] Vid konkurs hos "betalare" sägs att medkontrahenten som huvudregel torde kunna häva i förtid när inte säkerhet finns eller ställs av konkursboet eller boet betalar omedelbart: "Konkursboet torde inte kunna avvärja hävning genom att blott tillträda avtalet (jfr 40 § köplagen som ger konkursboet en sådan rätt men blott till dess tiden för fullgörande från någondera sidan är inne)."[80]

Enligt min mening är Hellners tolkning av köplagens regler här något tvivelaktig. Säkerhet kan enligt 39 § KöpL:s ordalydelse krävas endast då kreditköp avtalats och tiden för avlämnande är inne. Möjligen kan även en kontantsäljare via en analogi kräva säkerhet om varan rent faktiskt utges några dagar före betalningen. För alla andra fall ger lagrummet inte något stöd för ett krav på säkerhet. Att säga att 40 § KöpL endast ger *boet inträdesrätt* till dess endera sidan ska prestera är vidare missvisande. Det "nya" med 40 § KöpL är att den ger *säljaren* en interpellationsrätt, dvs en särskild partsbefogenhet som han annars inte skulle ha haft. Boet har däremot säkerligen inträdesrätt på konkursrättslig grund oavsett om denna rätt nämns i köplagen, som ju är en dispositiv obligationsrättslig lagstiftning, eller inte. Jämför härtill Alméns ovan i kap III 2.3 refererade synpunkter om att boets rätt att inträda är en tvingande och allmän princip. Den rätt som gäller endast under en kortare tid enligt 40 § KöpL är således snarast *säljarens rätt* att i förväg få besked om boet avser att fullfölja avtalet eller inte.

Under rubriken konkursboets inträde i gäldenärens varaktiga avtal skriver Hellner med viss tvekan att boet i dessa fall har uppsägningsrätt. Det anförs vidare bl a att de lagregler som finns ger ringa utrymme för en inträdesrätt för boet.[81] Häremot kan framhållas att inträdesrätt nämns i lag såväl för jordbruksarrendatorns (9:30 1 st JB), lokalhyresgästens (12:31 3 st JB) som köparens (40 § KöpL) konkursbo. För bostadshyresgästers och övriga arrendatorers konkurs utgick lagberedningen ifrån att avtalet löper vidare utan att den solventa parten får kräva vare sig säkerhet eller massafordran (eller åberopa förmånsrätt).

Håstad utgår i tredje upplagan av boken Sakrätt utan vidare ifrån att leasetagarens konkursbo har en tvingande rätt att inträda med massaansvar analogt med 40 § KöpL och 12:31 3 st JB.[82] Han avser förmodligen endast läget då konkursen inträffar efter avlämnandet av leasingobjektet.

Slutligen har *Millqvist* nyligen, efter förhållandevis utförlig diskussion utifrån JB:s och köplagens regler, slutit, att boets intresse av att få fullfölja avtalet väger tyngre än leasegivarens intresse av skydd mot förluster.[83] En komplikation sägs dock kreditkaraktären hos leasing utgöra. Detsamma gäller för avtalets varaktighet contra boets livslängd. Allmänt anges dessa förhållanden tala för viss försiktighet med analogier från särskilt köplagens regler. Inte heller JB:s regler skulle utan vidare vara överförbara till leasing, då konkursboets "tillträde till ett arrende- eller hyresavtal innebär endast ett utbyte av gäldenär och inte någon förändring av avtalsrelationens karaktär. Därtill kommer att nyttjanderätt till fast egendom är värdebeständigt på ett helt annat sätt än motsvarande rätt till lös egendom. Jordägare och fastighetsägare har, typiskt

79 Hellner II s 253.
80 A a s 254.
81 Hellner II s 259 f.
82 S 306.
83 Se för det följande Millqvist s 282 ff och 342.

sett, betydligt lättare att förränta egendomen genom nya upplåtelser."[84] Det framhålls också att leasegivarens position inte får försämras i alltför stor utsträckning. Millqvist diskuterar även om leasegivaren är skyldig att låta boet nyttja objektet under den tid som en förskottsbetalning avser (utan massaansvar?), vilket med avsevärd tvekan avvisas främst med motiveringen att betalningen av en leasingavgift inte bör ses som ett förskott i egentlig mening. *Slutsatsen* blir trots allt att leasetagarens konkursbo har inträdesrätt. Särskild hänsyn ska dock tas till "leasingkonstruktionen och leasingbolagets utsatta ställning då inträdesrätten närmare specificeras. Bolagets säkerhet i objektet får inte äventyras så att dess ställning som prioriterad borgenär försämras märkbart i förhållande till om inget inträde skett."[85] Under vilka förutsättningar boet har "inträdesrätt" (Millqvist använder begreppet i en allmän mening), dvs om säkerhet och massaansvar, säkerhet men inte massaansvar eller massaansvar men inte säkerhet kan krävas, som villkor för boets kvarstående vid avtalet, anges inte. Inte heller görs någon distinktion mellan fallen då konkursen inträffar före resp efter avlämnandet av objektet.

För egen del har jag svårt att övertygas av de skäl som Millqvist i sin diskussion anför mot inträdesrätt för leasetagarens bo. Påståendet att det i allmänhet är lättare att få till stånd täckningstransaktioner vid hyra och arrende av fast egendom än vid leasing är tvivelaktigt. Jämför särskilt beträffande lokaler i vilka gäldenären bedriver rörelse och motivuttalandena till 5 § FRL och 12:31 JB, om svårigheterna att snabbt få sådana lokaler uthyrda på nytt.[86] Uttalandena om att hänsyn måste tas till leasingavtalens särskilda konstruktion övertygar inte heller. Leasingbolagen hävdar gärna själva att man är uthyrare och inget annat när frågan om separationsrätt i leasetagarens konkurs uppkommer. I konsekvensens namn bör man då få acceptera att avtalet ses som ett vanligt kontraktsförhållande, närmast då nyttjanderätt till lös sak, låt vara med visst säreget innehåll.

I vilket avseende leasegivarens ställning skulle vara mera utsatt än andra avtalsparters är också svårt att se. Jämför vad som ovan sagts om säkring genom separationsrätt och förskottsbetalning (vilken betalning i enlighet med det nyss sagda bör ses som ett vanligt förskott i detta sammanhang) för normalt ett kvartal i sänder. Snarare är leasegivaren betydligt bättre ställt än exempelvis en leverantör, som i och med avlämnandet av varan är helt utan sakrättslig säkring om boet inte visar sig kunna fullfölja motprestationen enligt avtalet. Leasegivaren är heller inte på grund av att separationsrätt finns principiellt berättigat till en gynnsammare ställning vid *avtalsförhållandets fortsättning* i konkursen än leverantören.

Sammanfattningsvis kan något förenklat sägas, att doktrinens uppfattning är att en hyrestagares konkursbo kan kvarstå vid avtalet enligt en "blandad analogi" från 39 och 40 §§ KöpL samt 12:31 2 st och 3 st JB om inte avtalet har särskilt personlig karaktär. Den klara huvudregeln torde alltså anses vara, att konkursboet har rätt att överta nyttjandet. Delade meningar råder sedan om hur boets övertagande i detalj ska gå till, främst om säkerhet måste ställas av boet eller om påtagande av massaansvar genom inträdesförklaring duger.

[84] A a s 289.
[85] A a s 291.
[86] Se t ex SOU 1969:5 s 108 vsp.

För egen del skulle jag, om jag får ta mig friheten att diskutera problemen obunden av den angivna litteraturens uppfattningar, vilja lägga upp resonemanget på följande sätt.

2.3.1.2 Får boet över huvud taget ta över fullgörelsen av avtalet?

Antar vi att leasing är hyra av lös egendom eller ett avtal av eget slag,[87] saknas direkt lagstöd för några särskilda befogenheter för boet att få ta över leasingavtalet genom inträde eller/och säkerställande. Som framgått finns däremot motsvarande möjligheter att rädda avtalet för köparens och lokalhyresgästens konkursbo enligt 39 och 40 §§ KöpL resp 12:31 2 st och 3 st JB.[88] En första slutsats bör då vara, att leasegivaren i alla fall inte har en ovillkorlig hävningsrätt vid leasetagarens konkurs: konkursboet har rätt att under vissa, strax närmare angivna, förutsättningar kvarstå vid avtalet. Det är svårt att hitta några bärande skäl till varför inte leasetagarens bo skulle ha motsvarande rätt att "rädda" ett gynnsamt leasingavtal, som till sin karaktär kan sägas ligga mellan lokalhyra och köp. Särskilt leasingavtals funktionella släktskap med avbetalningsköp talar för en analogi. Och liksom vid köp och lokalhyra går gäldenärens prestation i första hand ut på betalning av det avtalade vederlaget. Vid leasing finns inga nämnvärda personliga moment, som skulle kunna tala emot konkursboets övertagande av gäldenärens prestationsplikt. Det gäller oavsett om avtalet innehåller köpoption, förlängningsoption eller inte någon option. För ett konkursbo till en industriidkare med leasade anläggningstillgångar skulle f ö köplagens och JB:s konkursregler i stort sett sakna värde, om den leasade egendomen ovillkorligen kunde återtas utan chans för boet att kvarstå vid avtalet. Möjligheterna att hålla samman en igångvarande produktionsenhet skulle försvåras avsevärt och utsikterna för en gynnsam realisation i borgenärsflertalets intresse i motsvarande mån försämras. Jämför de synpunkter som i dessa frågor framförts i särskilt tysk doktrin.

En synpunkt som talar emot konkursboets fullföljande av avtalet är dock att leasingavtal ofta är långvariga. Ifall konkursen inträffar vid en tidpunkt då det återstår lång tid av den ouppsägbara basperioden, kanske boet hinner avvecklas innan avtalstiden löpt ut. Motiverar inte det en ovillkorlig hävningsrätt?

Ser man på konkursreglerna för hyra och arrende i JB blir svaret nej. Enligt 9:30 1 st JB kan ett konkursbo överta ett avtal om jordbruksarrende på arrendatorns sida, och sådana avtal kan ju sträcka sig över minst

[87] Se inledningen ovan ang den allmänna rättsliga kvalifikationen.

[88] Från arrendereglerna i 8:18 och 9:30 JB bortses här, då mera näraliggande analogier kan göras från köp och hyra.

lika lång tid som ett avtal om finansiell leasing. Enligt 12:31 2 st JB kan hyresgästens konkursbo kvarstå vid hyresavtalet även då lägenheten inte tillträtts före konkursen. En analogi med dessa JB:s regler, som således också omfattar mycket långvariga nyttjanderättsupplåtelser, ger m a o inget stöd för en inskränkning av leasetagarens bos rätt att kvarstå vid långvariga avtal om finansiell leasing. Att avtalets varaktighet kan medföra problem för boet om det är ouppsägbart och inte får överlåtas utan samtycke är dock givet. Jämför emellertid då även att rätten till ovillkorlig överlåtelse av kontraktsrätten vid hyra och arrende (se särskilt jordbruksarrende) är tämligen begränsade utan att detta tillåtits utesluta konkursboets övertagande av avtalen. Jag återkommer till dessa frågor strax nedan.[89] Här ska bara sägas att problemen enligt min mening inte är så stora, att boets rätt att genom inträde eller säkerställande kvarstå vid leasingavtal bör underkännas.

Utgår vi således från att leasetagarens konkursbo bör ha ungefär samma rätt att överta avtal som en köpares och en lokalhyresgästs konkursbo, återstår att mera exakt fastlägga *under vilka förutsättningar* boets övertagande bör få ske. Lämpligt är då att i analysen skilja mellan läget då konkursen inträffar före avlämnandet av leasingobjektet och det då konkursen inträffar efter avlämnandet.

2.3.1.3 Konkursen inträffar före avlämnandet

Då avlämnandet av objektet ännu inte ägt rum vid konkursutbrottet medför en analogi från 12:31 2 st JB, att leasetagarens konkursbo är skyldigt att på leasegivarens anfordran ställa säkerhet vid äventyr av hävning. Finns redan nöjaktig säkerhet kan boet fortsätta avtalsförhållandet och påbörja nyttjandet utan att vare sig utge ytterligare säkerhet eller ta på sig massaansvar. Tillämpas i stället köplagens regler för köparens konkurs följer analogt av 40 §, att leasegivaren, även om inte tiden för avlämnande är inne, kan fråga konkursboet om det avser att träda in. Ger inte boet positivt svar inom skälig tid får han häva. Svarar boet däremot att det inträder är leasegivaren säkrad med en massafordran på leasingavgift men kan därutöver inte kräva säkerhet.

Får då leasegivaren (beordra leverantören/tillverkaren att) innehålla objektet och kräva säkerhet enligt 39 § KöpL analogt? Klart bör vara, att leasegivaren kan innehålla objektet eller hindra att det lämnas ut av leverantören tills besked fåtts om boets avsikter. Men om boet i ett sådant läge förklarar sig berett att inträda, får leasegivaren då *dessutom* kräva säkerhet?

[89] Se 2.3.3.

Enligt min mening bör ett sådant krav inte anses berättigat. Reglerna om säkerhet i 39 § KöpL utgår ifrån att kredit avtalats (eller i vart fall att säljaren rent faktiskt kommer att utge sin prestation före köparen). Presterar parterna samtidigt (Zug um Zug) eller köparen före säljaren, ger lagrummet inget stöd för ett krav på säkerhet. Jämför på samma sätt de dansk-norska generaliseringarna härav i 57 § 1 st DKL resp § 7–5 st 1 LFD. Vid finansiell leasing ska leasetagaren enligt standardavtalen alltid betala leasingavgiften i förskott, ofta per kvartal om inget annat särskilt överenskoms. Till skillnad från säljaren har leasegivaren i princip alltid säkerhet i form av separationsrätt. Även om inte parternas prestationer vid leasing står i ett avhängighetsförhållande till varandra på riktigt samma sätt som vid köp, menar jag ändå att boets förskottsbetalning för den första leasingperioden, plus det faktum att separationsrätt finns, bör räcka för att säkra leasegivarens avgiftskrav. Detta är som sagt helt i linje med 39 och 40 §§ KöpL. Däremot förefaller 12:31 2 st JB tala i motsatt riktning: fastän lagstiftaren utgått ifrån att hyran betalas i förskott per hyresperiod, måste boet vid hyra av lägenhet ställa säkerhet. Observera dock att boet *inte dessutom* behöver åta sig massaansvar.

Den ordning som 12:31 2 st JB föreskriver har jag ingående kritiserat i kap V ovan. Där framkom bl a att några sakskäl för varför inte boets massaansvar duger, på samma sätt som i 12:31 3 st JB, inte presterats i motiven till regeln och att boet de lege ferenda bör kunna kvarstå vid avtal om hyra av lokal genom en ren inträdesförklaring också då konkursen inträffar före tillträdet av lokalerna.[90] Synpunkterna har motsvarande relevans vid leasing. Visserligen är boets intresse av att få inträda inte lika starkt då leasingobjektet inte avlämnats (och tagits i bruk) vid konkursutbrottet som då avlämnande skett, men det kan nog ändå vara viktigt att exempelvis ett föråldrat och utrangerat objekt kan bytas ut som planerat och att ett rekonstruktionsarbete i konkursen inte försvåras.

Sammanfattningsvis bör således boets förklaring om inträde med åtföljande massaansvar för leasetagarens förpliktelser avskära leasegivarens anspråk på att få häva avtalet och återta objektet, om leasingavgifterna enligt avtalet ska utges *i förskott* per leasingperiod. Leasegivaren bör också vara berättigad att innehålla objektet tills boet gett positivt besked i inträdesfrågan. De lege lata är det dock möjligt att den reglering som finns föreskriven i 12:31 2 st JB analogt ger leasegivaren rätt att kräva säkerhet. Men i så fall bör inte boet dessutom vara skyldigt att ta på sig massaansvar, eftersom en sådan dubbel skyldighet varken har stöd i 39 § KöpL eller 12:31 2 st JB. Ska leasingavgifterna betalas *i efterskott* per leasingperiod är leasegivaren förmodligen berättigad att kräva säkerhet för den närmast följande leasingperioden eller kräva förskottsbetal-

[90] Se Kap V 2.3.3.

ning för samma tid. Huruvida massaansvar därutöver kan krävas i detta fall är osäkert.

2.3.1.4 Konkursen inträffar efter avlämnandet

Inte heller då leasingobjektet avlämnats när leasetagaren går i konkurs, ger köplagens regler om köparens konkurs stöd för en rätt för leasegivaren att avkräva konkursboet säkerhet, om boet är berett att åta sig massaansvar för leasetagarens förpliktelser och avgifterna som brukligt är ska utges förskottsvis per leasingperiod. Av 12:31 3 st JB följer analogt, att boet kan välja mellan att inträda, ställa säkerhet och att överlåta leasingrätten (om överlåtelse är tillåten enligt avtalet, tvingande rätt eller på grund av särskilt medgivande). Boet kan alltså aldrig ovillkorligen avtvingas säkerhet. Däremot får *leasegivaren* låta nöja sig med att boet ställer säkerhet utan att ta på sig massaansvar. Huruvida överlåtelse är utesluten vid leasing, om inte leasegivarens medgivande kan fås i det enskilda fallet, återkommer jag till nedan vid behandlingen av överlåtelser från "massaplanet".[91] Standardkontrakten för finansiell leasing föreskriver i vart fall alltid förbud mot överlåtelse av objektet och kontraktet. Det har vidare gjorts gällande, att en hyrestagare torde ha rätt att säga upp avtalet enligt en analogi med hyresregeln i 12:32 2 st JB, om en uthyrare utan skäl vägrar ge sitt samtycke till överlåtelse.[92] Modellen är dock ingen användbar lösning i det här diskuterade läget, om boets intresse antas vara att bevara värdet av kontraktsrätten, inte att avbryta avtalsförhållandet vid konkursutbrottet. Det senare följer redan av allmänna sakrättsliga principer, låt vara att boet genom en *kontraktsrättsligt tillåten* uppsägning undviker att medkontrahentens gör gällande (ytterligare) konkursfordringar på skadestånd. Om boet däremot *inträtt* i avtalet och därefter efter en tid vill överlåta kontraktet, utan påföljd av en massafordran på skadestånd, blir en befogenhet motsvarande 12:32 2 st JB åter intressant.[93]

Efter avlämnandet av objektet ligger det enligt min mening närmare till hands med en analogi från 12:31 3 st JB än från köplagens insolvensregler.[94] Och leasetagarens konkursbo bör då enligt gällande rätt kunna välja mellan att inträda och att ställa säkerhet. *De lege ferenda* har jag för hyra av lokal ovan förordat att boets inträde (utan plikt att ställa säkerhet då hyran betalas i förskott) bör vara det exklusiva momentet för

91 Se 2.3.3.2.

92 Hellner II s 168 f.

93 Se 2.3.3.2 nedan.

94 Jfr allmänt om detta Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 67, Hellner II s 161 ff, Sundberg s 27 och Millqvist s 77.

avskärande av hyresvärdens uppsägningsrätt.[95] Leasingavtalen bör kunna regleras på motsvarande sätt. För närmare argumentering hänvisas mutatis mutandis till hyreskapitlet.

2.3.1.5 Om reglernas tvingande karaktär

För frågan om den tvingande karaktären hos reglerna om konkursboets inträdesrätt etc, hänvisas till kap III 2.3 och 3.3 ovan. Kort bör nämnas att leasingkontraktens klausul, om ovillkorlig hävningsrätt vid leasetagarens konkurs, inte är verksam gentemot konkursboet.[96] Boet har en tvingande rätt att inträda (eller ställa säkerhet) och fullfölja avtalet, och denna rätt för boet kan inte avtalas bort av de ursprungliga avtalsparterna före konkursen medelst uppsägnings- eller hävningsklausuler, lika lite som andra särskilda rättigheter för ett konkursbo, t ex rätten att återvinna en före konkursen ställd säkerhet enligt 4:12 KL, kan avtalas bort av gäldenären.

Vad som nu sagts gäller liksom vid köp även hävningsklausuler som grundar rätten att häva på betalningsinställelse, öppnande av ackordsförhandling eller allmänt på obestånd som medför risk för att leasetagaren inte kan göra rätt för sig. Detta förutsätter givetvis att avtalet inte hävts redan innan leasetagaren försattes i konkurs.

2.3.2 Har boet partiell inträdesrätt? Kan leasegivaren häva på grund av betalningsdröjsmål före konkursen?

En partiell inträdesrätt innebär vid leasing att leasetagarens konkursbo kan nöja sig med att betala de leasingavgifter som belöper sig på tiden efter konkursutbrottet (eller möjligen inträdesförklaringen, se strax nedan). Eventuella avgiftsrestantier får leasegivaren göra gällande som vanliga konkursfordringar. Motsvarande fråga har ingående diskuterats för köparens och lokalhyresgästens konkurs ovan.[97] Vad som sas där är utan vidare överförbart på leasing. Leasetagarens konkursbo bör således enligt gällande rätt ha rätt att begränsa sitt massaansvar till tiden efter konkursutbrottet. Några problem med uppdelning av prestationerna på tid före och efter konkursutbrottet föreligger inte och den sak- eller konkursrättsligt motiverade regeln bör då ges full genomslagskraft. Som framgått tidigare i detta kapitel, finns rätt till partiellt inträde vid leasing också enligt de danska och norska reglerna. Även i Västtyskland medger

[95] Kap V 2.3.4.8.

[96] Så också Arnesdotter, Leasing s 38 och med tvekan även Millqvist s 284.

[97] Kap III 2.6.5 resp kap V 2.2.2.2 och 2.3.4.5.

den modifierade tillämpningen av § 19 KO att boet ensidigt får bestämma sig för ett fortsatt leasingförhållande med ett massaansvar som räknas fr o m konkursdagen.

I den svenska litteraturen är de författare som beträffande leasing uttalat sig i frågan *för* en partiell inträdesrätt.[98] Angående den exakta tidpunkten, från vilken leasingavgifterna blir massafordringar, förespråkar Arnesdotter och Håstad konkursutbrottet, medan Henriz menar att massaansvaret ska räknas från den tidpunkt då boet, uttryckligen eller konkludent, förklarar sig inträda. Han tillägger dock att frågan kanske inte är så väsentlig i praktiken, eftersom leasegivaren synes ha goda möjligheter att förhandla sig till full ersättning redan fr o m konkursdagen. Eller också antas det inte dröja länge innan ett inträdesvilligt konkursbo får vara berett att lämna besked.[99]

Jag har själv för lokalhyra och arrende ovan pläderat för ett visst retroaktivt ansvar *fr o m konkursutbrottet*.[100] De lege lata är frågan dock svårbedömd.

En närbesläktad fråga är *om leasegivaren har rätt att häva avtalet på grund av försummad avgiftsbetalning* före konkursen om inte hävningsförklaring då avgetts. För motsvarande fråga vid köp, entreprenad, lokalhyra och arrende menade jag att en sådan kvarstående hävningsrätt normalt inte får åberopas när kontraktsbrottet, som här, gäller dröjsmål med betalning.[101] Detta är också den norska regeln, se § 7–7 st 1 p 2 LFD, men förmodligen inte den danska, se 58 § 2 st DKL, och definitivt inte den tyska. Det tyska insolvensrättsförslagets reglering av frågan ligger däremot nära den norska ordningen.

Den diskussion som förts och de slutsatser som dragits angående den penningpresterande partens konkurs vid köp, entreprenad och nyttjanderätt till fast egendom bör mutatis mutandis vara överförbara till leasing. Leasegivaren har alltså förmodligen inte rätt bryta avtalsförhållandet på grund av äldre avgiftsdröjsmål, om boet förklarar sig berett att inträda med verkan från konkursutbrottet.[102]

98 Se Henriz s 97 och 98, Arnesdotter, Leasing s 39 samt Håstad, Sakrätt s 307 f (i vart fall de lege ferenda), jfr 2 uppl s 273.

99 Henriz s 98.

100 Kap V 2.2.2.2 (sista sidorna), 2.3.4.5 och 2.3.6.

101 Se kap III 2.5.5 och 2.5.6, kap IV 4.2.2 och kap V 2.3.4.5

102 Så också Arnesdotter, Leasing s 38 men möjligen inte Henriz s 97.

2.3.3 Boets möjligheter till förtida kontraktsavveckling efter inträde.

2.3.3.1 Har boet särskild uppsägningsrätt?

I det föregående har jag hävdat, att leasetagarens konkursbo har en tvingande rätt att genom en ensidig förklaring inträda i leasingavtalet med följden, att leasingavgifterna för tiden efter konkursutbrottet blir massafordringar. Som redogörelsen för dansk, norsk och tysk rätt visat, har boet emellertid ofta ett intresse av att få utnyttja leasingobjektet under en begränsad tid, t ex några månader eller ett halvår, oberoende av om avtalstiden sträcker sig avsevärt längre. En regel om inträdesrätt som endast ger boet en valmöjlighet av typen allt-eller-intet, dvs mellan att antingen inträda för resterande avtalstid eller att inte alls inträda, är således sällan ändamålsenlig för konkursavvecklingen. Just vid avtal om finansiell leasing är denna aspekt särskilt viktig, då avtalet definitionsmässigt är ouppsägbart under en ofta flerårig basperiod och överlåtelse av kontraktet inte får ske utan leasegivarens samtycke enligt leasingavtalen. Om boet i ett sådant fall trätt in då det exempelvis endast gått ett år av en femårig basperiod, är boet då verkligen hänvisat till att fullgöra avtalet som massaförpliktelse tills basperioden löpt ut? Och om boet trots allt återlämnar leasingobjektet i förtid, säg tio månader efter konkursutbrottet, måste då fullt skadestånd för resterande avtalstid betalas som massaskuld?

I *norsk rätt* har problemet lösts genom § 7–6 LFD: boet kan efter ett inträde säga upp varaktiga avtal med sedvanligt eller tre månaders varsel oavsett hur avtalet reglerar uppsägningsfrågan. Medkontrahentens skadeståndskrav på grund av uppsägningen behandlas sedan som om boet aldrig trätt in, dvs är en vanlig konkursfordran. En motsvarighet ges i den danska 61 § DKL, och i tysk rätt har man ansett den allmänna inträdesregeln i § 17 KO oanvändbar vid finansiell leasing just på grund av dess allt-eller-intet karaktär och i stället använt särregler som ger utrymme för större flexibilitet. I det tyska insolvensrättsförslaget föreskrivs en reglering, som ger insolvensboet en förhållandevis långtgående rätt att bestämma för vilken tid ett leasat objekt ska användas.

I Sverige finns ingen motsvarande regleringen föreskriven. Av framställningen om hyra och arrende i kap V framgår, att lagstiftaren inte avsett att ge boet möjlighet till tidsbegränsat inträde vid dessa avtalstyper.[103] Lokutionen "under hyrestiden" och "arrendetiden" i 12:31 3 st 2 p resp 9:30 1 st JB ska således tolkas som resterande avtalstid. Vid hyra och arrende förhåller det sig dock på det något kufiska viset, att

[103] Kap V 2.2.2.3 mot slutet.

konkursboet kan fortsätta nyttjandet under ibland ganska lång uppsägningstid utan massaansvar för motprestationen, vilken ordning jag de lege ferenda föreslagit avskaffad.[104]

Inte heller uppsägningsrätten för konkursboet enligt 8:17 och 12:31 1 st JB kan tolkas som en uppsägningsrätt för det fall då inträde skett, utan lagrummen reglerar endast boets uppsägning av avtalet som dividendförpliktelse (på "konkursfordransplanet"). För anställningsavtal finns nu visserligen fast praxis som säger, att arbetsgivarens bo har rätt att säga upp gäldenärens anställda med kortare uppsägningstid än vad som annars gäller i anställningsförhållanden. Men även denna uppsägningsrätt gäller avtalet som *dividendförpliktelse*. Några hållbara analogier kan således inte hämtas för den här diskuterade frågan, om särskild uppsägningsrätt finns vid leasing då avtalet fullföljs som *massaförpliktelse*.

Sammantaget förefaller det således inte finnas stöd för att boet efter ett inträde skulle ha en extraordinär konkursgrundad uppsägningsrätt vid långvariga leasingavtal. I den mån man är beredd att kvalificera leasing som hyra av lös sak förefaller det vidare inkonsekvent att, som tysken Baumgarte gjort, söka analogier från regler om uppsägning av låneavtal vid s k viktig grund. I svensk doktrin menar också Arnesdotter att inträdet vid leasing gäller för hela den återstående avtalstiden.[105] Håstad framhåller å den ena sidan boets behov av leasade maskiner för viss tids fortsatt drift men å den andra att medkontrahenten vid konkursutbrottet kan ha goda möjligheter att avsätta objektet på annat håll men kanske inte efter utgången av den tid som boet använt maskinen, varvid avsevärd skada kan åsamkas honom. Slutsatsen blir att det är tvivelaktigt om en särskild konkursgrundad uppsägningsrätt finns för boet.[106] Millqvist skriver att leasegivaren/leasingbolaget inte kan kräva, att boet ska inträda i hela avtalet eller köpa objektet, då detta i realiteten skulle utesluta boets inträdesmöjlighet. I stället sägs det inte vara orimligt att ta hänsyn till "avtalets beräkningsgrund för avgifterna för att kompensera bolaget för den, utifrån dess egenskap av finansieringsinstitut, negativa förändringen av avtalets innebörd."[107] Vad som konkret menas med detta är svårt att säga. Millqvist skriver vidare att det kan tyckas rimligt att boet som villkor för att få inträda "skall medverka till en lämplig realisation av objektet för bolagets räkning, såvida återköpsavtal inte redan finns med leverantören."[108] Detta synes förespråkas de lege lata, vilket jag i så fall ställer mig frågande till. Att "göra om" avtalet i så

104 Se kap V 2.3.4.2 och 2.3.4.3.
105 Leasing s 39.
106 Sakrätt s 309 f, jfr 2 uppl s 267 not 6.
107 Millqvist s 298.
108 A a s 299.

väsentlig grad och pålägga boet nya positiva förpliktelser kan inte komma ifråga inom ramen för gällande rätt. En annan sak är att Millqvists teser kanske är något som parterna skulle kunna tänkas acceptera som en praktiskt förnuftig lösning i ett problematiskt läge.

De lege ferenda har jag för hyra och arrende av fast egendom föreslagit införande av en regel liknande den norska.[109] Den där förordade uppsägningstiden om normalt *tre månader* bör kunna accepteras även i leasingförhållanden. De mindre olägenheter som en sådan rätt för boet kan åsamka leasegivaren bör han få tåla med hänsyn till samhällets, de anställdas och övriga borgenärers intresse av gynnsam boavveckling och förbättrade möjligheter till lyckade rekonstruktionsförsök.

2.3.3.2 Får boet överlåta "kontraktet"?

Återvänder vi till gällande rätt saknas som sagt stöd för en särskilt uppsägningsrätt för ett konkursbo som trätt in i leasingavtal. *Finns då ingen möjlighet att bryta igenom leasingkontraktens överlåtelseförbud?*

För hyra och arrende av fast egendom finns regler, som i varierande grad tillåter nyttjanderättshavaren och hans konkursbo att överlåta nyttjanderätten utan upplåtarens samtycke, se 9:31, 10:7, 11:7 och 12:36 JB. Reglerna för anläggningsarrende och lokalhyra i 11:7 resp 12:36 JB kan sägas ligga särskilt nära till hands för analogier, då dessa båda avtalstyper liksom finansiell leasing oftast har en rent kommersiell prägel. Intressant är då att 11:7 JB ger en anläggningsarrendator i allmänhet rätt att överlåta nyttjanderätten till annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas. Just för överlåtelse i arrendatorns konkurs är överlåtelserätten tvingande till konkursboets förmån.[110] En viss motsvarighet finns också för tidsbestämda bostadsarrenden, se 10:7 JB. Även här är arrendatorns konkursbo gynnat jämfört med arrendatorn själv, dels för att hembudsskyldighet inte föreligger för boets del, dels för att överlåtelserätten är tvingande till konkursboets förmån om inte arrendenämnden godkänt ett inskränkande förbehåll.[111] För hyra finns som bekant 12:36 JB om överlåtelse med hyresnämndens tillstånd till den som ska överta överlåtarens verksamhet. För längre än treåriga hyresförhållanden ska överlåtelsen godkännas om inte hyresvärden bedöms ha "befogad anledning" att motsätta sig den. Enligt 12:1 4 st JB är regeln tvingande till både hyresgästens och hans konkursbos förmån. Vid hyra finns som tidigare nämnts också en skyddsregel ifall värden vägrar ge sitt samtycke utan skälig anledning eller då han inte ger besked inom tre veckor efter hyresgästens

[109] Se generellt utformat lagtextförslag i kap V 2.3.6.

[110] För arrendelagsutredningens motiv till 10:7 och 11:7 JB, se SOU 1966:26 s 152 f, 162, 221 f och 227.

[111] Ang jordbruksarrende, se 9:31 JB.

(eller hans konkursbos) begäran: hyresgästsidan kan då alltid säga upp avtalet till upphörande efter vanlig uppsägningstid, se 12:32 2 st och 12:6 2 st JB. Regeln innebär en viss möjlighet för konkursboet att komma ifrån ett långvarigt massaanvar vid lokalhyra då 12:36 JB inte kan tillämpas, t ex därför att en tilltänkt överlåtelse inte gäller verksamheten som helhet eller förvärvaren avser att driva en annan typ av verksamhet än gäldenären.

Sammanfattningsvis kan alltså anläggningsarrendatorns konkursbo alltid överlåta nyttjanderätten till nöjaktig ny arrendator enligt särskild, till arrendatorns konkursbos förmån tvingande, rätt. Vid tidsbestämda avtal har bostadsarrendatorns konkursbo samma rätt om inte arrendenämnden godkänt ett inskränkande förbehåll, medan hyresgästens bo enligt allmänt tvingande rätt kan överlåta med verksamheten enligt 12:36 JB och i andra fall av överlåtelse säga upp enligt 12:32 2 st JB om inte skälig anledning till en överlåtelsevägran anges av hyresvärden. *Kan något liknande tänkas gälla vid leasing?*

Beträffande överlåtelserätten som sådan, anses lagreglerade fall av överlåtelserätt utan krav på samtycke utgöra undantag från en självklar huvudregel om att samtycke krävs. Grunden för detta är det allmänna förbudet mot gäldenärsbyte. Exempelvis finns ingen överlåtelserätt stadgad i JB för lägenhetsarrende i motsats till vad som föreskrivs för jordbruks-, bostads- och anläggningsarrende. Fastän lägenhetsarrenden rent sakligt sett bör kunna få överlåtas i vart fall i samma utsträckning som bostadsarrenden och snarare i större utsträckning än jordbruksarrenden, utgår man ifrån att samtycke här krävs i brist på en särskild lagregel om rätt att överlåta utan samtycke.[112] Och en hyrestagares kontraktsrätt vid *hyra av lös sak* anses inte kunna överlåtas utan samtycke i något fall.[113]

Någon närmare analys av frågan i allmänhet och för finansiell leasing i synnerhet har dock knappast gjorts i litteraturen. Tesen om att direkt lagstöd behövs för frångående av samtyckesregeln förefaller grundad på en alltför stelbent och statisk uppfattning om rättssystemets karaktär för att utan vidare kunna accepteras i fall, där det från rent saklig synpunkt mycket väl bör kunna gå för sig att i viss utsträckning överlåta en kontraktsrätt utan samtycke. Som sagt är inte några andra aspekter än de rent ekonomiska aktuella vid leasing, och det är därför svårt att se varför leasetagaren skulle vara betydligt sämre ställd i överlåtelsehänseende än anläggningsarrendatorn, bostadsarrendatorn och lokalhyresgästen. Jag menar alltså att analogier från lagreglerade fall av överlåtelserätt utan samtycke bör vara möjliga, liksom analogier är tillåtna på andra områden

112 Se kap V 2.2.3.2.

113 Se Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 43, Hellner II s 168 och Millqvist s 223.

inom förmögenhetsrätten.[114] Men även om en analogi från 11:7 JB ("annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas") anses motiverad för leasingfallet i allmänhet, ger analogin ändå inte stöd för att överlåtelserätten skulle vara *tvingande* redan till leasetagarens egen förmån. Arrendereglerna om överlåtelserätt i allmänhet är ju dispositiva, och leasingkontraktens överlåtelseförbud kan följaktligen inte heller analogin därifrån rå på. Möjligen kan en tvingande överlåtelserätt motsvarande 12:36 JB och flera överlåtelseregler inom immaterialrätten, om rätt till överlåtelse av nyttjanderätt till immaterialrätt tillsammans med den rörelse vari den ingår,[115] analogivis kunna tillämpas i leasingfallet. Därmed är man dock ute och vandrar i mycket lös terräng. Längre än till en *dispositiv* rätt att överlåta motsvarande 11:7 JB är nog svårt att gå inom ramarna för gällande rätt. För *en tvingande rätt att överlåta nyttjanderätten vid konkurs* finns däremot stöd både i 10:7 och 11:7 JB. Just leasetagarens *konkursbo* skulle enligt en analogi då tillåtas genombryta leasingkontraktens överlåtelseförbud. Konkursboet är ju på ett helt annat sätt än leasetagaren själv tvunget att realisera kontraktsrätten. Och att tillägga leasetagaren *själv* överlåtelserätt till nöjaktig ny leasetagare enligt *dispositiv* rätt, bör som sagt inte finnas mycket sakligt att erinra emot.

En synpunkt som *i allmänhet* talar för att tillåta överlåtelse utan samtycke i vissa fall är, att överlåtaren av en kontraktsrätt enligt allmänna regler anses kvarstå som förpliktad enligt kontraktet *jämte* förvärvaren, om inte medkontrahenten får anses uttryckligen eller konkludent ha gått med på att överlåtarens ansvar upphör.[116] Vid överlåtelse i konkurs framstår denna regel dock närmast som ett argument *mot* överlåtelserätt.

[114] Annan åsikt: Millqvist s 225 utan någon närmare sakdiskussion. I stället analogiseras från avbetalningsköparens förfoganderätt (se s 226–229 och 224). Analogin är av mycket begränsat värde. Enligt min mening är den inte heller övertygande. Millqvist tar alltför lätt på det som utgör kärnan i skillnaden mellan avbetalningsköp och leasing, nämligen att avbetalningsköparen från början är avsedd att bli ägare medan leasetagaren inte är det, jfr 1 § 3 st AvbL. Och förfogandemöjligheten brukar ses som en av de mest typiska komponenterna i äganderättspaketet. – Å andra sidan är det, med hänsyn till begränsningarna av återtaganderättsförbehållets sakrättsliga giltighet, svårt att med Millqvist säga, att avbetalningsköparen har större förfogandemöjlighet än en nyttjanderättshavare har enligt JB:s regler. JB:s substitutionsregler avfärdas f ö alltför hastigt av Millqvist, se s 223 f. Om nu leasing är ett affärsmässigt, av personliga förpliktelser mycket litet färgat och dessutom normalt långvarigt nyttjanderättsavtal, varför då inte söka analogier med reglerna för framför allt *anläggningsarrende* och *lokalhyra*, på vilka avtalstyper dessa karakteristika stämmer in mycket väl? Eftersom leasing är t o m mer opersonligt än dessa båda avtalstyper, är väl en rätt motsvarande 11:7 JB föga äventyrlig?

[115] Se kap VII 2.2.6.

[116] Se Rodhe, Obligationsrätt s 642 f och 717 och Hellner II s 168 f. Jfr dock även 12:38 1 p JB, som befriar en överlåtande hyresgäst från ansvar för tiden efter överlåtelsen. Hellner anser det möjligt att samma regel in dubio bör tillämpas vid hyra av lös egendom, se a a s 169.

Här kommer boet nämligen ofta att ha hunnit avvecklas innan avtalstiden löpt ut med förvärvaren: annars funnes ju ingen större anledning för boet att överlåta. Boets ansvar jämte förvärvarens blir då i realiteten ingenting värt för medkontrahenten. Vid leasing skulle detta i klartext innebära, att leasegivaren efter en tid endast fick hålla sig till den nye leasetagaren för sin fordran på betalning av leasingavgifterna, även om leasegivaren inte gått med på att boets ansvar ska upphöra. Motiverar ändå inte detta att den ovan förespråkade regeln om en tvingande överlåtelserätt till konkursboets förmån bör förkastas?

Nej, antagligen inte! Jämför nämligen att varken 10:7, 11:7, 12:36 eller 12:38 JB föreskriver något särskilt om säkring av upplåtarens kvarstående krav på vederlag gentemot ett överlåtande konkursbo. Inte heller i reglerna om nyttjanderättshavarens konkursbos överlåtelse av nyttjanderätten i avsikt att avskära upplåtarens uppsägningsrätt på grund av konkursen, se 9:30 1 st och 12:31 3 st JB, har synpunkten beaktats. Måhända har antagits att upplåtaren får anses ha gått med på att boets ansvar upphör när han ger sitt samtycke till överlåtelse i konkurs, men vad gäller i så fall i de fall där boet får överlåta utan samtycke? Något svar står inte att finna i lagmotiven eller i litteraturen. Kanske får då antas att upplåtaren får acceptera konsekvenserna av att konkursbon måste avvecklas och därmed nöja sig med att uteslutande hålla sig till den nye nyttjanderättshavaren. Alternativt kan dock tänkas att boet svarar som en överlåtare i allmänhet och om det avvecklas före avtalstidens utgång är skyldigt att *avsätta medel* för säkring av vad den nye nyttjanderättshavaren har kvar att prestera enligt avtalet från tidpunkten för konkursboets avveckling till avtalstidens slut. En sådan avsättningsskyldighet skulle kunna stödjas på samma resonemang som ovan förts om avsättning för boets garantiförpliktelser och andra villkorliga massafordringar.[117]

När nu inte det kvarstående kontraktsansvaret för överlåtande konkursbon beaktats i de nyssnämnda JB-lagrummen, finns inte stöd för att på grund av kvarstående kontraktsansvar utesluta en rätt för leasetagarens bo att överlåta nyttjanderätten till en ny leasetagare som leasegivaren skäligen bör få nöja sig med. Om inte aspekten med det kvarstående kontraktsansvaret beaktats vid utformandet av JB:s överlåtelseregler, finns alltså inte heller anledning att beakta motsvarande ansvar vid analogi för leasingavtal.

Om den här förespråkade överlåtelserätten inte anses kunna godtas, bör i vart fall en av Hellner föreslagen analogi för hyra av lös sak i allmänhet tillåtas. Hellner menar som nämnts att hyrestagaren kan säga upp avtalet i analogi med 12:32 2 st JB, om uthyraren utan skäl vägrar ge

[117] Se kap III 3.1 och kap IV 4.3.3.

sitt samtycke till en överlåtelse. Åtminstone vid finansiell leasing är jag beredd att hålla med honom. Leasetagarens konkursbo skulle som en konsekvens härav då ha en viss chans att slippa ifrån avtalsbundenhet på massaplanet utan skadeståndssanktion även om boet vägras samtycke för en överlåtelse som leasegivaren sakligt sett bör kunna acceptera.

2.3.3.3 Får boet lösa leasingobjektet?

Vad som sagts om rätt till överlåtelse till nöjaktig ny leasetagare och om uppsägningsrätt vid omotiverad vägran till överlåtelse av leasingrätten, har i stora delar byggt på vanliga civilrättsliga regler, vilka i princip bör anses gälla redan för leasetagaren själv. Att reglerna är osäkra har kanske framgått. En annan utväg för boet skulle kunna vara *att utnyttja en optionsrätt till köp redan före basperiodens utgång.* Möjligheten har övervägts i tysk doktrin, där särskilt Baumgarte pläderat för en sådan rätt för leasetagarens bo.[118] I 1985 års tyska insolvensrättsförslag har också uttryckliga regler om konkursboets rätt att köpa objektet före basperiodens utgång upptagits. Regleringen omfattar även avtal med förlängningsoption. Den dominerande åsikten de lege lata i tysk, dansk och norsk rätt är säkerligen ändock den, att boet inte har någon annan eller bättre rätt att utnyttja en optionsrätt än leasetagaren/gäldenären själv. Detsamma gäller med all säkerhet också i Sverige. En rätt att betala leasetagarens restskuld i förtid, i strid med vad som avtalats mellan de ursprungliga parterna, kan inte utan vidare tillåtas utan stöd i lag. Någon dispositiv regel om rätt till förtidsbetalning för leasetagaren, vilken regel för konkursfallet skulle vara tvingande till boets förmån, på motsvarande sätt som nyss angetts gälla för rätten att överlåta kontraktet, kan inte antas råda. Avbetalningsköplagarnas regler om rätt till förtidsbetalning får tvärtom ses som exklusiva undantag från en i övrigt heltäckande regel av motsatt innebörd. Visserligen kan man kanske säga, att optionen har ett visst förmögenhetsvärde för leasetagaren och hans bo, vilket värde skulle berövas dem om inte boet anser det möjligt att avvakta med att köpa objektet tills basperioden löpt ut. Men värdet av optionen kan knappast fås ut på annat sätt vid konkurs än utom konkurs.

I vissa fall bör dock finnas möjlighet för boet, att med stöd av 36 § AvtL åberopa rätt till förtida optionsutövning. I och med att konkurs inträtt får förhållandena anses så förändrade jämfört med läget då avtalet slöts, att jämkning av leasingkontraktens (visserligen outtalade) förbud mot förtidsbetalning bör kunna komma ifråga. Härvid ska jämföras med den nämnda, näraliggande tvingande regleringen om avbetalningsköpares rätt till förtidsbetalning i 4 § 1 st AvbL (och 12 § 1 st KKrL), vilken

[118] Baumgarte s 46.

reglering således bör tala för jämkning enligt 36 § AvtL.[119] I motiven sägs naturligen att det oftare finns skäl för jämkning av långvariga avtal på grund av ändrade förhållanden än andra avtal.[120] Och det bör då finnas möjlighet att anse ett förbud mot förtidsbetalning/förtida utövande av en köpoption oskäligt mot boet, särskild som en konkursgrundad uppsägningsrätt för boet förmodligen saknas och frågan om en tvingande rätt att överlåta kontraktet utan samtycke trots allt är mycket osäker.[121]

I sammanhanget kan nämnas att konsumentköpkommittén 1975 föreslog en lag om uthyrning av varor till konsumenter, vilken upptog en motsvarighet till nuvarande 12 § 1 st KKrL.[122] I hyresförhållanden som varat minst sex månader gavs konsumenten (hyrestagaren) fri rätt att köpa varan. Uthyraren skulle tillgodoräknas varans kontantpris vid hyrestidens början och ett skäligt belopp för nedlagda kostnader. Konsumenten tillgodoräknades vad han betalt för utnyttjad tid och om han då blev påförd ett större belopp än uthyraren fanns rätt att bli ägare utan särskilt vederlag. I specialmotiven sas att även konsumentens konkursbo bör "kunna utnyttja konsumentens rätt att köpa varan och därefter realisera föremålet i vanlig ordning."[123] Reglerna skulle vara tvingande både till konsumentens egen och hans konkursbos förmån. Regeln om rätt till förtidsbetalning i 12 § 1 st KKrL fick för avbetalningsköp mellan näringsidkare sin motsvarighet i 4 § 1 st AvbL. Det är därför knappast riktigt att hävda, att en regel om rätt till köp vid varaktigt hyrda objekt endast kan motiveras av särskilda konsumenthänsyn. Tvärtom utgör 12 § 1 st KKrL, 4 § 1 st AvbL och den föreslagna regleringen för konsumenthyra stöd för den här anförda meningen, att jämkning av förbudet mot förtida optionsutövning kan komma ifråga för leasetagarens konkursbo.

I analogi med regeln i 5 § AvbL, som ger vissa regler om reducering av restskulden därför att inte hela avtalstiden utnyttjas, bör vid jämkningen en diskontering av resterande leasingavgifter till nuvärde göras. Om objektet beräknats ha ett visst restvärde vid basperiodens slut (t ex 10 % av anskaffningskostnaden), och detta ska beaktas vid fastställandet av lösensumman, bör konkursboet ha att betala även detta belopp. Alternativt kan principerna för avräkningen enligt 5 § AvbL direkt kan läggas till grund för beräkningen.[124] Eller också kan en jämkad variant av leasingbolagens förfalloklausuler vid hävning tillämpas. Jämför att avbetal-

[119] Se NJA II 1976 s 263 f.

[120] SOU 1974:83 156 f och NJA II 1976 s 268 f.

[121] Jfr SOU 1974:83 s 142 och NJA II 1976 s 263 om att jämkning även kan ske av avtal som överensstämmer med dispositiv lag.

[122] 8 § i lagförslaget, se SOU 1975:63 s 34 f och 213 ff.

[123] SOU 1975:63 s 245.

[124] Se NJA II 1978 s 19 ff.

ningsköplagen i princip – med beaktande av den givna skillnaden i att varan i det ena fallet behålls av köparen – har samma avräkningsregel då köparen utnyttjar sin rätt till förtidsbetalning som då säljaren återtar varan på grund av betalningsdröjsmål, se 9 § 3 st resp 5 § AvbL.

Det bör alltså inte vara uteslutet för boet att med framgång åberopa 36 § AvtL och 4 § AvbL som stöd för en rätt till förtida köp då *köpoption* avtalats. Att motsvarande *bör* gälla för finansiella leasingavtal *utan optionsrätt* eller med *förlängningsoption* till starkt reducerad leasingavgift anser jag givet, men här är frågan nog mera tvivelaktig inom ramen för gällande rätt. Nämnas kan att den tyska insolvensrättskommissionen även i dessa fall vill ge leasetagarens konkursbo rätt att köpa objektet till 75 % av det samlade räntereducerade beloppet av återstående leasingavgifter under basperioden.

2.3.4 Konkludenta inträden

Även vid leasing (och annan hyra av lös sak) uppkommer frågan om konkursboet kan ådra sig massaansvar genom konkludent handlande eller passivitet och vilka omständigheter som i så fall konstituerar ett sådant ansvar. Jag koncentrerar mig på fallet då leasingobjektet avlämnats när konkurs utbryter hos leasetagaren.[125]

Huvudfallet är väl det, att bruket av t ex en leasad maskin fortsätter en tid efter konkursutbrottet utan att inträdesfrågan först klarlagts. Leder *boets användning av leasingobjektet* då till att massaansvar uppkommer och, i så fall, endast för den tid som boet använt objektet eller för hela den återstående avtalstiden?

Svaret på den ställda frågan kompliceras av att de närmast till hands liggande analogikällorna – 41 § 2 st KöpL och 12:31 3 st JB – pekar mot olika lösningar. En analogi från köplagsstadgandet skulle innebära, att boets tillgodogörande av leasegivarens prestation leder till massaansvar, i vart fall för den tid som objektet faktiskt utnyttjas. Hämtas analogin i stället från 12:31 3 st JB, som ju bl a ger regler om medkontrahentens uppsägningsrätt och konkursboets inträdesrätt då en hyresgäst tillträtt lokaler vid konkursutbrottet, blir svaret det motsatta: en särskild i 1907 års nyttjanderättslag upptagen bestämmelse om tyst inträde avskaffades 1970 på lagberedningens förslag. I motiven till efterträdarstadgandet 12:31 JB sägs klart och tydligt att lokalhyresgästens (och även alla typer av arrendatorers) konkursbo endast kan inträda genom en uttrycklig för-

[125] Har avlämnande inte skett vid samma tidpunkt bör finnas utrymme för analog tillämpning av 41 § KöpL om objektet utges till boet i konkursen. Börjar boet att använda objektet bör massaansvar uppkomma jämlikt 41 § 2 st KöpL.

klaring. Inträdesrätten enligt 12:31 3 st JB kan m a o inte utövas konkludent enligt gällande rätt. Det enda sakskälet för lagändringen 1970 var, att nyttjanderättshavarens konkursbo borde skyddas mot att bli bundet genom förbiseende.

Vilken av de sinsemellan motstridiga reglerna ska då tillämpas vid leasing? Enligt min mening liknar situationen efter avlämnandet av ett leasingobjekt mycket den som råder när hyrda lokaler tillträtts. Allmänt brukar JB:s regler också anses mera matnyttiga än köplagens för besvarande av frågor om rättsläget då en hyrd sak avlämnats. Fram till avlämnandet ligger omvänt köplagens grundsatser närmare till för analog användning.[126] När det gäller inträdesrätten som sådan har jag också ovan ansett att 12:31 3 st JB i första hand bör styra frågan vilka leasingregler som får antas gälla. Noteras bör även att 41 § KöpL närmast kan karakteriseras som en särskild billighetsregel gentemot den säljare som i god tro eller av misstag presterar till boet i konkursen. Läget är i första hand jämförbart med att leasetagarens konkursbo mottar objektet i konkursen och därefter påbörjar nyttjandet. Till den regel som omnämner boets inträde vid köp i en mera allmän situation, 40 § KöpL, finns ingen lagtext och inga motivuttalanden att hänga upp ett konkludent inträde på. Å andra sidan gäller för inträdesrätten enligt 40 § KöpL säkerligen ändå i viss utsträckning av konkursändamålet styrda regler om inträde genom konkludent handlande.[127] Men frågan är åter om detta de lege lata räcker för företräde framför den betydligt modernare, mera detaljerade och med klara motivuttalanden försedda 12:31 3 st JB, vilken som sagt också reglerar ett läge, som både rättsligt och faktiskt har betydligt större likheter med fallet då ett leaseobjekt avlämnats än vad köplagens regler har. Frågan bör nog besvaras nekande.

Min slutsats blir alltså, att leasetagarens konkursbos fortsatta bruk av leasingobjektet inte innebär inträde enligt gällande rätt. Det enda av lagstiftaren angivna sakskälet för motsvarande regel vid lokalhyra – skydd för boet mot bundenhet genom förbiseende – gör sig dessutom gällande i minst lika hög (eller låg) grad vid leasing. Ett skäl emot kan trots allt vara, att förmånsrätt motsvarande 5 § FRL inte kan göras gällande vid leasing,[128] vilket kan tala för att boet åtminstone bör svara

[126] Jfr Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 67, Hellner II s 161 ff, Sundberg s 27 och Millqvist s 77.

[127] Se kap III 2.9 och 3.9.

[128] Detta är i alla fall sant i normalfallet. Jfr dock hovrättsfallet RH 1982:106, där förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL yrkades för hyra av ett antal kontorsbodar som var uppställda på gäldenärsföretagets fastighet. Uthyraren hävdade att bodarna visserligen utgjorde lös egendom men m h t syftet att ersätta gäldenärens huvudkontor och den fasta och varaktiga uppställningen var att jämställa med fast egendom, varför 5 § 1 FRL borde vara analogt tillämplig. HovR:n lämnade förmånsrättsyrkandet utan bifall, efter en restriktiv tolkning av lagrummet och dess motiv, men slog liksom TR:n först fast, att förmånsrätt i och för sig

för den tid det nyttjat objektet. Å andra sidan torde det genomsnittligt sett vara lättare att snabbt återta leasingobjekt än att få rörelselokaler utrymda.[129] Leasingbolagen är inte heller bundna av uppsägningstider på samma sätt som hyresvärdarna. Boet blir alltså vid fortsatt nyttjande som utgångspunkt varken bundet för den tid det faktiskt nyttjat leasingobjektet eller för resterande avtalstid.

I *doktrinen* skriver Henriz redan 1968, att det kan vara vanskligt att fastställa om och när leasetagarens konkursbo inträtt. "Sålunda vågar man kanske inte med bestämdhet hävda att det utan vidare är tillräckligt att konkursboet använder sig av de förhyrda maskinerna. Men åtminstone då konkursförvaltningen hunnit överblicka situationen och i förhållande till leasingbolaget beslutar att tills vidare förhyra och använda maskinerna, lärer ansvar för konkursboet ha inträtt."[130] När detta skrevs fanns den nämnda passivitetsregeln vid hyra av fast egendom kvar. Uttalandet bör ses i ljuset av detta.

Arnesdotter anger utan att själv ta ställning att köplagen och JB ger olika resultat.[131]

Även Millqvist anför först köplagens och JB:s skilda lösningar.[132] Efter en intressediskussion blir slutsatsen, att vissa skäl talar för att ge 41 § 2 st KöpL företräde vid leasing. JB-reglerna tolkas då bort med motiveringen att upplåtarna enligt JB skyddas mot förlust "på andra sätt".[133] Med detta menas att upplåtarens uppsägningsrätt i dessa fall är lagreglerad och att han har förmånsrätt i vissa fall, vilket gör att JB:s lösning inte kan ses som utslag av en allmän princip. Vidare sägs att leasingbolagets/leasegivarens hävningsrätt på grund av leasetagarens konkurs inte är "omedelbart given" och att förmånsrätt inte finns vid leasing. Visserligen tilläggs att boets tillägnande av leasingobjektet är jämförbart med dess tillägnande vid hyra och arrende genom att upplåtarens kostnad uppstår redan genom att boet har egendomen i sin besittning. På samma sätt som tidigare angetts invänds emellertid häremot, att användningen typiskt sett påverkar ett leasingobjekt mer än ett arrendeställe eller en hyreslokal, vilket skulle medföra större förlustrisk för upplåtaren vid leasing. 41 § 2 st KöpL gäller å andra sidan lös egendom liksom

kan komma ifråga även för byggnad på annans mark och således för lös egendom. Jfr dock även RH 1986:174, där upplåtelse av plats för en reklamskylt på en husfasad inte ansågs falla under 5 § 1 p FRL, därför att lagrummet endast sas omfatta sådan upplåtelse som avses i 12 kap JB. Och en sådan ansågs inte vara för handen.

129 Detta anfördes också som stöd för vägrad förmånsrätt i det i föregående not nämnda hovrättsfallet RH 1982:106.

130 Henriz s 98.

131 Leasing s 39.

132 Se för det följande Millqvist s 292–295.

133 A a s 294.

leasing. Leasing fyller dessutom i stort sett samma syfte som ett kreditköp. Även borgenärspositionerna är likartade genom realsäkerheten i objektet. Slutligen framhålls att ordalydelsen i 41 § 2 st KöpL, som kräver att godset inte "kan återställas i väsentligen oförändrat skick", passar väl in på leasingfallet. Slutsatsen grundas på dels att det är omöjligt för leasetagaren att återställa nyttjandet, dels att utnyttjandet här innebär en förslitning på objektet, vilken "i många fall är svår att kompensera genom service och reparationer."[134]

De skäl som Millqvist anför till stöd för en analog tillämpning av 41 § 2 st KöpL anser jag inte vara övertygande på följande grunder.

1. Att upplåtarens uppsägnings-/hävningsrätt är lagreglerad i JB men inte vid leasing innebär inte på något sätt att den skulle vara mindre given i det senare fallet. Både 40 § (och 41 § KöpL) och 12:31 JB ger ju medkontrahenten rätt att vid äventyr av avtalets uppsägning/hävning avkräva boet besked. Det bör därmed vara helt givet att detsamma gäller vid leasing.

2. Att förmånsrätt normalt inte finns vid leasing talar inte nödvändigtvis för att 41 § KöpL ska ges företräde, då ju förmånsrätt inte heller kan göras gällande vid de övervägande antalet arrendeformer. Trots detta gäller vid alla typer av arrende samma regler för konkludent inträde som enligt 12:31 JB.

3. Påståendet att förlustrisken vid leasing skulle vara större än vid exempelvis jordbruksarrende och lokalhyra är diskutabelt. Förhållandet är nog snarare det omvända. Jämför motivuttalandena till 12:31 JB och 5 § FRL samt hovrättens skäl i rättsfallet RH 1982:106.

4. Att 41 § KöpL liksom leasing gäller lös egendom bör väl snarast betyda, att analogin begränsas på samma sätt som tillämpningsområdet för 41 § KöpL är begränsat, nämligen till fallet då lös egendomen mottas av konkursboet i konkursen. Fallet då före konkursen mottagen egendom fortsätter att nyttjas faller utanför köplagsstadgandets och dess analogis tillämpningsområde och får bedömas enligt 12:31 3 st JB och skälen för denna.

5. Att leasing fyller i stort sett samma ekonomiska syfte som kreditköp talar knappast för en analog tillämpning av 41 § KöpL. En kreditsäljare har i kraft av sitt förbehåll separationsrätt vid köparens konkurs utan att 41 § KöpL behöver tillgripas. Lagrummet utgör således i första hand en skyddsregel för andra typer av säljare än kreditsäljare med giltigt förbehåll. Och att då stödja en analogi med 41 § KöpL på leasings likhet med kreditköp förefaller oriktigt. Jämför att 41 § KöpL beskrivits som ett "legalt ägarförbehåll".[135] Motsvarande legala ägarförbehåll kan lease-

134 A a s 295.

135 Undén s 108.

givarens separationsrätt sägas utgöra, vilket blottlägger att analog tillämpning av 41 § KöpL här inte bör ske.

6. Att ordalydelsen i 41 § 2 st KöpL stämmer väl in på leasingfallet kan inte tillmätas betydelse: formuleringen är avpassad uteslutande för det fall som lagrummet direkt är avsett är reglera och inget annat. Även om *den princip* som 41 § 2 st KöpL ger uttryck för anses kunna ligga till grund för analogier, kan alltså knappast den exakta ordalydelsen göra det.

7. Påpekandet att ett "återställande" är omöjligt vid fortsatt nyttjande av ett förhyrt objekt gäller även för hyra av fast egendom. Att leasegivarens prestation inte kan återlämnas talar väl då tvärtom för en analog tillämpning av *12:31 JB*?

8. Dessutom kan ifrågasättas om 41 § 2 st KöpL:s förbrukningsprincip över huvud taget är överförbar till prestationer som redan på grund av sin beskaffenhet är oåterställbara. I dansk rättspraxis har uppställts ett krav på återställbarhet för tillämpning av motsvarigheten till 41 § KöpL.[136] Att leasegivarens prestation redan "från början" är oåterställbar kan då lika gärna tala *emot* en tillämpning av 41 § 2 st KöpL vid leasing som för. Det sagda motsägs inte av det faktum att en köpliknande skogsavverkningsrätt, som ansågs utgöra nyttjanderättsavtal enligt 7:3 JB, i rättsfallet NJA 1986 s 136 vid avverkning under nyttjanderättshavarens konkurs bedömdes enligt just 41 § 2 st KöpL, så att konkursboet blev massaansvarigt då träden inte kunde återställas av boet. Avverkning och bortforsling av träd ligger ju betydligt närmare de fall som 41 § 2 st KöpL omedelbart reglerar.

De lege ferenda instämmer jag i stort sett med Henriz. Jag vill nog t o m gå ännu ett steg och plädera för, att leasetagarens konkursbo alltid bör bli automatiskt massaansvarigt för den tid som objektet utnyttjas i konkursen, alltså *även* om boet sedermera efter förfrågan eller på eget initiativ avstår från att inträda i avtalet i egentlig mening (dvs i princip för resterande avtalstid). Detta "automatiska" massaansvar bör bestå tills objektet återlämnas (eller återtas) eller köps av boet, på motsvarande sätt som ovan föreslagits för tillträdda hyreslokaler och arrendeställen där näringsverksamhet bedrivs.[137] Håstad torde vara av samma uppfattning.[138] Angående argumentationen för en sådan ordning får även här mutatis mutandis hänvisas till kap V ovan.

Återvänder vi till gällande rätt bör i klarhetens intresse tillfogas, att leasetagarens bo givetvis alltid måste betala de löpande leasingavgifterna

136 Se UfR 1981.219H och kap IV 4.2.4 ovan.

137 Se kap V 2.3.4.3 och 2.3.6.

138 Sakrätt s 315.

i konkursen för att inte leasegivaren ska få häva och återta objektet på grund av betalningsdröjsmål. Denne kan som sagt även ställa boet mot väggen med en förfrågan om inträde och på så sätt utan oskäligt uppehåll få besked om massaansvar. Att boets *underlåtenhet att ge besked* i ett sådant fall ger leasegivaren hävningsrätt, men däremot inte rätt att anse att boet inträtt i avtalet, följer både av 39–41 §§ KöpL och 12:31 JB.[139]

Frågan om *boets betalning av leasingavgifter* ska ses som inträde får besvaras på samma sätt som frågan om användning är inträde. Analogin med 12:31 JB leder till att betalning inte kan ses som inträde, eftersom inträde enligt detta lagrum endast antas kunna ske genom uttrycklig förklaring.[140] Betalning av vissa leasingavgifter efter konkursutbrottet skulle således inte leda till massaansvar för resterande leasingtid. *De lege ferenda* bör dock även här gälla något annat, nämligen att boets betalning mycket väl bör kunna ses som en konkludent inträdesförklaring vid tillämpning av en allmän inträdesrättsregel i linje med vad som sagts i kap III 2.9 ovan.[141] Detta är också inställningen i dansk och norsk rätt. I Västtyskland gäller att leasegivaren alltid för en massafordran på leasingavgift då avtalet fortsätter efter konkursutbrottet. Boets betalningar saknar då självständig betydelse.

En tvist som var anhängig vid Kalmar tingsrätt (mål nr 39/82:6), men där parterna förliktes dagen före huvudförhandlingen, ska i anslutning till det sagda refereras:

> Här hade i mars 1980 slutits avtal om hyra av en färja.[142] Hyran skulle utges förskottsvis för 15 dagar. Därutöver skulle ställas en "revolving bankgarantee" för ytterligare 15 dagars hyra. Avtalstiden var 100 dagar med optionsrätt för hyrestagaren till förlängning eller förkortning med 20 dagar. 30 dagar före återlämnandet av färjan skulle hyrestagaren alltid lämna s k notis. Den kortast tillåtna avtalstiden var således 80 dagar och innebar i det konkreta fallet, att avtalet skulle upphöra 25/8 och att notis då skulle lämnas 26/7.
>
> Färjan avlämnades 6/6 med föreskrivet drivmedel ombord. I mitten av juli bedömdes hyrestagarens ekonomi vara så svag, att det var tveksamt om han skulle kunna betala den hyra som förföll 21/7. Åtgärder vidtogs för att få garantin att falla ut, och garantibeloppet kom också att betalas ut 23/7. Detta innebar att hyran för färjan var betald fram till 4/8. Redan dagen före garantibetalningen, alltså 22/7, hade hyrestagaren försatts i konkurs.
>
> Konkursboet lämnade 25/7 ett meddelande om att fartyget skulle återlämnas "not later than 24th august". Boet avsåg att detta skulle utgöra en regelrätt notis enligt avtalet. Meddelandet godtogs dock inte som en notis av uthyraren, därför att det inte innehöll uppgift om den exakta dagen för återlämnandet av färjan.
>
> Genom att den löpande hyran betalts via garantin ansåg sig uthyraren inte berättigad att ta färjan ur trafik, och driften på den aktuella färjelinjen fortsatte som

139 Henriz är mera osäker, se s 98.

140 Med tvekan instämmande, Arnesdotter, Leasing s 39.

141 Om man utöver en sådan allmän regel inför den i texten förespråkade regeln om automatiskt massaansvar för utnyttjad tid, för nyttjanderättsobjekt som gäldenären använder i sin näringsverksamhet, så bör dock inte boets betalning för sådan tid ses som inträde för resterande avtalstid.

142 Angivna datum avser år 1980 när inte annat sägs.

förut. Då gäldenären inte före konkursen betalat för det drivmedel som fanns i färjan vid avlämnandet, drog uthyraren på garantisumman av ett belopp för detta drivmedel. Restbeloppet kom härefter endast att täcka driften av färjan fram till 31/7. I avtal samma dag ställde emellertid konkursförvaltaren en särskild drivmedelsgaranti mot att uthyrararen förband sig att hålla fartyget i trafik t o m 3/8. Fartyget skulle sedan stanna i gäldenärshamnen "for unloading" till kvällen 4/8. Vid detta datum togs också färjan ur trafik, varefter inspektion företogs och vissa skador konstaterades. En överenskommelse mellan boet och uthyraren, om viss ersättning för skadorna, träffades 27/2 1981. 7/8 1980 sattes färjan i trafik på en annan linje.

Uthyraren yrkade i målet utfående av ersättning (skadestånd) av boet för dels uteblivna hyror under tiden 5–25/8 1980 (ca 1,4 milj kr), dels utlagda kostnader för borttagande av reklam, emblem och annan på färjan påmålad text (som enligt avtalet skulle tas bort och bekostas av hyrestagaren). Som grund anfördes att konkursboet genom passivitet och konkludent handlande inträtt i avtalet och att uthyrarens fordringar därför var massafordringar. Till stöd för detta angavs bl a att avtalet aldrig sagts upp av boet, att färjan heller aldrig återlämnats av boet vid konkursutbrottet, att boet under den garantisäkrade tiden (23/7–4/8) vidtagit åtgärder som innebar övertagande av linjetrafiken och fortsättande av driften, att boet utifrån beställt olja för att hålla igång driften av färjan, att förvaltaren garanterat betalningen för varor till färjans restaurang, att boet som massafordran ersatt skador som passagerare åsamkat färjan, att boet tillgodogjort sig vinsten av inhyrda spelautomater på färjan under den tid garantibetalningen avsåg, att hyra för samma spelautomater betalats av boet, att boet upptagit förhandlingar med olika rederier om fortsatt drift av den aktuella färjelinjen, att boet enligt avtalet 31/7 betalat för den olja som fanns i färjan vid avlämnandet och som redan gäldenären själv haft att betala och att uthyraren pga garantin känt sig förpliktad att hålla färjan i trafik. *Sammanfattningsvis* menade uthyraren sålunda att boet genom en mängd åtgärder vid flera olika tidpunkter bundits av hyresavtalet. Skulle någon exakt tidpunkt anges, hade boet i vart fall varit bundet fr o m 4/8.

Konkursboet bestred att inträde ägt rum och att massaansvar uppkommit. Tvärtom angavs konkursförvaltaren ha avvisat ett uthyrarens erbjudande om inträde och att förhållandet mellan uthyraren och boet slutligt reglerats genom avtalet 31/7. Boet hävdade närmare bestämt att uthyraren vid ett sammanträffande 30/7 erbjudit boet att "gå in" i avtalet. Boet och garantibanken sa då nej. Olika alternativa lösningar hade visserligen diskuterats, men ingen överenskommelse i inträdesfrågan hade kommit till stånd. Däremot träffades dagen därpå, 31/7, avtal om att färjan skulle hållas i drift t o m 3/8. I och med besiktningen 4/8 menade boet att avtalet av 31/7 var uppfyllt i vederbörlig ordning. Boet tryckte på att det redan 31/7 måste ha stått klart för alla inblandade parter att färjan skulle återlämnas 4/8. Vidare framhölls att tiden mellan konkursutbrottet och färjans återlämnande (22/7–4/8) var att anse som skäligt rådrum för konkursförvaltaren att ta ställning till uppkomna frågor i samband med konkursutbrottet. Bl a hade han haft att ta ställning till och överblicka ett stort inneliggande lager av livsmedel och spritdrycker, ett stort antal inneliggande bokningar och ett likaledes stort antal "strandsatta" passagerare som behövde återtransport. Arbetet hade också försvårats av att VD:n i gäldenärsföretaget varit försvunnen och att administrationen varit bristfällig. Boet kunde i och för sig hålla med om att en formellt riktig uppsägning av hyresavtalet inte skett. Parterna hade ändå varit överens om att återlämnande av färjan skulle ske 4/8. Oljeinköpen bekräftades. Det var också riktigt att förfrågningar till olika rederier företagits. Detta medförde emellertid inte att boet inträtt i avtalet eller ingått avtal om att inträde skulle ske.

Uthyraren genmälde att avtalet 31/7 endast avsett drivmedelsfrågan och inte parternas samtliga mellanhavanden. Det förnekades att boet 30/7 erbjudits att träda in i avtalet. Åtagandet i avtalet 31/7, att hålla färjan i trafik, innebar inte heller någon "ny" förpliktelse, då uthyraren ändå känt sig förpliktad att fortsätta avtalet under den tid som hyran var täckt av garantibetalningen. Uthyraren menade även

(i vart fall i stämningsansökan) att fartyget togs ur drift därför att hyran för perioden 5–25/8 inte betalats på förfallodagen 4/8, inte därför att avtal om urdrifttagande slutits 31/7.

Min bedömning av fallet är följande. Utgångspunkten de lege lata är att hyrestagarens konkursbos rätt att kvarstå vid avtalet får bedömas enligt en analogi i första hand med 12:31 3 st JB. Boet skulle då kunna kvarstå genom att antingen inträda med massaansvar eller ställa säkerhet utan massaansvar. Även i det aktuella färjefallet förefaller en sådan rätt godtagbar, särskilt som hyrestagaren själv endast var bunden av avtalet till 25/8, dvs endast ca en månad efter konkursutbrottet. Möjligen talar de stora hyresbeloppen och de förhållandevis komplicerade hyrestagarförpliktelserna för att uthyraren skulle ha kunnat kräva både säkerhet och massaansvar eller i alla fall fått välja häremellan. Hur som helst torde konkursboet haft befogenheter som någotsånär motsvarar vad 12:31 3 st 1 p och 2 p JB föreskriver.

Det bör vidare sägas, att den garantiutbetalning som täckte hyran för den första fjortondagarsperioden i konkursen inte torde ha medfört att uthyraren förlorat rätten att vid äventyr av avtalets uppsägning kräva inträda eller säkerhet enligt 12:31 3 st JB analogt. Uthyraren hade ju inte i och med garantiutbetalningen för fjorton dagars hyra (endast tio om drivmedelsavräkningen tas med) "sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig". Uthyraren hade således rätt att interpellera boet om ytterligare säkerhet eller om inträde, och boet hade då säkerligen *inte* haft den månad på sig för svaret, som lokalhyresgästens bo ges i 12:31 JB: i annat fall hade ju boet kunnat avvakta precis den tid som behövdes fram till det att den ordinarie avtalstiden löpte ut 25/8! Däremot förefaller det antagligt att konkursboet på en förfrågan av uthyraren skulle getts en veckas betänketid eller möjligen de två veckor som garantibetalningen täckte. Denna betalnings funktion kan jämställas med lokalhyresgästens förmånsrätt enligt 5 § FRL, som ju kan ge en viss säkerhet under boets betänketid enligt 12:31 3 st JB. Och under sådan betänketid finns de lege lata inget stöd för att boet ådrar sig massaansvar. Detta gäller oavsett om boets besked sedermera blir negativt eller uteblir. Inte heller då betänketiden löper ut ger 12:31 (eller 9:30 eller 8:18) JB något stöd för att inträde kan ske genom konkludent handlande eller passivitet. Som upprepade gånger framhållits i den här boken, ger en lagändring 1970 och motiven till den klart besked om att hyresgästs- och arrendatorbon endast kan inträda genom uttrycklig inträdesförklaring. Och att gå till allmänna regler om ersättningsskyldighet för utnyttjande eller förbrukande av annans egendom eller till 41 § 2 st KöpL verkar då något sökt, särskilt som analogin till den *faktiska situation* 12:31 3 st JB reglerar sakligt sett är övertygande. Analogier bör givetvis också avse likartade faktiska och rättsliga situationer, inte likheter mellan den rättsföljd som tillämparen önskar att uppnå och den *rättsföljd* som ett potentiellt tillämpbart lagstadgande ger.

Sammantaget förhöll det sig alltså troligen på det viset, att hyrestagarens konkursbo kunde kvarstå vid avtalet genom inträdesförklaring eller säkerställande för tiden 5–25/8 1980 och att uthyraren omedelbart vid konkursutbrottet kunnat interpellera boet om dess avsikter efter 4/8. Gavs då inget besked inom en vecka eller senast någon dag innan den garantisäkrade tiden löpte ut, så kunde uthyraren säga upp avtalet med omedelbar verkan och återta färjan. Hans fordringar på resterande hyra etc hade då endast varit konkursfordringar, som dock kunnat kvittas mot boets fordran på återfående av utbetalda garantipengar för icke utnyttjad hyrestid. Boets underlåtenhet att besvara en interpellation eller boets underlåtenhet att ge klart besked på

eget initiativ var vidare inte att se som konkludent inträde. Detsamma gällde för underlåten uppsägning. Att rörelsen drevs vidare och konkursförvaltaren aktivt försökte undvika den värdeförstöring som avbruten drift kan innebära, och att han i liknande syfte förhandlade med nya intressenter, ändrar inte på detta förhållande. Man bör därvid ha klart för sig, att begreppet *inträde* endast är ett *juridiskt-tekniskt begrepp*, som för konkurssituationen representerar en samling juridiskt relevanta företeelser av rättspolitiskt önskvärt slag, däremot inte något som nödvändigtvis har att göra med ett konkursbos *faktiskt* fortsatta drift eller boets faktiska "inträde" som rörelseidkare i gäldenärens ställe i en mera allmän mening.[143]

När det härefter gäller frågor kring konkursboets "notis" 25/7 är först att märka, att boet säkerligen var obundet av notisskyldighet och andra varselregler. Ett konkursbo är inte som sådant skyldigt att fullfölja förpliktelser enligt avtal om inte förpliktelserna gjorts sakrättsligt skyddade. Det innebär i princip att boet utan massaansvar kan avbryta alla avtal med omedelbar verkan och att boet likaledes är utan massaansvar för att återställa skicket på separerbar egendom. När det gäller avtalet *som konkurs- eller dividendförpliktelse* måste måhända vanliga uppsägningsregler iakttas för undgående av att ytterligare *konkurs*fordringar ska uppkomma. I denna senare bemärkelse var "boet" (tekniskt sett dock bara gäldenären) bundet av notisskyldigheten. Att notisen inte var godtagbar kontraktsrättsligt har dock som sagt ingen betydelse för boets massaansvar.

Mot bakgrund av det sagda blir avtalet av 31/7 helt avgörande för om boet blivit massaansvarigt för tiden 5–25/8 eller inte. Hur avtalet ska tolkas torde i första hand vara bevisfråga, som här inte är av omedelbart intresse. De olika tolkningsalternativen kan dock anges. Ett är att överenskommelsen ses som ett avtal om fortsatt nyttjande under resterande garantisäkrad tid utan massaansvar men mot full betalning för en annars oprioriterad konkursfordran på betalning för levererat drivmedel. Alternativt kan boets betalning (eller avräkningen) ses som förskottsbetalning av hyra för de fyra dagar som återstod fram till nästa förfallodag 4/8. Beloppet (250 000 kr) passar ganska bra in på en sådan tolkning. För båda dessa alternativ kan tänkas att hyresavtalet skulle upphöra att gälla 4/8 som boet gjorde gällande.[144] Att färjan skulle vara "unloaded" på kvällen 4/8 stöder denna boets uppfattning. Tänkbart är dock även, att överenskommelsen 31/7 endast utgjorde ett slags tilläggsavtal "ovanpå" det löpande hyresavtalet, som således löpte vidare utan att inträdesfrågorna klarlagts och därmed var att bedöma enligt 12:31 3 st JB analogt, vilket leder till att inträde inte får anses ha ägt rum. Till sist kan emellertid också avsetts att boet skulle inträda för resterande avtalstid, dvs t o m 25/8, med fullt massaansvar. Att så var fallet förefaller dock, på grundval av det material som parterna framlade i stämningsansökan, svaromål och förberedelse, föga troligt.

[143] Jfr kap VII 2.2.7 ang argumentationen i rättsfallet AD 1982 nr 143.

[144] I målet hävdade uthyraren, att det faktum att boet tillåtit avräkning med beloppet för drivmedel levererat före konkursen på hyresbetalning (via garanti) för tid efter konkursutbrottet, tyder på att boet inträtt i hyresavtalet. Enligt min mening bör slutsatsen av avräkningen bli den motsatta. Om boet inträtt i avtalet skulle uthyraren, bortsett från särskild överenskommelse, inte ha tillåtits avräkna boets hyresbetalning på sina konkursfordringar, jfr kap III 2.9 ovan mot slutet. Att boet godtog avräkning bör då, om några slutsatser i inträdesfrågan ska dras av avräkningsuppgörelsen, tala för att boet inte ansåg sig ha trätt in i det ursprungliga hyresavtalet.

Slutligen bör sägas, att en regel som ålägger en nyttjanderättshavares konkursbo massaansvar endast för utnyttjad tid inte torde kunna åberopas enligt gällande rätt. Jämför diskussionen för hyra och arrende ovan.[145] Frågan var heller inte aktuell i det förevarande fallet, då betalning för utnyttjad tid fåtts via garanti och ansvar endast gjordes gällande för tid därefter.

2.3.5 Läget då boet väljer att inte inträda

Om leasetagarens konkursbo väljer att inte träda in i leasingavtalet får leasegivaren häva. Leasingobjektet kan omedelbart återtas. Någon regel motsvarande 12:31 1 st JB, om boets uppsägning av avtalet till upphörande efter uppsägningstid, kan enligt min åsikt inte tillämpas vid leasing. Vill inte boet fullfölja avtalet under massaansvar är detta att se som ett kontraktsbrott som berättigar leasegivaren att häva med omedelbar verkan enligt leasingkontraktens regler härom. Några utfyllande regler om rätt till uppsägning med viss uppsägningstid, motsvarande hyres- och arrenderättens uppsägningsregler, torde då inte bli aktuella. Som framgått av avsnitt 2.3.3 i detta kapitel, behöver inte det innebära att boet ställs inför alternativet att inträda för hela den återstående avtalstiden. Att boet över huvud taget har rätt att, utan ådragande av massaansvar, avstå från att inträda är ju inte heller något som behöver lagstöd. Det följer redan av det faktum, att anspråk som inte är sakrättsligt skyddade inte behöver fullgöras av ett konkursbo.

Enligt *dispositiva* regler skulle leasegivaren, efter en hävning grundad på leasetagarens konkurs, säkerligen kunna kräva skadestånd intill det positiva intresset, liksom vid hävning på grund av kontraktsbrott i allmänhet.[146] Han skulle då få tillgodoräkna sig skillnaden mellan vad som erhållits om avtalet fullföljts som avsett var och vad en ersättningstransaktion gett. Leasegivaren vore också skyldig att begränsa sin förlust och nettoskadan skulle i princip behöva styrkas. Skadeståndsfordringar på grund av hävning vid konkurs då inträde inte först skett är konkursfordringar. Detsamma gäller för leasegivarens kostnader vid återtagande av objektet. Dessa krav kan sedan kvittas mot gäldenärens motfordringar från tiden före konkursutbrottet, 5:15 1 st KL, t ex mot förskottsbetalning som boet kräver tillbaka. I den mån leasetagaren kan kräva ersättning för nedlagda nödvändiga kostnader på objektet, kan kvittning även här

[145] Se främst kap V 2.2.2.1.

[146] Se t ex Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 54, Ekeberg/Benckert II s 197 och Millqvist s 212 och 295 f.

komma ifråga.[147] Boet kan utöva retentionsrätt om ett netto leasetagaren tillgodo skulle uppkomma.

Det sist sagda avsåg alltså dispositiv rätt. Som beskrivits tidigare innehåller standardkontrakten för finansiell leasing en avvikande reglering för uppgörelse efter hävning på grund av kontraktsbrott och insolvens. Olika typer av förfalloklausuler och schabloniserade skadeståndsregler förekommer. Vanligast torde numera vara att leasegivarna/leasingbolagen betingar sig ett skadestånd som, om inte annat kan visas av leasetagaren (eller hans konkursbo), ska motsvara 75 % av det sammanlagda beloppet av återstående icke förfallna leasingavgifter under basperioden.[148] Föreskrifter om diskontering till nuvärde brukar saknas i dessa fall. I en del kontrakt tilläggs att leasegivarens ersättning minst ska motsvara ett års leasingavgifter eller, om mindre än ett år återstår av basperioden, leasingavgifterna för återstående tid. Någon rätt för leasetagaren att tillgodoräkna sig vederlaget från leasegivarens täckningstransaktion föreskrivs normalt inte och inte heller skyldighet för leasegivaren att i övrigt begränsa sin skada. Inte heller ges leasetagaren rätt att kräva tillbaka erlagda förskottsavgifter för tid efter hävningen och återtagandet. I den delen innehåller avtalen således även en förverkandeklausul. I vissa kontrakt ges dock leasetagaren "ynnesten" att gottskrivas en fjärdedel av erlagda leasingavgifter som belöper sig på tiden efter hävningen. Leasetagaren åläggs slutligen att på egen bekostnad och risk återtransportera objektet till en av leasegivaren angiven adress.

I vilken utsträckning kan då dessa leasegivarens ersättningskrav göras gällande som konkursfordringar i leasetagarens konkurs? Jag börjar med eventuella inskränkningar på *konkursrättslig* grund.

Därvid gäller att den svenska konkurslagen inte innehåller några uttryckliga allmänna begränsningar av rätten att göra gällande högre ersättningskrav, än vad som svarar mot den faktiska skadan intill det positiva intresset, då ett ömsesidigt avtal hävs på grund av konkurs. Som framgått finns däremot sådana konkursrättsliga begränsningar föreskrivna såväl i dansk och norsk som i tysk rätt. I Danmark går man ytterligare ett steg och underkänner vid varaktiga avtal generellt skadeståndsbelopp utöver sedvanlig eller rimlig uppsägningstid. I landsrettspraxis har dock lagrummet inte ansetts tillämpligt vid finansiell leasing på grund av dessa avtals särskilda beskaffenhet. Begränsningen av det bevakningsbara

147 Jfr ang nedlagda kostnader Bengtsson a a s 59 f, Rodhe, Obligationsrätt s 395 och Ekeberg/Benckert II s 200.

148 Se t ex Skandic Leasing AB:s och Svenska Finans AB:s avtal för finansiell leasing. Även andra varienter förekommer, t ex att samtliga icke förfallna avgifter ska betalas diskonterade till nuvärde med viss procentsats och med avräkning av vad en täckningstransaktion ger. Enligt Millqvist s 216 förekommer dock även kontrakt enligt vilka endast en diskontering av samtliga återstående avgifter ska göras.

beloppet går därför (se 59 § DKL) – liksom i Norge och Västtyskland (§ 7–8 LFD resp § 26 KO) – vid den faktiskt visade skadan.

Vid behandlingen av köparens konkurs ovan diskuterades, huruvida något liknande utan lagstöd kan tänkas gälla även i Sverige.[149] Frågan är svårbesvarad, men jag framhöll i alla fall där att en viss åtskillnad mellan olika ersättningsklausuler vid hävning bör göras. Det avgörande kriteriet bör vara, om den avtalade ersättningen i realiteten uteslutande kommer ifråga vid hävning i konkurs. De praktiska svårigheterna med att dra gränsen mellan de fall, där bevakning av belopp utöver den visade skadan får ske och andra, kan dock säkerligen vara stora. De lege lata är det kanske därför ohållbart att åberopa en regel motsvarande de danska, norska och tyska. De danska och norska skadeståndsbegränsande konkursreglerna gör i och för sig inte den här förordade skillnaden mellan konkurs-/insolvensgrundade och icke konkursgrundade ersättningsklausuler, men att gå så långt som till en generell begränsning av rätten att vid konkurs göra gällande i förväg bestämda ersättningar är säkerligen inte förenligt med gällande svensk rätt.

Det är således osäkert om någon konkursrättslig begränsning alls kan urskiljas. Det är också osäkert hur en sådan regel på ett praktiskt användbart sätt ska avgränsas. Gäller en begränsningsregel, i linje med vad jag utvecklade i kap III 2.3, är den ganska suddig i konturerna.

När det så gäller de *civilrättsliga* reglerna, råder allmän enighet om att jämkning enligt 36 § AvtL kan ske av leasingkontraktens regler om uppgörelse vid hävning och återtagande, om den avtalade ersättningen överkompenserar leasegivaren på ett sätt som framstår som oskäligt gentemot leasetagaren.[150] Därvid är dock även att beakta, att arten av det leasade objektet kan göra det mer eller mindre svårt för leasegivaren att få till stånd en ersättningstransaktion. En jämförelse med både de dispositiva reglerna om skadeståndsberäkning vid kontraktsbrott i allmänhet (varvid enligt generalklausulmotiven ofta finns skäl för jämkning om den i förväg avtalade ersättningen klart överstiger det positiva intresset) och de tvingande reglerna för det funktionellt näraliggande avbetalningsköpet (9 och 10 §§ AvbL) talar dock rent allmänt för jämkning av leasingklausulerna.

Frågan om leasingkontraktens bestämmelser om uppgörelse vid hävning contra 36 § AvtL har ännu inte bedömts av HD. Några hovrättsmål ska här redovisas:

[149] Kap III 2.3 mot slutet.

[150] Se Brækhus, Leasing s 199 f, Kofoed-Hansen s 50, Berning s 322, Bengtsson a a s 54, Arnesdotter, Leasing s 28, Håstad i Konsumenträtt & ekonomi nr 2/85 s 18 msp, Hellner II s 160 och 161, Adlercreutz, Finansieringsformer s 152 samt Millqvist s 67–76 och 215–220. Se även SOU 1974:83 s 167–174, särskilt s 173 f och Olsen s 116–129. För äldre rätt, se Hasselrot, Juridiska skrifter VII s 266 f.

Svea HovR 1979-01-26 (avd 9, DT 2/79). Avtal om hyra av personbil hade slutits med en hyrestid om två år. Hyran betalades med ca 2 000 kr i månaden. Vid hyrestagarens kontraktsbrott eller förtida uppsägning skulle ersättning utges med motsvarande 40 % av hyresbeloppen för återstående avtalstid. Då ungefär ett år av avtalstiden gått krockade hyrestagaren med bilen med avsevärda skador på denna som följd, varefter avtalet sas upp av honom. Det överenskoms om ett skadeståndsbelopp (ca 10 000 kr), framräknat enligt ersättningsklausulen. Sedermera hävdade hyrestagaren att beloppet var oskäligt enligt 36 § AvtL. Efter att bl a ha framhållit att hyrestagaren varit införstådd med framräkningen, fann TR:n det inte visat att överenskommelsen var oskälig. HovR:n fastställde.

RH 1986:153. Ett leasingavtal för en grävmaskin hade ingåtts för 72 månader. Leasingavgiften betalades månadsvis i förskott. Enligt standardvillkoren kunde leasegivaren uppsäga avtalet med omedelbar verkan och återta objektet om inte leasingavgiften erlas i rätt tid. Samtliga kostnader vid indrivning och återtagande skulle då betalas av leasetagaren. Leasegivaren tillförsäkrades vidare " – förutom leasingavgiften och andra förfallna belopp – skadestånd, som, om icke annan skada kan visas, skall uppgå till leasingavgiften för resterande leasingtid diskonterad till nuvärde vid återtagandet efter sex procent."

Då leasetagaren kom i upprepat och långvarigt dröjsmål med betalningen återtog leasegivaren maskinen utan föregående uppsägning och utan leasetagarens vetskap. Sedermera fick leasetagaren veta att maskinen kunde återfås så snart restantierna erlas. Några ytterligare avgifter betalades dock inte, och leasegivaren sa då upp avtalet ca fyra månader efter återtagandet och krävde skadestånd. Beloppet utgjordes av återstående leasingavgifter (motsv 64 månader) diskonterade enligt klausulen, räntor samt leasegivarens kostnader för återtagandet. Leasetagaren tillgodoräknades vad leasegivarens försäljning av maskinen inbringat.

Leasetagaren invände att rätt till skadestånd enligt avtalet förutsatte uppsägning, varför skadeståndet inte kunde omfatta tiden mellan återtagandet och uppsägningen, så mycket mindre som leasetagaren då inte haft tillgång till maskinen. Vidare hävdades att skadeståndet skulle jämkas till noll som varande oskäligt enligt 36 § AvtL. Oskäligheten skulle ligga i att avtalet medgav både återtagande av objektet och rätt till alla återstående leasingavgifter.

Leasegivaren genmälde att återtagandet skulle ses som en uppsägning och att skäl för jämkning i övrigt inte förelåg. Oavsett om återtagandeklausulen innebar dubbelkompensation så utgjorde inte leasegivarens yrkande detta. Det yrkade skadeståndet utgjordes tvärtom av leasegivarens verkliga skada och han hade gjort vad som var möjligt för att begränsa denna.

TR:n framhöll att leasegivarens återtagning av maskinen utan föregående uppsägning inte var ett sådant kontraktsbrott som medfört att leasegivaren förlorat rätten till skadestånd. Även om skadeståndsklausulen i och för sig skulle kunna anses oskälig, menade TR:n att bedömningen måste ske på grundval av leasegivarens yrkande i målet. Frågan var då om det yrkade skadeståndet var oskäligt jämfört med leasegivarens verkliga skada. Denne fick då anses ha gjort vad som på honom ankommit för att begränsa skadan. Påståendet om att det yrkade beloppet motsvarade den verkliga skadan godtogs. Avtalet var således inte oskäligt på grund av missförhållande mellan kontraktsbrott och påföljd. Inte heller i övrigt fanns skäl för jämkning. Då uppsägning ansågs utgöra en förutsättning för skadestånd enligt avtalet kunde skadestånd dock inte utgå för tid dessförinnan. Själva återtagandet kunde inte ses som uppsägning. Och då leasetagaren inte haft tillgång till maskinen mellan återtagandet och uppsägningen kunde han inte förpliktas att utge ersättning för den perioden.

HovR:n fann liksom TR:n först att återtagandet utan föregående uppsägning inte medfört förlust av rätten till skadestånd. Leasegivarens fordran på skadestånd för kontraktsbrottet kunde – trots återtagandeklausulen – inte anses överstiga vad som med hänsyn härtill och leasegivarens rimliga förtjänst var skäligt.

Anledning till jämkning saknades och TR:ns slut fastställdes. HD meddelade inte prövningstillstånd.

RH 1986:176. Avtal om billeasing hade slutits mellan ett finansbolag och privatperson. Bolaget sa upp avtalet efter en månad på grund av upprepad körning av en person utan giltigt körkort. I enlighet med en klausul i de allmänna villkoren krävde bolaget ca 15 000 kr för kostnaderna för återtagandet och försäljningen av bilen samt skadestånd (utöver förfallna hyresbelopp) motsvarande skillnaden mellan restvärdet (baspriset minus preliminär värdeminskning) och det faktiskt uppnådda försäljningspriset. HovR:n jämkade skadeståndet enligt 36 § AvtL. Då leasetagaren inte fått reda på de olovliga körningarna förrän vid uppsägningen, bilen återlämnats utan skador och endast körts 20–25 mil, ansågs det yrkade beloppet oskäligt högt. Jämkning skedde till 5 000 kr.

RH 1987:16. Avtal om uthyrning av videokassetter hade slutits för 24 månader. Hyran betalades per månad. Kassetterna skulle bytas med 20 filmer var fjärde vecka. Hyrestagaren hävde sedermera avtalet på grund av fyra dagars leveransförsening. Uthyraren – ett finansbolag – godtog inte hävningen: förseningen påstods inte ha utgjort ett väsentligt kontraktsbrott. I stället var hyrestagaren skyldig att fullgöra avtalet och betala återstående månadshyror (9 st). Uthyraren väckte talan med yrkande om utfående av dessa. *TR:n* fann hävningen berättigad och lämnade talan utan bifall. I HovR:n hävdade hyrestagaren att uthyraren inte kunde åberopa avtalets allmänna skadeståndsbestämmelser, därför att de var oskäliga enligt 36 § AvtL och skulle jämkas så att skadeståndsskyldigheten bedömdes enligt allmänna rättsgrundsatser.

HovR:n biföll uthyrarens talan i dess helhet. Dröjsmålet ansågs inte utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, varför hävningen var oberättigad. Av avtalet framgick vidare att månadshyra skulle erläggas så länge avtalet löpte. Hyrestagaren hade inte preciserat vari oskäligheten skulle bestå, och även om hyrestagaren möjligen kunde anses inta en underlägsen ställning var avtalet ändå träffat mellan näringsidkare. Domstolen kunde inte finna att ett avtal som binder hyrestagaren för en tvåårsperiod rent generellt är så oskäligt att det ska lämnas utan avseende eller jämkas.

RH 1987:39. Mellan VAG (leasegivare) och PAB (leasetagare) hade slutits leasingavtal för en ny personbil på 36 månader. "Kontraktsbeloppet" var 75 000 kr och "terminshyran" ca 2 000 kr (exkl moms). I avtalet stadgades bl a att leasetagaren skulle betala 35 % av de totala månadshyrorna för återstående icke utnyttjad tid av hyresperioden, dock lägst 500 kr plus övermilsersättning, om avtalet skulle upphöra i förtid.

Bilen återlämnades efter 23 dagar, varvid VAG gjorde bruk av ersättningsklausulen. Kravet var 21 600 kr. PAB invände att klausulen skulle lämnas utan avseende som varande oskälig enligt 36 § AvtL, med hänsyn till den efter avtalets ingående inträffade omständigheten, att PAB först härefter fått veta att bilen inte disponerades av någon anställd hos PAB utan av en utomstående. I andra hand yrkades jämkning till 6 000 kr, vilket var det belopp som PAB redan betalt i depositionsavgift. Den yrkade ersättningen var oskälig med hänsyn till den korta tid som VAG hyrt bilen.

VAG genmälde att den av PAB åberopade omständigheten var PAB:s interna angelägenhet, som inte påverkade avtalet med VAG. Att ersättningsklausulens procentsats skulle vara för hög med hänsyn till den korta leasingtiden bestreds. Denna hade fastställts utifrån VAG:s handelsvinst vid försäljning av nya bilar och var en av de lägsta i branschen. VAG:s nettovinst på det aktuella avtalet skulle förmodligen bli mindre än om avtalet hade fullföljts. Bilen var vidare prissatt till 98 500 kr vid avlämnandet. Vid återtagandet var den värd 80 000 kr. Den ersättning som VAG betingat sig enligt avtalet var ca 27 500 kr. Efter avdrag för 18 500 kr (bilens värdeminskning) blev VAG:s bruttovinst före avdrag för rengörings- och lagerhållningskostnader ca 9 000 kr. Detta kunde inte anses oskäligt.

TR:n ansåg utan vidare att den av PAB åberopade omständigheten efter avtalets ingående inte kunde påverka avtalsförhållandet. Beträffande skadeståndets påstådda oskälighet på grund av den korta hyrestiden framhölls att avtalet ingåtts mellan två aktiebolag. VAG:s uppgifter om att vinsten snarare skulle bli lägre än om avtalet fortsatt, att den tillämpade procentsatsen var en av de lägsta i branschen etc godtogs då de lämnats obestridda. PAB hade vidare från början känt till avtalsvillkoret och det var PAB som valt att avbryta avtalet i förtid. Nya bilar framhölls vara utsatta för kraftig värdeminskning omedelbart då de tas i bruk. Så som parterna bestämt sin talan kunde därför inte anses visat att VAG gjort någon oskälig vinst genom tillämpning av ersättningsklausulen.

HovR:n fastställde TR:ns domslut och anförde att den av PAB åberopade omständighet var en PAB:s interna angelägenhet som låg helt utanför VAG:s kontroll. Det hade inte ens gjorts gällande att VAG varit i ond tro. Tvisten gällde två aktiebolag, varför påstående om att VAG haft en överlägsen ställning avvisades. Angående ersättningsklausulens oskälighet med hänsyn till den korta hyrestiden, angavs en leasingtransaktion av det aktuella slaget innebära att "kunden" får betala ränta, avgift för "leasingbolagets" internkostnader samt bolagets förbehållna affärsvinst. Enligt HovR:n skulle leasingbolaget genom klausulen sättas i det läge som rått om avtalet fullgjorts, varför VAG:s ersättningsklausul inte kunde anses oskälig.

2.3.6 Några synpunkter de lege ferenda

Vid finansiell leasing (och andra typer av hyra av lös sak) är rättsläget vad gäller avtalets fullföljande och avveckling vid leasetagarens konkurs på en rad punkter oklart. Det är således osäkert *om* konkursboet måste ställa säkerhet för att få kvarstå vid och fullfölja avtalet, *om* de exakta ramarna för det massaansvar som ett inträde för med sig, *om* boets möjligheter att kunna avlasta sig ett långvarigt massaansvar efter ett inträde, *om* boet kan ådra sig massaansvar genom konkludent handlande etc.

Oklarheterna beror bl a på att analogier från köplagens och JB:s insolvensregler ibland leder till olika och sinsemellan motstridiga lösningar, som därmed inte med acceptabel säkerhet ger svar ens i de grundläggande frågorna. En bidragande orsak till detta är i sin tur, att de relevanta reglerna i köplagen och JB även sedda för sig är knapphändiga, delvis inkonsekventa och på vissa punkter rent av olämpliga. Som allmän riktpunkt bör nu visserligen gälla, att köplagens regler för köparens insolvens bör utgöra analogikälla för hyra av lös sak fram till avlämnandestadiet, medan 12:31 3 st JB bör ge ledning för tiden därefter. Denna allmänt hållna riktlinje rätar dock långt ifrån ut alla frågetecken.

Som redan på flera ställen nämnts i det föregående, bör den största osäkerheten kunna undanröjas och de sakligt mest tilltalande reglerna erhållas, om de bestämmelser, som i kap V föreslogs för nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra och arrende av fast egendom, görs tillämpliga också vid leasing (och annan hyra av lös sak). Jag hänvisar därför dit.[151]

[151] Se särskilt kap V 2.3.4.7.

Därutöver bör införas en särskild och tvingande regel, som ger leasetagarens konkursbo rätt att överlåta kontraktsrätten till en ny leasetagare som leasegivaren skäligen kan nöja sig med. En sådan rätt bör enligt min uppfattning anses gälla för boet (och för leasetagaren själv enligt dispositiv rätt) redan idag, men rättsläget är ganska osäkert och bör klargöras för konkursfallet, där överlåtelsrätten är särskilt betydelsefull. Då frågan om konkursboets överlåtelserätt är en för flera avtalstyper viktig fråga, som skulle kunna tänkas få en generell konkursrättslig reglering, återkommer jag till den i kap XI nedan. Dessutom synes det klokt att avvakta med förslag till överlåtelseregler tills även de immateriella kontrakten analyserats. Just för dessa avtal finns en hel del material av allmänt intresse. Vid övervägandet av en generellt utformad överlåtelseregel bör också tas ställning till de ovan diskuterade frågorna, om överlåtarens eventuellt kvarstående kontraktsansvar jämte kontraktsförvärvarens och, i så fall, hur detta konkursrättsligt ska regleras.

En fråga som är särskilt framträdande vid finansiell leasing är den, om leasetagarens konkursbo i lag bör ges en särskild rätt att köpa leasingobjektet före utgången av avtalets s k basperiod, på ungefär samma sätt som en avbetalningsköpare kan betala sin skuld i förtid enligt 4 § AvbL. Som nämnts har den tyska insolvensrättskommissionen 1985 föreslagit regler om detta. En invändning mot att följa den tyska modellen kan nu vara, att även andra borgenärer som har separationsrätt till lös egendom utan krav på besittning (eller annat sakrättsmoment) enligt det tyska förslaget får tåla motsvarande inskränkningar i sin rätt. I Sverige har å andra sidan inte problemet med ett stort antal insolventa konkursbon uppstått på samma sätt som i Västtyskland. Detta torde bl a bero på att svensk rätt nästan helt underkänner avtalade "tysta" separations- och/eller säkerhetsrätter, vilka däremot i stor utsträckning godtagits av de tyska domstolarna.[152] En svensk konkursrättslig särregel om inskränkning av separationsbefogenheten vid finansiell leasing, grundad på goda sakskäl uteslutande för detta fall, bör således kunna införas utan att man samtidigt tar ett så allmänt omfattande grepp på frågan som i Västtyskland.

Vilka är då de goda sakskälen? Jo, framför allt att beslutanderätten om avtalets öde efter basperiodens utgång vid normal avtalsavveckling ligger hos leasetagaren då avtalet inrymmer optionsrätt. I praktiken gäller detta normalt även om inte optionsrätt från början överenskommits. Vidare kan den ekonomiska och funktionella likheten med avbetalningsköp anföras för en motsvarighet till den där rådande rätten att betala skulden i förtid. Som på flera ställen i det föregående, i övrig doktrin och från leasingbolagshåll påpekats, har leasingbolagen/lease-

[152] Jfr Lennander i TfR 1987 s 577 och 582–585.

givarna typiskt sett inget intresse av att få tillbaka objektet som sådant. I stället välkomnas snarast boets övertagande av leasetagaransvaret om bara de avtalade leasingavgifterna erhålls som tidigare. Alternativet för leasegivaren är vidare, om man nu alls ska godta en inträdesrätt för leasetagarens bo då lång tid återstår av basperioden, att boet efter ett inträde säger upp avtalet i förtid, med förluster för leasegivaren som följd ifall boet inte kan betala massaskulderna. Eller så kanske boet "chansar" med en för leasegivaren oönskad överlåtelse av kontraktet innan avtalsförhållandet hunnit avvecklas. Bägge dessa alternativ leder till förluster för leasegivaren, vilka kan vara minst lika stora som den vinst som måhända går förlorad i och med en köprätt för boet. Och vägras boet helt inträde, på grund av dess förutsedda korta livslängd i förhållande till återstående avtalstid, så hävs avtalet och återtas objektet med likaledes stora förluster för leasegivaren som följd. Förlusterna kan normalt inte övervältras på borgenärskollektivet, då fordringarna i detta läge endast är oprioriterade. Även om inte objektet rättsligt sett sammanfogats med fast eller lös egendom, medför återtagandet vidare värdeförstöring genom att driften av gäldenärens rörelse måste avbrytas, objektet kanske nedmonteras eller brytas loss från väggar och golv varvid följdskador uppkommer. Dessutom kan objektet av leasegivaren ofta inte säljas eller återuthyras till ett pris som täcker förlusterna och den förlorade vinsten på grund av det avbrutna avtalet och dess följdverkningar.[153]

Millqvist har i sin leasingavhandling ingående diskuterat näraliggande frågor i samband med leasegivarens separationsrätt i allmänhet.[154] Resonemanget utmynnar i synpunkten, att det "behövs ett system som ger leasingbolaget företräde till så stor del av det värde leasingobjektet representerar att bolagets utestående kredit i möjligaste mån hela tiden täcks, ett slags panträtt i objektet vilken medför att bolaget kan söka täckning för sina krav ur detta, men som inte innefattar de övriga med äganderätten förbundna effekterna".[155] Bl a skulle då också bättre tillvaratas värdet av leasetagarens verksamhet som sammanhållen enhet.

Såvitt jag kan se innebär Millqvists förslag snarare att leasingbolaget/leasegivaren får en ställning liknande den som en borgenär med företagshypotek har: konkursboet kan i princip sälja leasingobjektet fritt på samma sätt som annan konkursegendom, varvid leasegivaren får bästa rätt till de pengar som försäljningen inbringar, i den mån det behövs för täckning av hans fordran på grund av avtalet. Frågan är emellertid om det är nödvändigt att företa en sådan reform. Det förefaller också underligt om leasegivaren skulle ges en principiellt sämre ställning än en avbe-

153 Jfr Millqvist s 278.

154 A a s 272–279, särskilt 276–279.

155 S 279.

talningssäljare, fastän leasegivaren till skillnad från avbetalningssäljaren aldrig förpliktat sin motpart, den blivande konkursgäldenären, att köpa egendomen. Gäldenärens plikt att genomföra köpet förefaller tvärtom böra medföra att det finns större anledning att dra in egendomen i konkursboet än om sådan plikt saknas. Enligt min mening är det därför tillräckligt och principiellt riktigare att leasetagarens bo ges en rätt som är analog med avbetalningsköparens bos rätt men inte mera. Den här förordade modellen, med boets förtida köp av leasingobjektet, är då lämpligare. För denna modell talar, som redan nämnts, att en motsvarighet till 12 § 1 st KKrL upptogs i en 1975 föreslagen lag om konsumenthyra av varor, vars avvisande på departementetsnivå inte motiverades av att just denna reglering ansågs olämplig. Mellan näringsidkare finns för avbetalningsköpets del 4 § 1 st AvbL. Att föreslå en motsvarighet för finansiell leasing för konkursfallet ligger helt i linje med detta. Uppmärksammas bör då även, att ett konkursbos intresse av (förtida) köp av leasingobjektet i typfallet är betydligt starkare än leasetagarens eget: konkursförvaltaren är ju skyldig att så snabbt det kan ske avveckla boet på ett för borgenärerna optimalt sätt.

Intressant i sammanhanget är den parallella reglering av avbetalningssäljarens ägarförbehåll och uthyrarens separationssäkerhet som 1980 års norska pantlag ger uttryck för.[158] Avbetalningssäljarens säkerhetsrätt benämns här realistiskt salgspant (försäljningspant) och uttryckliga regler om förutsättningarna för denna säkerhetsrätts giltighet upptas. I huvudsak är det fråga om en kodifiering av de oskrivna, genom praxis och doktrin utmejslade reglerna om ägarförbehållets sakrättsliga begränsningar, se §§ 3–14 till 3–21 PL. För hyresavtal eller liknande avtal med köpoptionsrätt för hyrestagaren, och där avtalet i realiteten syftar till att säkra ett avhändelsevederlag, är salgspantreglerna tillämpliga i full utsträckning, § 3–22 PL. Man kan alltså säga att separationsrätten vid finansiella leasingavtal med köpoption och avbetalningsköp med ägarförbehåll getts samma giltighetskriterier. För leasingavtal *utan* köpoption är salgspantreglerna inte tillämpliga i sin helhet, men i det väsentliga är det fråga om samma regler.

Jag vill sålunda föreslå en särreglering om köprätt för leasetagarens konkursbo. Regeln bör vara tillämplig endast då objektet avlämnats när konkursen inträffar. Dessutom bör det ha gått en inte oväsentlig del av basperioden. Endast då avtalsförhållandet varat en viss längre tid och de betalda leasingavgifterna representerar ett någorlunda högt kumulerat värde i förhållande till leasegivarens anskaffningskostnad (dvs grovt sagt basperiodens längd), så finns det på de argument som nyss anförts an-

[158] Se för det följande Sandvik/Krüger/Giertsen, Norsk panterett, 2 uppl 1982 s 324 ff.

ledning att skydda boet. Jämför den sexmånadersfrist som 8 § i 1975 års lagförslag om konsumenthyra uppställde.

Den tekniska utformningen kan sedan diskuteras. Gränsen för köprättens inträde skulle förslagsvis kunna sättas till leasingavgiftsbetalning motsvarande 25 % av objektets anskaffningskostnad. Ett sådant kriterium tar bättre hänsyn till olikheter i avtalens varaktighet än en fast tidsgräns. Alternativt kan tänkas en gräns satt till en viss procent av den avtalade basperiodens längd. I så fall tas automatiskt hänsyn till, förutom skillnader i avtalstid, att även annat än anskaffningskostnaden bestämmer storleken av leasingavgifterna.

Med beaktande av vad leasingkontrakten ofta stadgar ifråga om ersättning vid hävning på grund av kontraktsbrott, skulle det kunna räcka att leasetagarens bo betalar 75 % av det sammanlagda beloppet av återstående leasingavgifter under basperioden. Detta är också regeln enligt det tyska förslaget. Ett alternativ kan vara att hela den återstående avgiftsskulden diskonterades efter en sats på mellan fem och tio procent eller med riksbankens diskonto. Ett tredje, åtminstone för lagstiftaren bekvämt alternativ vore att helt enkelt hänvisa till 5 § AvbL, jfr 9:10 2 st UB.

Då objektet i princip ska vara fullt betalt vid basperiodens slut för att finansiell leasing alls ska anses föreligga, kan ifrågasättas om boet bör vara förpliktat att betala något ytterligare för ett eventuellt restvärde vid samma tidpunkt. Å andra sidan bör restvärdet i så fall inte tillgodoräknas boet via avräkning på det belopp som boet skulle ha att utge för leasingavgifterna för icke utnyttjad tid. I det tyska förslaget ska dock, om köpoptionspris avtalats, det avtalade lösenpriset betalas av boet till 75 %. Om detta är en lämplig lösning även för svensk del vill jag låta vara osagt.

Vid närmare eftertanke är det dock kanske en olämplig, något osmidig och inte – med hänsyn till de vid leasing något olikartade föreskrifterna vid uppgörelse – rekommendabel ordning, att fastställa en så exakt angiven grund för den ersättning boet ska utge. I stället är det nog bättre att anknyta till varje enskilt kontrakts beräkningsgrunder för avgifterna under återstående avtalstid vid avtalets förtida upphörande. Naturligt är då att se till vad som i det enskilda fallet avtalats för uppgörelsen vid återtagande. Detta bör då i första hand, med vederbörliga justeringar som beror på att det inte fråga om en återtagandesituation utan om förtidsbetalning, bestämma vilket belopp boet ska utge. Avtalets reglering kan dock givetvis om den är oskälig på vanligt sätt jämkas enligt 36 § AvtL. I den mån det införs en till boets förmån tvingande begränsning av rätten för medkontrahenten att i konkurs göra gällande ett i förväg bestämt belopp, som går utöver den faktiska skadan

beräknad intill det positiva intresset, bör dock samma konkursrättsliga skadeståndsregel bestämma storleken på boets lösen enligt den förespråkade regeln om boets rätt att köpa leasingobjektet. Generalklausulen behöver då aldrig tillgripas. Men oavsett om ersättningsregeln görs tvingande till boets förmån eller inte kan samma skrivning göras:

> Har gäldenären slutit ett avtal om finansiell leasing som löpt minst en fjärdedel av den överenskomna avtalstiden, får konkursboet köpa leasingobjektet mot ersättning för den skada som upplåtaren lider genom att avtalet avvecklas i förtid.
>
> Har det avtalats att gäldenären ska utge ett visst belopp för att erhålla äganderätt till leasingobjektet vid avtalstidens slut, ska beloppet beaktas vid beräkningen av ersättningen enligt första stycket.

3 Uthyrarens konkurs

3.1 Huvudfrågorna enligt dansk, norsk och tysk rätt

3.1.1 Dansk och norsk rätt

För att få en rättvisande bild av tillämpningen av reglerna om konkursens verkan på gäldenärens avtal vid uthyrarens konkurs, däribland leasegivarens konkurs vid avtal om finansiell leasing, måste *de sakrättsliga reglerna* först uppmärksammas. De senare besvarar frågan dels om uthyrarens konkursbo är skyldigt att låta hyrestagaren påbörja eller fortsätta nyttja hyresobjektet under konkursen, dels om nyttjanderätten står sig om boet sedermera säljer egendomen till tredje man, antingen genom vanlig frivillig försäljning eller exekutivt.

Både i Danmark och Norge är det till en början helt klart att *hyrestagarens besittningstagande* av hyresobjektet ger honom borgenärsskydd. Detta har stått utom all diskussion.[1] Däremot har ifrågasatts om inte skyddet inträder tidigare, nämligen redan då avtalet om upplåtelse ingås. Frågan ska ses i ljuset av att dansk och förmodligen även norsk rätt godtar sakrättsligt skydd för en köpare av en individualiserad lös sak redan i och med avtalet. För upplåtelse av panträtt i samma typ av egendom krävs dock tradition. Man kan då fråga sig, vilket också gjorts, om ändamålen bakom köpregeln gör sig gällande i högre grad för nyttjanderättens del, än syftena med traditionsregeln vid pantsättning gör det. I Danmark skriver Illum, dock utan att direkt gå in på en sådan diskussion, att man i varje fall inte kan göra någon åtskillnad mellan avtal på sedvanliga och avtal på osedvanliga tidsvillkor. Om en icke tillträdd bruksrätt ska respekteras bör detta således ske också då nyttjandet ska påbörjas långt i framtiden och utan hänsyn till om nyttjanderätten är knuten till villkor som kanske aldrig kommer att infrias. Detta anförs sedan som skäl *mot* att redan avtalet ska räcka för borgenärsskydd: orimliga hinder skulle läggas i vägen för borgenärernas åtkomsträtt.

[1] Se till det följande Illum, Dansk tingsret, 2 uppl s 443 ff, särskilt 448 f, jfr förordet till 3 uppl (Illum/Carstensen), Brækhus/Hærem s 433 och 499, Sandvik i TfR 1968 s 465 f, Ot prp nr 50(1980–81) s 184 vsp, Krüger s 70, Falkanger, Leie av skib s 703 ff och 737 ff samt Augdahl s 426 (jfr 424 f).

I den norska litteraturen har främst Brækhus & Hærem uttalat sig för att samma traditionskrav ska tillämpas som vid pantsättning. Andra, såsom Falkanger, Sandvik och Krüger, har menat att reglerna för äganderättsövergång bör kunna tillämpas även för nyttjanderätt. Reglerna om sakrättsskydd vid förvärv av äganderätt till lös sak är dock tämligen oklara i Norge. Förutom att individualisering naturligen krävs vid genusköp, torde man i alla fall våga säga, att det avgörande normalt är huruvida saken kvarlämnats hos säljaren i dennes eget eller i köparens intresse. Är det senare fallet ger troligtvis redan avtalet skydd, men förmodligen inte annars.[2]

Falkanger har undersökt om traditionsregelns syften vid handpanträtt är relevanta vid hyra av fartyg, dvs främst publicitetseffekten, risken för skentransaktioner, borgenärssvikliga transaktioner i allmänhet (t ex uthyrning mot för lågt vederlag), uppoffring etc. Slutsatsen blir att det inte finns tillräckliga skäl för att analogisera från handpantreglerna vid hyra av fartyg. Sandvik är av samma uppfattning avseende hyra av lös sak i allmänhet och menar således att ändamålen för äganderättsregeln överväger. Augdahl anser för sin del att äganderättsreglerna bör vara användbara då överlämnandet av hyresobjektet var "tilsiktet" (men ännu inte verkställt) då borgenärsanspråket aktualiserades.

Sammanfattningsvis är det således ovisst om redan avtalet ger en hyrestagare till lös sak borgenärsskydd enligt dansk och norsk rätt. Helt klart är dock att besittningstagandet ger denna effekt.

När det gäller hyrestagarens skydd mot *ny ägare* av det förhyrda objektet, är det på motsvarande sätt klart att besittningstagandet ger absolut skydd, dvs oavsett god tro hos den nye ägaren. Har objektet inte traderats faller nyttjanderättshavarens rätt om den nye ägare i god tro fått egendomen i sin besittning av upplåtaren. Någon skillnad mellan frivillig och exekutiv försäljning görs veterligen inte.

För vissa egendomsslag ges härutöver särregler i lag. I Danmark kan både hyra av fartyg och flygplan registreras med sakrättslig effekt, se 31 och 32 §§ skibsregistreringsloven (nr 93 af 29 mars 1957) resp 1 § i lov nr 135 af 31 mars 1960. Hyresavtal för fartyg och flygplan som inte registrerats saknar å andra sidan helt möjlighet att uppnå skydd, alltså inte ens enligt de allmänna sakrättsreglerna. Om konkursboet inte i dessa fall väljer att träda in i avtalet (i den mån inträde tillåts), anses avtalet därmed utan vidare falla bort genom konkursen. Har registrering åter skett ska nyttjanderätten som sagt respekteras av boet.[3]

I Norge kan hyra av flygplan registreras enligt 24 § ff luftfartsloven (16 dec Nr 1 1960). Genom hänvisning till tinglysingsloven görs reglerna för hyra av fast egendom och dess sakrättsskydd direkt tillämpliga. Även hyra av fartyg kunde i Norge tidigare registreras med sakrättslig verkan. Möjligheten avskaffades emellertid 1972, se

[2] Se främst Brækhus/Hærem s 500 ff men även Augdahl s 424 f och 427 ff.

[3] Se betænkning nr 606/1971 s 133, von Eyben s 403 ff och Gomard s 50 f.

numera det uttryckliga förbudet i 20 § sjøloven (20 juli Nr 1 1893) mot registrering av hyres- och befraktningsavtal avseende skepp. Orsaken till avskaffandet var bl a de särskilda förhållandena vid tidsbefraktning (tidscertepartier). Vid dessa avtal utgör själva förhyrningen av fartyget endast en del i avtalet. De övriga utgörs av redarens bemannings-, underhålls- och reparationsåtagande m fl naturaförpliktelser. Dessa förpliktelser antogs, och antas väl fortfarande, inte exekutivt kunna framtvingas in natura, varför värdet av en registreringsrätt ansågs tveksam. Det ifrågasattes t o m om tidscertepartier över huvud taget borde ansetts registrerbara redan före 1972. Vid "bare-boat charter" gjorde sig dessa betänkligheter inte gällande. På grund av förutsedda avsevärda gränsdragningsproblem tog man dock bort registreringsmöjligheten även här.[4]

Särskilt Brækhus har argumenterat för riktigheten av 1972 års avskaffande. För konkursfallet har han resonerat enligt följande.[5] Sakrättsligt skydd vid konkurs förutsätter att borgenärens anspråk avser att utfå en sak eller att få tillträda eller fortsätta bruket av ett *bestämt förmögenhetsobjekt*. Exempelvis kan en fastighetshyresgäst vid fastighetsägarens konkurs kräva att få fortsätta nyttjandet. Men underhållskrav, felansvar och liknande ingår inte i det som är sakrättsligt skyddat. Härför krävs i stället att konkursboet valt att inträda med massaansvar för dessa förpliktelsers del. Motsvarande gäller för ett certepartiavtal: befraktaren kan i och för sig göra anspråk på att få fortsätta nyttja fartyget, men konkursboet kan inte mot sin vilja krävas på utförande av förpliktelser som bemanning, utrustning och underhåll av fartyget. Därmed är det klart att certepartiet inte i kraft av sakrättsligt skydd genom registrering kan stå sig i redarens konkurs. Dessutom åligger det primärt konkursförvaltaren att avveckla gäldenärens affärer. Boet kan redan på grund härav inte tvingas att stå för fortsatt rederidrift. Boet har typiskt sett heller inget intresse av att fortsätta avtalsförhållandet i de fall där sakrättsskydd är intressant för befraktaren, dvs då charterpriset ("frakten") är lågt i förhållande till den rådande marknadsfrakten. Problemen skulle enligt Brækhus kunna bemästras om boet omgående sålde fartyget behäftat med certepartiet. Boet har dock ingen skyldighet att sälja fartyget på detta sätt, om det alls låter sig göra. I stället bör fartyget kunna läggas upp i avvaktan på ett bättre försäljningsläge. Och certepartiet kan inte gärna "vakna till liv" igen när boet sedermera säljer.[6]

Resonemanget är enligt min mening de lege lata helt riktigt. Det drabbar även certepartiavtalens möjlighet till borgenärsskydd i allmänhet, dvs genom besittningstagande.[7] Även här kan ju sägas att redarens konkursbo inte, utan stöd av särskild lagreglering i motsatt riktning, är skyldigt att dirigera boets personal till just det aktuella certepartibelastade fartyget. I norsk doktrin är också uppfattningen att tidsbefraktningsavtal inte kan skyddas enligt de allmänna sakrättsreglerna.[8] För egentlig

[4] Se, med kritik härav, Falkanger, Leie av skib s 705 ff och 742 ff, densamme, Identitetsendringer s 557 not 57 och Brækhus, Sikkerhet i certepartier s 74 ff. Jfr Grönfors s 426 ff och SOU 1987:27 s 148 f.

[5] Brækhus, Sikkerhet i certepartier s 77 f.

[6] Ang befraktarens möjligheter till skydd mot ny redare, se a a s 79–82.

[7] Falkanger, Identitetsendringer a st är tveksam redan till om certepartiförhållandet över huvud taget kan innefatta någon giltig besittningsövergång. Så även Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 40 med hänv.

[8] Se Falkanger a st och densamme, Leie av skib s 711–715 och 744 f samt Brækhus, Sikkerhet i certepartier s 84.

hyra av fartyg, "bare-boat charter", bör dock de allmänna reglerna kunna tillämpas. Falkanger menar emellertid här att intresset av att fartygsregistret ger klara och uttömmande besked om vilka belastningar som ligger på ett fartyg med avsevärd styrka talar emot detta. Det sägs också vara väl komplicerat med dubbla sakrättsliga system. Sakligt sett har han dock inget att invända mot att "bare-boat-chartraren" ges sakrättsskydd och det redan i och med upplåtelseavtalet.[9] Även Brækhus har uttalat att det är åtskilligt som talar för att göra hyresavtalen (i egentlig mening) till "reelle heftelser på skibene".[10]

Jag övergår nu till vad som i Danmark och Norge gäller då konkursboet inte önskar avbryta hyresförhållandet utan boet i stället *vill fullfölja* detsamma mot uppbärande av avtalat vederlag.

Enligt *dansk rätt* kan hyrestagare i allmänhet kräva besked av boet om dess avsikter i inträdesfrågan och vid negativt, för sent eller helt uteblivet svar häva, se 55 och 58 §§ DKL.[11] Omvänt har boet rätt att inträda med åtföljande massaansvar för uthyrarförpliktelserna, oavsett om hyrestagaren är sakrättsligt skyddad i sin rätt att nyttja eller inte. Konkursboet kan alternativt välja att säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel enligt 61 § 1 st DKL. Häri ligger sålunda en inskränkning av hyrestagarens sakrättsliga skydd: lagrummet förbjuder enligt uttrycklig föreskrift boets uppsägning endast för det fall då nyttjanderätten säkrats genom offentlig registrering, däremot inte då skydd uppnåtts genom tradition av egendomen. Av lös egendom är därmed endast registrerade nyttjanderättsavtal för fartyg och flygplan skyddade mot denna särskilda uppsägningsrätt för boet. Vill boet säga upp avtalet efter att först ha trätt in, kan det ske med samma varsel och i samma omfattning. Hyrestagarens skadeståndskrav på grund av det förtida avbrytandet av avtalsförhållandet är då en massafordran, men endast inom ramen för sedvanlig eller rimlig varseltid.

[9] Leie av skib a st. – Motsvarande frågor om begränsningarna i vad det sakrättsliga skyddet omfattar, som Brækhus diskuterat för certepartiavtalens del, har Falkanger behandlat för de rena hyresavtalen, "bare-boat charters", se Leie av skib s 734–737. Slutsatserna är i huvudsak desamma: hyrestagarens/chartrarens anspråk på underhåll av fartyget etc för tiden mellan konkursutbrottet och försäljningsdagen omfattas i princip inte av sakrättsskyddet. Endast själva nyttjandet av fartyget är omedelbart skyddat. Boets krav på vederlag för nyttjandet i konkursen kan dock kvittas mot chartrarens penningkrav på grund av boets försummelser av biförpliktelserna. Frågan blir sedan om boet mot sin vilja kan åläggas massaansvar för dessa förpliktelser. Svaret blir då med tvekan nekande, därför att ett sådant ansvar väsentligt skulle hindra avvecklingen av gäldenärens verksamhet, vilket är huvudsyftet med konkursinstitutet. Å andra sidan sägs att redan sakrättsskyddet för själva nyttjandet kan ge samma effekt. Det framhålls till sist att chartraren trots allt kan häva hela avtalet vid kontraktsbrott avseende väsentliga biförpliktelser.

[10] Brækhus a a s 90 not 77.

[11] Se för det följande främst Gomard s 49 ff men även Munch s 391 f och betænkning nr 606/1971 s 133.

Ett avtal om hyra av fartyg och flygplan som inte registrerats kan boet, oavsett om det först inträtt eller inte, säga upp med sedvanligt eller rimligt varsel enligt 61 § 1 st DKL. Hyrestagaren ("chartraren") kan sedan kräva skadestånd inom samma tidsramar, i det första fallet som massafordran, i det andra som konkursfordran.

Även *hyrestagaren* kan säga upp avtalet på motsvarande sätt, om inte uthyraren/gäldenären hade rätt att överlåta sin kontraktsrätt, 61 § 2 st DKL: finns överlåtelserätt anses det inte föreligga skäl för att vägra boets inträde i det varaktiga avtalet. Eftersom nyttjanderätt till lös sak i allmänhet är sakrättsligt skyddad i och med besittningstagandet, består hyresrätten mot ny ägare efter boets försäljning av objektet, om inte boet dessförinnan sagt upp avtalet enligt den nyss beskrivna 61 § 1 st DKL. Avtalet fortsätter således med förvärvaren som ny uthyrare, i den mån nu substitution på upplåtarsidan godtas i avtalsförhållandet ifråga. Då boets överlåtelse i praktiken förutsätter att hyrestagaren inte dessförinnan sagt upp avtalet enligt 61 § 2 st DKL, vilket alltså i sin tur förutsätter att substitution kan ske, får hyrestagaren alltid godta att boet överlåter kontraktet när överlåtelsen är obligationsrättsligt tillåten.

Hyrestagare som boet inte omedelbart kan frigöra sig ifrån och som betalar i förskott, kan kräva säkerhet för att boet fullgör uthyrarförpliktelserna, se 54 och 57 §§ DKL. Anses hyrestagarens prestationer innefatta löpande förpliktelser gentemot uthyraren, räcker det vid boets inträde att säkerheten hela tiden, "rullande", täcker värdet av nyttjandet för nästföljande hyresperiod, dvs i princip beloppet av en hyresbetalning, se 57 § 2 st DKL. I vad mån regeln är tillämplig vid uthyrarkonkurs är dock osäkert. Detsamma gäller för frågan om partiellt inträde kan ske. Uthyrarens kontraktsbrott före konkursen kan förmodligen brukas för hävning av avtalet mot boet i konkursen, 58 § 2 st DKL.

Det sagda avsåg hyra av lös sak i allmänhet. För just *finansiell leasing* har Kofoed-Hansen utlagt rättsläget på i huvudsak samma sätt. Vissa justeringar görs dock.[12] Till en början fastslås utan vidare att leasegivarens bo har inträdesrätt och att detta medför massaansvar för eventuella service- och bevaringsplikter etc. När ett leasingavtal löpt en viss tid och man kommit till rätta med de inkörningsproblem som inledningsvis kan råda, bör boet inte ha några betänkligheter mot att inträda. Att *inte* inträda i ett sådant läge medför endast att värdet av de successivt inflytande leasingavgifterna går tillspillo och att bevakningarna ökar. Det framhålls också att leasegivarens felansvar vid indirekt leasing ofta är helt eliminerat via avtalsvillkoren, varför ett inträde i allmänhet är tämligen riskfritt. Dessa synpunkter gäller i än högre grad om det finns en regressmöjlighet mot leverantören av objektet. Endast ifall leasegivaren ska prestera service, försörjning med reservdelar och liknande, menar

12 Se Kofoed-Hansen s 194 ff.

Kofoed-Hansen också att leasetagaren kan kräva säkerhet av boet. Denna säkerhet bör i så fall omfatta "en passende del af de fremtidige leasingydelser".[13]

Kofoed-Hansen skriver fortsättningsvis att boet sällan får antas ha rätt att säga upp med förkortat varsel enligt 61 § 1 st DKL. Detta skulle bero på dels att leasegivaren betingat sig en långvarig ouppsägbar basperiod, dels att leasetagaren accepterat att leasingavgiften som en konsekvens härav fastställts för amortering av uthyrarens anskaffningskostnad. Leasetagaren skulle bli betydligt sämre ställd om boet kunde säga upp avtalet före den avtalade tidpunkten. Häremot står dock boets intresse av att häva ofördelaktiga avtal och kunna disponera över tillgångarna för en snabb avslutning av konkursen. Hävningsintresset får dock tillgodoses via återvinningsreglerna och dispositionsintresset genom överlåtelse av leasingkontraktet med äganderätten till objektet, anser Kofoed-Hansen. Kanske bör en uppsägning från boets sida kunna erkännas i större utsträckning då det leasade objektet är av allmän art, tilläggs det. I dessa fall kan leasetagaren hänvisas till att ingå motsvarande avtal på annat håll.

Inte heller leasetagaren bör normalt ha rätt att säga upp avtalet, menar Kofoed-Hansen. Avgörande bör därvid vara om service och underhåll åligger leasegivaren och om boet i så fall förväntas kunna fullgöra dessa skyldigheter. Är leasegivarens prestationer i det väsentliga fullgjorda med avlämnandet av objektet, finns det förmodligen ingen möjlighet för leasetagaren att säga upp avtalet enligt 61 § 2 st DKL.

I *Norge* har inte särskilt angetts hur 7 kap LFD ska tillämpas vid uthyrarens konkurs vare sig för hyra av lös sak i allmänhet eller för finansiell leasing. Rättsläget överensstämmer dock säkerligen ganska väl med det danska. Vissa skillnader på grund av avvikande detaljbestämmelser torde ändå råda.

Enligt den norska lagens § 7–6 LFD kan således *endast konkursboet* säga upp ett varaktigt avtal (med förkortat varsel) och då endast för fallet *då boet först trätt in* i avtalet. Boet har alltså ingen allmän rätt att säga upp avtal med denna verkan: uppsägning kan bara ske då boet vill begränsa sitt *massaansvar*. Och medkontrahenten, här hyrestagaren, kan endast komma ifrån avtalet då boet avstår från att inträda. Hävning kan då ske med omedelbar verkan. I § 7–6 LFD står därtill inte, som i den danska 61 § DKL, att boets uppsägningsrätt endast inskränks då medkontrahentens rätt *registrerats* utan också då den är skyddad "på annen tilsvarende måte". Här ges utrymme för de allmänna sakrättsreglerna, t ex de om hyrestagarens skydd mot uthyrarens konkursborgenärer i

[13] A a s 195.

kraft av besittningstagande.[14] För avtal om finansiell leasing innebär detta, att leasetagaren efter besittningstagandet över huvud taget inte kan sägas upp av boet när boet en gång trätt in. Om detta verkligen är avsikten med den norska regeln får kanske försiktigtvis hållas öppet. Man kan tänka sig att boets rätt att säga upp efter ett inträde är inskränkt enligt § 7–6 LFD endast i den utsträckning som nyttjanderättsavtalet över huvud *kan* bli skyddad sakrättsligt, dvs endast i vad avser själva huvudförpliktelsen att låta hyrestagaren fortsätta nyttja objektet, däremot inte för vårdplikt, serviceåtaganden och liknande biförpliktelser. För de senare förpliktelsernas del skulle boet i så fall kunna säga upp enligt § 7–6 LFD även om hyrestagarens grundläggande, "sakrättsliga" nyttjande måste respekteras.[15]

En annan sak är sedan att hyrestagaren å sin sida ofta torde kunna häva hela avtalet med omedelbar verkan redan på konkursdagen, om inte boet inträder i avtalets samtliga delar. Vid finansiell leasing är den diskuterade uppdelningen mellan huvudförpliktelser och biförpliktelser (eller mellan en sakrättslig och en obligationsrättslig del) också föga intressant, eftersom leasegivaren normalt gjort allt vad som åligger honom då objektet avlämnats och han betalt leverantören. Något intresse för boet att kunna avlasta sig biförpliktelser på massaplanet uppkommer då aldrig. Man kan i det läget också fråga sig, om hyrestagaren då alls kan ställa boet mot väggen med en förfrågan om inträde vid äventyr av hävning: genom det sakrättsliga skyddet är hyrestagaren utan vidare säkrad mot att boet säger upp honom, och några biförpliktelser för vars del massaansvar behöver avkrävas boet finns inte. Det finns då heller knappast några betänkligheter mot att låta avtalet fortsätta som före konkursen utan att inträde behöver ske. Det sakrättsliga skyddet mot boet för nyttjandet som sådant kan då lika gärna benämnas automatiskt inträde, eftersom påföljden av boets underlåtenhet att respektera anspråket i bägge fallen leder till lika omfattande massaskadeståndsskyldighet.

För övriga frågor om 7 kap LFD:s tillämpning vid uthyrarens konkurs kan mutatis mutandis hänvisas till kap V 3.1.2 ovan.

I Norge har frågan i vilken utsträckning inträdesrätt finns för en leasegivares konkursbo inte penetrerats närmare. För *tidscertepartier* har däremot förts viss diskussion. Brækhus uttalade redan på 50-talet skepsis mot redarens konkursbos inträde: "The insolvent estate of the owner will as a rule not be able to continue the shipowning business, and in no case for any protected period; the vessel conse-

[14] Se om detta NOU 1972 s 318 f, Ot prp nr 50(1980–81) s 186 hsp och Sandvik, Materiell konkursrett s 94.

[15] Att boet utan massaansvar kan underlåta att fullfölja dessa förpliktelser redan "från början", genom att helt avstå från att inträda, följer redan av att förpliktelserna inte omfattas av det sakrättsliga skyddet för själva nyttjandeanspråket.

quently will have to be sold by voluntary or a forced sale".[16] Frågan var sedan om boet är skyldigt att (eller får) göra förbehåll för certepartiet vid försäljningen. Utgångspunkten är därvid att redarens bo typiskt sett är intresserat av att förbehålla certepartiet när befraktaren inte är det och tvärtom. Är den avtalade frakten hög i förhållande till marknadsfrakten vill boet typiskt förbehålla, eftersom priset vid fartygsförsäljningen då blir högre med än utan certeparti. I det omvända läget vill befraktaren ha skydd för sin rätt medan boet vill sälja fartyget obelastat. Kan då boet på högfraktstadiet tvinga befraktaren att kvarstå vid avtalet? Frågan formulerades också mera allmänt: har befraktaren att godta ett redarbyte? Skandinavisk rätt lär inte erkänna detta.[17] Redarbyte får således inte ske utan befraktarens samtycke m h t vikten av redarens särskilda egenskaper och det tillitsförhållande som anses råda mellan parterna. Kvalitén på besättning och övrig personal kan variera mycket mellan olika redare och därmed också redarens service åt befraktaren. Därför antas redarbyte inte kunna ske utan stöd i en uttrycklig klausul i avtalet eller särskilt medgivande. Det råder dock inte enighet om detta.

I boken Konkursrett från 1970 utvecklar Brækhus sina synpunkter på redarens konkursbos eventuella inträdesrätt.[18] För det första anges det personliga momentet i avtalsförhållandet. Befraktarna sägs lägga stor vikt vid vem som står för driften av det befraktade fartyget. Det råder ett tillitsförhållande mellan befraktare och redare, vilket förhållande inte gäller för boets del. Vidare kommer aspekten insolvens som bristande förutsättning in i bilden: "at rederiet er et konkursbo, kan tenkes å vanskliggjøre forholdet til leverandører og trafikanter rundt om i de forskjellige land som skibet seiler på." Befraktaren skulle vidare kunna hävda att en försvarlig drift av fartyget förutsätter att redaren har vissa ekonomiska reserver. "Skibet skal vedlikeholdes og nu og da fornye sin klasse – det koster, og dekkes ikke av noen forsikring." Långvariga certepartier går dessutom i många fall utöver boets livslängd samtidigt som redarbyte som sagt inte ensidigt torde kunna påtvingas befraktaren. *Brækhus' slutsats* blir därför att redarens konkurs ger befraktaren en ovillkorlig rätt att häva.

I en längre uppsats om olika slag av identitetsändringar på redarsidan vid tidsbefraktningsavtal, har även Falkanger diskuterat frågan om redarens konkursbo har någon möjlighet att överta avtalet.[19] När det först gäller *det ekonomiska ansvaret* för redarförpliktelserna skriver Falkanger, att det i vissa fall kan stå klart att boet inte eller endast med svårighet klarar av en korrekt fullgörelse, t ex då boets tillgångar är små och utsikterna är dåliga för att fraktmarknaden ska utveckla sig så att avtalet blir en bra affär för boet. I så fall bör befraktaren utan vidare kunna häva pga anteciperat kontraktsbrott. Om förhållandena däremot är annorlunda – det ställs kanske säkerhet för riktig fullgörelse – så kan befraktaren knappast protestera m h t dessa ekonomiska synpunkter, fortsätter Falkanger. Förmodligen kan befraktaren dock alltid häva om det inte ställs betryggande säkerhet. Befraktaren anges inte kunna påläggas risken i att själv tvingas ta ställning till om boets medel är tillräckliga. Med avvikelse från 39 § KöpL skulle befraktaren då redan när boet träder in få kräva säkerhet för de prestationer som befraktaren framöver kan kräva enligt certepartiet. Säkerhetens om-

[16] Se Juridiske arbeider s 373.

[17] Se a a s 374 och Falkanger, Identitetsendringer s 559 ff, särskilt 569 f med hänv, varav framgår att befraktaren torde kunna häva avtalet då skeppet säljs. Falkanger är dock för egen del kritisk mot detta, se a a s 571.

[18] S 171.

[19] Se till det följande Falkanger, Identitetsendringer s 557 ff och 584 ff.

fattning får bedömas skönsmässigt med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det aktuella fallet. Viktigt är därvid att tidsfrakten normalt betalas i förskott, vilket ökar befraktarens risk. Det väsentliga är enligt Falkanger att framhäva, att befraktaren inte utan vidare behöver finna sig i att boet inträder i avtalet: hans rättigheter går längre än till att få kräva säkerhet för förskottsbetalningen av en enskild fraktrat.

När det därefter gäller frågan om *boets kompetens* att fullgöra redarens förpliktelser, kommer den s k "trust and confidence"-synpunkten in i bilden. Konkursboet sägs ofta sakna de mest elementära kunskaper om "shipping" eller i vart fall om den speciella "fart" som certepartiet gäller för. Frågan är då om befraktaren omedelbart kan häva på grund av detta. Eller måste han först visa att boet och dess företrädare är mindre kompetenta än gäldenären? Räcker det kanske att fastslå att det numera är andra personer som rent faktiskt står för fullgörelsen? Falkanger vill inte ge samma, mot boets inträde entydigt avvisande, svar på dessa frågor som Brækhus. I enstaka fall sägs intresset av personlig fullgörelse vara så starkt, att befraktaren kan motsätta sig inträde. Allmänt förespråkas att det görs en samlad bedömning av det enskilda fallet i ljuset av vad som är typiskt för "vedkommende kontraktsart". Falkanger anser att man härvid först bör slå fast, att ett certeparti kan (men tydligen inte *behöver* – min anm) förutsätta personlig fullgörelse i den meningen, att befraktaren har rätt att utgå ifrån att redaren själv behåller den högsta besluts- och kontrollfunktionen på redarsidan. Analogier dras sedan till bl a entreprenadförhållanden och NS' kontraktsreglering av befogenheterna vid entreprenörens konkurs. *Sammanfattningsvis* uttalas att säkra regler nog inte kan uppställas i dessa frågor men att som huvudregel antagligen bör gälla, att redarens konkurs ger en viss *presumtion* för att befraktaren får häva. Hur stark presumtionen är beror i hög grad på de konkreta omständigheterna, såsom certepartiets varaktighet, om riktig fullgörelse kräver särskilda kunskaper och erfarenheter osv. Något förenklat kan kanske sägas, att Falkanger förespråkar en ordning snarlik den som numera antas utgöra den norska inträdesregeln vid entreprenörskonkurser, nämligen att medkontrahenten får häva om inte konkursboet kan visa att det har de ekonomiska och kompetensmässiga resurserna att fullgöra avtalsenligt.[20]

Tilläggas kan att Brækhus för sin del, i en artikel skriven 1976, vidhållit sin inträdesrättsavvisande linje med i stort sett samma argumentering som tidigare.[21] Lagmotiven till 7 kap LFD nämner inget om certepartiavtalens behandling vid redarens konkurs. Såvitt bekant finns heller inget prejudikat på området.[22]

3.1.2 Tysk rätt

Om *hyresobjektet ännu inte avlämnats då uthyraren försätts i konkurs* gäller enligt tysk rätt, att hyrestagaren inte har något sakrättsligt skydd för sin nyttjanderätt.[23] Boet kan således utan vidare behålla objektet och

[20] Se närmare om entreprenadregeln i kap IV 3.2 ovan.

[21] Sikkerhet i certepartier s 69 f och 77 f.

[22] För frågan om boets konkludenta inträde vid "bare-boat charter", se Falkanger, Leie av skib s 734–737 och not 9 ovan.

[23] Se för detta stycke Jaeger/Henckel s 628 ff, Baumgarte s 98 och Kuhn/Uhlenbruck s 479.

även förskottsbetalning som uthyraren kan ha erhållit före konkursen. Hyrestagaren får nöja sig med att bevaka sina krav som vanliga konkursfordringar. Önskar konkursförvaltaren i stället att fullfölja avtalet, kan det ske genom att boet inträder med fullständigt massaansvar enligt den allmänna inträdesregeln i § 17 KO. Angående de närmare rättsföljderna av inträdet i övrigt gäller detsamma som vid fastighetshyresvärdens konkurs, se inledningsvis i kap V 3.1.3 ovan. Ingen särskild eller avvikande reglering gäller för finansiell leasing.

Har *hyresobjektet avlämnats vid konkursutbrottet*,[24] så har hyrestagaren enligt besittningsskyddsregeln i § 986 st 2 BGB för det första *sakrättsligt skydd mot ny ägare av objektet*. Hyrestagaren är bara skyddad i sin rätt att få fortsätta nyttja objektet, däremot inte utan vidare för anspråk på underhåll, reparationer och andra "obligatoriska" förpliktelser. När det gäller *skyddet mot uthyrarens konkursborgenärer* som sådana, ges i § 21 st 1 KO en uttrycklig lagreglering: avtalet är verksamt mot boet och boet har ingen särskild uppsägningsrätt. Detta sakrättsskydd vid konkurs omfattar både skyddet för själva nyttjandet av objektet och biförpliktelser såsom underhåll och tillsyn av objektet. Tekniskt uppnås detta genom att boet dels inte får säga upp avtalet på grund av konkursen, dels blir "automatiskt" massaansvarigt för biförpliktelserna, se § 59 st 1 p 2 KO. Massaansvaret räknas fr o m konkursutbrottet. Försummat underhåll från tiden före konkursen kan boet inte göras ansvarigt för. När boet sedermera säljer hyresobjektet gäller de nyss beskrivna reglerna om skydd mot ny ägare. Hyrestagaren har således i och med besittningstagandet en förhållandevis bra ställning i uthyrarens konkurs.

Vid beskrivningen av det tyska rättsläget vid fastighetshyresvärdens konkurs redogjordes för de särskilda kvittnings- och avräkningsregler som där gäller.[25] För hyra av lös sak finns inga motsvarande bestämmelser. I fråga om *kvittning* är det tämligen ostridigt, att uthyrarens konkursbos krav på hyresbetalning för nyttjande i konkursen *inte* kan kvittas mot de konkursfordringar som hyrestagaren kan ha mot gäldenären, se § 55 st 1 p 2 KO och rättsfallet BGH 14.12.1983 (KTS 1984.284).[26] Krav på hyra för tid *före* konkursen kan dock givetvis kvittas mot konkursfordringar. Förfoganden över framtida hyra, t ex förskottsbetalning, kan enligt den förhärskande åsikten utan inskränkningar åberopas mot uthyrarens konkursbo, i den mån förfogandet inte kan återvinnas. Boet är

[24] Se för denna situation Jaeger/Henckel s 631 ff, särskilt 639 ff och 643 f, Baumgarte s 85 ff och Kuhn/Uhlenbruck s 478 f samt för de sakrättsliga delarna även Larenz, Lehrbuch II s 186 ff. Jfr även Falkanger, Leie av skib s 728 och 746 samt Forssell s 115.

[25] Kap V 3.1.3.

[26] Se ang kvittnings- och särskilt avräknings- (och förfogande-) frågorna, Jaeger/Lent s 778 f, Kuhn/Uhlenbruck s 476 f och 890 f, Kilger s 118 f, Baumgarte s 91 f, Müller, Aufrechnung s 23 ff, Jaeger/Henckel s 639–642 samt Henckel i Festskrift till Baur s 443 ff.

alltså i princip skyldigt att fullfölja samtliga uthyrarens skyldigheter enligt avtalet under massaansvar även då hyrestagaren betalat avsevärda förskott och boet kanske därför inte får någon motprestation alls för fullföljandet. Mot detta har Henckel opponerat sig. Huvudsakligen menar han det strida mot syftet med reglerna om ömsesidiga avtals behandling vid konkurs, att boet ska tvingas ta på sig ett fullständigt ansvar utan få något effektivt vederlag för detta därför att förskott etc utgetts. I stället menar han att boet alltid bör kunna kräva in den hyra som förfaller i konkursen.

Beträffande särskilt rättsläget vid *finansiell leasing* har *Baumgarte* resonerat enligt följande.[27] Leasegivarens konkursbos intressen är typiskt sett dels att leasingavgifterna ska fortsätta att flyta in även under konkursen, dels att leasingobjektet ska kunna realiseras i pengar (genom försäljning). Det första intresset tillgodoses genom regeln i § 21 st 1 LFD, vilken ju varken ger boet eller leasetagaren rätt att säga upp avtalet på grund av konkursen. Realisationsintresset tillgodoses genom att leasingavtalen tillåter överlåtelse av objektet men kan däremot komma i konflikt med regeln om att leasetagaren är sakrättsligt skyddad i sin besittning av objektet. Detta kan leda till att boet får svårt att hitta en köpare som är villig att acceptera att han inte får nyttja egendomen förrän kanske flera år efter köpet. Endast andra leasingbolag kommer då antagligen ifråga. Löper förlängningstid då konkursen inträffar får boet dessutom dålig avkastning på avtalet. Av dessa skäl skulle det vara gynnsamt för boet, om den allmänna § 17 KO, om valrätt mellan inträde med massaansvar och avstående med hävningsverkan, tillämpades. Boet skulle då kunna välja att avstå från att inträda och, på grund av att avståendet enligt "die herrschende Meinung" anses ha s k "Gestaltungswirkung", dvs i princip hävningsverkan, återta objektet.

Om köpoption avtalats har boet även ett tredje typintresse, skriver Baumgarte, nämligen att inte leasetagaren gör bruk av optionen (kanske endast mot en symbolisk köpesumma) och därmed förhindrar att boet säljer leasingobjektet till ett bättre pris på annat håll. Även detta boets intresse tillgodoses med tillämpning av den i § 17 KO inrymda avståenderätten med de därtill knutna hävningsrättsföljderna.

Mot dessa bointressen ställer Baumgarte för det första leasetagarens önskan att få behålla leasingobjektet tills basperioden löpt till ända. Särskilt gäller det då objektet används i leasetagarens produktion, vilken kanske måste avbrytas om återtagande sker. För det andra har leasetagaren ett intresse av att kunna utnyttja optionsrätter även under leasegivarens konkurs. Den del av leasingavgiften som leasetagaren betalat för optionsrätten ska inte få berövas honom av leasegivarens bo. Kontentan

[27] Baumgarte s 85 ff.

blir att § 21 st 1 KO:s regel bäst tillgodoser de båda leasetagarintressena. Avtalet kan då fås att fortsätta med alla leasegivarens skyldigheter som massaförpliktelser.

Baumgartes *slutsatser*, bl a grundade på en sammanvägning av intressena på ömse sidor, är att *avtal utan optionsrätter* utan vidare faller under § 21 st 1 KO, vilket även operationell leasing och hyra av lös sak i allmänhet gör, se ovan. För avtal med optionsrätt kompliceras bedömningen av att leasetagarens avgiftsbetalning till leasegivaren inte bara utgör vederlag för själva nyttjandet utan även ett visst belopp för optionsrätten. Först då optionen utnyttjas åtnjuter leasetagaren motprestationen i den delen. Han betalar m a o i förskott för optionen. Baumgarte framhåller vidare att en vanlig hyrestagares förskottsbetalning före konkursen är fullt verksam mot boet, § 21 st 2 KO e contrario (om inte återvinning kan ske). Här erkänns således att avtalet kan fås att fortsätta mot boets vilja utan att boet får någon motprestation för det, dvs varken för skyldigheten att låta hyrestagaren nyttja eller för biförpliktelser. Full avräkning med förskottet kan ju ske på boets hyreskrav i konkursen. Mot bakgrund härav ser Baumgarte inga betänkligheter mot att låta även *leasingavtal med förlängningsoption* regleras av § 21 st 1 KO. Detta grundas på att leasetagarens "förskott" för optionen bör vara säkrad mot boet på samma sätt som en vanlig förskottsbetalning av hyra. För *avtal med köpoption* sägs § 21 KO:s nyttjanderättsregler inte vara lika näraliggande. Man kan tänka sig, skriver Baumgarte, att endast själva nyttjandet omfattades av § 21 st 1 KO, medan andra anspråk på grund av avtalet behandlades enligt den allmänna valrättsregeln i § 17 KO (jfr mina funderingar i samma riktning i anslutning till den norska regleringen). En sådan uppdelning sägs dock riva isär leasingavtalet på ett otillåtet sätt. Det framhålls att skyddet mot boets uppsägning enligt § 21 st 1 KO enligt samstämmig uppfattning omfattar även biförpliktelser, vid sidan av det grundläggande nyttjandet. Och vanliga hyrestagares förskott för sådana prestationers fullgörande är därmed också de skyddade mot boet och behöver inte utges en gång till. Motsvarande skydd bör då gälla för det förskott som leasetagaren kan sägas utge för en avtalad köpoptionsrätt, menar Baumgarte: optionen utgör en del av leasingavtalet och för det samlade avtalet åtnjuter leasetagaren skydd mot boet enligt § 21 st 1 KO.[28]

Henckel har uttalat en något avvikande uppfatting om *finansiella leasingavtal med förlängnings- eller köpoption*.[29] Liksom Baumgarte anser han att leasetagaren via leasingavgifterna även utger en viss – visserligen inte beräkningsbar – ersättning för optionen. Han betalar ett förskott för

[28] Se för köpoptionsresonemanget a a s 92 f.

[29] Se Jaeger/Henckel s 643 f med vidare hänv och Henckel i Festskrift till Baur s 462 f.

ett värde som realiseras först med optionens utnyttjande. På grund av att Henckel, till skillnad från den härskande läran och Baumgarte, anser att förfoganden över framtida hyresbetalningar inte är giltiga mot boet, så menar han som en ren konsekvens härav att optionsrätten inte kan stå sig mot boet.[30] Henckel skriver således att leasetagarens förlängningsoption endast är ett "schuldrechtlichen Anspruch auf Abschluss eines Verlängerungsvertrages".[31] Detta anspråk är en vanlig konkursfordran som ska omräknas till ett penningkrav på vanligt sätt. Boet skulle m a o inte vara skyldigt att sluta förlängningsavtal med leasetagaren utan kan i stället återta objektet vid basperiodens slut. Har förlängningsavtal däremot redan kommit till stånd före konkursen på ett återvinningsskyddat sätt, är boet bundet av detta oavsett om leasingavgiften under förlängningstiden är betydligt lägre än under basperioden.

För *leasingavtal med köpoption* resonerar Henckel på samma sätt: anspråket på att få köpa är endast en konkursfordran, som boet inte behöver fullgöra. Själva leasingavtalet måste dock givetvis respekteras enligt § 21 st 1 KO. Av det faktum att lagrummet även skyddar leasetagarens eventuella naturafordringar på vård, reparationer och liknande, kan dock, i motsats till vad Baumgarte menat, inga slutsatser dras för rättigheterna enligt köpoptionsavtalet. Skyldigheterna enligt optionen kan inte jämställas med biförpliktelser enligt leasingavtalet utan får bevakas som konkursfordran. Leasetagaren är dock under basperioden oavsett detta skyddad mot uppsägning enligt § 21 st 1 KO. Och om ett ömsesidigt bindande köpavtal slutits före konkursen på grundval av optionen, och prestationerna på ömse sidor ännu inte helt fullgjorts vid konkursutbrottet, är den allmänna valrättsregeln i § 17 KO tillämplig på detta avtal.

I den senaste upplagan av Mentzels konkurslagskommentar instämmer Uhlenbruck med Henckel beträffande finansiella leasingavtal med förlängnings- och köpoption.[32] Efterson han inte delar Henckels uppfattning i frågan om giltigheten av före konkursen utgivna förskott på hyra/leasingavgift är detta något förvånande.[33] Jämför att Henckels uppfattning i den frågan inte utgör "die herrschende Meinung", varför förmodligen inte heller hans slutsatser om optionsrätternas behandling ligger i linje med den förhärskande uppfattningen.

[30] För det fall leasetagarens förtida avgiftsförfoganden anses verksamma mot boet i enlighet med den förhärskande meningen, godtar Henckel att optionsrätten måste respekteras av boet, se Festskrift till Baur s 462.

[31] Jaeger/Henckel s 644.

[32] Kuhn/Uhlenbruck s 478 f.

[33] Se a a s 476.

Det nu skrivna gällde hyra och finansiell leasing av lösa saker. För *hyra av fartyg* gäller i det väsentliga detsamma. För registrerad hyresrätt till fartygs sakrättsliga skydd mot ny ägare vid boets försäljning av fartyget gäller dock i huvudsak samma regler som för hyra av fast egendom, se §§ 580a BGB, 571 BGB, 162 ZVG, 57a ZVG och 21 st 4 KO.[34] I dessa delar kan hänvisas till kap V 3.1.3 ovan.

1985 års insolvensrättsförslag innehåller inga större nyheter för uthyrarkonkurs. Nuvarande § 21 st 1 KO upptas för reorganisationsförfarandets del med den ändringen, att även avtalsförhållanden där hyresobjektet inte hunnit avlämnas ges uppsägningsskydd mot insolvensboet. Detta sägs i motiven vara en naturlig följd av förfarandets inriktning på reorganisation, inte avveckling. Jämför redan idag motsvarande reglering vid ackord, § 51 VO.[35]

3.2 Svensk rätt

3.2.1 Hyrestagarens sakrättsliga skydd

Frågan om sakrättsligt skydd kan uppnås för nyttjanderätt till lös sak tillhör de mest omdiskuterade problemen i svensk sakrättsdoktrin under 1900-talet.[36] Med utgångspunkt i ett 1907 upphävt fastighetsrättsligt stadgande om nyttjanderättshavarens bristande skydd mot ny ägare ("köp bryter legostämma"), ett under stark dissens avgjort rättsfall från 1905 avseende utmätning och ett notisfall från 1917 avseende skydd mot ny ägare (där det anses oklart om HD tillmätt god tro hos förvärvaren betydelse),[37] har i olika lagmotiv och i framför allt den äldre men även i en del av den nyare doktrinen antagits, att nyttjanderätt till lös sak saknar möjlighet att uppnå skydd mot borgenärer och ny ägare av det hyrda objektet.

[34] Se härom Jaeger/Henckel s 638, jfr Falkanger, Leie av skib s 729 och 746.

[35] Se Insolvenzrecht I s 222 (Leitsatz 2.4.1.5).

[36] Se bl a Hasselrot, Lån och saklega s 117 ff och 161, Hassler i Festskrift till Stjernberg (1940) s 104 ff, Nial i SvJT 1940 s 673 ff, Ekelöf i SvJT 1940 s 483, Undén i TfR 1940 s 527 f, Olivecrona i SvJT 1941 s 401, Walin i SvJT 1941 s 428 ff, Lundstedt i Festskrift till Ekeberg (1950) s 331 ff, bl a på s 336 f, 340 och 352, Tiberg i SvJT 1964 s 497 ff, Grönfors i Festskrift till Arnholm (1969) s 417 ff, särskilt 430 ff, Hessler s 288 ff, Walin, Separationsrätt s 46 ff, Forssell s 145 ff och 217 ff, Håstad i SvJT 1976 s 515 ff, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 60 ff, Rodhe, Sakrätt s 566 f (jfr 553) och 607 ff, Hellner II s 172 ff, Håstad, Sakrätt s 322 ff och Millqvist s 243 ff. Från det offentliga trycket kan nämnas SOU 1970:74 s 136 ff och SOU 1974:55 s 227.

[37] Rättsfallen är NJA 1905 s 329 och NJA 1917 A 429.

Grunden för detta är nog i varje fall till en del begreppsjuridisk: saklegan antogs inte vara någon "sakrätt" utan endast en "obligatorisk rätt", och med hänsyn till att sakrätternas antal "är" begränsat, vilket sedermera allmänt motiverats med omsättningshänsyn, ansågs sakrättsligt skydd inte kunna komma ifråga utan lagstiftarens ingripande. Dessutom antogs saklegan sällan beröra några större ekonomiska intressen, då hyrestiderna normalt var korta och objekten förhållandevis billiga och lätta att förhyra på annat håll.

Dessa argument behöver idag knappast något närmare bemötande: huruvida "nya sakrätter" ska godkännas eller inte bör givetvis dikteras av reella skäl och ingen i förväg fastslagen och orubblig tes om ett begränsat (eller obegränsat för den delen) antal skyddade rätter. Och med beaktande av framväxten och den ökade betydelsen av nyttjanderättsformer som finansiell leasing, tidscertepartier och "bare-boat charter" av fartyg är argumentet om den ringa ekonomiska betydelsen uppenbarligen förlegat.[38] Även den risk för skentransaktioner som anförts mot sakrättsskydd kan direkt avvisas, då skyddet här, liksom oftast annars inom sakrätten, bör vara knutet till ett publicitetsskapande moment, såsom hyrestagarens besittningstagande av objektet eller inskrivning/registrering av avtalet.

I nyare (men även en del äldre) litteratur är man också öppen för att godkänna både borgenärsskydd och omsättningsskydd för i alla fall vissa betydelsefulla former av nyttjanderätt till lös egendom. Oenighet råder dock om detta kräver lagstiftning eller om domstolarna redan i dagsläget kan tillämpa en regel om sakrättsligt skydd. Den främste förespråkaren för ett godtagande av sakrättsligt skydd redan de lege lata är Walin.[39] Han välkomnar en framstegsvänlig rättspraxis och förespråkar att besittningstagandet tillmäts samma betydelse som vid köp av lös egendom, både vad gäller borgenärs- och omsättningsskyddet. Vid eventuell tvekan inför en generell regel med detta innehåll, sägs skydd vara rekommendabelt i vart fall för upplåtelser som ligger nära köp eller mera allmänt då det ekonomiska livets förlitan på upplåtelsens bestånd är särskilt motiverad. Först och främst skulle då inbegripas avtal med köpoptionsrätt för hyrestagaren och, om sådan inte avtalats, kontrakt som slutits i uthyrarens yrkesmässiga verksamhet. Som eventuellt tilläggsrekvisit anges att "hyresvillkoren är i huvudsak normala."[40] Slutligen, för att möjliggöra för konkursbon att kunna sälja objektet utan en ibland trots allt be-

[38] Jfr ang "bare-boat charter" senast i SOU 1987:27 s 55 f och 79 ff.

[39] Se Separationsrätt s 46 ff, särskilt s 49 men även densamme redan i SvJT 1941 s 428 ff. Jfr även Walin/Gregow/Löfmarck s 138.

[40] A a s 49.

tungande nyttjanderättsbelastning, föreslår Walin att konkursboet bör kunna lösa objektet från hyrestagaren mot ersättning för dennes förlust.

Håstad är av ungefär samma uppfattning som Walin och skriver således, att det får anses vara en tämligen öppen fråga om domstolarna skulle medge sakrättsligt skydd medelst besittningstagande för åtminstone ekonomiskt betydelsefulla nyttjanderätter. "Troligen skulle frågan prövas tämligen förutsättningslöst, såsom i ett lagstiftningsärende."[41]

Motsatt ståndpunkt om sakrättsskyddets behov av stöd i lagstiftningen finns emellertid också företrädd i den moderna litteraturen. Att Rodhe antar den gamla regeln fortfarande gälla, i brist på mera konkret stöd för motsatsen, är inte överraskande med tanke på hans grundläggande uppfattning om rättsvetenskapens uppgift.[42] Häri har Millqvist i sin leasingavhandling utan vidare instämt.[43] Även Hellner antar att "den hävdvunna principen fortfarande gäller...att den har generell räckvidd",[44]"och att det på grund av sammanhanget mellan olika delar av det sakrättsliga skyddet och de rättstekniska svårigheterna vid en partiell lösning"[45] inte är troligt att frågan kan lösas utan lagstiftning.[46]

Utöver dessa två motsatta ideologier kan en mellangrupp urskiljas. Till denna kan kanske först Tiberg föras. Han skriver 1964 angående gällande rätt att "det är möjligt att vi befinner oss i en utvecklingsperiod mot ett vidare skydd."[47] Detta kan enligt Tiberg tänkas gälla i alla sakrättsliga situationer. Hessler uttalar att det kan "mycket starkt ifrågasättas, om inte tiden är mogen för att möjliggöra sakrättsligt skydd" och att det då är naturligt att knyta an till besittningstagandet.[48] Huruvida lagstiftning behövs för detta nämns inte. Bengtsson har framhållit att "rättspraxis kan inte sägas ha tagit definitiv ställning i alla de situationer där skyddet kan bli aktuellt".[49] Till sist kan här ett uttalande av Forssell anges: "Oavsett vilken uppfattning man har om domstolarnas frihet att i en uppkommande tvist välja en konstruktiv lösning av problemet med tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös egendom, lär man inte kunna förneka att ett grundligt och snabbt klarläggande av nyttjanderättshavarens sakrättsliga ställning kräver lagstiftarens medverkan."[50]

41 Håstad, Sakrätt s 328 med hänv till Walin, jfr även Håstad i SvJT 1988 s 255.

42 Rodhe, Sakrätt s 566 f, jfr 553.

43 Millqvist s 243 ff.

44 Hellner II s 172.

45 A a s 173.

46 Jag återkommer strax nedan till frågan om funktionellt samband mellan olika sakrättsliga frågor.

47 SvJT 1964 s 509.

48 Hessler s 300.

49 Särskilda avtalstyper s 62.

50 Forssell s 220.

Jag har hittills undvikit att behandla det enligt min mening enda beaktansvärda allmänna argumentet *mot* sakrättsskydd för nyttjanderätt till lös sak, trots den ostridigt stora ekonomiska betydelsen av bl a finansiell leasing, nämligen *omsättningsintresset*: det är lättare att sälja och att få ett bättre pris för objektet om det inte är belastat med nyttjanderätt.[51] Eller som Bengtsson uttryckt det: "hur många vill köpa en maskin, som skall användas av en annan under längre tid?"[52] Häremot har dock invänts (förutom att uthyraren kan ges rätt att lösa ut hyrestagaren[53], vilket väl dock i stort sett ändå blir den ekonomiska effekten om en nyttjanderättshavare som är sakrättsligt skyddad sägs upp) att objektet vid leasing ofta är mer värt för leasingbolaget och dess borgenärer då det är uthyrt och att det därför inte är givet att nyttjanderättens förbehållande sänker priset.[54] Samma förhållande lär, kanske t o m i högre grad, gälla för fartygsavtalen. Fartygets värde är alltså ofta betydligt högre med ett löpande kontrakt än utan detta.[55] Det ligger således ofta (normalt?) i båda sidors intresse att objektet kan fortsätta att kontinuerligt generera pengar till upplåtaren och hans borgenärer i kraft av det redan ingångna avtalet. Och omsättningsintresset gäller då snarare *kontraktet* (ofta säkrat med objektet) än själva objektet som sådant. Detta är också en logisk följd av upplåtelsens och den "bevarade äganderättens" funktion av finansiering resp finansieringsunderlag, inte omsättning i egentlig mening.

Mot detta har hävdats, att egendomen i så fall alltid med borgenärernas medgivande kan säljas med förbehåll om nyttjanderätten.[56] Enligt min mening är invändningen inte hållbar. Eftersom nyttjanderättshavaren i det enskilda fallet inte i förväg kan förutse om borgenärerna kommer att förbehålla hans rätt eller inte, kan det bristande sakrättsliga skyddet föranleda att han ser sig tvungen att i förebyggande syfte, "för säkerhets skull", omedelbart säga upp avtalet vid upplåtarens insolvens och konkurs, jfr 12:30 JB och skälen för den där inrymda uppsägningsrätten. En sådan uppsägning kan säkerligen även komma till stånd i fall där den inte är sakligt motiverad, utan endast utgör ett sätt att komma ur ett avtalsförhållande som blivit ogynnsamt. Jämför även uttrycket att avtalet skulle "förfalla" eller automatiskt "upplösas" vid konkursutbrottet därför att sakrättsligt skydd saknas.[57] Vidare kan det, som vi närmare

[51] Ang den rättspolitiska avvägningen mellan nyttjanderättshavarens intresse av skydd och omsättningsintresset, se Forssell s 158 och Håstad, Sakrätt s 326.

[52] Särskilda avtalstyper s 66.

[53] Se Tiberg i SvJT 1964 s 513, Walin, Separationsrätt s 49 och Forssell s 158 f.

[54] Se t ex Forssell s 159 och Håstad, Sakrätt s 325 f.

[55] Se Tiberg i SvJT 1964 s 514 ff, Grönfors s 417 ff här och där samt SOU 1970:74 s 136 ff.

[56] Håstad, Sakrätt s 325 f.

[57] Se t ex SOU 1964:10 s 83 och Tiberg i SvJT 1964 s 515.

ska se nedan, sättas ifråga om konkursboet får tvinga sig kvar i avtalet under konkurstiden mot hyrestagarens vilja, om det finns risk för att denne mister sin rätt vid en kommande försäljning. Det kan nu visserligen tänkas, att konkursboet vid äventyr av avtalets hävande är skyldigt att i förväg ge besked huruvida nyttjanderätten kommer att förbehållas vid försäljningen eller inte, men svaret kan för boet vara svårt att ge långt innan konkursboets avveckling aktualiserat frågan. Ett "automatiskt" skydd i vart fall fall fram till försäljningen ligger då närmast i *boets* intresse. Med Walin kan då sägas att det synes riktigare, att de sakrättsliga reglerna endast konfirmerar vad kontrahenterna – här nyttjanderättshavaren och uthyrarens konkursbo – själva måste finna naturligt.[58]

Dessutom bör noteras att omsättningsargumentet, liksom övriga anförda argument mot sakrättsligt skydd, egentligen uteslutande är inriktat på skyddet mot ny ägare av objektet, dvs "köp bryter lega"-fallet. Angående just *borgenärsskyddet* är dessa omsättningsskyddsargument möjligen i högre grad relevanta vid utmätning än vid konkurs, eftersom försäljning vid utmätning kommer till stånd tämligen omgående efter utmätningsbeslutet. Observera dock att utmätning (också) av kontraktsrätten hos upplåtaren lika ofta bör vara intressant för kronofogden, som utmätning av själva objektet. Eftersom leasingbolagen i sina kontrakt förbehåller sig rätt att förfoga över kontraktsrätten (och objektet) genom överlåtelse och pantsättning, leasetagaren inte bör ha något att invända mot detta samt värdet av det löpande avtalsförhållandet då kan bevaras och kostnaderna vid återtagande undvikas, så är upplåtarens kontraktsrätt såväl utmätningsbar som många gånger ett bättre utmätningsobjekt än uteslutande det uthyrda objektet. Tillfogas kan att förfoganderätten över upplåtarens kontraktsrätt också är en förutsättning för att leasingbolagen (finansbolagen) smidigt ska kunna fullfölja den del av den finansiella verksamheten som utgörs av förvärv, avyttring (överlåtelse och säkerhetsöverlåtelse) och pantsättning av kontraktsrättigheter (med eller utan objekt).[59] Även detta stödjer tesen att det viktiga inte är omsättningen av

[58] Separationsrätt s 49.

[59] Borgenärsskydd för leasetagarens rätt stärker också värdet av *panträtt* i framtida leasingavgifter. Om leasingavtal inte skyddas kan leasegivarens konkursbo utan vidare ta tillbaka objektet utan massaansvar, vilket medför att leasingavgiftsbetalningen upphör. Väljer konkursboet i stället att inte återta objektet, fortsätter däremot avgifterna att flyta in efter konkursutbrottet. I och med att detta är ett *frivilligt val* av boet, bör panthavarens rätt till avgifter frysas på konkursdagen, jfr ang sakrättsligt oskyddade fordringar på arbete i NJA 1973 s 635. Om leasetagaren däremot är borgenärsskyddad i sin rätt, kan inte boet vägra att låta honom fortsätta nyttjandet, vilket i sin tur bör medföra att de leasingavgifter som betalas under konkursen utan vidare tillfaller panthavaren, dvs är sakrättsligt verksamt pantsatta. Jfr motsvarande läge vid en avbetalningssäljares konkurs, där den som fått vederlagsfordringen som pant torde ha rätt till framtida successivt förfallande vederlag även under pantsättarens/säljarens konkurs om varan traderats, vilket kan motiveras med att boet då inte kan hindra avbetalningsköparen från att genomföra köpet. *Sakrättsligt*

själva det uthyrda objektet som sådant utan av kontraktsrättigheten säkrad med objektet. Säkerheten i denna omsättning förstärks avsevärt om inte kontraktsrätten riskerar att upphöra när den som bäst behövs, dvs vid överlåtelsen/pantsättningen av kontraktsrätten och objektet. Motsvarande förhållande gäller i fartygsbranschen, där ju som sagt fartyget med avtalet ofta ger högre avkastning än enbart fartyget och avtalet dessutom, liksom leasingkontrakt, utgör ett viktigt kreditunderlag för upplåtaren/redaren, såväl vid certepartiavtal som "bare-boat charter".

Vid *konkurs* gör sig dessa aspekter gällande i än högre och det traditionella omsättningsargumentet i än lägre grad. Rörelsen kan här fortsättas under flera år utan att objektet och kontraktsrätten säljs. Den tidigaste tidpunkten för utövande av en köpoption kanske infaller under konkurstiden, varför det över huvud taget aldrig blir aktuellt för leasegivarens/redarens bo att sälja till tredje man. Man bör vidare betänka, att en professionell uthyrares "varulager" ofta består av ett mycket stort antal uthyrda objekt och kontraktsrätter, vilket gör att ett avbrytande av de utestående avtalen och en återtagning av objekten av praktiska skäl ofta är omöjligt. Tvärtom är det ur konkursboets synvinkel nog snarare välkommet om leasetagarna etc är beredda att fullfölja avtalen och även köpa objekten (oavsett om optionsrätt avtalats eller inte), så att boet kan få ut åtminstone ett visst vederlag i stället för det kanske mycket ringa återstående försäljningsvärde som ett sedan länge uthyrt objekt representerar. Särskilt i leasingsammanhang förefaller således den lösningsrätt *för konkursboet*, som bl a Walin föreslagit som ett komplement till en regel om sakrättsligt skydd, något bakvänd. Typintresset för boet (och leasetagarna) är snarare det omvända, dvs att *leasetagarna* löser objekten från boet.

Den konkurrenssituation som det i dessa fall blir fråga om mellan hyrestagaren/leasetagaren och boet gäller mycket litet den situation som

skydd för leasing borde på motsvarande sätt väsentligt stärka panträtt i framtida leasingavgiftsfordringar. Jfr, med samma uppfattning i dessa frågor, Håstad, Sakrätt s 260 f. För det fall *både* avgiftsfordringarna och objektet pantsatts (vilket ifråga om rättsföljder bör vara detsamma som pantsättning av leasingbolagets rätt enligt kontraktet) menar Håstad att boet, även om sakrättsligt skydd för leasing saknas, inte har någon "alternativ dispositionsmöjlighet", eftersom panthavaren vid utebliven betalning kan göra sin panträtt i objektet gällande. I och med att boet saknar denna möjlighet, bör alltså panthavaren här ha sakrättsligt skydd för leasingavgifter som inflyter under konkursen, även om sakrättsligt skydd för leasetagarens rätt saknas. Resonemanget är enligt min mening helt riktigt.

I sammanhanget kan nämnas att såväl det uthyrda objektet som hyresfordringarna kan ingå i *företagshypotek*, se 2:1 FHL, jfr 4 § 1 p och 6 p FiL, SOU 1964:10 s 113 och prop 1966:23 s 104. För företagshypotek i dessa egendomsslag bör gälla detsamma för intjänadefrågorna som vid panträtt. Att företagshypotek kan göras gällande både i hyresfordringar och hyresobjekt bör inte göra någon skillnad.

Själva nyttjanderätten har vidare ansetts vara ett så betydelsefullt kreditobjekt på hyrestagarens sida, att den, trots antagande om bristande omsättningsskydd, bör omfattas av företagsinteckning/-hypotek, se förr uttryckligen i 4 § 4 p FiL, jfr prop 1966:23 s 94 och 99 f.

"köp bryter lega"-regeln avser, dvs skyddet mot ny ägare och det omsättningsintresse denna regel anses grundad på, utan något annat. Så länge konkursboet inte har något intresse av att sälja objektet, och frågan om sakrättsligt skydd mot ny ägare inte aktualiseras, utgörs boets med hyrestagarens konkurrerande anspråk avseende objektet typiskt sett av att antingen *självt få nyttja objektet* (vilket väl är ett rätt opraktiskt fall) eller *att boet självt önskar hyra ut objektet* till en ny leasetagare mot ett bättre vederlag än vad det bestående avtalet ger.

Den beskrivna skillnaden mellan det egentliga omsättningsskyddet, utmätningsskyddet och konkursskyddet, kan motivera att de sakrättsliga reglerna skiljer sig något mellan de tre fallen eller i vart fall mellan det egentliga omsättningsfallet och borgenärsskyddsfallen. Jämför härtill att en nyttjanderättshavare till *fast egendom* anses uppnå skydd mot upplåtarens konkursbo redan i och med avtalet, medan hans rätt är sämre ställd och ibland kan falla vid frivillig eller exekutiv försäljning enligt 7 kap JB:s och 12 kap UB:s regler. Skydd mot boet som sådant finns här oavsett tillträde, inskrivning, förbehåll, god tro etc, även om sådana brister kan straffa sig i förhållande till den som köper fastigheten av boet. Vad är det då som säger att en principiell motsvarande olikhet i behandling mellan de båda kollisionsfallen inte skulle kunna vara ändamålsenlig vid nyttjanderätt till lös egendom?

Ser vi åter uteslutande på nyttjanderätt till lös sak och dess *konkursskydd*, gäller konflikten som sagt i dess rena form, liksom vid andra sinsemellan oförenliga bruksrätter, endast frågan om kontraktsmotpartens/nyttjanderättshavarens anspråk på fortsatt nyttjande contra boets anspråk på att självt få nyttja eller på att upplåta ny nyttjanderätt till annan. Ur praktisk synvinkel är vid leasing endast det senare alternativet värt att diskutera. Skälen för att låta boet vinna denna konflikt förefaller svaga. Snarare uppdagas nog att de skäl som brukar anföras mot sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak uteslutande tagit sikte på förhållandet gentemot ny ägare, vilket här blir aktuellt först då boet önskar sälja objektet. När det gäller konkurrensen med boet som sådant förefaller det riktigare att snegla mot reglerna för *dubbelupplåtelse av nyttjanderätt* till lös sak. Här gäller att den förste nyttjanderättshavaren alltid får behålla saken om han före den andre fått den i sin besittning.[60] Jag menar de lege lata att nyttjanderättshavarens besittningstagande på motsvarande sätt bör ge skydd mot upplåtarens konkursbo som sådant. Såväl intresseläget som likhet i typisk konfliktsituationen talar för detta.

Påståendet att det nyss förordade är förenligt med gällande rätt kan stödjas på det faktum, att det i rättspraxis helt saknas belägg för att nytt-

[60] Jfr 13:2 HB, Hessler s 312, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 63 f, Håstad, Sakrätt s 329 och Rodhe, Sakrätt s 591.

janderättshavaren inte skulle ha något sakrättsligt skydd mot konkursborgenärer. Jämför Bengtssons ovan citerade uttalande om rättspraxis' ofullständighet. Vid genomgång av det senaste halvseklets litteratur har jag som sagt inte heller hittat något sakligt argument som tagit sikte på annat än sitationen då det uthyrda objektet säljs, dvs "köp bryter lega"-fallet.[61] Jag får därför lov att instämma med Forssell som slutit att den antagna frånvaron av borgenärsskydd endast är en generalisering från principen "köp bryter lega" och att det av denna princip ansetts följa att även borgenärsskydd saknas.[62]

Det finns dock en del för konkursfallet självständiga skäl mot erkännande av sakrättsligt skydd för hyrestagaren. Som vi sett vid behandlingen av hyresvärdens konkurs i kap V och redogörelsen för den tyska diskussion ovan i detta kapitel, är värdet för boet av att stå kvar vid avtalsförhållandet i stor utsträckning avhängigt av *om boet kan få effektivt vederlag* i konkursen. Har en leasetagare före konkursen t ex betalat nio månaders leasingavgift i förskott, finns således knappast något affärsmässigt intresse för boet att låta avtalet bestå. Detsamma gäller om det rådande avtalet (oavsett förskottsbetalningar) ger dålig avkastning med hänsyn till vad marknaden ger för ett motsvarande avtal vid tiden för konkursen. Särskilt i tysk rätt har uppmärksammats att en nyttjanderättshavares sakrättsliga skydd i konkurs även kan ge honom sakrättsskydd för avsevärda förskottsbetalningar och därigenom urholka egendomens värde för konkursboet. För fast egendom har möjligheten att med verkan mot boet förtidsbetala eller på annat sätt förfoga över framtida hyra gjorts tidsbegränsad, se § 21 st 2 KO. För lös egendom finns ingen lagreglerad motsvarighet. I litteraturen har dock (se 3.1.2 ovan) ändå hävdats att förtida förfoganden här helt bör sakna verkan för hyrestid i konkursen, eftersom boets ställning annars skulle bli alltför svag. Åsikten grundas närmare bestämt på det faktum, att nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd vid konkurs i Västtyskland även omfattar biförpliktelser såsom vårdplikt och underhållsskyldighet. Eftersom boet utan vidare är massaansvarigt även för sådana positiva förpliktelser, och nyttjanderättshavaren omvänt är säkrad även i dessa delar, kan det sägas vara en rimlig avvägning av intressena att boet får fullt vederlag för den risk som det

[61] Jfr att utmätningsdiskussionen på 40-talet endast avsåg om 68 § UL (idag 4:17 UB) skulle innefatta något materiellt eller inte.

[62] A a s 159, 161 och 219. Mot detta har Håstad uttalat skepsis i SvJT 1976 s 717, dock utan egentlig motivering ang Forssells uttalande om borgenärsskyddet. – Jfr till det sagda Hasselrot, Lån och saklega (1927) s 117 f och 161 där det sägs dels att legotagarens rätt får vika om köparen säger upp honom då legogivarens konkursbo (eller utmätningsborgenärer) säljer egendomen men att boet inte direkt kan häva avtalet. Hasselrot anser således att *boet som sådant måste respektera nyttjanderätten* och att principen "köp bryter lega" slår igenom först på försäljningsstadiet.

ålagts av lagstiftaren. Den härskande meningen i tysk rätt är ändock, att hyrestagarens förfoganden över framtida hyra är fullt verksamma mot boet. En annan sak är att förtidsbetalningarna under vissa förutsättningar kan återvinnas.

I Sverige finns, i förhållandet till *ny ägare av fast egendom* belastad med nyttjanderätt, en viss motsvarighet till den tyska ordningen, se 7:17 1 st 3 p JB och 12:47 2 st 2 p UB. För hyra av fast egendom innebär de något enklare reglerna för *exekutiv* försäljning kort sagt, att en sakrättsligt skyddad hyresgästs betalning av hyra till den ursprunglige ägaren, vilken hyra förfaller mer än sex månader efter tillträdesdagen, inte kan göras gällande mot den nye ägaren. Förtidsbetalning av en hyra, som egentligen förfaller mer än sex månader efter vad som visar sig bli exekutivköparens tillträdesdag, medför alltså risk för hyresgästen att få betala en gång till, den andra gången till den nye ägaren. De angivna lagrummen gäller även då ett konkursbo säljer, och reglerna förhindrar därmed också till en del att nyttjanderättshavarnas förtidsbetalningar försämrar priset vid konkursförsäljningen. Några motsvarande begränsningar av möjligheterna att kunna åberopa förtidsbetalningar *mot konkursboet som sådant* finns inte. Jag har dock de lege ferenda föreslagit en skärpt motsvarighet, se allra sist i kap V ovan. Därmed förhindras att fastighetens värde urholkas för boet under konkursen utan att boet tvingas sälja fastigheten omgående.

En förutsättning för sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak skulle nu kunna vara, att det för fastighetsfallet föreslagna begränsade förbudet mot avräkning på förtidsbetald hyra gjordes tillämpligt också på nyttjanderätt till lös sak. Detta får då förespråkas de lege ferenda. Motsvarande inskränkning av hyrestagarens rätt att kvitta konkursfordringar på boets hyresfordringar kan då övervägas. En sådan kvittningsregel torde nämligen behövas om sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak införs, då skyddet i princip bör medföra att det blir tillåtet att kvitta konkursfordringar på boets vederlagskrav i konkursen. Om sakrättsligt skydd mot boet däremot saknas, beror en fortsättning av avtalsförhållandet på boets frivilliga val (om inte konkursen ger *hyrestagaren* omedelbar hävningsrätt på grund av det bristande sakrättsskyddet, jfr 12:30 JB), varför kvittning inte bör kunna ske. I det senare fallet är läget i kvittningshänseende jämförbart med att boet som sådant skaffar sig en fordran genom ingående av ett nytt avtal.

I dagsläget kan någon inskränkning av hyrestagarens rätt att göra gällande förtidsbetalningar etc inte åberopas. Tvärtom är exempelvis en leasetagares förtidsbetalning av leasingavgift före konkursen fullt giltig mot boet, om inte återvinning kommer ifråga. Och återvinningsmöjligheterna beträffande sådana betalningar är små. Endast den subjektiva

återvinningsregeln i 4:5 KL torde komma ifråga. Ett visst korrektiv mot leasetagares förtidsbetalningar före leasegivares konkurs utgör bestämmelsen trots allt. Ifall det redan i leasingavtalet stadgats att leasingavgiften löpande ska erläggas exempelvis halvårsvis eller årsvis i förskott och förskott erlagts en tid före konkursen, torde dock återvinning vara utesluten. Om leasingavtalet då är sakrättsligt skyddat kan det innebära att avsevärt avbräck för borgenärerna.

Bör inte det just sagda utgöra det avgörande argumentet mot nyttjanderättsavtalens borgenärsskydd? Nej, inte enligt min mening! Vid leasing och hyra av lösa saker är betalningsperioderna normalt inte så långa som i sistnämnda exempel. Det torde också vara ovanligt att det avtalas om förskottsbetalning för längre tid än tre månader. Däremot förekommer ofta kortare hyresperioder, i många fall en månad. Dessutom kan man fråga sig varför man i fastighetsrätten kunnat godta sakrättsskydd utan något särskilt skydd mot förtidsbetalningar för konkursbon som sådana. Och de tidsramar som 7:17 JB och 12:47 UB drar upp i förhållande till ny ägare av egendomen är tämligen generösa mot nyttjanderättshavaren och detta särskilt vid arrende, där gränsen satts till ett år. Avtal som ingåtts på för uthyrarens konkursbo särdeles ogynnsamma betalningsvillkor kan som sagt angripas via återvinningsreglerna, vilket även gäller då extraordinära förtidsbetalningar till gäldenären företagits före konkursen och därmed undandragits borgenärerna.

Sammanfattningsvis anser jag således att förtids- och förskottsbetalningsargumenten inte bör innebära något avgörande hinder mot erkännande av borgenärsskydd för nyttjanderätt till lös sak. En annan sak är som sagt att man de lege ferenda ändå kan överväga begränsningar av hyrestagarens möjligheter att avräkna erlagd förtids- och förskottsbetalning på boets krav på betalning för nyttjande i konkursen. Detsamma gäller för kvittningsrätten (i egentlig mening). Alternativt kan man tänka sig att redan det sakrättsliga skyddet som sådant för nyttjanderättsavtalet görs avhängigt av att *betalningsvillkoren är normala* och dessutom inte före konkursen frångåtts på ett för boet skadligt sätt, jämför ovan Walins idéer om att skydd kanske bör förutsätta att hyresvillkoren är i huvudsak normala. Regler av denna karaktär leder dock till bedömningsproblem, dålig förutsebarhet och förmodligen även till ett ökat antal tvister. Klara och förhållandevis enkla regler för sakrättsskyddet är nog att föredra i detta sammanhang.

Som framgått har flera författare även på senare tid uttalat åsikten, att det skulle föreligga ett funktionellt samband mellan de olika sakrätts-

fallen. Detta har hävdats av Ekelöf,[63] Hessler,[64] Hellner[65] och Håstad.[66] Ekelöf ger ingen motivering för ståndpunkten medan Hesslers uttalande närmast avser att avvisa en diskussion om skillnader i rättsläge vid olika nyanser hos en förvärvares onda tro. Hellner nämner utan konkretisering "det funktionella sambandet mellan regler om sakrättsligt skydd" och "sammanhanget mellan olika delar av det sakrättsliga skyddet" som argument för att lagstiftning krävs för sakrättsligt skydd för nyttjanderättshavaren mot alla typer av tredje män på upplåtarens sida. Håstad anför – i första hand dock endast som försvar för att beträffande nyttjanderätt bedöma borgenärsskyddet och omsättningsskyddet samlat i boken Sakrätt – att nyttjanderättshavaren oftast inte kan veta om det är borgenärsskyddet eller omsättningsskyddet som kommer att aktualiseras. "För att åtnjuta en säker ställning måste han emellertid vara skyddad i båda avseendena."[67] I Rodhes Handbok i sakrätt behandlas över huvud taget inte frågan om bruksrätters ställning mot borgenärer. Detta förklaras nog till en del av den grundläggande systematik han valt, men kanske desto mera av uppfattningen att frågan egentligen inte utgör något självständigt sakrättsligt spörsmål. Frågan "buntas ihop" med den om skydd mot ny ägare. Så här förklarar Rodhe själv utelämnandet av behandling av borgenärsskyddet vid bruksrättsupplåtelser:[68]

> "Det kan också uppstå en konkurrens mellan en bruksrättighet och prioriterade eller oprioriterade krav på betalning ur samma egendom. Denna konkurrens konkretiseras emellertid först när det blir fråga om exekutiv försäljning av egendomen för att tillgodose betalningsanspråken, och det rör sig i själva verket om en undergrupp av problemet i vad mån bruksrättigheter kan göras gällande mot ny ägare av egendomen."

Med tanke på att borgenärsskydds- och omsättningsskyddsregler på andra områden skiljer sig en del åt, är detta ganska hårda "konsekvenstänkande" något förvånande, jämför vad som nyss sas om sakrättsläget vid den näraliggande avtalstypen hyra av fast egendom. Och att i ett konkret fall anföra att en leasetagares rätt måste vika för leasegivarens konkursbos önskan att hyra ut det redan uthyrda objektet på nytt, därför att leasetagaren ändå fått vika om konkursboet i stället valt att sälja egendomen, luktar lite begreppsjuridik. Å andra sidan bör givetvis inte varje systematiker beskyllas för att vara begreppsjurist! Men att anföra argument, som är relevanta för ett fall, till stöd för en lösning av ett annat fall, som inte kanske inte ens i normalfallet behöver ha någon anknyt-

63 SvJT 1940 s 683, jfr i viss mån även Nial i SvJT 1940 s 680.
64 S 296.
65 Hellner II s 172 och 173.
66 Sakrätt s 320, jfr 326 f och även SvJT 1976 s 717.
67 Sakrätt s 320, jfr s 14 och 15.
68 Rodhe, Sakrätt s 553.

ning till det första fallet, är inte utan vidare godtagbart. Då jag menar att frågan om sakrättsskydd mot upplåtarens konkursbo *som sådant* aktualiserar väsentliga, just för detta fall självständiga problem, så anser jag därför också att regeln bör uppbäras av argument som har självständig bärkraft just i konkursfallet. I annat fall har man avlägsnat sig ett stycke från den enligt min mening riktiga tesen, att lösningen av självständiga sakrättsliga konflikter bör kunna motiveras av intresse- och ändamålssynpunkter som är relevanta i den situation som ska bedömas. Dessutom finns det väl inget som säger att en domstol, vid bedömningen av ett borgenärsskyddsmål, har anledning att utgå från att skydd saknas gentemot ny ägare om man nu samtidigt anser det riktigt att godta sakrättsskydd i det borgenärsfall som domstolen uteslutande är skyldig att ta ställning till. Jag har dock full förståelse för att ett konkursbo av rent praktiska skäl kan vilja få tillgång till uthyrd egendomen en tid före dess försäljning. Detta är kanske en av ingredienserna i det omtalade funktionella sambandet. Dessa praktiska hänsyn leder dock inte så långt som till att en leasegivares konkursbo, som inte inom överskådlig tid avser att sälja leasingobjektet, måste ges rätt att redan på konkursdagen få bryta avtalet och återta objektet.

Anses man trots allt inte med framgång kunna plädera för en lösning endast för borgenärsskyddet i egentlig mening, talar de argument som jag ovan anfört i denna fråga även för att man bör hålla med de författare – främst Walin – som förespråkat ett absolut omsättningsskydd i kraft av nyttjanderättshavarens besittningstagande och ett av ond tro (kände till eller bort känna till) hos förvärvaren beroende skydd, ifall besittningstagande inte skett. Intresset av att vid de nyttjanderättstyper där sakrättsskydd ansetts vara särskilt berättigat – främst finansiell leasing – gynna omsättningen av *den uthyrda egendomen som sådan* är som sagt inte särskilt starkt. Det omsättningsobjekt som här kommer i förgrunden är i stället *kontraktsrätten* inklusive hyresobjektet. För att underlätta denna omsättning och rädda det samlade förmögenhetsvärdet samt höja försäljningspriset är det viktigt att parterna inte av rättssystemet uppmuntras till att bryta avtalet (och därmed sambandet mellan avtal och objekt/säkerhet). Därför är sakrättsligt skydd mot ny ägare motiverat i samma utsträckning som en köpare av en lös sak skyddas.

Vid exekutiv försäljning kan dock ifrågasättas, om inte en *oskadlighetsprövning* som ungefärligen motsvarar 12:33 2 st UB bör nyansera och något inskränka besittningstagandets absoluta sakrättsliga effekt. Med hänsyn till det primära syftet med skyddet – att bevara värdet av ett löpande kontraktsförhållande därför att upplåtelseavtalet tillsammans med objektet många gånger representerar ett högre affärsvärde än objektet obelastat – skulle nyttjanderätten således alltid förbehållas om det saknades

anledning att anta, att objektet skulle kunna säljas till ett icke obetydligt högre pris vid försäljning utan förbehåll för nyttjanderätten. Om förbehåll inte behövde göras enligt en sådan bedömning, kunde man tänka sig att borgenärerna ålades skyldighet, omvänt innefattande en *möjlighet*, att erbjuda nyttjanderättshavaren att lösa objektet till marknadsvärde, vilket i alla fall vid leasing torde vara vad konkursboet många gånger skulle vara intresserat av. Härigenom får borgenärerna ett incitament till att göra en jämförelse mellan vad som skulle erhållas i lösen och vad boet vinner på att kontraktsrätten inte förbehålls. Genom konstruktionen att först ålägga borgenärerna att bedöma frågan om förbehåll ska göras och därefter, ifall ett förbehåll skulle sänka priset alltför kraftigt, skyldighet och framför allt möjlighet att erbjuda nyttjanderättshavaren att köpa, skapas dessutom goda förutsättningar för att kontraktsrätten kommer att förbehållas så långt – men också endast så långt – det är ekonomiskt försvarbart.

Vad som nu sagts har i första hand gällt finansiell leasing av lösa saker. För *tidscertepartier avseende fartyg* har frågan om sakrättsskydd genom registrering diskuterats särskilt livligt och även övervägts av lagstiftaren. Som vi sett kan i Danmark och Västtyskland hyra av fartyg, varibland certepartierna i dessa sammanhang torde inräknas, inskrivas i skeppsregistret med sakrättslig effekt mot redarens borgenärer och singularsuccessorer. I Norge gällde detsamma fram till 1972. I Sverige kom frågan, efter diskussion härom i doktrinen,[69] att bedömas av sjölagskommittén vid revisionen av sjörätten i början av 70-talet.[70] Syftet med registreringsmöjligheten skulle främst vara att stärka certepartiernas och deras avkastnings värde som kreditsäkerhet för redarna genom att göra avtalet verksamt mot tredje man på redarsidan. Närmare bestämt skulle en förvärvare av fartyget vid frivillig försäljning genom registreringen förutsättas känna till avtalet och då tvingas acceptera dess bestånd. Vid exekutiv försäljning skulle förbehåll alltid göras, i vart fall om inte inteckningsborgenärerna skulle lida skada av det. En förutsättning för dessa reglers avsett stärkande effekt på fartygskreditgivningen var dessutom att befraktaren ålades att acceptera en ny redare som motpart i den mån denne skäligen kunde tas för god. Alternativt kunde en i avtalet bestämd och begränsad krets av redare komma ifråga. Den sistnämnda lösningen hade särskilt Tiberg pläderat för. Sjölagskommittén avstod dock från att lägga fram något förslag om registrering av certepartier. Detta angavs bero på dels att ett sådant förslag skulle innebära "ett betydande avsteg från allmänna svenska rättsgrundsatser",[71] dels att en svensk registreringslösning endast skulle få ett begränsat värde m h t sjöfartens internationella karaktär samt att man i Norge just var i färd med att avskaffa registreringsmöjligheten.

En del remissinstanser höll med kommittén medan andra var kritiska till den avvisande inställningen.[72] Förutom de internationella svårigheterna framhöll den första

[69] Se Tiberg i SvJT 1964 s 515 ff, Grönfors i Festskrift till Arnholm och Tiberg, Kreditsäkerhet s 100 ff.

[70] SOU 1970:74 s 136 ff.

[71] A a s 138 vsp.

[72] Se prop 1973:42 s 199 ff.

gruppen bl a att en rätt till registrering av certeparti skulle begränsa "behöriga befraktarintressen, återverka negativt på befraktarens rätt att välja avtalspartner och säga upp ingångna avtal och att befraktarna i så fall ej skulle frestas att träffa avtal av ifrågavarande typ."[73] Invändningen förefaller inte övertygande. Befraktaren har inte någon allmän skyddsvärd rätt att säga upp ett *långvarigt certeparti* och välja ny avtalspartner bara därför att det befintliga avtalet blivit ogynnsamt. Tvärtom är meningen med certepartiet ofta att det ska bestå oavsett fraktmarknadens svängningar. Och ett intresse av att få använda redarens insolvens och konkurs som förevändning att komma ifrån ett kanske för avsevärd framtid bindande men numera ogynnsamt avtal, då boet kan erbjuda befraktaren en ny avtalspart som han skäligen bör nöja sig med, bör inte erkännas.

I de registreringspositiva remissyttrandena hävdades, såvitt jag kan bedöma på ett övertygande sätt, att de internationella problemen kan bemästras och att det rentav kan vara en förutsättning för internationellt erkännande av ett certepartis bestånd att det har sakrättsskydd enligt svensk rätt. Dessutom framhölls att den allmänna lösöregrundsatsen "köp bryter lega" inte var överförbar till fartygsförhållanden. I stället var analogier till fastighetsrätten och dess inskrivningsregler betydligt mera närliggande. Och i så fall framstod ett sakrättsskydd för certepartier inte alls som något väsentligt avsteg från allmänna svenska rättsgrundsatser. Det hänvisades vidare till utvecklingen av företagsinteckningsinstitutet, som präglades av att så mycket som möjligt av det som bestämmer ett företags produktionskraft ska omfattas. (De nya reglerna om företagshypotek innebär ytterligare ett steg i samma riktning – min anm.) Sakrättsskydd för certepartier sas ligga i linje med denna utveckling.

Depchefen gick dock på kommitténs linje och anförde bl a att sakrättsskydd för certepartier skulle förstärka det spekulativa inslaget som värderingen av ett fartyg baserat på avkastningsvärdet sas utgöra.[74] Argumentet är i kommersiella förhållanden svårbegripligt. Avsikten med ett skydd är ju att genom ett stärkande av certepartiets ställning gentemot tredje man trygga ett fartygs sysselsättning på lång sikt på en fluktuerande fraktmarknad, dvs att gynna användningen av certepartier som ett konjunkturdämpande medel. Hur sakrättsskyddet skulle kunna förstärka det spekulativa inslaget är mot den bakgrunden svårförståeligt. – Befraktarnas farhågor om att bli bundna av okända redare tillmätte depchefen också vikt, och det framhölls att befraktaren i vart fall inte kunde räkna med att binda den nye redaren vid certepartiet om det blivit ett lågfraktcerteparti. Med beaktande av de tänkbara substitutionsregler som kommittén skisserat förefaller rädslan för okända redare enligt min mening obefogad. Beträffande svårigheterna att sälja ett fartyg behäftat med ett certeparti, som ger lägre fraktavkastning än vad ett nytt fraktavtal skulle ge vid försäljningstillfället, är en invändning om svårigheter att hitta en köpare som är beredd att ta över även certepartiet i och för sig befogad. Det kan också vara svårt att få ett pris som täcker samtliga fartygsinteckningar. Å andra sidan var ju sjörättskommittén öppen för en oskadlighetsregel till inteckningshavarnas förmån liknande 12:33 2 st UB. Och om ett sådant, i viss mån relativt skydd mot ny ägare vid exekutiv försäljning ansetts gå för sig inom fastighetsrätten, bör det inte vara oanvändbart med en liknande reglering för fartyg.

[73] A prop s 199.
[74] A prop s 295 f.

På departementsstadiet i lagstiftningsärendet hade det slutligen blivit "omistligt för en ordning med sakrättsskydd för certeparti, att skyddet också vinner ett tämligen vidsträckt erkännande utomlands."[75] Detta sas dock förutsätta att den nationella rättsordningen "känner sakrättsskyddet och därför har det lagtekniska instrument som fordras för ändamålet".[76] Och redan i Norge, där möjligheten att registrera certeparti som sagt avskaffades 1972, skulle ett svenskregistrerat certeparti falla. De nya norska exekutionsrättsliga reglerna skulle nämligen inte medge certepartiets bestånd efter exekutiv försäljning. *Sammantaget* ansågs det därför inte vara rättspolitiskt motiverat att i Sverige införa ett registreringsskydd för certepartier.

Såvitt jag förstår är depchefens internationella argument delvis felaktiga. Anta t ex att ett svenskregistrerat fartyg utmäts i Norge för en norsk borgenärs fordran. Vid försäljningen uppkommer frågan, vilket lands sakrättsliga regler som ska tillämpas vid bedömningen av om ett i Sverige inskrivet certeparti står sig gentemot förvärvaren av fartyget. I Norge liksom i Sverige gäller allmänt att sakrättsstatut är det lands lag där egendomen befinner sig när den sakrättsliga konflikten uppkommer. Såväl enligt norsk som svensk internationell privaträtt anses ett registrerat skepp "befinna sig" i registreringslandet.[77] Även om norska *förfaranderegler* motsvarande de processuella delarna av 10 kap UB gäller vid försäljning, måste detta innebära att materiella svenska sakrättsregler ska tillämpas. I den nordiska konkurskonventionens Art 6 (jfr Art 8 st 2) står f ö uttryckligen, att vid försäljning av registrerat fartyg endast "skall förfaras" enligt lagen där fartyget faktiskt befinner sig.[78] Om svensk sakrätt säger att certepartiet ska stå sig blir detta således den norska rättens ståndpunkt även om exekution och försäljning sker i Norge. Praktiskt sett kan det kanske vara svårt att inordna förutsatta svenska regler om förbehåll för inskrivet certeparti i de norska reglerna för exekutiv försäljning av fartyg, därför att förfaranderegler och materiella regler här – liksom ofta annars inom exekutionsrätten – i så hög grad är sammanflätade med varandra. Några oöverstigliga svårigheter är det emellertid inte fråga om, då de svenska och norska rättssystemen ju trots allt är förhållandevis likartade. Problemet med att justera de norska exekutivreglerna till materiella svenska regler om skydd för inskrivet certeparti torde vara ett typexempel på vad man inom IP:n kallar anpassningsproblemet.[79] Försäljningslandets förfaranderegler ska således anpassas så att de praktiskt kan möjliggöra ett i sakstatutet sakrättsligt giltigt certepartis bestånd. Och en sådan anpassning bör i det skisserade norsk-svenska exemplet som sagt vara fullt möjligt m h t rättsordningarnas systematiska likhet.

På samma principiella sätt bör frågan såvitt jag förstår bedömas vid exekution mot svenskt fartyg i andra länder. Om ett svenskt fartyg belastat med ett svenskregistrerat certeparti drabbas av specialexekution exempelvis i Rotterdam, så avgörs certepartiets öde vid försäljningen i princip av det lands lag som den nederländska internationella privaträtten utpekar som sakstatut. Anges då t ex registreringslandets lag,

75 A st.

76 A prop s 296.

77 Se den nordiska konkurskonventionens Art 4 och motsvarande regler i de till konventionen utfärdade lagarna, jfr Bogdan s 233 med hänv, densamme, Konkursrätt s 130 f och 346, Nial, Internationell förmögenhetsrätt s 92 ff och Karlgren, Kortfattad lärobok s 89.

78 Jfr uttryckligen Nial a a s 93 (ang den nuvarande konventionens föregångare): endast *sättet* för försäljningen sägs följa det lands lag där egendomen faktiskt befinner sig. Jfr a a s 109: "själva förfarandet vid försäljningen".

79 Se Bogdan s 91 ff.

så är certepartiet skyddat i den utsträckning den svenska inskrivningen skulle ge skydd vid en svensk exekutiv försäljning. Ju mer exotisk exekutionslandets juridik är i förhållande till svensk, desto svårare blir dock det nyssnämnda anpassningsproblemet. Viss risk föreligger kanske också för att frågan om certepartiets bestånd vid den exekutiva försäljning uppfattas som en förfarandefråga. Jfr i sammanhanget följande uttalande av Tiberg ang fartygs*inteckning*.[80]

> "Generella uttalanden om att flaggans lag skall tillämpas beträffande sakrätter i fartyget är emellertid ofta av begränsat värde till följd av att lex fori tillämpas i processuellt hänseende. På många håll uppfattas härvid uttrycket 'processuellt' i en synnerligen vid mening, omfattande exempelvis regler om preskriptionstider eller rangordningen mellan olika förmånsrätter."

För svenska ögon förefaller det i alla fall självklart att hävda, att frågan om en nyttjanderätts rättsskydd mot tredje man är en sakrättslig fråga, som ska regleras av sakstatutet och inte utan vidare av exekutionslandets lag.[81] En invändning om att frågan inte är sakrättslig därför att nyttjanderätten inte är någon "sakrätt" enligt exekutionslandets lag måste avfärdas som ett cirkelargument: det är just för frågan om nyttjanderätten står sig eller inte som en tillämplig lands lag eftersöks. Visar det sig då att nyttjanderätten faller enligt det lands lag som exekutionslandets IP utvisar, kan i och för sig sägas att den aktuella nyttjanderätten inte var någon "sakrätt". Själva *frågeställningen* om nyttjanderättens bestånd är ju emellertid, oavsett vilket svar som erhålls, utan tvekan sakrättslig.

Sammanfattningsvis anser jag sålunda, att varken den internationella invändningen eller övriga anförda skäl mot införande av en möjlighet till inskrivning av certeparti med sakrättslig effekt är övertygande. Om det kan finnas andra här inte diskuterade skäl emot en sådan ordning vill jag låta vara osagt.

I Sverige kan inte heller *nyttjanderätt till flygplan* (eller "luftfartyg" som det heter på lagspråket) inskrivas. Möjligheten har dock vid två olika tillfällen diskuterats i samband med andra lagstiftningsprojekt inom lufträtten. Att frågan kommit upp har närmast berott på Sveriges tillträde till internationella konventioner enligt vilka bl a inskrivna utländska nyttjanderättsavtal på minst sex månader avseende flygplan ska erkännas, se 2 § lagen (1955:229) i anledning av Sveriges tillträde till 1948 års konvention rörande internationellt erkännande av rätt till luftfartyg. Enligt 3 § samma lag bedöms de sakrättsliga verkningarna av den i utlandet inskrivna nyttjanderätten av inskrivningslandets lag. Ifall inskrivning av charteravtal till flygplan skulle kunna ske i Sverige med sakrättslig verkan, förefaller det alltså finnas goda möjligheter för att rätten skulle stå sig även vid utländsk exekution i flygplanet.

Varför har då inskrivningsmöjligheten avvisats av den svenske lagstiftaren? I samband med tillkomsten av den nyssnämnda lagen sas att det väl fanns vissa skäl för att bereda möjlighet till inskrivning av bl a nyttjanderätt men att detta förutsatte att ståndpunkt togs till en rad delvis invecklade och omstridda problem, vilka inte borde lösas endast för "luftfartyg". I stället angavs det vara lämpligt att samtliga frågor om inskrivning av bl a nyttjanderätt till lös egendom och de materiella rättsverkningarna av en sådan inskrivning löstes i ett sammanhang. Särskilt framhölls att frågorna

[80] Kreditsäkerhet s 176.

[81] Så Nial a a s 96.

borde bedömas enhetligt ifråga om luft- och sjöfartyg.[82] Då frågan på 70-talet ånyo kom upp var majoriteten av hörda remissinstanser positivt inställda till sakrättsskydd via registrering. Detta avvisades dock med motiveringen att "en lagreglering knappast skulle tillgodose något beaktansvärt praktiskt behov. Det hör till bilden, att utom ramen för en inskrivningsrättslig lagreglering måste falla all förhyrning av luftburna tjänster som – t ex då en resebyrå försäkrar sig om flygtransporter för turistresor – erbjuds utan att vara knuten till ett bestämt luftfartyg. Under sådana förhållanden har utredningen funnit sig icke böra föreslå lagstiftning i ämnet."[83]

Hittills har jag inte för svensk del närmare gått in på frågan, *vad det sakrättsliga skyddet egentligen omfattar*, dvs vilka hyrestagarens anspråk som ett sakrättsligt skydd kan säkra. Som framgått vid behandlingen av dansk, norsk och tysk rätt kan frågan ha rätt stor betydelse särskilt vid avtal, där väsentliga positiva förpliktelser åvilar uthyraren. Undersökningen av rättsläget vid hyresvärdens konkurs vid hyra av fast egendom i kap V och av dansk och norsk rätt för hyra av lös egendom har visat, att den självklara utgångspunkten vad gäller borgenärsskyddet är, att endast själva *huvudanspråket på att få nyttja hyresobjektet* som utan vidare skyddas av regler om sakrättsligt skydd. För konkursfallet är det tämligen lätt att inse, att konkursförvaltningen inte utan särskilda föreskrifter i motsatt riktning kan under eget ansvar påtvingas fullgörelse av de kanske avsevärda positiva förpliktelser på vård, tillsyn, reparationer osv, som uthyraren åtagit sig att utföra enligt avtalet. Motsatt ordning skulle innebära att boets resurser bands upp även till mycket ogynnsamma avtal och förhindra möjligheten för konkursförvaltningen att på ett för borgenärerna optimalt sätt avveckla boet. Särskilt Brækhus har framhållit denna synpunkt för certepartiernas del. Just dessa avtal innehåller ju också avsevärda positiva förpliktelser för redaren ("uthyraren") att hålla med besättning och service som ofta sägs vara nästan lika viktiga för befraktaren som själva upplåtelsen av fartyget. Det kan nu visserligen anföras att de av redarens anställda, som är sysselsatta på det bortfraktade fartyget, genom lönegaranti och löneförmånsrätt har rätt att kvarstå i anställningen under skälig uppsägningstid och att de under sådan tid omvänt är civilrättsligt skyldiga att utföra arbete åt boet. I många fall är det säkerligen också ur boets synvinkel mest praktiskt att de tills vidare fortsätter att arbeta på de fartyg där de befinner sig när konkursen inträffar. Men den klara och tvingande regeln är ändock utan tvekan att konkursförvaltningen har fria händer att sätta arbetstagarna i den sysselsättning som under boets avveckling ger störst ekonomiskt utbyte för borgenärskollektivet. Och om ett bortfraktat fartyg inte ger godtagbar avkastning kan boet följaktligen utan massaansvar gentemot befraktaren beordra de om-

[82] Prop 1955:13 s 91 och 287 f, jfr NJA II 1955 s 154.
[83] SOU 1976:70 s 92 f (citat: s 93), jfr 207 f.

bordanställda till andra arbetsuppgifter, allt givetvis inom ramen för arbetsrättens regler om arbetsskyldighetens omfattning.

Det bör dock framhållas, att det rent juridiskt-tekniskt i och för sig inte finns några hinder mot att utsträcka sakrättsskyddet under konkurs även till vårdförpliktelser och liknande. I tysk rätt ges således i realiteten sakrättsskydd för samtliga hyrestagarens anspråk enligt avtalet genom att boet åläggs "automatiskt" massaansvar fr o m konkursutbrottet. Intressant med denna tyska reglering är att den tydligen ansetts förenlig med konkursavvecklingens syften, trots den begränsning av boets rörelsefrihet och den avsevärda risk för kostnadsökningar för boet den måste innebära. Möjligt är dock att en sådan heltäckande sakrättsregel måste förenas med en princip som säger, att boet alltid har rätt till effektiv motprestation under konkursen, jämför Henckels argumentering för att hyrestagarens förskottsbetalning för tid efter konkursutbrottet inte bör kunna göras gällande mot boet utan måste göras om. Det förefaller ändå sett som helhet vara en bättre ordning att, som i nordisk rätt, inte automatiskt göra uthyrarboet ansvarigt för biförpliktelser utan i stället låta fullgörelsen av dem vara beroende av boets frivilliga inträde i avtalet. I vilken utsträckning hyrestagaren bör vara skyldig att kvarstå vid avtalet *utan att* biförpliktelserna fullgörs (under massaansvar), kan sedan bli beroende av hur väsentliga dessa är i förhållande till avtalet i dess helhet och om vanliga kontraktsrättsliga regler medger totalhävning av avtalet för underlåten fullgörelse av biförpliktelserna ifråga. Vid *finansiell leasing* är dessa frågor dock, som redan antytts i avsnittet om norsk rätt, av liten betydelse, eftersom leasegivarens prestation normalt är fullgjord då objektet avlämnats och betalningen erlagts till leverantören. Detta talar också allmänt sett för att godta sakrättsligt skydd vid konkurs för finansiell leasing. Vid *operationell leasing* eller hyresavtal, enligt vilka uthyraren ska prestera kontinuerlig service eller mera allmänt har bevaringsplikt, blir distinktionen mellan den negativa förpliktelsen att låta nyttjaren nyttja och de positiva biförpliktelserna åter viktigare. Bristande fullgörelse av bevaringsplikten ger här in dubio, bland vissa andra befogenheter, hävningsrätt för hela avtalet om bristen är väsentlig.[84]

Särskilt för *certepartiernas del* är som sagt tjänstedelen i avtalet framträdande.[85] Detta har också anförts som ett skäl mot att det över huvud taget skulle vara meningsfullt att tillägga certepartierna sakrättsskydd i konkurs: om boet väljer att inte inträda för biförpliktelsers del, vilket boet bör göra då frakten är låg (och avtalet ogynnsamt för redarsidan) och sakrättsskydd attraktivt för befraktaren, förfaller i prin-

[84] Se Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 52 f, Hellner II s 162 ff och även Rodhe, Obligationsrätt s 441 f vad gäller rätten till totalhävning vid kombinerade nyttjanderätts- och arbetsavtal.

[85] Ang redarens vårdansvar enligt dispositiv rätt, se 118 § SjöL och Hellner II s 138 ff.

cip avtalet därför att det står klart att en väsentlig del av redarens förpliktelser inte kommer att fullgöras. Och boet kan inte tvingas att sälja omedelbart.[86] Men kan då befraktaren inte, om han så önskar, välja att nöja sig med att nyttja fartyget utan rederiets tjänster? Är befraktaren m a o berättigad att häva avtalet endast partiellt – i tjänstedelen – för boets partiella avtalsbrott, även om han i och för sig har rätt till totalhävning? Eller annorlunda uttryckt: kan befraktaren mot boets vilja få avtalet omvandlat till ett (i kraft av registrering eller besittningstagande förutsatt skyddat) "bare-boat charter"-avtal och sedan hyra in en ny besättning från ett annat rederi?

Teoretiskt skulle ett sådant bortfall av endast "den obligatoriska" delen av avtalet i viss mån vara analog med vad som händer med en bostadsrätt då bostadsrättsföreningens fastighet säljs. Enligt 38 § BRL upphör bostadsrätten (varmed enligt 2 § 1 st 3 p BRL avses den rätt som innehavaren har i föreningen) vid försäljningen, men om lägenheten tillträtts ska ett skriftligt hyresavtal anses ingånget. Via hänvisning till 7 § BRL gäller sedan att hyresnämnden kan fastställa hyresvillkoren om parterna inte kan enas om dem. I avvaktan på att villkoren slutligen bestäms utgår hyra i enlighet med vad föreningen bestämt ifråga om årsavgift. – Den associationsrättsliga delen faller således bort då fastigheten överlåts medan nyttjanderättsdelen renodlas, dvs blir ett vanligt skriftligt hyresavtal, som enligt reglerna om skydd mot ny ägare för "vanlig" hyra av fast egendom står sig både vid frivillig och exekutiv försäljning. Reglerna gäller säkerligen också då bostadsrättsföreningen försätts i konkurs och fastigheten säljs däri.[87]

Kan certepartiavtalet genomgå en motsvarande omvandling till ett vanligt hyresavtal vid boets avstående från att inträda? Svaret är inte givet. I och för sig kan sägas att BRL:s regel säkerligen har ett socialt syfte, som inte gör sig gällande i certepartiförhållanden. Häremot bör då invändas att ordningen gäller även för bostadsrätt till lokal och att det centrala är att den lösning som diskuteras för certepartiernas del redan finns representarad i lagstiftningen i en analog situation. Mot en analogi talar å andra sidan åter att den bortfallande delen av avtalet i certepartifallet står i ett helt annat samband med det grundläggande nyttjandet än vid bostadsrätt. I klartext: de prestationer som besättningen på ett chartrat fartyg utför är en förutsättning för att egendomen alls ska kunna användas, medan uppdelningen mellan andelsrätt och nyttjanderätt vid bostadsrätt främst är av juridiskt-tekniskt slag. Jämför man med nyttjanderätt till fast egendom och dess skydd mot upplåtarens konkursborgenärer blir man dock åter mera osäker. Även här torde sakrättsskyddet endast omfatta själva nyttjandet av lägenheten/arrendestället men inte andra, positiva förpliktelser. Visserligen kan hyresgästen/arrendatorn häva vid väsentliga kontraktsbrott av dessa förpliktelser, jfr 12:15 och 9:18 JB, men fastighetsägaren och hans bo får här tåla att nyttjanderättshavaren om han vill det sitter kvar och betalar reducerat vederlag även

[86] Se Brækhus, Sikkerhet i certepartier s 77 f.

[87] Av 65 § BRL och 11:19 och 11:20 föreningslagen framgår att föreningen inte upphör redan därför att konkurs inträffar. Däremot sker detta då konkursen avslutas. Andelsrätten i föreningen torde teoretiskt sett bestå tills boet säljer fastigheten. E contrario av 38 § BRL torde också följa, att redan avtalet om upplåtelse ger skydd mot boet som sådant, på samma sätt som vid hyra av fast egendom. Förmodligen har dock den bostadsrättshavare, som ännu inte tillträtt sin lägenhet vid konkursutbrottet, å sin sida rätt att säga upp nyttjanderätten i analogi med hyresregeln i 12:30 JB på grund av den svagare ställning han före tillträdet har vid försäljning. Jfr med hänv till motiv Rodhe, Sakrätt s 577.

om han i och för sig kunnat häva hela avtalet pga det partiella avtalsbrottet.[88] Mot en analogi för certepartierna talar dock även, att det där inte finns någon auktoritativ instans som likt hyresnämnden i bostadsrätts- och hyresfallet kan fastställa *vilken hyra och övriga avtalsvillkor som ska tillämpas* i det fortsatta avtalsförhållandet. Det förefaller också praktiskt vara svårt att fastställa något sådant avtalsinnehåll. Någon särskild depositionsmöjlighet till befraktarens skydd motsvarande 12:21 JB finns heller inte i certepartifallet. Å andra sidan finns inte heller någon sådan möjlighet vid arrende. Just vid arrende kan tänkas att avsevärda positiva förpliktelser åvilat jordägaren för vilka boet valt att inte träda in men arrendatorn ändå vill bo kvar. Även här är det dock normalt så, att förpliktelserna för jordägaren inte är lika ingripande som redarens skyldigheter vid tidsbefraktning. Dessutom finns det vid arrende andra regler om fastställande av avtalsvillkor i vissa fall som kan ge ledning, se t ex 9:9 JB. Annorlunda förhåller det sig emellertid åter vid flertalet andra typer av nyttjanderätt till fast egendom. Och dessa torde ändå bara kunna uppnå skydd i nyttjandedelen.

Oavsett de just diskuterade analogiernas hållbarhet bör till sist ställas frågan, om det egentligen innebär något beaktansvärt intrång i boets intresse, att det får tåla att befraktaren om han önskar det behåller fartyget med ren nyttjanderätt och insätter en ny besättning etc i ett läge, då boet självt angett att det inte önskar fullfölja det avtal som fartyget är knutet till vid konkursutbrottet? Detta är kanske en fullt rimlig konsekvens av ett införande av sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till fartyg? Och vid fartygets försäljning i konkursen skulle hyrestagaren kanske tillåtas sitta kvar i sitt nyttjande om det inte ledde till beaktansvärd skada för övriga borgenärer med intressen i fartyget. Det realistiska i en sådan ordning kan dock möjligen diskuteras. Kanske är det i praktiken så, att befraktaren normalt helt saknar intresse av ett fortsatt nyttjande av fartyget då redarens tjänster faller bort. Det mest praktiska är måhända att hela avtalet måste förfalla när boet inte inträder i certepartiet. Jag avstår här från att ta slutlig ställning i frågan.

I den här delen bör till sist nämnas, att befraktaren knappast till sitt skydd alternativt skulle kunna åberopa *retentionsrätt* i fartyget. Även om egentlig hyra av fartyg, bare-boat charter, skulle ha möjlighet att uppnå sakrättsskydd genom registrering, och en retentionsrätt därmed inte skulle komma i konflikt med vad som då fick anses rättspolitiskt godtaget ifråga om nyttjanderättens ställning mot tredje man,[89] torde certepartiförhållandet inte innefatta någon giltig besittningsövergång, vilken ju krävs vid såväl konventionell handpanträtt som motsvarande retentionsrätt.[90] Jfr även att certepartiförhållandet inte har ansetts medföra någon besittningsövergång som skulle duga vid tillämpning av en allmän regel om tradition för sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak.[91] I själva verket är det nog så, att frågan om befraktaren kan ha retentionsrätt i fartyget då certepartiet bortfaller bör bedömas på samma sätt som det nyss diskuterade problemet, om befraktaren kan behålla fartyget under redarens konkurs med "vanlig", skyddsbar nyttjanderätt, fastän avtalet vid konkursutbrottet var ett tidscerteparti.

88 Jfr ang frågan i allmänhet Rodhe, Obligationsrätt s 442 f.

89 Se Håstads invändning mot Walins retentionsrättsresonemang i Sakrätt s 327, jfr Walin, Separationsrätt s 47 f och 50.

90 Jfr Walin a a s 71, Undén s 253 f, Tiberg, Kreditsäkerhet s 235 ff och Rune, Rätt till skepp s 166 f.

91 Så t ex Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 40.

I Norge var det avgörande argumentet vid avskaffandet av registreringsmöjligheten för certepartier 1972 att tjänstedelen i dessa avtal inte kunde *framtvingas exekutivt*.[92] Med detta menas att befraktaren inte kan få dom på utförande in natura av de tjänster som redaren åtagit sig att utföra enligt avtalet. Enighet har dock inte rått om detta. 1964 hävdade Selvig motsatsen i en längre artikel om just naturaluppfyllelse i befraktningsförhållanden.[93] Vad som gäller härom enligt svensk rätt är osäkert.[94] Frågan har dock inte ansetts avgörande för tredjemansproblematiken, då den civilrättsliga skadeståndssanktionen setts som ett principiellt likvärdigt alternativ.[95] Hellner har även uttalat, att det tidigare inte gjorts en tillräckligt klar åtskillnad mellan den civilrättsligt sanktionerade och den processuellt sanktionerade rätten att kräva fullgörelse. Beträffande den civilrättsliga rätten att kräva fullgörelse (och hävning och skadestånd vid bristande dylik) ser han inga avgörande skäl emot. Och vid tjänster av mera personlig karaktär sägs UB-motiven tala för tillåtligheten även av ett process- och exekutionsrättsligt åläggande att fullgöra in natura.[96]

I anslutning till verkställighetsbestämmelsen i 16:12 UB uttalade lagberedningen sålunda:[97]

> "Användning av vitesföreläggande...kan ibland innebära ett band på den personliga friheten som inte bör förekomma. Visserligen behöver det inte vara olämpligt att ålägga t ex en hantverkare att – i stället för att ägna sig åt andra uppdrag – avsluta ett åtaget arbete. Däremot bör man enligt beredningens mening inte ålägga någon att utföra en konstnärlig prestation, t ex en författare att skriva en roman eller en musiker att utföra en komposition."

Beträffande de konstnärliga förpliktelserna angavs en lämplig skadeståndspåföljd böra utsättas. Men inte ens för dessa sas samma försiktighet behöva iakttas då huvuddelen av åtagandet utförts och återstoden endast avser avslutande åtgärder. För juridiska personer behövde man inte alls ha särskild anledning att tveka att förelägga vite för vad den juridiska personen åtagit sig. Med Hellner kan påpekas att synpunkterna återgavs i UB-propositionen utan något avståndstagande.[98]

Tillämpas dessa riktlinjer på redarens naturaförpliktelser enligt ett tidscerteparti är det enligt min mening tämligen klart, att naturafullgörelse bör kunna åläggas redaren både civilrättsligt och processuellt enligt gällande rätt. Naturaförpliktelserna är här långt ifrån av den utpräglat personliga karaktär som UB-motiven angav vara undantagna processuellt. Som sagt bör det processuella tvånget till naturaprestation dock i sig inte vara någon nödvändig förutsättning för att kunna tillerkänna certepartiavtalen sakrättslig verkan. Vid det svenska avvisandet av en registreringsmöjlighet för certepartier diskuterades frågan inte.

92 Se 3.1.1 – det första packade stycket.

93 Se Selvig i Arkiv for sjørett 1962 s 553 ff.

94 Se Grönfors s 426–429 och 434 och Hellner II s 129.

95 Så Grönfors s 428 och Hellner II s 289 ff, särskilt 289 och 291 f. Jfr även Rodhe, Obligationsrätt s 376 ff och Hjerner i NU 1984:5 s 402 f.

96 A a s 291.

97 SOU 1973:22 s 439, jfr Walin/Gregow/Löfmarck s 578.

98 Se prop 1980/81:8 s 799, jfr 801 f.

3.2.2 Hyrestagarens sakrättsliga skydd då optionsrätt avtalats

En optionsrätt innefattar en rätt men ingen skyldighet att i framtiden förvärva eller avyttra en rättighet. De rättigheter som i detta sammanhang intresserar är nyttjanderätt och äganderätt. Särskilt avtal om finansiell leasing brukar inrymma förlängnings-/nyttjanderättsoption eller köpoption. I standardkontrakten nämns numera oftast bara (om ens det) förlängningsmöjligheten, förmodligen för att med marginal undanröja risken för att få avtalet bedömt som avbetalningsköp. Men en köpoption är då många gånger i stället muntligen avtalad eller i vart fall underförstådd. Även fartygsavtalen innehåller inte sällan köpoptionsrätt.[99] Vad gör det nu för skillnad för hyrestagarens sakrättsliga skydd, att avtalet även inrymmer optionsrätt?

Beträffande *förlängnings- eller nyttjanderättsoption* är den självklara utgångspunkten, att optionen inte gärna kan ha bättre ställning än en redan aktualiserad nyttjanderätt. Och antar man då att hyra av lös sak inte kan uppnå något som helst sakrättsskydd, gäller detsamma utan vidare för en optionsrätt till samma nyttjanderätt.[100] Erkänns däremot borgenärsskydd (och visst omsättningsskydd) genom besittningstagande av saken, bör det finnas anledning att överväga skydd också för optionsrätt till hyra av lös sak. Köpoptionsdiskussionen strax nedan blir då direkt överförbar.

För *köpoption* är utgångsläget på motsvarande sätt, att en köpare i allmänhet av en lös sak vinner borgenärs- och absolut omsättningsskydd först i och med besittningstagandet. Före optionsborgenärens besittningstagande är det således uteslutet att han skulle vara skyddad oberoende av subjektiva moment på upplåtarsidan. Men är köpoptionsborgenären skyddad genom besittningstagandet?

Hessler synes skeptisk mot detta när det gäller köpoptionsrätt i allmänhet.[101] För det slag av optionsrätt som *öppet köp* och *anbud att köpa* kan sägas utgöra, sägs dock att skydd torde föreligga: "Här skulle alltså köparen vara skyddad i sin rätt att bestämma sig för att köpa egendomen exempelvis mot säljarens borgenärer."[102]

Hessler uttalar vidare att det möjligen kan tyckas att HD i NJA 1963 s 129 ansett ett konkursbo vara skyldigt att respektera en köpoption i ett avtal om nyttjanderätt till lös sak men att man förmodligen varken ifråga om nyttjanderätten eller optionsrätten

99 Se SOU 1987:27 s 56 och 65 ff.

100 Se Hessler s 454 f och Håstad, Sakrätt s 332. Jfr för en eventuell allmän ondtrosregel i omsättningsfallet, Rodhe, Sakrätt s 607 ff.

101 Se för det följande Hessler s 450 och 453 samt 301 f.

102 Hessler s 453. Hänvisning görs till några uttalanden av Karlgren, se närmare i not 112 nedan.

kan dra denna slutsats. Hesslers analys av rättsfallet på denna punkt förtjänar här att uppmärksammas. Först bör sägas att målet egentligen endast avsåg huruvida förmånsrätt pga förlagsinteckning i gäldenärens verksamhet kunde göras gällande i en maskin, som gäldenären hyrt ut med köpoptionsrätt för hyrestagaren. Fastän optionspriset enligt HD:s majoritet "uppenbarligen bestämts så, att summan av detta och erlagda hyresbelopp skulle motsvara det pris som enligt det ursprungliga avtalet mellan bolagen skulle gälla vid en omedelbar överlåtelse" av maskinen,[103] ansågs avtalet ändå innan optionsrätten utnyttjats utgöra hyra och inte köp, varför objektet fortfarande ingick i inteckningsunderlaget. HD:s majoritet kom härefter, till synes utan parternas åberopanden, in på frågan om förmånsrätt även kunde komma ifråga i "hyresbeloppen":[104]

> "Vidkommande härefter frågan om förmånsrätt i hyresbeloppen måste det, särskilt med hänsyn till förhållandet mellan dessa och det ytterligare belopp som /hyrestagaren/ vid begagnandet av sin optionsrätt har att erlägga, anses att hyran så övervägande har karaktär av ersättning för maskinens kapitalvärde, att jämlikt grunderna för 6 § förordningen ang förlagsinteckning konkursbolagets rätt till hyresbelopp, som vid egendomsavträdet voro oguldna, bör omfattas av förmånsrätten."[105]

Det fastslogs sålunda att förmånsrätt kunde göras gällande såväl i maskinen som i de hyresbelopp som erlagts efter konkursutbrottet "eller utestå – i rubriken "utestode" – oguldna". Hessler menar nu att HD egentligen inte hade anledning att uttala sig om förmånsrätten i hyresfordringarna, om inte avtalet ansetts bindande för upplåtarens konkursbo.[106] Om inte, så kunde domstolen nöjt sig med att förklara förmånsrätten gällande "i maskinens hela värde, varvid det naturligtvis varit konkursboet obetaget att disponera över maskinen på det sättet att hyresavtalet fått bestå."[107] Därefter säger dock Hessler som sagt att slutsatsen nog inte är hållbar: "Att man fört in hyresbeloppen i resonemanget kan bero uteslutande på att dessa betraktats såsom ett slags ersättning för maskinens värde genom förslitning etc."[108]

Jag kan i huvudsak instämma i Hesslers analys. Eventuellt kan tilläggas att det synes riktigt – även om det i och för sig är ett obiter dictum – att HD uttalar sig om hyresfordringarna *för det fall* avtalsförhållandet skulle fortsätta i konkursen, vilket det

[103] Ref s 135.

[104] Att denna fråga alls kunde bli föremål för tvekan förklaras av att 6 § i 1883 års förordning om förlagsinteckning endast nämnde utestående köpeskilling som ingående i inteckningsunderlaget, däremot inte vederlag för upplåtelse av intecknad egendom eller andra rörelsefordringar. Jfr sedermera 4 § 1 st 6 p FiL och 2:1 1 st FHL. Ang motiven till denna utvidgning av inteckningsunderlaget, se SOU 1964:10 s 86 där det bl a sägs att det i praktiken ibland är svårt att skilja upplåtelse från överlåtelse:

> "Så kan t ex en transaktion, som till sin ekonomiska innebörd är en överlåtelse, klädas i upplåtelsens form. Inteckningshavarens rätt bör icke röna inverkan av huruvida rättshandlingen är av det ena eller det andra slaget."

Här torde fastslås att säkerhetsrättens särskilda ratio medför att AvbL:s kriterium för gränsen mellan köp och hyra – partsavsikt om äganderättsövergång – inte är adekvat. Är det inte också det som styrt HD:s analogi för "hyresbeloppen"? Kommitténs uttalande kan omvänt ses som en förklaring av utgången i den delen.

[105] Ref s 135.

[106] Instämmande: Håstad, Sakrätt s 328.

[107] Hessler s 302.

[108] A st.

som utgångspunkt gör om ingendera sidan faktiskt säger upp det. Den allmänna regeln är att ömsesidiga avtal inte utan vidare förfaller eller upplöses på grund av konkurs. Det gäller oavsett om sakrättsligt skydd finns eller saknas. Till frågan, om boet ensidigt kan disponera över avtalets öde i konkursen, återkommer jag i avsnittet om konkursboets inträdesrätt (3.2.3).

Till sist kan anföras följande "alternativa förklaring" till utgången i 1963 års mål:[109] HD ansåg inte att avtalet utgjorde ett köp i frågan om maskinen ingick i inteckningsunderlaget. Samma grundåsikt hade domstolen vid bedömningen av hyresfordringarna. I annat fall hade 6 § förlagsinteckningsförordningen kunnat tillämpas *direkt* och inte endast analogt. Med hänsyn till att avtalet ingick som ett led i en större överlåtelsetransaktion (hela rörelsen) och att syftet med förmånsrätten i köpeskillingsfordringar därmed gjorde sig gällande i minst lika hög grad för det aktuella nyttjandevederlaget, fann HD förmodligen det utgöra en brist i 1883 års lagstiftning, att upplåtelsevederlag inte uttryckligen angavs ingå i underlaget.

Forssell skriver att ett utbjudande till försäljning ansetts borgenärsskyddat genom besittningstagandet och att i varje fall en köpoptionsrätt i ett avtal om nyttjanderätt till lös sak därför måste ha verkan mot tredje man. "Att anbudet är av långfristig karaktär torde inte påverka dess betydelse för säljarens borgenärer, knappast heller för ny ägare."[110] Håstad anser dels, på samma sätt som Walin[111], att förekomsten av optionsrätt kan vara ett moment som domstolarna skulle fästa avseende vid om ett sakrättsligt skydd för betydelsefulla nyttjanderätter introduceras, dels att en köpoptionsborgenär i allmänhet torde uppnå sakrättsligt skydd genom besittningstagandet. Detta stöds på att besittningstagandet i litteraturen ansetts ha denna effekt vad gäller öppet köp och även ett anbud att köpa.[112] Det sägs då vara sannolikt att den som har nyttjanderätt till lös

[109] Jfr även not 104 ovan.

[110] Forssell s 176. Hänvisning görs till Almén/Eklund och Karlgren, se närmare i not 112.

[111] Separationsrätt s 49.

[112] Härvid hänvisas till ovan nämnda uttalande av Hessler (s 453) och till Karlgren, se Studier i allmän avtalsrätt s 222 not 164 och s 239 f, jfr även 149 f ang olika innebörder av att en part är "bunden" under det att den andre inte är det. – När det gäller *köpanbud* kan ifrågasättas, om anbudstagaren verkligen (trots besittningstagandet) bör bli borgenärsskyddad om han inte avgett sin accept före konkursen. Vid konkursutbrottet finns då *inget obligationsrättsligt bindande avtal* som går ut på det slag av anspråk som anbudstagaren sedermera kommer att göra gällande, dvs förvärv av äganderätt. Den obligatoriska bundenheten för anbudsgivaren kan sägas uppkomma först vid den tidpunkt under konkursen, då anbudet accepteras. Å andra sidan ser jag inget särskilt som talar för att konkursboet på grund av konkursen skulle ges befogenhet att slippa ifrån den bundenhet under acceptfristen som anbudsgivaren/gäldenären hade att respektera (eller boet ges rätt att återkalla anbudet). Och då en *gåvotagare* av en lös sak ges borgenärsskydd genom besittningstagandet (se strax nedan i texten), förefaller det saknas anledning att ställa köpanbudstagaren sämre. Den senare betalar ju åtminstone för sig, vilket bör göra borgenärsskydd mera näraliggande. I båda fallen är det på konkursdagen fråga om en ensidigt bindande rättshandling. Karlgren anser för sin del att ett icke accepterat köpanbud verkar som en "villkorlig avhändelse" (s 240) mot anbudsgivarens borgenärer och singularsuccessorer, varför någon skillnad jämfört med öppet köp och vanligt köp inte föreligger. – I nya lagberedningens köplagsförslag 1901 fanns i 8 § 1 st en regel om att anbud ska gälla även om

egendom med köpoptionsrätt kan genomföra förvärvet vid upplåtarens konkurs, vid utmätning hos honom och även mot ny ägare. Som en konsekvens härav skulle nyttjanderättshavaren, när tredjemanskonflikt uppstått, tvingas bestämma sig om han vill utöva optionsrätten eller inte.[113] Den sista åsikten om rättsföljden av skydd för optionsrätten skiljer sig en aning från Hesslers och är, menar jag, oriktig. Till detta återkommer jag nedan.

Enligt min mening bör frågan om sakrättsligt skydd – här avses i första hand skydd mot konkursborgenärer – för en köpoptionsrätt till lös sak genom besittningstagande avgöras genom en analys av de moment, förutom besittningsövergången, som får antas vara avgörande för borgenärsskydd vid avhändelse av lösa saker. Tänkbara relevanta aspekter är då *för det första* borgenärens och gäldenärens rätt/plikt att köpa resp sälja och kombinationen häremellan, *för det andra* på vilken rättslig grund borgenären fått egendomen i sin besittning och, *för det tredje*, vid vilken tidpunkt borgenären tidigast får/måste dels bestämma sig för att köpa, dels genomföra köpet.

Skillnaderna mellan de olika avtalsvarianterna köp, öppet köp, köpoptionsrätt, säljoptionsrätt och köpanbud kan för den *förstnämnda* aspektens del åskådliggöras på följande sätt. (Från tidsaspekter bortses tills vidare.)

anbudsgivaren försätts i konkurs under acceptfristen, se NJA II 1901 s 36 ff och 14 f. I motiven sägs detta vara en nödvändig konsekvens av förslagets grundprincip att anbud är bindande. En minoritet i HD (Skarin och Herslow) var dock kritiska mot regleringen och menade att den skulle göra det alltför lätt för en konkursmässig person att göra egendom oåtkomlig för övriga borgenärer. Regeln kunde dock accepteras om återvinning kunde ske även i de fall då accepten ges efter konkursutbrottet, vilket enligt då gällande konkursrätt antogs förutsätta analogi eller lagändring, se särskilt NJA II 1901 s 15 (Skarin). I 1914 års avtalslagsförslag upptogs ingen motsvarande regel om verkan av anbudsgivarens konkurs. Någon ändrad uppfattning var det dock inte fråga om. Tvärtom angavs uttrycklig föreskrift vara obehövlig, då det förhållandet att anbudet inte förfaller vid anbudsgivarens konkurs redan följer av avtalslagens grundläggande princip att anbud (och accept) är bindande, se NJA II 1915 s 180 och Almén/Eklund, Avtalslagen (1963) s 34. Jfr även Vahlén, Avtal och tolkning s 129 f.

[113] Håstad, Sakrätt s 328 och 331 f. – Rodhe är öppen för en allmän ondtrosregel vad gäller s k belastningar, varibland optionsrätt insorteras, se Sakrätt s 607 ff. I vanlig ordning ges dock inga rekommendationer där det inte föreligger något säkert material.

	Köp	Öppet köp	Köpoption	Säljoption	Köpanbud
1)	Har borgenären plikt att köpa?				
	ja	nej	nej	ja	nej
2)	Har borgenären rätt att köpa?				
	ja	ja	ja	nej	ja
3)	Har gäldenären plikt att sälja?				
	ja	ja	ja	nej	ja
4)	Har gäldenären rätt att sälja?				
	ja	nej	nej	ja	nej

Likheterna mellan köp, öppet köp, köpoption och köpanbud ligger tydligen däri, att borgenären har rätt att köpa under det att gäldenären är skyldig att sälja (fråga 2 och 3). Skillnaderna mellan köp å ena sidan och öppet köp, köpoption och köpanbud å den andra, framgår av svaren på fråga 1 och 4: borgenären är i de tre senare fallen inte skyldig att köpa (och omvänt gäldenären inte berättigad att sälja) medan motsatsen gäller vid köp. Motiverar nu dessa skillnader gentemot vanligt köp olikhet i sakrättslig behandling eller tvärtom likheterna likhet i sakrättslig behandling?

Från borgenärsskyddssynpunkt torde det väsentliga vara *att borgenärerna inte kan räkna med att få tillbaka egendomen* då jakande svar på fråga 2 och 3 ges (om inte rättshandlingen kan återvinnas förstås). Det faktum att gäldenären vid öppet köp, köpoption och köpanbud inte kan kräva att köpet genomförs mot borgenärens vilja, bör däremot *inte* tillmätas sakrättslig betydelse. Visserligen medför den omständigheten att konkursboet inte kan göra *inträdesrätt* gällande i exempelvis ett köpoptionsfall, dvs att boet inte kan tvinga borgenären/köpoptionshavaren att genomföra köpet, eftersom inte ens gäldenären själv hade denna rätt. Men att inträdesrätt inte finns utgör inget avgörande argument mot *sakrättsligt skydd* för optionsborgenären. Även på andra områden kan ju inträdesrätt saknas samtidigt som sakrättsligt skydd kan uppnås.

Belysande för det sagda är läget då *säljoption* avtalats, t ex i samband med ett hyresavtal. Som framgår av tabellen ovan får "gäldenären"/uthyraren i detta fall sälja *om han vill* och "borgenären"/hyrestagaren är då

tvungen att köpa. Här är det självklart att något sakrättsskydd på grund av optionen inte kan komma ifråga för hyrestagaren gentemot uthyrarens övriga borgenärer, eftersom inte ens uthyraren själv var skyldig att mot sin vilja sälja egendomen och hans bo i princip inte får sämre ställning. Boet kan då sägas ha inträdes*rätt* i optionsavtalet men ingen inträdes*skyldighet* i betydelsen plikt att genomföra köpet = sakrättsligt skyddat köpanspråk att respektera.

Sammanfattningsvis leder sålunda den första av de tre ovan nämnda aspekterna till slutsatsen, att öppet köp, köpoptionsrätt och köpanbud bör vara borgenärsskyddade i samma utsträckning som ett vanligt köp. Då en säljoption avtalats kan gäldenärens medkontrahent ("köparen") aldrig bli skyddad.[114]

Den andra tänkbara aspekten att beakta i frågan om köpoptionsrätters borgenärsskydd är om besittningstagandets *rättsliga grund* har någon betydelse. I det allmänna köpfallet grundas besittningen för köparen givetvis just på köpavtalet, dvs det avtal som förpliktar båda sidor att fullgöra de moment som gör att köparen blir satt i den position som rättssystemet ger vad det kallar en ägare. Ett av dessa moment är just köparens besittningstagande av varan. Men vilka andra moment är avgörande?

Att *vederlag* för gäldenärens prestation kan rent spontant tyckas vara en väsentlig omständighet. Samma regel om tradition för uppnående av borgenärsskydd gäller dock även vid *gåva*. Sålunda stadgas i 1936 års gåvoutfästelselag, att en gåva är ogiltig mot givarens borgenärer om den inte fullbordats. Och gåvan blir fullbordad när saken övergått i gåvotagarens besittning, se 1 och 2 §§. Enda skillnaden jämfört med onerösa överlåtelser är att gåvan före besittningstagandet inte torde vara ens obligationsrättsligt giltig, vilket i detta sammanhang betyder att någon skadeståndsfordran inte kan bevakas om gåvan på grund av bristande besittningsövergång dras in i givarens konkurs. För det fall besittningstagande skett, råder dock som sagt ingen skillnad gentemot de onerösa överlåtelsefallen. Däremot finns en särskild återvinningsregel för gåvor i 4:6 KL, vilket lagrum saknar motsvarighet vid icke blandade köp, jämför även att 4:8 KL inte anses tillämplig på fullgörelse av naturaprestation.[115] Det nu sagda förefaller betyda, att det inte bör ha någon betydelse om köpop-

[114] Vilken ställning får då en säljoptionsrätt vid *köparens konkurs*? Är bilden endast spegelvänd och säljaren därmed sakrättsligt skyddad att sälja till köparens bo? Nej, säkerligen inte! Visserligen är köparen/konkursgäldenären själv bunden att köpa om säljaren påkallar det, men köparens konkursbo kan inte bindas av denna köpskyldighet. Avtalet är närmast att betrakta som ett avtal om sakrättsligt skydd för säljarens villkorliga, av hans egen leverans beroende, fordran på vederlaget. En annan sak är att säljaren kan välja att leverera mot en konkursfordran på betalningen.

[115] Se NJA 1950 s 417, Welamson, Konkursrätt s 234 f, densamme, Konkurs s 76 f, Walin, Materiell konkursrätt s 151, Håstad, Sakrätt s 214 och Lennander, Återvinning s 196 f.

tionshavaren fått egendom om hand på grund av ett oneröst avtal, t ex leasing, eller ett benefikt, t ex ett vanligt saklån. Någon relevant skillnad gentemot läget vid exempelvis öppet köp är därmed svår att se. Rent allmänt anser jag det dock vara mer befogat med skydd för en besittningshavare med köpoptionsrätt, då vederlag som borgenärerna kan få del av utgår redan före tiden för optionens utnyttjande, än då "besittningen är benefik" t o m utövandetidpunkten. En viss skillnad kan då göras mellan en optionsborgenär som är låntagare och en som är leasetagare. Möjligen är det dock så, att vederlagsaspekten bör komma in först på återvinningsstadiet. I vad mån det skulle vara möjligt att återvinna ett saklån med framtida köprätt (till korrekt vederlag) i dess egenskap av "benefikt hyresavtal" enligt 4:6 KL är dock ovisst.[116] Jämför även att lån och hyra förmodligen bedöms lika i frågan om sakrättsligt skydd,[117] vilket kan tala för att frågan om vederlag utgår eller inte saknar relevans före återvinningsstadiet. Om sakrättsligt skydd genom besittningstagande redan idag anses gälla för t ex finansiell leasing, bör detta å andra sidan knappast medföra att vanliga saklån har samma skydd.

Till sist bör *tidsaspekten* uppmärksammas. Vid köpanbud och öppet köp går det i normalfallet ingen längre tid fram till det att besked ges om borgenärens avsikt att köpa eller inte. Vid ett "vanligt" ömsesidigt bindande köp är saken redan från början bestämd. När det gäller köpoption (knuten exempelvis till ett leasing- eller "bare-boat charter"-avtal) däremot, är det ofta så att frågan om köp blir av hålls öppen en lång tid efter optionsborgenärens besittningstagande. I konkurssituationen kan detta vara särskilt besvärligt. Anta t ex att det står helt klart att den avtalade tidpunkten för borgenärens ställningstagande till köp kommer att inträffa långt efter det att konkursboet beräknas ha avvecklats. En första fråga blir då om boet verkligen ska behöver respektera ett anspråk som kanske aldrig kommer att aktualiseras. Kan inte boet *tvinga optionsborgenären att i förtid ge besked om han i framtiden avser att köpa*? (Frågan bör hållas isär från den, om boet i förtid kan framtvinga *ett genomförande av själva köpet*, se härom strax nedan.)

Utgångspunkten de lege lata måste vara, att boet inte har någon annan rätt än gäldenären att tvinga fram ett förtida besked, dvs att vid positivt besked omvandla optionsborgenärens köprätt till en köpskyldighet eller, m a o, till ett vanligt kreditköp. I den mån man medger optionsrätten borgenärsskydd innebär ju det, som också Hessler angett, att optionshavaren blir skyddad mot borgenärerna just i vad avser rätten att (i framtiden) få bestämma sig om han ska köpa eller inte. Man kan nu

[116] Jfr allmänt Hellner II s 222, Lennander a a s 166 ff, särskilt 173 ff och Walin a a s 130 ff.

[117] Se Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 78 och Hasselrot, Lån och saklega s 77 f.

givetvis diskutera det lämpliga i att boet inte i förväg kan få klarhet, men uttalar man sig bara allmänt om huruvida optionsrättigheten är skyddad, måste det betyda att man vill ha svar på frågan om egendomen *är belastad* med optionsrätten eller inte i förhållande till konkursboet som sådant och om egendomen av boet *ska säljas belastad eller obelastad* med optionsrätten. Särskilt när en bestämd köpesumma avtalats eller det kalkylerats med ett restvärde satt till en fast andel av anskaffningskostnaden (t ex 10 %), som inte gjorts beroende av egendomens faktiska marknads- eller restvärde vid utövandetidpunkten, så är ofta meningen med optionsrätten just att hålla frågan om köp svävande fram till denna tidpunkt, så att optionsborgenären vid sitt beslut kan jämföra det avtalade priset med det då rådande marknadspriset, jfr optionsmarknaden för aktier. Värdet av optionen är här direkt relaterat till osäkerheten om den framtida prisutvecklingen på optionsegendomen och representerar därmed ett förväntningsvärde. Är den framtida köpe-/lösensumman däremot knuten till egendomens faktiska värdenedgång och det restvärde den faktiskt visar sig ha när optionsgäldenärens anskaffningskostnad etc betalats finns mindre anledning att fästa avgörande vikt vid ett krav på upprätthållande av tidsfristen för optionsborgenärens valrätt. Någon artskillnad är det emellertid inte fråga om, och optionsgäldenärens bo synes därför generellt inte utan vidare kunna tvinga fram ett förtida besked, om nu de skäl som anförts angående de andra två aspekterna ovan över huvud taget anses duga för borgenärsskydd.

Dessutom kan sägas att optionsborgenären vid en avgörande förfrågan från boet knappast skulle ha något reellt val, om inte också det underliggande avtalet – här nyttjanderättsavtalet – är sakrättsligt skyddat. Ett nekande köpbesked från optionsborgenären/nyttjanderättshavaren skulle ju då medföra att han härefter helt stod utan sakrättsligt skydd mot boet: rätten att köpa är då borta och nyttjandeavtalet har inget skydd. Det skulle i realiteten betyda att optionsborgenären tvingades välja att köpa redan vid en tid då han inte vet om detta, med hänsyn till det aktuella priset för objektet och det framtida marknadspriset, är en bra affär eller inte. Och vägrar han sedermera att betala säljaren på grund av att den avtalade köpesumman visar sig vara ogynnsam, är detta givetvis att se som ett kontraktsbrott. Bestäms köpesumman av objektets faktiska marknadsvärde vid utövandetidpunkten, blir det sagda inte lika träffande.

Vid en bedömning av om konkursboet lämpligen bör få kräva förtida besked av optionsborgenären, huruvida denne avser att köpa, bör uppmärksammas vilket intresse boet typiskt sett har av ett sådant besked. Utgångspunkten är då att boet kan sälja egendomen plus optionsgäldenärens/säljarens rätt enligt kontraktet, dvs rätten att erhålla den överens-

komna köpesumman för det fall optionsborgenären väljer att köpa och rätten att ta tillbaka egendomen om inte köp kommer till stånd. Om boet i förtid kan få besked om köpet blir av innebär det att större klarhet vinns om vad som egentligen säljs, vilket i sin tur bör göra det lättare för boet att sälja och att få ett bra pris: det blir klarlagt om det är egendomen som sådan som säljs eller säljarens rätt enligt optionsavtalet innefattande fordringen på köpesumman, alternativt rätten att återfå egendomen om köpet inte blir av. Boet kan då också på säkrare underlag överväga alternativet att avvakta till tidpunkten för optionens utövande och att uppbära köpesumman för egen del. Huruvida det sagda är tillräcklig för att tillägga boet en rätt till förtida besked är dock tvivelaktigt. Möjligen skulle en sådan rätt kunna inskränkas till fall, där det står klart att den tidigaste tidpunkten för optionsborgenärens skyldighet att ge besked inte kommer att infalla under konkursen.

Tilläggas kan att om optionsrätten är knuten till ett leasingavtal, innefattar boets försäljning av leasegivarens/optionsgäldenärens rätt enligt kontraktet även rätten till de löpande leasingavgifterna och skyldigheten att låta leasetagaren nyttja objektet. Men om leasingavtalet inte tillerkänns sakrättsligt skydd medan däremot köpoptionen gör det, får boet vägra fortsatt upplåtelse och även underlåta att förbehålla nyttjanderätten vid en försäljning av objektet, trots att den ännu icke utövade köpoptionsrätten måste respekteras. Det skulle leda till att boet kunde återta objektet men ändå vara skyldigt att göra förbehåll för köpoptionsrätten vid sin försäljning. Om detta är en lämplig ordning kan diskuteras. Optionen och nyttjanderätten bör nog ses i ett sammanhang. Jämför att både valet att köpa och storleken av köpesumman kan ha bestäms av egendomens status efter ett kanske mångårigt och hårt nyttjande. Och om optionen då är skyddad bör nyttjandet i princip också vara det.

Hittills har endast diskuterats den ena sidan av tidsaspekten vid köpoptionsrätt, nämligen om optionsgäldenärens konkurs medför att optionsborgenären kan tvingas att ge förtida besked om han framöver ämnar köpa. Nästa steg är frågan, om boet inte bara kan kräva besked om handlingssättet i framtiden utan även kan *tvinga optionsborgenären att omedelbart genomföra köpet*. Hessler synes negativ till detta då han för öppet köp och köpanbud skriver, att köparens sakrättsskydd i dessa fall tydligen innebär att köparen är "skyddad i sin rätt att bestämma sig".[118] Håstads ovan angivna uttalande, om konsekvenserna av sakrättsligt skydd, verkar innebära motsatsen.[119]

Enligt min mening saknas grund för en rätt för boet att framtvinga ett köp. Vid ett vanligt köp där det t ex avtalats, att köparen ska erlägga

[118] Hessler s 453.

[119] Se Sakrätt s 331 f.

hela vederlaget först fem år efter avtalsslutet och besittningstagandet, får säljarens bo acceptera att köparen har separationsrätt. Att det förflyter lång tid mellan besittningstagandet och betalningen tillmäts inte någon sakrättslig betydelse. Boet får nöja sig med att ta i anspråk säljarens rätt enligt avtalet, dvs fordringen på vederlaget plus eventuell återtaganderätt vid bristande betalning.[120] Mot bakgrund av detta är det svårt att se någon anledning till att låta den tidsmässiga förskjutningen mellan besittningstagande och betalning drabba en köpoptionsborgenär i motsvarande position. Konkursboet bör m a o även här få nöja sig med att sälja konkursgäldenärens rätt enligt avtalet, innefattande antingen en fordran på köpesumman med säkerhet i optionsegendomen eller, om köpalternativet inte väljs, att få tillbaka den egendom optionen gäller.

En annan sak är att *återvinning* enligt 4:5 KL skulle kunna komma ifråga vid försäljningsavtal och köpoptionsavtal, där betalningen ska utgå först en lång tid efter besittningstagandet. För återvinning enligt detta lagrum räcker det med indirekt skada (medelbar nackdel) för borgenärerna. Och nackdel lär föreligga även om det avtalade priset är korrekt (jfr 4:6 KL) men ska betalas så långt fram i tiden, att det är svåråtkomligt för boet och därför i realiteten innebär ett undandragande. Som exempel har nämnts fallet att vederlag ska utgå först efter gäldenärens död.[121] I sammanhanget kan framhållas att avslutandet av en konkurs inte får fördröjas i syfte att egendom ska tillfalla gäldenären under densamma i enlighet med 3:3 1 st KL.[122] Den efter konkursen inflytande betalningen vid optionsrättens utnyttjande eller den då återlämnade egendomen torde dock utan vidare omfattas av konkursen. Av 3:3 1 st KL e contrario följer visserligen, att egendom som förvärvas av gäldenären efter konkursens avslutande inte ingår i boet. Men när det gäller betalning som kan komma att ske efter konkursen på grund av ett före konkursen ingånget avtal, anses betalningen säkerligen ändå tillkomma boet. Det räcker att pengarna är kontraherade när konkursen avslutas.[123] De ska när de flyter in fördelas vid efterutdelning. Detsamma gäller säkerligen för egendom som återlämnas efter konkursens slut därför att en optionsborgenär sedermera väljer att inte köpa. Med hänsyn till detta och till att

120 Jfr prop 1980/81:8 s 629 och Håstad a a s 169 f.

121 Se Lennander, Återvinning s 95 f, 106 och 140 ff, särskilt s 142.

122 Jfr 11:18 1 st KL in fine, 11:19–21 KL, Welamson, Konkursrätt s 135 f och 196 f, densamme, Konkurs s 42 not 18 och s 57 f, SOU 1970:75 s 110 f och 212, Walin i SvJT 1962 s 718 och Konkurs & Ackord s 70 och 151.

123 Se Welamson, Konkursrätt s 197 och Konkurs s 57 f som menar, att det avgörande i regel är om tillgången fås *på grund av ett redan förut uppkommet rättsförhållande*. För vissa oneröса fång sägs det dock inte alltid vara tillräckligt för vederlagets ingående i boet, att gäldenären å sin sida fullgjort sin prestation före konkursens slut. Uttalandet är dock främst inriktat på vissa upphovsrättsliga avtal.

boet ju trots allt kan sälja optionsgäldenärens rätt enligt kontraktet, och därmed ändå få visst vederlag även under konkurstiden, är nog återvinning sällan behövlig.

Sammantaget kan nu sägas, att de två sidorna av tidsaspekten vid köpoptionsrätt inte bör utgöra något hinder mot att ge optionsborgenären sakrättsligt skydd genom besittningstagandet. Detta gäller oavsett om boet mot förmodan skulle anses ha rätt kräva förtida besked om optionens utövande.

Slutsatsen av hela köpoptionsdiskussionen blir också utan tvekan, att en köpoption enligt gällande rätt bör anses skyddad mot optionsgäldenärens konkursbo genom besittningstagandet av den sak som optionen gäller. Att optionsborgenären saknar skyldighet att köpa saknar betydelse för den sakrättsliga bedömningen. Om vederlag utgår för tiden fram till utövandet är inte heller avgörande. Att det vid konkursutbrottet kan återstå lång tid innan optionsgäldenärens bo kan erhålla besked om köp kommer att ske *och* att vederlaget eller egendomen många gånger kommer att inflyta resp återlämnas långt efter att besittningsövergång skett, är heller inget som bör medföra att borgenärsskydd förvägras optionsborgenären efter besittningstagandet. Detta gäller även om boet inte är berättigat att få förtida besked om köp kommer att ske eller får genomföra köpet i förtid. De problem som kan uppkomma för köpoptionsgäldenärens konkursbo får i den mån det behövs i stället avhjälpas genom användning av konkurslagens återvinningsregler. Att optionsrätten knutits till ett leasingavtal och inte exempelvis till ett saklån bör inte göra någon skillnad vad gäller optionsrättens sakrättsliga skydd. Andra saker är för det första att det kanske oftare kan bli fråga om återvinning om det underliggande upplåtelseavtalet är benefikt och, för det andra, att en köpoption knuten till ett leasingavtal allmänt talar för att även själva leasingavtalet bör vara skyddat.

En köpoptionsborgenärs *omsättningsskydd*, dvs främst skyddet mot ny ägare av den sak som optionen gäller, har inte diskuterats i det föregående. I litteraturen har Håstad som framgått menat att besittningstagandet sannolikt ger skydd även mot ny ägare (oavsett dennes onda tro) och även att den nye ägarens onda tro då kanske borde ge optionsborgenären s k relativt skydd då besittningsövergång inte ägt rum.[124] Karlgren och Hessler torde mena att borgenären vid öppet köp och köpanbud generellt är skyddad genom besittningstagandet. För köpoption i allmänhet sägs inget motsvarande.[125] Forssell antar att köpoptionsrätt är skyddad mot ny ägare genom besittningstagande av saken.[126] Rodhe dis-

[124] Sakrätt s 331.

[125] Hessler s 453 och Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 222 not 164 och 239 f.

[126] Forssell s 176.

kuterar i handboken i sakrätt förekomsten av en allmän ondtrosregel för olika belastningars förhållande till ny ägare.[127] Något direkt ställningstagande görs inte, men Rodhe synes ändå öppen för att besittningstagandet ger absolut sakrättsligt skydd mot ny ägare och att förvärvarens onda tro allmänt räddar belastningen ifall besittningsövergång inte skett. En sådan ordning, som således också Håstad lite försiktigt fört fram, har Walin förespråkat för hyra av lös sak.[128] Detsamma har jag själv gjort för samma avtalstyp de lega lata i föregående avsnitt. Köpoptionsrätt bör enligt min åsikt behandlas på samma sätt, särskilt som analysen av borgenärsskyddet ovan visat, att de sakrättsligt relevanta aspekterna hos köp och köpoption är snarlika. När det gäller köpoptionsrätter i leasingavtal talar även rättstekniska enkelhetsskäl för att nyttjanderätts- och köpdelarna behandlas på samma sätt. Vad som sagts om omsättningsskyddet vid leasing bör därför mutatis mutandis vara överförbart till köpoptionsrätt.

3.2.3 Sambandet mellan det sakrättsliga skyddet och boets valrätt

Det teoretiska utrymmet för en valrätt för uthyrarens konkursbo är beroende av två faktorer, nämligen dels om hyrestagaren har sakrättsligt skydd för sin rätt, dels hur stor del av uthyrarens förpliktelser som det sakrättsliga skyddet i så fall omfattar. Påståendet illustreras rätt bra av de olika rättslägena i Västtyskland, Norge och Sverige.[129]

Enligt *tysk rätt* är hyrestagarens sakrättsliga skydd mot uthyrarens konkursborgenärer i princip heltäckande om han fått besittningen till hyresobjektet före konkursen. Boet är alltså som sådant, under massaansvar, skyldigt att låta hyrestagaren fortsätta nyttja objektet och dessutom även massaansvarigt för utförande av eventuella positiva biförpliktelser såsom vård och underhåll. Något utrymme för konkursboet att ensidigt få välja mellan att inträda och att avstå därifrån ges inte.[130]

Även i *Norge* är en hyrestagare med objektet i sin besittning sakrättsligt skyddad mot att boet säger upp avtalet och berövar honom nyttjanderätten. Boet är alltså som sådant skyldigt att respektera hans rätt. Däremot är boet till skillnad från i Västtyskland inte utan vidare ansvarigt för biförpliktelser. Dessa omfattas alltså inte av det sakrättsliga skyddet

[127] Sakrätt s 607 ff.

[128] Separationsrätt s 49.

[129] Regleringen i Danmark förbigås här, då systematiken är klarare i den snarlika norska.

[130] Å andra sidan kan boet ändå njuta frukterna av avtalet, dvs inhösta fortsatt hyresbetalning, eftersom inte heller hyrestagaren får säga upp avtalet.

och någon särskild konkursregel om automatiskt massaansvar finns inte. För biförpliktelsernas del finns således utrymme för ett val mellan inträde och avstående. Detta förutsätter dock praktiskt sett att biförpliktelserna är någorlunda väsentliga i förhållande till avtalet i sin helhet. Om så är fallet kan normalt boets motpart, hyrestagaren, rätteligen hota med hävning av hela avtalet. Och vill boet i ett sådant fall åtnjuta fördelen av att uppbära hyresbetalningar i konkursen, måste det välja att inträda och därmed åt hyrestagaren säkra även de delar av avtalet som det sakrättsliga skyddet inte täcker. Ett inträde av boet är också nödvändigt, även om inte hyrestagaren på kontraktsrättsligt giltig grund kan hota med totalhävning, om boet vill undvika att hyrestagaren gör avdrag på hyresbetalningarna på grund av den försämrade motprestation han får om boet väljer att inte fullfölja biförpliktelserna. Vill boet tillförsäkra sig full motprestation i konkursen måste det således inträda.

Övergår vi till sist till *svensk* rätt och den traditionella uppfattningen, att en hyrestagare inte alls kan uppnå sakrättsskydd, blir det teoretiska utrymmet för en inträdesrätt för konkursboet som störst. Varken huvudanspråket på att få (fortsätta) nyttja hyresobjektet eller eventuella anspråk på vård, avhjälpande av fel och andra biförpliktelser är med den traditionella regeln, och i brist på en särskild konkursrättslig regel om automatiskt massaansvar, säkrade åt hyrestagaren. Spegelvänt kan konkursboets inträdesrätt då också omfatta allt detta. Lite tillspetsat kan man säga att det nu blivit renodlad "obligationsrätt i konkurs" av det hela. Jämför den gamla uppfattningen att hyra av lös sak är "en obligatorisk rätt."

Uppenbarligen är det så, att utrymmet för ett frivilligt val för uthyrarens konkursbo att fullfölja ett vid konkursutbrottet bestående hyresavtal, är *omvänt proportionellt mot omfattningen av sakrättsligt skydd* för hyrestagarens anspråk på grund av avtalet. Detta inses lätt om de båda storheterna från boets utgångspunkt döps om till "fullständig eller partiell tvungen fullgörelse" resp "fullständig eller partiell frivillig fullgörelse".

Från teoretisk synpunkt borde en framställning om konkursboets inträdesrätt vid uthyrarens konkurs till största delen behandla vad som gäller då hyresobjektet ännu inte avlämnats då konkursen inträffar. I detta läge saknas (förmodligen även i Danmark och Norge) möjlighet till sakrättsligt skydd i de här undersökta länderna. Omvänt är utrymmet för inträdes- och inträdesrättsfrågorna störst. I det följande kommer jag ändå att behandla fallet då hyresobjektet avlämnats vid konkursutbrottet mera ingående. Detta beror på dels att det i praktiken säkerligen är vanligare att hyresförhållanden nått detta stadium då konkurs inträffar (vilket i sin tur torde bero på att tidsrymden för "avtalsslut – avlämnan-

de" normalt är kortare än för "avlämnande – återlämnande/köp"), dels att det ju i svensk rätt är osäkert om ens besittningstagandet har sakrättslig effekt och dels att gränsen mellan sakrätt och obligationsrätt är principiellt intressant att skärskåda.

I det närmast följande avsnittet (3.2.4) utgår jag från den traditionella uppfattningen, att sakrättsligt skydd inte kan uppnås för hyrestagarens rätt. Därefter (3.2.5) skisseras hur inträdesfrågorna bör bedömas ifall sakrättsligt skydd godtas i enlighet med vad som förordats i avsnitt 3.2.1 ovan i detta kapitel. I bägge avsnitten förutsätter jag att en optionsrätt bedöms samlat ihop med hyres- eller leasingavtalet. Som kanske framgått menar jag i och för sig, att såväl hyresavtalet sett för sig som en separat bedömd köpoptionsrätt bör stå sig mot tredje man i kraft av traditionen av saken. Att undersöka inträdesfrågorna för det fall en köpoption i ett leasingavtal skulle stå sig men däremot inte leasingavtalet sett för sig är dock meningslöst, då en sådan ordning inte är önskvärd.

3.2.4 Konkursboets inträdesrätt om sakrättsligt skydd inte kan erhållas

3.2.4.1 I vilken utsträckning får boet alls överta fullgörelsen av avtalet?

Fyller regler om inträdesrätt t ex för en leasegivares konkursbo vid finansiell leasing någon *praktisk* funktion, om boet alltid har rätt att återta leasingobjektet utan belastning av leasingrätten och utan massaansvar? Frågan kan omformuleras till ett spörsmål, om den sakrättsliga regeln motsvarar det handlingssätt som leasegivarens bo normalt skulle anse förnuftigt, dvs om återtagandealternativet oftare är mera förmånligt för boet än ett fortsatt leasingförhållande. Åtminstone vid finansiell leasing menar jag att svaret på denna fråga är nej. Om ett leasingbolag med en stor mängd löpande kontrakt för en rad olikartade objekt går i konkurs, är det nog ofta praktiskt ogörligt att omedelbart återta och realisera objekten. Leasade maskiner och utrustningar är många gånger "skräddarsydda" för en viss leasetagares behov och kan vara varaktigt inmonterade i dennes rörelselokal. Ett återtagande är då knappast fördelaktigt för borgenärerna. I stället är det då bättre att tills vidare uppbära de inflytande leasingavgifterna i avvaktan på en möjlighet att sälja verksamheten som helhet. Avkastningen på leasingavtalen kan även utgöra ett behövligt kreditunderlag för boet i konkursen. För boet kan kontraktsrätterna säkrade med leasingobjekten också ge ett nog så gott vederlag som objekten obelastade. Jämför argumentet att objektet ofta är värt mer uthyrt än outhyrt.

Vad konkursboets intresse är varierar dock säkerligen mycket från konkurs till konkurs. Ibland finns det kanske inget annat alternativ än en omedelbar nedläggning av verksamheten. I så fall finns inget egentligt inträdesintresse. Detsamma kan gälla om förlängningstid löper enligt ett leasingavtal, som därmed ger dålig avkastning för leasegivarsidan, vilken ju i princip redan fått fullt betalt. Ett återtagande kan då vara attraktivt, men det förutsätter också att objektet, som redan är avskrivet, har ett återstående försäljningsvärde som överstiger vad det kostar för boet att återta, förvara och sälja egendomen.

Sammanfattningsvis måste ändå sägas att boet i många fall bör vara intresserat av att avtalet fortsätter. Nästa steg blir då om avtalet kan fås att fortsätta mot hyrestagarens/leasetagarens vilja.

Normalt ligger det säkerligen också i dennes intresse att avtalsförhållandet fortsätter. Det är ju främst därför som frågan om sakrättsligt skydd för hans rätt alls diskuterats. Någon beaktansvärd invändning om icke övertagbar personlig fullgörelse från uthyrarens sida torde sällan komma ifråga. Detta gäller särskilt vid finansiell leasing, där leasegivaren varken har bevaringsplikt eller står faran för objektet efter avlämnandet. Man kan i stort sett säga att leasetagaren "gör allt själv" eller har att vända sig mot leverantören. När det gäller mer traditionell uthyrning eller leasingformer där leasegivaren ska prestera service, hålla med reservdelar och liknande, kan vissa betänkligheter möjligen infinna sig. Dessa är dock inte så allvarliga att de motiverar ett förbud mot boets inträde. Som dansken Kofoed-Hansen framhållit kan hyrestagarens anspråk tillgodoses genom regler om plikt för boet att ställa säkerhet. Och hyres- eller leasingavtal med kontinuerliga serviceförpliktelser o d är sällan så långvariga, att tidsaspekten bör lägga hinder i vägen för boets inträde. Skulle boet ändå i ett enskilt fall hinna avvecklas innan avtalstiden löpt ut, bör boet vara skyldigt att avsätta medel för framtida förpliktelser i den utsträckning som angetts för villkorliga massafordringar vid behandlingen av säljarens (kap III 3.1) och entreprenörens (kap IV 4.3.3) konkurs.

Några betänkligheter mot ett fortsatt avtalsförhållande under konkursen ligger alltså normalt inte i uthyrarprestationens karaktär. I stället ligger måhända, i alla fall ytligt betraktat, en risk i att hyrestagaren ofta betalar vederlaget i förskott för en viss period. Och boets möjligheter, att på grund av det bristande sakrättsskyddet spekulera i om det ska bryta avtalet eller inte, kan medföra en betydande osäkerhet för hyrestagaren. Detsamma gäller för risken att boet säljer objektet utan förbehåll för hyrestagarens rätt.

I litteraturen har Bengtsson sålunda menat att uthyrarens konkurs torde ge hyrestagarens hävningsrätt "i vart fall om han ännu ej erhållit

saken". 12:30 JB tillämpas då analogt med motiveringen att hyrestagaren riskerar sin nyttjanderätt, "f ö oavsett besittning till saken."[131] Tiberg har för långtidscertepartiernas del på liknande sätt – bl a med hänvisning till de äldre motsvarigheterna till 8:16 och 12:30 JB – hävdat, att redarens konkurs bör ge befraktaren rätt att med fog antecipera dröjsmål och omedelbart häva.[132] I övrigt är uttalanden i frågan svåra att finna. I den sakrättsliga analysen av rättsfallet NJA 1963 s 129 (se närmare 3.2.2 ovan) har Hessler utgått från, att en uthyrares konkursbo kan disponera över hyresavtalet genom att låta det bestå.[133] Möjligt är att Hessler här inte alls tar ställning till frågan, om boet *mot hyrestagarens vilja* kan tvinga sig kvar i avtalet. Men gör han det utgör uttalandet ett stöd för en sådan rätt för boet.

Eftersom jag här utgår ifrån att hyrestagaren inte alls kan uppnå skydd mot upplåtarens konkursbo, kan tyckas att analogin till 8:16 och 12:30 JB är befogad. Lagrummen ger ju arrendatorer och hyresgäster, som inte tillträtt avtalsobjektet då upplåtaren går i konkurs, uppsägningsrätt med omedelbar verkan med motiveringen, att dessa nyttjanderättshavare före tillträdet har en mycket osäker ställning vid boets försäljning av fastigheten.[134] Oavsett om skälen för denna uppsägningsrätt idag är hållbara vid nyttjanderätt till fast egendom, har de avsevärd motsvarande tyngd vid hyra av lös egendom. Här kan ju inte ens något skydd uppnås. Är det därmed helt enkelt inte så, att *bägge* sidor ovillkorligen och omedelbart kan avbryta avtalsförhållanden därför att sakrättsskydd saknas?

Tittar man närmare på motiveringen för uppsägningsrätten i 8:16 och 12:30 JB blir analogin inte lika given.[135] Angående arrende (endast jordbruksarrende diskuterades) framhölls i motiven att arrendatorn för att tillträda arrendet är tvingad att vidta åtgärder och dra på sig utgifter, vilka delvis blir onyttiga om han kanske efter en kort tid måste återlämna arrendestället, om han alls hinner tillträda det. Konkursboet är å sin sida ytterst tvingat att sälja fastigheten exekutivt, varvid nyttjanderättshavaren inte har lika bra rättsskydd som vid frivillig försäljning. För hyra angavs dessa skäl äga motsvarande giltighet.[136] Senare har hyresregeln i litteraturen förklarats med att hyresgästen inte ska behöva flytta in, inrätta sig i lägenheten och börja betala hyra om han ändå inom kort mister den.

131 Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 44 not 17.

132 Tiberg, Kreditsäkerhet s 105, jfr densamme, Fordringsrätt s 70.

133 Hessler s 302. Avtalet i rättsfallet innehöll en köpoption men detta torde inte ha påverkat Hesslers ståndpunkt i den här delen.

134 Se närmare kap V 3.2.2 och 3.3.1.

135 Jfr för det följande kap V 3.2.2 ovan.

136 NJA II 1908 s 95 f och 156.

Jag vill nu hävda att argumenten för uppsägningsrätten i JB endast eller i vart fall i första hand tar sikte på det oskäliga i att en nyttjanderättshavare, som *inte påbörjat bruket* av egendomen, tvingas påbörja detta och göra investeringar i anslutning härtill, för att sedan kort därefter tvingas att ge upp alltsammans. Analogin från 12:30 JB och motsvarande arrenderegel är alltså hållbar endast för det fall *då hyresobjektet inte avlämnats* före uthyrarens konkurs. Endast i detta fall kan, om avtalet avbryts, hyrestagarens ekonomiska läge försämras i förhållande till hur det var på konkursdagen. Har hyresobjektet däremot redan överlämnats (och kanske även bruket påbörjats) så är skadan redan skedd och kan inte undvikas genom hävningsrätt. Tvärtom undviks då bäst att investeringar går till spillo om avtalet får bestå.

Skulle vi alltså stå inför en regel om inträdesrätt för uthyrarboet som endast omfattar fallet då hyresobjektet avlämnats vid konkursutbrottet? Nja, återvänder vi till uppsägningsrätten enligt 8:16 och 12:30 JB bör ytterligare märkas, att den säkerligen tjänar *ett socialt syfte*, som inte alls gör sig gällande med samma styrka särskilt vid finansiell leasing av lös egendom. Fastighetsreglerna är, av naturliga skäl, skrivna med bostadshyresgästers och jordbruksarrendatorers skyddsbehov för ögonen. Dessa grupper ska inte utan mycket starka skäl tvingas bosätta sig i lägenheten resp på arrendestället för att i nästa andetag tvingas flytta därifrån. Allmänt får också sägas att en in- och utflyttning där innebär en betydligt mer ingripande sak och föranleder avsevärt större omgång än motsvarande dispositioner avseende lös egendom. I det senare men inte i det förra fallet är det normalt fullt acceptabelt med ekonomisk kompensation för en mistad nyttjanderätt. Det bör åter särskilt gälla vid finansiell leasing, där de kommersiella aspekterna är renodlade. Och om leasegivarens konkursbo inträder i avtalet får leasetagaren en massafordran på avtalets riktiga fullgörande. Förbehåller inte boet nyttjanderätten vid en försäljning, får leasetagaren ett massaskadeståndskrav mot boet. Betalas förskott per leasingperiod kan tänkas att boet dessutom kan avkrävas säkerhet.[137] Möjligt är därför att boet bör tillåtas inträda även då objektet inte avlämnats vid den kritiska tidpunkten.

Det ska dock inte förnekas, att konkursboets intresse av att inträda och leverera objektet enligt ett kanske för avsevärd framtid bindande avtal inte är särskilt stort. Ett inträde kan här t o m komma i konflikt med konkursförvaltarens grundläggande åligganden enligt 7:8 1 st KL, att "vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet", jfr även 8:2 KL som säger att rörelsen inte får fortsättas längre tid än ett år från edgångssammanträdet om inte särskilda skäl föreligger. Är det fråga om mera kortvariga upplåtelser föreligger dock inga betänklig-

[137] Till sådana detaljfrågor återkommer jag strax nedan.

heter. Observeras bör även att fortsätt drift inte nödvändigtvis behöver ha något samband fullföljande av utestående avtal.

Rent materiellt är det nog ändå så, att de risker för ytterligare förluster som ett inträde trots allt för med sig för en hyrestagare, som inte fått objektet avlämnat hos sig vid konkursutbrottet, motiverar att boet inte tilläggs inträdesrätt i detta fall, och det särskilt som boets intresse av inträde här typiskt sett måste vara litet. Jämför de förhållanden som råder vid finansiell leasing, där skyldigheten att leverera objektet fullgörs av tredje man, leverantören, vars incitament att leverera i sin tur är beroende av leasegivarens konkursbos vilja att betala honom för tillverkning eller inköp. Boet är väl normalt ointresserat av att ge leverantören kredit, om leasingavgifterna endast på lång sikt ger täckning? Boet kan å andra sidan alltid sälja rätten till avkastningen eller rätten enligt kontraktet och därmed snabbt få ett förhållandevis gott utbyte även av långvariga avtal. En omedelbar hävningsrätt för hyrestagaren skulle i så fall utgöra ett icke oväsentligt avbräck för boet.

Sammantaget är det trots allt materiellt rimligast, att konkursboet inte får tvinga på hyrestagaren objektet och påbörja avtalsrelationen om inte avlämnande skett på konkursdagen. En annan sak är om det är lämpligt att *i en kommande lagstiftning* om ömsesidigt förpliktande avtals behandling vid konkurs inta en sådan och liknande undantagsregler i lagen. Kanske är det bäst att ha en allmän huvudregel om inträdesrätt för konkursbon och sedan lägga ansvaret på konkursförvaltarna, att avgöra vilka avtal som det – med hänsyn till konkurssyftet och andra av den tilltänkte lagstiftaren angivna relevanta faktorer – är försvarbart att gå in i. Till dessa generella de lege ferenda-frågor återkommer jag i bokens sista kapitel.

Efter avlämnandet av hyresobjektet finns det däremot som sagt inga avgörande invändningar mot en rätt för konkursboet att ta över avtalet. Det intresse som boet här kan ha av ett fortsatt avtalsförhållande angavs inledningsvis i avsnittet och ska inte upprepas. Hyrestagaren bör inte ha något särskilt att invända mot att boet tar över avtalet. Att hans rätt inte är sakrättsligt skyddad motsäger inte detta, då boets massaansvar (och eventuella säkerställande) bör ge honom tillräcklig säkerhet. I boets inträde ligger utan vidare ett massalöfte om förbehåll vid en kommande försäljning. Hyrestagarens förlustrisk blir inte heller beaktansvärt större än vad som blir resultatet om han häver avtalet på konkursdagen. Snarare blir hans position bättre vid ett fortsatt avtalsförhållande, då han vid omedelbar hävning endast haft ställning som oprioriterad konkursborgenär. Hans skada skulle då kunna bli avsevärd särskild vid finansiell leasing, där det kan vara svårt att snabbt sluta ett ersättningsavtal.

3.2.4.2 Villkoren för boets övertagande

Hittills i avsnittet har jag talat om inträde och inträdesrätt synonymt med allmänna termer som boets "övertagande" och "fullgörande" av gäldenärens avtal.[138] Meningen var också att på ett oprecist eller allmänt plan diskutera i vilken utsträckning det över huvud taget kan accepteras att uthyrarens bo tilltvingar sig en fortsättning av avtalsförhållandet i konkursen. Det återstår nu att närmare reda ut *vilken mekanism som råder/ bör råda för boets övertagande av avtalet.* Endast läget då avlämnande skett vid konkursutbrottet ska diskuteras.

Först måste dock fastslås att hyrestagarens intresse av att tidigt få besked, om boet ämnar att fullfölja avtalet eller avstå härifrån och i stället återta hyresobjektet, måste tillgodoses genom *en rätt att interpellera boet* om dess avsikter. Svarar inte boet inom skälig tid på hyrestagarens förfrågan eller ger boet negativt besked bör denne få häva. Befogenheterna motsvarar i princip den modell som 39 och 40 §§ KöpL, 8:18, 9:30 och 12:31 JB uppställer till skydd för en sakrättsligt oskyddad parts fullgörelsekrav. Vid just hyra av lös sak kan i och för sig diskuteras, om inte påföljden av boets underlåtenhet att på anfordran ge besked i tid bör vara konkludent inträde. Det kan inte vara särskilt lockande för hyrestagaren att framtvinga ett besked som leder fram till en hävning av avtalet som får till följd att han måste återlämna hyresobjektet. Hans krav på återbetalning av erlagd förskottshyra och skadestånd är som sagt bara vanliga konkursfordringar. Med Håstad bör därtill sägas att hyrestagaren inte bör tillerkännas retentionsrätt i detta läge, då det i realiteten skulle ge hyrestagaren sakrättsligt skydd, vilket rättsordningen här förutsätts förneka honom.[139]

Att låta boets underlåtenhet att i tid besvara en förfrågan innebära inträde med massaansvar saknar dock helt stöd i den svenska lagstiftningen. Något sådant finns inte heller föreskrivet i de danska och norska regleringarna. Å andra sidan känner man där inte en ordning med frånvaro av sakrättsligt skydd för en hyrestagare med objektet i sin besittning. De lege lata måste den riktiga modellen i svensk rätt ändå vara, att hyrestagarens förfrågan görs vid äventyr av avtalets hävning, inte vid äventyr av massaansvar för boet. En annan sak är att boet kan tänkas ådra sig massaansvar genom konkludent handlande alldeles oavsett om hyrestagaren interpellerat och oavsett om någon svarsfrist försuttits. Frågan om inträde genom konkludent handlande behandlas samlat i avsnitt 3.2.6.4 nedan.

138 Jfr kap I 6.

139 Se Håstad, Sakrätt s 327 och, med motsatt uppfattning, Walin, Separationsrätt s 47 f och 50.

Nu ska äntligen undersökas under vilka mera exakta försutsättningar som uthyrarboet får överta avtalet. Räcker det att boet inträder i egentlig, teknisk mening, dvs att det övertar uthyrarförpliktelserna med massaansvar, eller måste boet dessutom ställa säkerhet? Eller kanske boet kan nöja sig med att ställa säkerhet utan att samtidigt ta på sig massaansvar? En analog tillämpning av 12:31 3 st JB innebär att uthyrarens konkursbo kan välja mellan att inträda med massaansvar, ställa säkerhet utan sådant ansvar eller att överlåta uthyrarens kontraktsrätt (inkl objektet). Boet skulle således inte kunna avkrävas både säkerhet och massaansvar. 12:31 3 st JB:s regler torde emellertid förutsätta att konkursgäldenären (lokalhyresgästen) presterar i förskott per hyresperiod. Vid finansiell leasing betalar också leasetagaren ofta i förskott för tre månader i taget, och vid billeasing lär månatsvisa förskott vara vanligast. Eftersom det här är fråga om *leasegivarens* konkurs, innebär det att *borgenären* presterar i förskott. Frågan är då om inte denne via ett motsatsslut från 12:31 3 st JB bör kunna kräva såväl massaansvar som annan säkerhet för sin förskottsprestation till uthyrarboet eller om han tvärtom får nöja sig med en rätt till säkerhet för det fall boets ekonomi från början är så dålig eller försämras så att massans betalningsförmåga kan sättas ifråga. Enligt min mening bör det enligt gällande rätt räcka med att boet tar på sig massaansvar *eller* ställer säkerhet. Visserligen torde 12:31 3 st JB förutsätta förskottsprestation från gäldenärens sida, och förmånsrätten enligt 5 § FRL kan ha påverkat utformningen av reglerna. Å andra sidan ger inte heller köplagen något stöd för ett krav både på massaansvar och annan säkerhet. En analogi med 39 § KöpL leder visserligen till att säkerhet kan avkrävas uthyrarens bo då förskottsbetalning avtalats. Men lagrummet ger inte stöd för ett krav på massaansvar (inträde) därutöver, om inte först, innan någondera sidans prestationsskyldighet kommit, 40 § KöpL använts. För ett redan före konkursen påbörjat leasingförhållande finns knappast utrymme för en uppspaltning motsvarande den som görs mellan det fall som 39 § KöpL och det som 40 § KöpL behandlar.

Enligt de danska och norska generella reglerna finns rätt att kräva säkerhet, utöver det massaansvar som det grundläggandet inträdet alltid för med sig, då den solventa sidan ska prestera före den insolventa. Om avtalet gäller en löpande prestation till gäldenären, och gäldenären å sin sida ska prestera periodvis i efterskott, räcker det att säkerheten vid varje tidpunkt, "rullande", täcker det först förfallande vederlaget för tid efter konkursutbrottet, 57 § DKL resp § 7–5 LFD. Tillämpade vid uthyrarens konkurs innebär reglerna, att boet vid sitt inträde åtminstone måste ställa säkerhet för värdet av nyttjandet för nästföljande hyresperiod, dvs i princip för beloppet av en hyresbetalning. Det förefaller dock inte helt klart hur reglerna i detalj ska tillämpas på olika typer av hyres-

avtal vid konkurs på uthyrarens sida. Jämför också att dansk och norsk rätt erkänner sakrättsligt skydd för hyrestagaren genom besittningstagandet, vilket gör utrymmet för reglerna ganska litet. Vad som behöver säkras åt hyrestagaren, utöver vad sakrättsskyddet täcker, är ju endast eventuella biförpliktelser på service, underhåll etc. Och som Kofoed-Hansen skriver bör boet *endast* vara skyldigt att ställa säkerhet då sådana förpliktelser åvilar uthyraren/leasegivaren. Vid finansiell leasing anser han följaktligen att någon säkerhet inte kan avkrävas boet.

Även om ett krav på säkerhet kan uppfyllas så enkelt som att ändra betalningssättet från förskott till efterskott så menar jag *sammanfattningsvis*, att en leasetagare enligt ett avtal om finansiell leasing inte bör få kräva särskild säkerhet vid leasegivarboets inträde. Finns service- och underhållsskyldighet för leasegivaren/uthyraren, bör boet vara skyldigt att ställa säkerhet för detta motsvarande beloppet av förskott för en hyresperiod. Enklast etableras säkerheten som sagt genom att ändra betalningssättet från förskott till efterskott.

För dessa slutsatser talar också, att leasetagaren/hyrestagaren bör ha *retentionsrätt* till säkerhet för fordringar på återbetalning av förskottshyra och skadestånd om boet efter inträdet inte skulle visa sig kunna fullfölja kontraktet avtalsenligt. De invändningar som kan göras mot en retentionsrätt för hyrestagaren då avtalet hävs utan att boet först inträtt är inte relevanta sedan boet inträtt.

Beträffande *fartyg* torde det just sagda kunna tillämpas på egentliga hyresavtal, "bare-boat charters". Boet bör här möjligen alltid vara skyldigt att ställa säkerhet, oavsett om betalningen utgår i förskott och biförpliktelser avtalats. När det gäller *tidscertepartier* har jag inte mycket att tillägga utöver vad Brækhus och Falkanger sagt. Allmänt vill jag dock uttala sympati för den mera nyanserade lösning som Falkanger förordat. Brækhus mening, att befraktaren bör ha omedelbar och ovillkorlig hävningsrätt vid redarens konkurs, är möjligen tilltalande från enkelhets- och förutsebarhetssynpunkt. Jag känner mig ändå inte helt övertygad av de skäl som Brækhus anför. En del av dem förefaller tillspetsade i överkant. Som Falkanger skriver är förhållandena här säkerligen så olikartade, att någon generell regel om inträdesrätt eller avsaknad av sådan är svår att uppställa. Men att för enkelhetens skull då ge en regel om ovillkorlig hävningsrätt är ändå inte att rekommendera. Anta t ex att en redare – mot vanligheten – i certepartiet förbehållit sig rätt att överlåta fartyget och kontraktet utan att befraktaren får säga upp/häva avtalet. Borde inte detta tala för att konkursboet bör få inträda och därefter även överlåta fartyget utan att befraktaren får bryta avtalet?

I en intressant skiljedom meddelad i *Stockholm 27/2 1984 (Western Tankers v/s Sulphur)*[140] hade 1980 slutits ett tidscerteparti för en kemikalietanker. Redare var ett kommanditbolag som utgjorde ett av huvudbolagen i den s k Johanssongruppen på Tjörn i Bohuslän. I certepartiet stadgades bl a att överlåtelse av fartyget

[140] Skiljemän: Anders Knutsson, Frode Ringdal och Per H Osvald (skiljaktig i sak). Skiljedomen återfinns delvis bland omständigheterna i RH 1986:162.

"to a company outside the Johansson Group" krävde befraktarens tillstånd och att befraktaren hade förköpsrätt ("first refusal to buy") till marknadspris. Ungefär ett år efter leveransen av fartyget gick de flesta av Johanssongruppens företag i konkurs. (Tankrederiverksamheten bevarades dock i huvudsak inom den nybildade Shipinvestkoncernen.) Det aktuella redarbolaget inställde betalningarna, inledde ackordsförhandlingar och meddelade 5/2 1982 befraktaren sin avsikt att sälja fartyget jämte certepartiet till utomstående part. Befraktaren protesterade och försäljningen blev inte av. I stället överläts fartyget 17/6 1982 till ett skeppsmäklarbolag som tidigare innehaft mäklaruppdrag vid befraktning av fartyg tillhörande Johanssongruppen. Överlåtelsen var villkorad av att fartyget kunde överlåtas med bibehållet certeparti. Efter underrättelsen om överlåtelsen protesterade befraktaren: förvärvaren var inte ett bolag till vilket redaren hade rätt att utan samtycke sälja fartyget. Befraktaren erbjöd sig i stället att köpa fartyget till marknadspris i enlighet med certepartiklausulen.

5/7 1982 gick redaren i konkurs. Sex dagar senare förklarade sig befraktaren häva avtalet och återlämna fartyget. Som skäl åberopades redarens konkurs. Samtidigt erinrades om att en överlåtelse av fartyget skulle innebära kontraktsbrott. Förvärvaren och redarens konkursbo tillbakavisade hävningen och krävde att avtalet skulle fullföljas. 5/10 1982 avgav dock även förvärvaren hävningsförklaring under åberopande av befraktarens avtalsstridiga hävning och underlåtna fullgörelse av skyldigheterna enligt certepartiet. Förvärvaren begärde även återgång av köpavtalet med redaren/konkursbolaget, vilket konkursboet medgav. Förvärvaren krävde sedan befraktaren på skadestånd med drygt 35 milj kr. Som grund anfördes *att* det träffats ett giltigt överlåtelseavtal beträffande fartyget och redarens rättigheter och skyldigheter enligt certepartiet, *att* överlåtelsen ägt rum inom ramen för en reorganisation av Johanssongruppens tankrederiverksamhet och därför inte krävt samtycke *och att* förvärvaren förfogade över det kunnande och de resurser som varit nödvändiga för att fullgöra certepartiet. Befraktaren hade därför varit förpliktad att fullgöra certepartiet. Hans underlåtenhet att göra det och försöket att häva utgjorde ett väsentligt kontraktsbrott som gav förvärvaren rätt att häva. Vidare innebar överlåtelsen att förvärvaren ensam svarade för certepartiets fullgörelse. Om redaren ändå skulle anses kvarstå som förpliktad jämte förvärvaren, var redarens konkurs ändå inte giltig hävningsanledning för befraktaren.

Befraktaren bestred yrkandet och hävdade att överlåtelsen skett till underpris vid en tidpunkt då redaren var insolvent och omedelbart före konkurs, till ett företag i vilket kommanditdelägare i redarbolaget hade ett väsentligt ekonomiskt intresse. Syftet hade varit att undandra konkursborgenärerna värdefull egendom. Dessa omständigheter, sannolikheten för att köpet inte skulle kunna fullgöras, avsaknaden av sakrättsligt skydd för överlåtelsen (ansökan om inskrivning av fartygsförvärvet gjordes aldrig, varför egendomen ingick i konkursboet) och att överlåtelsen till sin natur var återvinningsbar, måste enligt befraktaren ha varit uppenbara för redaren och förvärvaren. Konkursboet angavs inte haft rätt att inträda i överlåtelseavtalet, vilket inte heller skett. Överlåtelsen saknade därför verkan mot befraktaren.

Utöver dessa sakrättsligt orienterade grunder anfördes att avtalet inte gav rätt att överlåta fartyget och certepartiet utan samtycke, åtminstone inte certepartiet. Befraktarens vägran till överlåtelse medförde att något avtalsförhållande aldrig uppkom med "förvärvaren". Överlåtelseförsöket utgjorde i stället ett väsentligt kontraktsbrott som gav befraktaren hävningsrätt. Ifall redaren ändock skulle anses haft rätt att överlåta fartyget och certepartiet till ett annat bolag inom Johanssongruppen, svarade redaren ändå för riktig fullgörelse framöver. När redaren sedan försattes i konkurs innebar detta redan i sig att befraktaren fick rätt att häva. Hävningsrätt förelåg även därför att förköpsrätten negligerats. Och även om det funnits rätt att med förbigående av förköpsrätten överlåta fartyget med certeparti, kunde överlåtelse inte ske utan samtycke på grund av de aktuella förvärvarens

bristande kvalitet, riskerna för att fartyget skulle återvinnas till konkursboet och sannolikheten för att köpet inte skulle kunna fullgöras av förvärvaren.

Skiljenämnden framhöll först att det faktum att inskrivning inte söktes för förvärvet, och att sakrättsligt skydd således inte vanns mot konkursboet, inte inverkade på överlåtelsens giltighet mellan parterna. Det hade heller inte visats att försäljningen skett till underpris. Och även om inskrivning sökts och överlåtelsen då återvunnits, följde inte härav att överlåtelseavtalet saknade verkan mellan parterna. Av villkoret i överlåtelseavtalet framgick också att avsikten var att förvärvaren skulle inträda i redarens rättigheter och skyldigheter enligt certepartiet. Ang ägandeförhållandena och rekonstruktionen av Johanssongruppens tankflotta framhölls följande.

Förvärvaren, som fungerade som mäklare för hela gruppens tankflotta, ägdes via ett helägt bolag till 67 % av bröderna Johansson med barn. Efter att flertalet av Johanssongruppens bolag gått i konkurs samlades huvuddelen av tankflottan efter hand i den nybildade Shipinvestkoncernen, där aktiemajoriteten låg inom Johanssonfamiljen. Det aktuella förvärvarbolaget fullgjorde samma funktion inom Shipinvest som inom Johanssongruppen, och inom Shipinvest fanns en enhetlig ledning och i huvudsak samma personal som tidigare. Vilgot Johansson innehade alltjämt en central ställning. Vid överlåtelsen av det aktuella fartyget hade Shipinvestkoncernen i det väsentliga kommit igång med verksamheten, och förvärvarbolaget torde redan då ha ägts av Shipinvest. Verksamheten inom Shipinvestkoncernen framstod således, skrev skiljenämnden, som en fortsättning av tankfartsdelen av Johanssongruppens verksamhet. Med hänsyn till de ägandeförändringar som skett var omorganisationen dock inte så begränsad att överlåtelse av fartyg och certeparti kunnat ske utan samtycke utan särskilt stöd i avtalet. Nämnden utgick dock (efter viss diskussion) ifrån, att certepartiet gav redaren rätt att överlåta fartyget till ett annat företag inom Johanssongruppen och att det måste antas ha varit förutsatt att certepartiet i sådant fall skulle följa fartyget. Vad gäller befraktarens förköpsrätt fann nämnden, att denna inte kunde göras gällande vid överlåtelser inom Johanssongruppen. Förvärvarbolaget ingick före de olika konkurserna i gruppen. Frågan var dock om detsamma gällde sedan den sammanhållna gruppen upplösts och omorganiserats. Därvid framhålls följande.[141]

"Certepartiet innebär att befraktaren alltid skall svara för samtliga kostnader för fartygets finansiering och för dess skötsel och drift. Med hänsyn härtill bör redarens ekonomiska resurser ha varit av ganska begränsad betydelse för /befraktaren/, låt vara att det naturligtvis var viktigt att dess finansiella ställning var sund. /Redarens/ väsentliga uppgifter har varit att svara för fartygets bemanning, underhåll och drift, och det för /befraktaren/ avgörande bör ha varit att /redaren/ förfogade över det tekniska och ekonomiska kunnande som behövdes härför. När certepartiet ingicks ansåg sig /befraktaren/ uppenbarligen kunna utgå från att detta anspråk var tillgodosett. Denna bedömning får antas till stor del ha varit grundad på de erfarenheter /befraktaren/ hade från sitt tidigare samarbete med Johanssongruppen. /Befraktaren/ måste härvid givetvis ha räknat med de resurser gruppen som sådan förfogade över; /redarbolaget/ torde man tidigare inte ha haft att göra med i sådana sammanhang. Certepartiet var inriktat på ett långsiktigt samarbete, och det kan mot den bakgrunden ha framstått som naturligt att /redaren/ ville tillförsäkra sig en möjlighet att överföra fartyget till ett annat företag inom gruppen; /befraktaren/ betingade sig för övrigt motsvarande rätt att överföra certepartiet till ett annat fartyg inom Bolidenkoncernen. /Befraktarens/ medgivande till överlåtelse av fartyget med certeparti inom Johanssongruppen får anses bygga på den förutsättningen att de åsyftade resurserna skulle stå till förfogande även efter en sådan överlåtelse.

Som framgår av det förut sagda överfördes huvuddelen av Johanssongruppens tankflotta och den driftsledning och den personal som varit knutna till denna del

141 Se skiljedomen s 20 f.

av gruppens verksamhet under våren 1982 till Shipinvestkoncernen. Denna hade också enligt avtal med olika konkursbon hand om driften av flera fartyg som tillhört konkursföretag inom Johanssongruppen. De resurser i form av tekniskt och ekonomiskt kunnande som enligt det anförda får antas ha varit av avgörande betydelse för /befraktaren/ fanns sålunda vid tiden för överlåtelsen av fartyget i stort sett samlade inom Shipinvestkoncernen. Vilgot Johansson själv intog en framträdande ställning i rörelsen under beteckningen driftchef. Hans familj ägde en betydande andel i koncernen. Dessutom förelåg en bindande utfästelse från ägaren till 25 % av aktiekapitalet i Shipinvest...att på begäran sälja sina aktier till Vilgot Johansson. Denne hade rätt att överlåta optionsrätten till sina barn eller till ett av honom själv eller barnen ägt bolag. Praktiskt sett framstår Shipinvestkoncernen som en fortsättning på Johanssongruppens tankrederi. Med hänsyn till vad nu har sagts anser skiljenämnden bäst förenligt med parternas intentioner att tolka certepartiet så, att en överlåtelse till ett företag inom Shipinvestkoncernen i den uppkomna situationen får betraktas som en överlåtelse inom Johanssongruppen i certepartiets mening. Eftersom /förvärvaren/ vid den ifrågavarande tidpunkten ingick i Shipinvestkoncernen har följaktligen överlåtelsen enligt certepartiet kunnat ske utan särskilt samtycke från /befraktarens/ sida."

Kunde då befraktaren *häva på grund av redarens konkurs* som sådan? Så här skrev nämnden på denna punkt:[142] "Överlåtelsen, vilken som tidigare framhållits gäller mot /befraktaren/, innebar att /förvärvaren/ inträdde i /redarens/ ställe på bortfraktarsidan och att /redaren/ alltså inte skulle svara för det fortsatta uppfyllandet av avtalet. Emellertid hade /förvärvaren/ vid tiden för /redarens/ konkurs ännu inte vunnit sakrättsligt skydd för sitt förvärv. /Redarens/ konkursbo hade därför möjlighet att göra anspråk på fartyget. Om boet hade vidtagit en sådan åtgärd skulle detta ha aktualiserat frågan om boets rätt att överta certepartiet och /befraktarens/ skyldighet att godta ett sådant övertagande. Skiljenämnden anser sig emellertid inte ha anledning att ta ställning till denna fråga. I den mån boet inte framställde något anspråk på fartyget var överlåtelsen nämligen gällande mot /förvärvaren/ och därmed bindande också för /befraktaren/. .../Befraktaren/ har i vart fall inte varit befogat att häva certepartiet under hänvisning till /redarens/ konkurs så länge det inte stod klart att konkursboet gjorde gällande rätt till fartyget."

Förvärvarens talan fick således i sin helhet framgång. Redaren ansågs alltså haft rätt att såsom skett överlåta fartyget med certepartiet till förvärvaren utan särskilt samtycke. Befraktaren hade inte haft rätt att häva, utan hävningen utgjorde ett kontraktsbrott som gav förvärvaren rätt till skadestånd.

Denna tvist aktualiserar ett flertal intressanta frågor, som jag inte kan gå in på här. Allmänt vill jag dock uttala sympati med utgången. Från *konkursrättslig* synpunkt kan följande sägas. Ett förbud för redaren att sälja fartyget som sådant och sina rättigheter enligt kontraktet torde inte vara bindande för hans *konkursborgenärer*,[143] medan ett förbud att sälja skyldigheterna enligt kontraktet i princip är att bedöma enligt vad som kan ha avtalats mellan de ursprungliga parterna eller annars får antas gälla enligt dispositiv rätt. Eftersom skiljenämnden med stöd av den särskilda överlåtelseklausulen ansåg överlåtelsen tillåten fanns ingen anledning (förutom vad avser ett eventuellt kvarstående kontraktsansvar för överlåtaren, som dock inte ansågs föreligga) att bedöma om befraktarens hävning ändå var godtagbar på grund av redarens konkurs och boets eventuella avsaknad av rätt att inträda i certepartiet. Beträffande befraktarens sakrättsligt orienterade argument kan (med nämnden) sägas, att då överlåtelsen var kontraktsrättslig giltig men sakrättsligt skydd inte uppnåtts så

142 Skiljedomen s 24.

143 Jfr Rodhe, Sakrätt s 120.

hade fartyget och certepartiet ingått i boet, varvid boet om det önskat det haft rätt att inträda i försäljningsavtalet. Först om boet i det läget inte valt att inträda och boet inte heller trätt in i certepartiet hade befraktaren fått häva. Redan det faktum att överlåtelsen inte vunnit sakrättsligt skydd (eller, om skydd uppnåtts, överlåtelsen var potentiellt återvinningsbar) gav som nämnden mycket riktigt skriver inte befraktaren rätt att häva, då överlåtelsen i sig ansågs obligationsrättsligt tillåten. Vad åter gäller frågan om boets inträdesrätt, talar nämndens resonemang i det långa citerade textpartiet ovan enligt min mening *för* att boet skulle anses haft rätt att inträda i certepartiet, och sedan även utnyttja redarens rätt att inom vissa ramar överlåta fartyg och certeparti, om det funnits anledning att ta ställning därtill. Möjligen kan boet rent av tänkas haft rätt att inträda även om en särskild överlåtelseklausul saknats, men detta är väl mera osäkert.

I Danmark har Gomard uttalat att ägarens bo både vid tidsbefraktning och "bare-boat charter" kan välja att kvarstå vid avtalet, i vart fall om befraktaren/chartraren betalar i efterskott.[144] I svensk rätt har Tiberg som nämnts framhållit att redarens konkurs bör ge tidsbefraktaren omedelbar hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott.[145] Han hänvisar bl a till 39 § KöpL, men om därmed också avses konkursboets befogenheter enligt paragrafen är tveksamt. På ett annat ställe i samma arbete sägs följande. "I regel drivs rörelsen inte vidare under någon längre tid, men man brukar försöka fullgöra kontraherade resor, såvida de inte skulle ligga alltför långt fram i tiden."[146] Om man då "brukar" utnyttja en inträdesrätt eller komma överens om viss tids fortsättning sägs inte.

Tilläggas kan att det, även om inte certepartiet rent affärsmässigt är särskilt gynnsamt för redarsidan, sällan torde vara möjligt för konkursboet att omedelbart bryta löpande certepartier. En försäljning av fartygen kan knappast ske omgående utan avsevärd värdeförstöring (om inte hela eller delar av verksamheten kan säljas samlat till redan nybildade bolag) och uppläggningskostnaderna kan vara dryga, jfr omständigheterna i ett annat "Johanssonmål", AD 1982 nr 143. I rättsfallet fortsatte boet rederirörelsen under fyra månader. Verksamheten kunde drivas vidare i full skala tills den övertogs av ett nytt bolag med i stort sett samma ägarförhållanden. Med nuvarande sjöfartskonjunkturer torde sällan andra köpare anmäla sig inom rimlig tid. Både boet och befraktaren förefaller alltså ha ett visst intresse av att fartyget drivs vidare en tid. Framhållas bör också att rederiets anställda genom lönegarantin normalt kan behållas, vilket bör medföra att rederiets förpliktelser bör kunna fullgöras i stort sett som tidigare.

Nu bör dock skiljas mellan praktikens krav på att kontraherade fartyg kan drivas vidare en tid utan avbrott och nödvändigheten av en inträdesrätt för konkursboet. Att boet av rättsordningen tillåts tvinga sig in i ett avtalsförhållande *behöver* ju inte vara nödvändigt för att en viss tids fortsättning av befraktningsförhållandet ska komma till stånd. Överenskommelser om viss tids fortsatt upplåtelse kan, om det ligger i båda sidors intresse, nog många gånger duga väl så bra som tillämpning av en tvingande regel. Men jag menar ändå att en tvingande regel om inträdesrätt för boet, parad med en rätt för befraktaren att få klara besked om framtiden inom rimlig tid, är en bättre regel. Erkänns en ovillkorlig hävningsrätt finns risk för att befraktaren tar till-

144 Gomard s 51.

145 Kreditsäkerhet s 105 med not 7.

146 A a s 278.

fället i akt och häver ett avtal som är ogynnsamt för honom. Risken för att boet på sådana och liknande grunder i onödan går miste om värdefulla avtal bör inte förstärkas av rättsordningen. Dessutom är det med interpellationsmodellen lättare att klarlägga vilken status olika ur avtalsförhållandet uppkommande anspråk har under den tid som fartyget faktiskt drivs vidare utan att några nya överenskommelser kommer till stånd. Nu är det visserligen inte så att en regel om boets konkludenta inträde nödvändigtvis behöver motsvaras av en positiv *rätt* för boet att inträda och fullfölja avtalet. Man behöver alltså inte konstruera reglerna så att boet får anses stillatigande ha utnyttjat *en rätt* att inträda, utan man kan i stället helt rätt och slätt uttala, att omständighet x, y och z, befraktarens behov av skydd vid redarens konkurs och boets nytta av det fortsatta avtalsförhållandet bör anses innebära att boet inträtt med massaansvar, alldeles oavsett om en positiv inträdesrätt för boet förelegat eller inte. Ges sedan också regler motsvarande den norska § 7–6 LFD, om att boet efter ett inträde i ett varaktigt avtal kan begränsa ett långvarigt massaansvar för återstående avtalstid genom en uppsägningsrätt med tre månaders eller rimligt varsel, behöver inte heller boets inträde bli en så avgörande fråga.[147]

Sammanfattningsvis anser jag således att den nyanserade men i viss mån oförutsägbara regel som Falkanger angett bäst överensstämmer också med gällande svensk rätt för tidscertepartiernas del. Rättsläget torde därvid i hög grad överensstämma med vad som gäller vid en byggnadsentreprenörs konkurs.[148]

3.2.5 Konkursboets inträdesrätt om sakrättsligt skydd kan erhållas

I det följande antar jag, i enlighet med vad som förespråkats i avsnitt 3.2.1 i detta kapitel, att tradition av hyresobjektet ger dels absolut sakrättsligt skydd mot borgenärer och ny ägare som köper egendomen vid frivillig försäljning, dels ett av en oskadlighetsprövning beroende skydd mot ny ägare vid exekutiv försäljning. Dessutom utgår jag ifrån att endast själva anspråket på att få nyttja skyddas av den sakrättsliga regeln, däremot inte biförpliktelser som t ex service- och underhållsskyldighet. Endast läget då besittningstagande skett före konkursen diskuteras.[149]

Utgångsläget är således detsamma som i Danmark och Norge. Liksom i dessa länder behövs en inträdesrätt för uthyrarens konkursbo endast för eventuella biförpliktelsers del. Vid finansiell leasing innebär det att frågan om inträdesrätt inte är av något nämnvärt intresse. Leasetagaren är för hela den prestation han kan fordra av leasegivaren skyddad genom den sakrättsliga regeln. Han bör därför inte på grund av konkursen någon särskild hävningsrätt som boet behöver avvärja med ett inträde för att få kvarstå vid avtalet. Den riktiga modellen bör vara att avtalet

147 Se närmare om sådan "utträdesrätt" 3.2.6.3 nedan.

148 Se kap IV 4.3.1 ovan.

149 För rättsläget då besittningstagande inte skett före konkursen hänvisas till föregående avsnitt.

fortsätter som tidigare utan att boet behöver ta på sig något ytterligare massaansvar utöver sakrättsskyddet.

Eftersom leasetagaren betalar leasingavgifterna i förskott kan ifrågasättas, om inte särskild säkerhet bör få avkrävas boet utöver sakrättsskyddet. Frågan motsvarar praktiskt sett den som diskuterades i föregående avsnitt om massaansvar och säkerhet. Vad som sas där, om att boets massaansvar borde räcka om inte boets egen ekonomi kan ifrågasättas, bör på motsvarande sätt gälla också här. För närmare argumentation får hänvisas till diskussionen föregående avsnitt.

För avtal enligt vilka uthyraren/leasegivaren har att prestera service, reparationer eller allmänt har bevaringsplikt bör, förutom ett teoretiskt, även finnas ett praktiskt utrymme för en inträdesrätt för boet. Som nämnts får hyrestagaren enligt dispositiv kontraktsrätt häva hela avtalet vid väsentlig bristande fullgörelse av sådana biförpliktelser. Och boet måste då, om det vill undvika hävning och förlorade hyresintäkter, inträda i avtalet. På sätt som nyss sagts bör boets massaansvar som utgångspunkt räcka för att säkra hyrestagarens positiva anspråk om inte boet är insolvent för massaskulderna. Är avtalet så långvarigt att boet riskerar att avvecklas före avtalstidens utgång, kan hyrestagaren kräva att konkursförvaltaren avsätter medel för hans villkorliga massafordringar för vid konkursens slut ännu icke aktualiserade reparationer, felanspråk och liknande.

Enligt gällande rätt kan boet förmodligen, i stället för att inträda i egentlig mening, ställa säkerhet för biförpliktelserna, jfr 39 § KöpL, 9:30 1 st och 12:31 3 st JB analogt. Vad som nu sagts om behovet av inträde och inträdesrätt gäller då även säkerställande resp rätten att kvarstå genom att ställa säkerhet.

För *fartyg* bör det sagda i sin helhet vara tillämpligt vid "bare-boat charter", som bör kunna säkras sakrättsligt genom tradition på i princip samma sätt som annan lösegendomshyra. Beträffande *tidscertepartierna* medför en allmän traditionsregel knappast någon sakrättslig förbättring, då besittningsförhållandena i avtalsrelationen inte lär duga för en giltig besittningsövergång. Endast en registreringslösning skulle ge befraktaren motsvarande skydd. Med hänsyn till redarens förhållandevis omfattande naturaförpliktelser skulle skyddet ändå inte täcka mer än en begränsad del av redarens förpliktelser, om inte en särskild konkursrättslig regel om automatiskt massaansvar för dessa införs, vilken regel dock, som nämnts i sakrättsavsnittet (3.2.1), inte är önskvärd. Frågan om inträdesrätt skulle då trots allt kunna få stor betydelse. Vad som sagts om inträdesrätten i föregående avsnitt blir då i stora delar relevant även om sakrättsskydd i traditionell mening kunde etableras för nyttjanderätt till lös sak i allmänhet.

3.2.6 Övriga frågor i samband med konkursboets inträde[150]

3.2.6.1 Har boet partiell inträdesrätt?

Frågan om uthyrarens konkursbo får begränsa sitt massaansvar till tiden efter konkursutbrottet är *i Norge* beroende av om de uthyrarens prestationer, för vars del ett inträde behövs för att rädda avtalet åt boet, är delbara och på grund av sambandet mellan de enskilda delarna bör betraktas som en enhet, se § 7–4 st 2 LFD. Som diskuterats i tidigare kapitel,[151] torde liknande regler gälla i Sverige. För det grundläggande anspråket på att få nyttja det hyrda objektet, är frågan utan större intresse ifall avlämnande skett på konkursdagen. För t ex ännu icke betalt förseningsvite och ersättningskrav för ursprungliga fel kan frågan ändå uppkomma. För reparationsförpliktelser och liknande positiva naturaåligganden torde frågan vara viktigare. För dessa kan det måhända vara svårt att göra en uppdelning mellan sådant som uthyraren/gäldenären själv haft att åtgärda före konkursen och sådant som avser tiden efter konkursutbrottet. Grundregeln bör dock även här vara att boet endast svarar från konkursdagen. Om sakrättsligt skydd erkänns blir frågan f ö aktuell endast för biförpliktelserna. Principiellt sett bör dock frågan om partiellt inträde bedömas enligt samma regel oavsett om sakrättsligt skydd kan erhållas eller inte.

3.2.6.2 Får hyrestagaren häva på grund av kontraktsbrott före konkursen?

Denna fråga bör för det fall som här diskuteras, det då besittningsövergång ägt rum före konkursen, bedömas likformigt med den om partiell inträdesrätt finns: i den utsträckning som boet har partiell inträdesrätt bör kvarstående hävningsrätt, exempelvis grundad på uthyrarens bristande underhåll av den upplåtna egendomen, inte godtas. Måste boet däremot på grund av odelbarhet ta på sig ett fullständigt massaansvar även för tiden före konkursen, omfattar detta ansvar utan vidare även kontraktsbrott begångna före konkursen.

3.2.6.3 Svarar boet ovillkorligen för resterande avtalstid?

Vid behandlingen av leasetagarens konkurs vid finansiell leasing utreddes olika möjligheter för konkursboet att i förtid befria sig från ett långvarigt massaansvar.[152] Vid leasegivares och vanliga uthyrares konkurser

[150] Endast fallet då objektet traderats före konkursen diskuteras.

[151] Se främst kap III 3.5 men även, för upplåtarens konkurs vid hyra av fast egendom, kap V 3.2.3.

[152] Kap VI 2.3.3.

behöver frågorna inte lika ingående behandling. Leasegivaren/uthyraren har i allmänhet rätt att utan motpartens samtycke överlåta egendomen. Detsamma gäller då för hans konkursbo. Samtycke behövs dock ofta för överlåtelse kontraktet (skyldigheter och rättigheter). Boets intresse av att i förtid få säga upp avtal som det trätt in i är ändå inte särskilt stort. Frågan är i övrigt beroende av om sakrättsligt skydd erkänns eller inte. Antar vi först att sakrättsskydd *kan* uppnås, bör det utan vidare innebära att boet inte får säga upp avtalet i konkursen utan stöd av någon lagregel i motsatt riktning. Boets inträde blir här endast av intresse för biförpliktelsernas del och för dessa bör kanske finnas möjlighet till förtida befrielse. Som senast utretts för leasetagarens konkurs vid finansiell leasing,[153] finns dock inte i Sverige något konkret stöd för att ett konkursbo i förskott skulle få förtid befria sig från ett avtal som boet trätt in i. Jämför däremot de danska och norska reglerna i 61 § DKL resp § 7–6 LFD. Något större intresse för boet att få avlasta sig avtalet endast vad avser biförpliktelser finns dock knappast.

Antar vi därefter att sakrättsskydd *inte kan* uppnås enligt gällande rätt, borde det teoretiskt sett finnas större utrymme för att låta boet i viss mån bestämma tiden för sitt inträde. Som sagt är det dock svårt att hitta något stöd för en särskild uppsägningsrätt för boet från massaplanet. Även här är det nog så, att boets inträde leder till ett definitivt massaansvar till avtalstidens slut om inte hyresobjektet belastat med hyrestagarens rätt överlåts dessförinnan. Huruvida något annat är påkallat de lege ferenda utifrån situationen vid just uthyrarens konkurs är tveksamt.

3.2.6.4 Konkludenta inträden

Om tradition av hyresobjektet ger sakrättsligt skydd kan för denna fråga hänvisas till fastighetshyreskapitlet ovan.[154] Utrymme för boets ådragande av massaansvar genom konkludent handlande bör således finnas endast för förpliktelser som det sakrättsliga skyddet inte omfattar. Väljer boet ändå att fullgöra en sådan förpliktelse i avsikt att förhindra motpartens hävning eller gör prisavdrag, bör åtgärden leda till massaansvar för de anspråk som uthyraren kan få om boets insatser misslyckas, t ex om boet åstadkommer fel. Vid avtal om finansiell leasing finns således inget nämnvärt utrymme för att binda boet genom konkludent handlande: boet kan på grund av den förutsatta sakrättsliga regeln inte säga upp avtalet och har inga egentliga biförpliktelser att ta ställning till. Att boet låter leasetagaren behålla objektet och självt mottar avgiftsbetalning i kon-

[153] Kap VI 2.3.3.
[154] Kap V 3.2.3.

kursen bör då inte betyda inträde, eftersom boets åtgöranden endast innebär ett respekterande av den sakrättsliga regeln.

Har uthyraren förpliktat sig att stå för underhåll eller andra positiva prestationer, bör boet som sagt kunna dra på sig massaansvar endast om boet faktiskt utför förpliktelserna ifråga på ett sätt som ger hyrestagaren anspråk på grund härav. Boet har i detta fall kunnat avstå från att prestera men på förutsatt affärsmässiga grunder ändå valt att fullgöra. Boet bör då också stå risken för förluster.

Ifall sakrättsligt skydd *inte* kan vinnas för hyra av lös sak, har boet valrätt mellan att inträda och att avstå därifrån för avtalets alla delar. Boets fullföljande av avtalet bör då kunna medföra ansvar på i princip samma sätt som vid exempelvis köp och entreprenad.[155] Analogt härmed bör exempelvis en leasegivares bos underlåtenhet att utnyttja sin rätt att återta leasingobjektet jämte boets uppbärande av leasingavgift medföra att boet trätt in. Detta får bl a till följd att boet blir massaskadeståndsskyldigt om det inte förbehåller leasetagarens rätt vid en försäljning av objektet och rätten därför faller. Liksom vid andra kontinuerliga (eller löpande) avtal är dock en viss generositet mot boet påkallad i konkursens inledningsskede, men när det gått säg två–tre veckor från konkursdagen bör ansvar för boet ha uppkommit. Att boets underlåtenhet att besvara en inträdesförfrågan från hyrestagarens sida inte i sig bör innebära inträde har redan nämnts. Avslutningsvis kan sägas att boet, om det ännu inte bestämt sig i inträdesfrågan, gör klokt i att återlämna hyresbetalningar som inflyter efter konkursutbrottet eller meddela hyrestagaren att boet ännu inte tagit ställning och innehåller de mottagna medlen för hyrestagarens räkning. I annat fall finns risk för att boet ådrar sig ett massaansvar som i värsta fall kan kvarstå för resterande avtalstid.

3.2.6.5 Kvittning med konkursfordringar

Motsvarande frågor har grundligt diskuterats för hyra av fast egendom.[156] Antar vi att sakrättsligt skydd kan erhållas för en hyres- eller leasetagares rätt, är slutsatserna för fastighetsfallet helt överförbara till lösa saker. Huvudregeln bör då vara att såväl kvittning som avräkning kan ske fullt ut. Kan sakrättsskydd *inte* uppnås blir resultatet det motsatta. De fordringar på hyra/leasingavgift som boet via inträdesrätten väljer att skaffa sig på nyttjaren bör då inte kunna kvittas mot vanliga konkursfordringar på konkursgäldenären.

[155] Jfr kap III 3.8 och 3.9 och kap IV 4.3.5.

[156] Se kap V 3.2.4 och 3.3.2.

VII FÖRLAGSAVTAL OCH PATENTLICENSAVTAL

I detta kapitel ska två former av immaterialrättsliga avtal undersökas, nämligen förlagsavtal mellan författare och förläggare samt licensavtal avseende patentskyddade produkter. Dessa båda torde var för sig utgöra de viktigaste kontraktstyperna inom immaterialrättens huvudområden upphovsrätt resp industriellt rättsskydd. Det har därför tett sig naturligt att här behandla just dem. Från praktisk konkursförvaltarsynpunkt är särskilt *licensavtalen* av stor betydelse. I åtskilliga konkurser uppkommer frågor om i vilken utsträckning konkursförvaltare i framför allt konkursdrabbade tillverkningsföretag har rätt att, i strid med licensavtalens konkursklausuler, fortsätta utnyttja de licensrätter som verksamheten baseras på och vilka rättsliga verkningar boets utnyttjande i så fall får. Måste konkursboet exempelvis som massaskuld betala royalty till licensgivaren för försäljning av redan före konkursen framställda produkter som omfattas av licensen? Gör det någon skillnad om boet både färdigställer och säljer produkterna? Och vad gäller om konkursboets möjligheter att överlåta licensrätterna, separat eller tillsammans med den övriga verksamheten? Vilken betydelse har besittningen till framställda produkter i detta sammanhang? I vad mån är konkursboet bundet av de grundläggande immaterialrättsliga konstruktionerna?

Listan på intressanta men de lege lata svårbesvarade frågor kan göras lång. Problemen är inte avgränsade till patentlicenser utan kan lika gärna gälla licenser för t ex varumärken och mönster. Jag har dock valt att begränsa mig till patentområdet, då detta måste ses som det centrala och grundläggande. De lösningar som fås fram här borde dock i hög grad vara överförbara också till licenstyper inom näraliggande områden.

Behandlingen av *förlagsavtalet* motiveras inte i första hand av dess praktiska vikt vid konkursförvaltning i allmänhet. En närmare analys har jag här i stället ansett motiverad dels därför att rättsläget vid förlagskonkurs på skilda håll ansetts otillfredsställande, vilket föranlett lagstiftaren att överväga införande av förmånsrätt för författares och andra upphovsmäns fordringar, dels därför att avtalsförhållandet mellan författare och förläggare grundas på ett tämligen färskt branschdominerande standardavtal, vilket gör att en förhållandevis homogen bild av det typiska avtalsinnehållet kan uppvisas. Detta underlättar i sin tur diskussionen om utformningen av de önskvärda konkursrättsliga reglerna för avtalstypen. Att beskriva det typiska patentlicensavtalet låter sig

däremot knappast göra, bl a därför att avtalsobjekten här är så olikartade och att användningen av standardavtal inte är särskilt utbrett.[1]

Kapitlet inleds med en relativt lång men delvis elementär redogörelse för de båda avtalstyperna och de grundläggande immaterialrätter de avser. Enligt min åsikt är detta motiverat för det första för att de immateriella avtalen nog är de som är minst bekanta för "allmänjuristen" bland de avtalstyper som tas upp i den här boken, för det andra för att ge både mig själv och läsaren en välbehövlig grund att stå på inför den tekniskt komplicerade konkursdiskussion som sedan följer.

[1] Jfr Sandgren s 60 ff.

1 Allmänt om avtalstyperna

1.1 Förlagsavtal[2]

När en författare, tonsättare eller bildkonstnär skapat ett verk som har en så hög grad av särprägel och självständighet att det i praktiken är uteslutet att någon annan kan åstadkomma en prestation som är nära överensstämmande, är skaparen – upphovsmannen – skyddad enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Upphovsrätten kräver inga formalia utöver detta. Från och med materialiserandet av verket, t ex då boken skrivs, har upphovsmannen upphovsrätt. Rätten gäller för det första, enligt 2 § URL, "uteslutande rätt att förfoga över verket", dvs ensamrätt till detta. En författare har alltså ensam rätt att bestämma över bokens framställning och spridning, dvs om, när och i vilken form detta ska ske. Denna rätt kan kallas hans offentliggöranderätt.

För det andra har upphovsmannen vissa ideella rättigheter. Han har rätt att anges som verkets upphovsman, han kan göra anspråk att verket inte förvanskas på ett för honom kränkande sätt och på att verket inte offentliggörs på ett sätt som kränker honom, 3 § URL. Upphovsmannens ideella rätt kan endast i begränsad omfattning avtalas bort, se 3 § 3 st URL.

Upphovsmannens förfoganderätt, den ekonomiska delen av upphovsrätten, inskränks på olika sätt i 2 kap URL vartill hänvisas. Den ideella rätten ska även här respekteras, se 26 § URL.

Om sanktioner mot upphovsrättsintrång stadgas i 7 kap URL. Vad som kan komma ifråga är böter eller fängelse högst två år, skadestånd och att upphovsmannen får lösa egendom som intrånget gäller eller yrka att olagliga exemplar förstörs eller ändras, se närmare 53–55 §§ URL. Sistnämnda befogenheter gäller dock inte mot godtroende förvärvare.

En författare har själv sällan möjlighet att effektivt göra en bok han skrivit tillgänglig för allmänheten. I stället sluter han då ett förlagsavtal

[2] Avsnittet gör inte anspråk på att utgöra någon självständig undersökning utan är bara en kort sammanställning av de faktorer som kan vara av betydelse vid bedömningen av de konkursrättsliga problemen. Framställningen bygger i det väsentliga på Kanter, Det nya förlagsavtalet. Jfr även Bergström, Lärobok och Bernitz m fl, Immaterialrätt s 23 ff.

genom vilket förfoganderätten helt eller delvis upplåts till en förläggare.[3] (Beträffande författarens ideella rätt gäller även här 3 § 3 st URL.) Förlagsavtal regleras i svensk rätt i 27 och 28 §§ och 31–38 §§ URL. Reglerna är sin helhet dispositiva. Till grund för dem ligger 1947 års normalformulär för förlagsavtal, upprättat av de nordiska författar- och förläggareföreningarna. 1980 ingicks ett nytt normerande avtal mellan Sveriges författarförbund och Svenska bokförläggareföreningen, det s k *ramavtalet för förlagsavtal* (RA).[4] Detta är tillämpligt på skönlitteratur, barn- och ungdomslitteratur samt på sådan facklitteratur som av författarna producerar på samma sätt som skönlitteratur. Även på utgivning utanför ramavtalets direkta tillämpningsområde är avsikten att det ska få normerande verkan, se 1 § RA.[5]

Förlagsavtalet har definierats som "det avtal genom vilket författaren till förläggaren /upplåter/ ensamrätt att mångfaldiga, utge och sprida verket, vilket förläggaren förpliktar sig att göra."[6] Avtalet uppställer åtskilliga förpliktelser för parterna. De viktigaste är de här:

Författarens huvudförpliktelse är som sagt att till förläggaren upplåta ensamrätt att utge verket och att därefter inte inkräkta på den rätten, jfr 8 § RA och 37 § URL. Han ska avlämna manus på avtalad tid. Väsentligt dröjsmål härmed är kontraktsbrott som berättigar förläggaren att häva, 10 § RA.[7] Författaren har rätt och skyldighet att utan särskild ersättning läsa korrektur, 11 § RA. Sedan manus godkänts får han inte ändra det utan förläggarens samtycke om ändringarna väsentligt ändrar verkets karaktär och omfång, 12 § RA (jfr 36 § URL). Görs det ändå får förläggaren häva avtalet. Författarens korrekturläsningsrätt/-plikt gäller varje ny upplaga eller i vart fall sådan som han enligt 40 § RA alltid har rätt att revidera.

Förläggaren ska först och främst utge verket, 14 § RA och 33 § URL. Med detta menas både mångfaldigande och spridning. Spridningen ska ske genom sedvanliga marknadsföringsåtgärder och utgivningen ska fullföljas, dvs reklamåtgärder, affischering och distribution fortsättas om

[3] Här brukas som synes inte den överlåtelseterminologi som URL på ett förvillande sätt använder. Med Rodhe (Handbok i sakrätt s 552 f) menar jag med *upplåtelse* i det följande den åtgärd varigenom bruksrätten – här förlagsrätten – tillskapas. En åtgärd varigenom en redan existerande bruksrätt går över på en ny bruksrättshavare – här då förlagsrätten övergår till en ny förläggare – kallas *överlåtelse*. (Det senare kallas i URL vidareöverlåtelse, vilket också det kan leda till missförstånd.) Jämför vid hyra skillnaden mellan själva upplåtelsen av hyresrätten till hyresgästen och hyresgästens överlåtelse av hyresrätten till en ny hyresgäst. – Jfr för ingående diskussion av dessa frågor Saxén s 37–42.

[4] Ramavtalet finns intaget hos Kanter s 76 ff.

[5] Se närmare Kanter s 12 ff.

[6] Kanter s 17 f. Termen "överlåter" har i citatet utbytts mot "upplåter", se varför i not 3 ovan. Jfr för definition av förlagsavtal Jacobsen s 74 ff och Saxén s 6 ff.

[7] Jfr Kanter s 24.

möjligheten till avsättning och övriga omständigheter motiverar det. Förläggaren är skyldig att utge nya upplagor när efterfrågan föreligger. Av 6 § RA framgår att utgivandet av nya upplagor också är en rätt för förläggaren. Försummas utgivningsplikten kan författaren häva, se 14 § 3 mom och 15 § RA samt 33 och 34 §§ URL.

Förläggarens andra huvudskyldighet är att betala honorar till författaren. Ersättningen utgår i form av royalty beräknad på bokens nettopris exklusive moms vid försäljning från förläggaren till återförsäljaren. Royaltyn kan enligt ramavtalet vara av två slag, produktionsroyalty eller försäljningsroyalty. *Försäljningsroyalty* är det vanliga och beräknas efter antalet sålda exemplar, 19 § RA. Av den beräknade royaltyn för första upplagan ska förläggaren utan återbäringsskyldighet för författaren erlägga minst en tredjedel som garantibelopp vid avlämnande av tryckfärdigt manus, vilket normalt lär bli efter det att avtal slutits och eventuella ändringar gjorts upp. Vanligt förskott räknas inte som garantihonorar och kan återkrävas vid den kommande, årliga avräkningen. Avräkningsdag är den 31 mars och avser försäljning fr o m den första april föregående kalenderår. Den enligt avräkningen upplupna royaltyn förfaller till betalning under oktober månad efter avräkningsdagen, se 32 § RA. Enligt det tidigare gällande normalformuläret utgjorde royaltyn minst 16 2/3 % av bokhandelspriset. Det nya systemet med förlagspriset som royaltyunderlag ger åtminstone siffermässigt en något högre procentsats.

Vid *produktionsroyalty* förfaller halva det beräknade honoraret för första upplagan till betalning vid avlämnande av tryckfärdigt manus. Återstoden erläggs då tryckerisedel utfärdas, vilket ska ske omedelbart efter varje upplagas tryckning, 20 och 25 §§ RA.

Ramavtalets särskilda regler om *realisation* behandlas i avsnitt 2.2.4 nedan.

Enligt 9 § 1 st RA och 28 § URL får inte förläggaren *överlåta förlagsrätten* utan författarens samtycke, om inte rätten ingår i en förlagsrörelse som helt eller delvis överlåts. Överlåtelseförbudet motiveras av det tillitsförhållande som anses råda mellan parterna. Författaren ska alltså inte utan vidare behöva acceptera förläggarbyte genom att rättigheterna till hans verk säljs. Jag återkommer med en närmare analys av överlåtelsefrågorna i avsnitt 2.2.6 nedan.

Sammanfattningsvis kan man om förlagsavtalet säga, att parterna under lång tid – avtalet består så länge utgivningen pågår, dock längst intill utgången av femte året efter det år senaste upplagan utgetts, se 7 § 1 st RA – samverkar för ett gemensamt ändamål, nämligen att sälja så många böcker som möjligt. Samtidigt som intressegemenskap föreligger, råder ett tillitsförhållande mellan parterna. Författaren måste kunna lita på förläggarens branschkännedom, på att böckerna sprids på ett opti-

malt sätt och att honoraret kommer att betalas ut avtalsenligt. Förläggaren måste å sin sida lita på att författaren verkligen är upphovsman till verket och att han inte upplåtit förlagsrätt till någon annan. Som framgått kan parterna häva avtalet vid olika typer av kontraktsbrott från motpartens sida. Vid hävning på grund av förläggarens kontraktsbrott gäller allmänt att författaren får behålla erhållet garantihonorar. Eventuellt skadestånd inräknas dock i detta. Beror hävningen på författaren blir han däremot återbetalningsskyldig. Vid hävning upphör avtalet omedelbart att gälla. Alla rättigheter återsamlas då i princip hos författaren, 7 § 3 st RA. Förläggarens plikt att redovisa består dock givetvis även efter det att avtalet upphört.

I vad mån de angivna förhållandena får betydelse för reglerna vid parternas konkurser ska strax nedan undersökas. Där tas också ställning till om regeln i 9 § 2 st 1 p RA, om att förlagsavtalet upphör med omedelbar verkan om förläggaren försätts i konkurs, är giltig mot förläggarens konkursbo.

1.2 Patentlicensavtal[8]

Om någon gjort en uppfinning som kan tillgodogöras industriellt, kan han själv eller hans rättsinnehavare söka patent på uppfinningen hos patent- och registreringsverket (PRV).[9] Patenträtten innebär ensamrätt att yrkesmässigt utnyttja uppfinningen, se 1 § patentlagen (1967:837, PatL). Ensamrätten gäller bl a tillverkning, utbjudning och omsättning av uppfinningen eller användning av ett förfarande som är patentskyddat eller exploatering av alster som tillverkats enligt ett patentskyddat förfarande, se 3 § PatL. Olika undantag från denna ensamrätt görs i lagen, se närmare 3–5 §§. Bl a ges regler om s k föranvändarrätt: den som redan utnyttjade uppfinningen yrkesmässigt i Sverige när patentansökan kom in till PRV, får utan hinder av patentet fortsätta utnyttjandet, om det inte innebar uppenbart missbruk i förhållande till patentsökanden eller någon från vilken denne härleder sin rätt. Också den som vidtagit väsentliga åtgärder för yrkesmässigt utnyttjande av uppfinningen i Sverige har föranvändarrätt, 4 § PatL.

För att patent ska kunna meddelas måste uppfinningen vara ny och väsentligen skilja sig från vad som blivit känt före patentansökningsda-

[8] Avsnittet bygger på Sandgren s 39 ff, Holmqvist s 34 ff och 121 ff och Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 23 ff och 274 ff. Jfr även Bernitz m fl, Immaterialrätt s 79 ff, Reiland, Patenthandboken och Hansen, Licensaftalen.

[9] Från nordiska och internationella ansökningar och anknytningar bortses i det följande.

gen. Som känt anses allt som blivit allmänt tillgängligt, oberoende av sättet härför, se närmare 2 § PatL.

I 2 kap PatL ges regler för patentansökan och dess handläggning vartill hänvisas. Patent anses meddelat när ansökan bifallits och beslutet vunnit laga kraft, 26 § PatL. Patentet antecknas därefter i patentregistret hos PRV, 27 § PatL.

Patentets giltighetstid är 20 år från patentansökningsdagen, 40 § PatL. För att patenträtten ska bestå måste patenthavaren betala fastställd avgift årsvis i förskott, 41 § PatL. Betalas inte avgiften förfaller patentet, 51 § PatL.

För patentintrång – intrång i den ensamrätt som patentet medför – stadgas i 9 kap PatL böter eller fängelse högst sex månader, skadestånd samt, om rätten finner det skäligt till förebyggande av fortsatt intrång, att den kränkte innehavaren får yrka att olovligt tillverkade alster ska ändras, förstöras eller inlösas av den kränkte. Det sist sagda gäller inte mot godtroende förvärvare av alster om inte den godtroende själv begått patentintrång, se närmare 57–60 §§ PatL.

Patentskyddets omfattning bestäms av patentkraven, vilka ska ingå i ansökan och uppge vad som söks skyddat, 39 § jfrd med 8 § 2 st PatL.

Rätten till uppfinningar som gjorts av arbetstagare regleras i lagen (1969:345) om arbetstagares uppfinningar, vilken inte ska behandlas här.

Den viktigaste avtalstypen inom patenträtten är *licensavtalet*. Ett sådant innebär att patenthavaren medger annan rätt att yrkesmässigt utnyttja uppfinningen, 43 § PatL. Patentlagen innehåller ingen allmän reglering av licensavtalet.[10] För beskrivning av licensavtalens innehåll är man således uteslutande hänvisad till ett studium av förekommande avtalspraxis på området. Någon mera enhetlig bild är dock svår att ge, då förutsättningarna för uppkomsten av standardvillkor är förhållandevis små och sådana därför sällan kommer till användning.[11]

Licenserna (eller rättare men otympligare licensrätterna) indelas vanligen i *enkla* och *exklusiva* licenser. I det senare fallet har licenstagaren ensamrätt att utnyttja uppfinningen. Även licensgivaren (patenthavaren) utesluts. Den exklusiva licensen kan vara begränsad på olika sätt, t ex till viss tid eller till viss form för utnyttjandet, men licenstagaren behöver alltså inte tåla konkurrens i sitt utnyttjande av uppfinningen. Enkel licens innebär att licensgivaren själv får behålla viss rätt för egen del och även får upplåta licens till andra licenstagare. Även mellanformer förekommer, där t ex licensgivaren avstår från rätten att upplåta licenser till andra men förbehåller sig rätt till eget utnyttjande. En *underlicens* är en licens, där licenstagaren upplåter rätt åt tredje man att i samma utsträck-

[10] Ang tvångslicens, dvs licens grundad på dom, se 45–50 §§ PatL.

[11] Se för det följande framför allt Sandgren, Patentlicenser s 39 ff.

ning som licenstagaren själv utnyttja den uppfinning den första upplåtelsen gäller, alltså en licensrättslig "andrahandsuthyrning".

Omfattningen av licensen begränsas ofta på olika sätt i avtalen. Det kan gälla det sätt på vilket uppfinningen får utnyttjas, t ex tillverkningslicens, användningslicens, försäljningslicens, importlicens eller exportlicens. Begränsningen kan också avse tiden eller ett visst geografiskt område, varvid konkurrensrättens regler måste beaktas. Licensen kan också vara sakligt begränsad, t ex till visst tekniskt användningsområde.

Många gånger ingår upplåtelse av licens som en del i ett mer omfattande samarbetsavtal mellan företag. Det kan t ex gälla tillverkning och gemensam produktutveckling. Licensgivaren är då ofta skyldig att ställa s k know-how till licenstagarens förfogande (ibland i form av en know-how licens).[12] Avtalet kan också föreskriva skyldighet för parterna att underrätta medkontrahenten om de förbättringar av avtalsobjektet som framkommit under avtalstiden eller att låta medkontrahenten förfoga över framtida uppfinningar som berör samma produkt som licensen avser. Samtidigt med patentupplåtelsen kan licensgivaren upplåta licensrätt till sina varumärken och mönster. Ingår know-how i upplåtelsen innefattar avtalet regelmässigt sekretessbestämmelser.

För upplåtelsen av uppfinningen ska licensgivaren givetvis ha betalt. Ersättningen kan utgå i form av engångsavgift, periodiska avgifter, engångsavgift kombinerad med periodiska avgifter eller som del i vinsten i licenstagarens verksamhet. Periodiska avgifter betalas i regel som royalty, dvs beroende av värdet på licenstagarens tillverkning eller på storleken av försäljningen av den licensierade produkten. Royaltyn beräknas på grundval av ett visst belopp för varje såld eller tillverkad enhet eller viss mängd av den patentskyddade produkten eller med viss procent av omsättningen. Royaltyn utbetalas normalt i efterskott, årsvis eller för kortare tid. Särskilt vid tillverkningslicenser betalas ofta ett visst engångsbelopp redan vid avtalets ingående och anges då som ersättning för licensgivarens kostnader för utvecklingsarbete, "inträdesavgift" eller ersättning för upplåtelse av know-how.[13]

Som nämnts innehåller avtalen tidsbegränsningar. Licensens längsta giltighetstid är 20 år (patentets giltighetstid), men avtalen föreskriver många gånger 5–10 års utnyttjande varefter licenstagaren fritt kan utnyttja upplåtet know-how. Det kan också föreskrivas att avtalet utlöper ett visst datum med rätt till förlängning. Ibland sägs endast att avtalet kan

[12] Med know-how menar författarna till patentlagskommentaren fabrikationshemligheter, driftserfarenheter, organisatoriska och kommersiella kunskaper och erfarenheter m m, se Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 276 not 7.

[13] Se utförligt ang olika former och konstruktioner av licensavgift/royalty hos Hansen, Licensaftalen s 109 ff.

uppsägas med viss uppsägningstid. Upphör licensen före patentet så måste licenstagaren stoppa fortsatt utnyttjande. Avtalets alla verkningar kan dock sällan upphöra omedelbart.[14] Särskilt avtal om tillverkningslicens kräver omfattande samarbete mellan avtalsparterna, och även om avtalet upphör efter ett visst datum kommer rättigheter och skyldigheter att s a s dröja sig kvar. Det kan gälla licenstagarens skyldighet att betala royalty, upprätthålla godtagbar bokföring eller att avge slutredovisning. Även licenstagaren kan ha rättigheter "kvar", exempelvis knutna till tillverkade produkter som ännu inte sålts eller som beställts av kunder men ännu inte tillverkats. Särskilt då avtalet innehåller know-how är licenstagaren ofta förpliktad att avhålla sig från tillverkning och försäljning även en tid efter avtalets upphörande och det även om patenttiden löpt ut.

I 43 § PatL står att överlåtelse av licensrätt kräver licensgivarens samtycke om inte annat avtalats. Överlåtelseförbud stadgas regelmässigt även i licensavtalen. Även upplåtelse av underlicens anses falla under 43 § PatL:s förbud. 44 § PatL innehåller regler om anteckning av licensupplåtelse och licensöverlåtelse i patentregistret. Anteckningen saknar emellertid rättsverkan, bortsett från eventuella bevisfördelar. Överlåtelsefrågorna behandlas mera ingående i avsnitt 2.2.6 nedan.

I licensavtalen föreskrivs så gott som alltid att licensgivaren får häva eller uppsäga avtalet med omedelbar verkan om licenstagaren skulle gå i konkurs. Ibland står att avtalet upphör utan särskild åtgärd. Frågan vilken verkan sådana klausuler har gentemot licenstagarens konkursbo besvaras i avsnitt 2.2.3 nedan.

[14] Se för det närmast följande Sandgren särskilt s 54 f, jfr Hansen a a s 156 ff.

2 Förläggarens och licenstagarens konkurs

2.1 Huvudlinjerna i dansk, norsk och tysk rätt

2.1.1 Dansk rätt

I den danska konkurslagen saknas särskilda regler för förlags- och licensavtal. Inte heller nämns i motiven till lagen i vilken utsträckning de generella reglerna för ömsesidigt förpliktande avtal kan tillämpas. Visserligen nämns licensavtal i en del exemplifierande uppräkningar under vissa paragrafer – t ex sägs i anslutning till den särskilda uppsägningsregeln för varaktiga avtal i 61 § DKL att licensavtalet utgör ett varaktigt avtal i denna bestämmelses mening[1] – men av detta kan knappast dras slutsatsen att reglerna i sin helhet är tillämpliga.

Någon diskussion i litteraturen efter den nya konkurslagstiftningens tillkomst 1977, om förläggares eller licenstagares konkursbo kan tänkas förvägras *inträdesrätt* på grund av "vedkommende retsforholds beskaffenhed" (se 53 § DKL) har å andra sidan veterligt inte förts. I konkurslagskommentaren skriver dock Munch att 28 § (i den samnordiska) URL visserligen förbjuder en förvärvare av en upphovsrättighet att överlåta denna och att detta i princip lägger hinder i vägen för utmätning av rättigheten. Förhållandet anges emellertid inte hindra att rättighetshavarens konkursbo kan råda över egendom, som på ett tillåtet sätt framställts med stöd av de upphovsrättsliga befogenheterna. Ett visst stöd härför är enligt Munch regeln i 28 § URL, om undantag från överlåtelseförbudet för det fall överlåtelse sker ihop med rörelsen: boet övertar ju hela gäldenärens förmögenhet och däribland även hans rörelse.[2]

Går man till doktrinen från tiden före den nya lagens tillkomst finns mer att hämta. Vid seklets början hävdade Grundtvig att den nuvarande inträdesrättsregelns företrädare, 16 § gamla DKL, vid en förläggares konkurs endast kunde användas på så sätt, att boet får överlåta förlags-

[1] Betænkning nr 606/1971 s 132 hsp, jfr Munch s 389.

[2] Munch s 348 f.

rätten till en annan förläggare tillsammans med det övriga förlaget eller delar därav. Boets skulle alltså inte självt få utnyttja förlagsrätten, åtminstone inte om mångfaldigandet inte påbörjats vid konkursutbrottet.[3]

Jacobsen är på 50-talet i sin framställning om förlagsrätten av annan mening.[4] Han framhäver till en början de egenheter förlagsavtalet uppvisar jämfört med ömsesidiga avtal i allmänhet, framför allt dess långvarighet och att författaren väsentligen fullgjort sin prestation vid leverans av manus. Därefter har han mest underlåtelseplikter. För förläggaren är läget det omvända. Hans prestation påbörjas vid manusleveransen och fortsätter så länge avtalet varar. Förlagsverksamhet kräver vidare betydande kapital, och förlagsavtalen är vid konkurs ofta boets viktigaste tillgång. Förläggarens solvens är omvänt av stor betydelse för upphovsmannen, då hans ekonomiska och ideella intressen knyts till verkets optimala spridning, vilket kräver en solvent och handlingskraftig förläggarinsats. Dessa förhållanden motiverar enligt Jacobsen följande regler.

Avtalet upphör inte automatiskt i och med konkursen. Upphovsmannen kan inte heller hindra boet från att inträda i avtalet. Konkursen som sådan är inte kontraktsbrott, men om kontraktsbrott från tiden före konkursen föreligger så kan författaren häva, jfr numera regeln i 58 § 2 st DKL. Har kontraktsbrott inte begåtts så kan författaren interpellera boet om inträde. Konkursboet står då, fortsätter Jacobsen, inför ett svårt beslut. Boet måste för varje enskilt kontrakt besluta om det ska inträda och därmed överta förlagsrisken. Det har då stor betydelse om endast avtal hunnit ingås eller om även mångfaldigandet påbörjats eller om hela upplagan redan är producerad. Boet bör även beakta om avtalet medger överlåtelse av förlagsrätten, vilket normalt inte tillåts. Boet kan i så fall inte överlåta förlagsrätten separat utan endast självt utge verket eller överlåta kontraktet tillsammans med förlaget.

Om boet väljer att inte träda in så kan författaren häva avtalet. Enligt Jacobsen återgår då förlagsrätten till författaren, vilken kan kräva skadestånd som vanlig konkursfordran. Uppburet garantihonorar får behållas. Inneliggande boklager kan boet inte efter hävningen sälja i bokhandeln, eftersom spridningsrätten upphört. Verket kan endast utnyttjas efter överenskommelse med författaren om återleverans mot avräkning på skadeståndsfordringen.

Avslutningsvis framhåller Jacobsen att 16 § gamla (jfr 55 § nuvarande) DKL inte passar särskilt bra på förlagsavtal och att det vid en revision av konkurslagstiftningen är motiverat att ta dessa frågor i övervägande. Detta kom dock inte att ske genom 1977 års lagstiftning. Allmänt får också sägas att införandet av reglerna i 7 kap DKL inte gjort Jacobsens

[3] Grundtvig s 110.

[4] Se Jacobsen s 276 ff.

resonemang inaktuellt. Möjligen kan tilläggas att förläggarens bo idag förmodligen är skyldigt att ställa säkerhet för sin framtida royaltyredovisning enligt 57 § DKL. Som nämnts har också 61 § DKL angetts vara tillämplig på det närstående licensavtalet, vilket skulle innebära att både boet – oavsett om det först trätt in eller inte – och författaren kan säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel även om annat föreskrivs i avtalet. Eftersom förlagsrätt får överlåtas tillsammans med den rörelse i vilken den ingår (se 28 § URL), torde nu *författaren* ändå, på grund av undantagsregeln i 61 § 2 st DKL, sakna rätt att säga upp avtalet mot boets vilja, om inte förlagsrörelsen läggs ned omgående efter konkursbeslutet eller en försäljning av sammanhållna delar av rörelsen av andra orsaker tidigt framstår som osannolik.[5] För frågan om senare dansk rättspraxis gått emot Jacobsens uppfattning, att boet förlorar spridningsrätten om det inte inträder och avtalet därför hävs, se strax nedan.

För *licensavtalens* del torde det ovan sagda äga motsvarande giltighet.

När det gäller frågan om vad som konstituerar *konkludent inträde* i ett immateriellt bruksrättsavtal som förlags- och licensavtal finns två rättsfall att redovisa.

> *I UfR 1961.148H*[6] hade slutits avtal innebärande att LT gavs rätt att tillverka motorer mot licensavgift per tillverkad enhet. Motordelarna levererades av licensgivaren, LG. Licensavgiften erlades vid avräkning senast vid utgången av den månad före vilken en motor tillverkats. I avtalet stod bl a att LG omedelbart fick häva om LT skulle gå i konkurs. Sedan LT försatts i konkurs i september 1958 gjorde LG gällande att han hade en massafordran på licensavgift avseende 2 000 motorer som sålts av LT:s konkursbo. Sø- og Handelsretten antog att licensavgiften förfallit så snart en motor tillverkats av LT, som skulle avräkna avgiften senast vid utgången av följande månad. Då LT inte tillverkat några motorer senare än 15/2 1958 innebar det att LT skulle ha avräknat den senast förfallna licensavgiften vid utgången av mars månad 1958. Den omständigheten att så ej skett och att 2 000 motorer sålts av konkursboet kunde enligt domstolen inte medföra att licensavgiften blev massafordran.

Utgången tycks stämma bra överens med bedömningen i det nedan analyserade svenska rättsfallet NJA 1966 s 241. Boets försäljning av före konkursen framställda produkter medför inte massaansvar för royaltyfordringarna. Viktiga olikheter förelåg emellertid också. Betalning kunde enligt licensavtalet i det danska målet utkrävas redan en månad efter det att tillverkningen av en motor avslutats och avgiften beräknades på varje producerad motor, inte på motorförsäljningen. Licensgivaren kunde vidare, i motsats till författarna i 1966 års svenska rättsfall, ha krävt ut licensavgiften och fått till stånd utmätning hos gäldenären för sin fordran redan ett halvår före konkursen, vilket dock inte gjorts i det aktuella

[5] Jfr Munch s 392 med vidare hänv.

[6] Licensfrågan fullföljdes inte till Højesteret.

fallet, kanske därför att en betalningsinställelse som föregått konkursen medfört att säraktioner var uteslutna. Det synes under angivna förhållanden ändå varit svårt att betrakta fordringen som annat än konkursfordran. En tillämpning av den nuvarande regeln i 56 § 2 st DKL, om rätt för boet till partiellt inträde, borde ha lett till samma resultat även om boet skulle ha trätt in för motorer som boet självt kunde ha färdigställt i konkursen. Om utgången blivit densamma, om LG gjort gällande att avtalet hävts och kontraktet inte tillåtit försäljning efter hävning, är ovisst. Det är därför också svårt att säga om rättsfallet strider mot Jacobsens tes, att konkursboets inte har rätt att sälja framställd egendom efter en hävning.

Jacobsens linje i den frågan är dock förmodligen överspelad genom ett senare avgörande i högsta instans:

I detta mål, *UfR 1983.545H*, hade ett företag (N), som förvaltade olika textförfattares, kompositörers och musikförlags upphovsrätter, upplåtit rätt för ett annat företag (D) att utnyttja vissa av N:s upphovsrättigheter genom produktion och försäljning av grammofonskivor och kassettband. När D sedermera försattes i konkurs hade avtalet redan sagts upp, men i konkursboets varulager fanns skivor och kassetter som producerats med stöd av avtalet. Lagret såldes av boet genom ordinarie distributionskanaler, varefter N krävde ut det avtalade vederlaget för upplåtelsen (1,20 kr för varje såld skiva eller kassett) som massafordran.

N hävdade att den spridningsrätt som ingår i upphovsrättskomplexet enligt den danska motsvarigheten till 2 § URL inte hade konsumerats före konkursen och att boet inte haft någon rätt att sprida verken efter det att avtalet upphört och därför inte heller varit berättigat att utan N:s samtycke sälja varulagret av skivor och kassetter. Boet, som känt till N:s rätt, påstods därmed som sådant ha ådragit sig skadeståndsansvar enligt motsvarigheten till 54 § URL. Därutöver skulle boet utge avgiften för varje såld enhet därför att det inte respekterat de rättigheter som var knutna till de av boet sålda skivorna och kassetterna.

Konkursboet invände att skivorna och kassetterna före konkursen framställts på ett tillåtet sätt med försäljning i sikte. D hade enligt avtalet med N rätt att både framställa och sälja skivor och kassetter. Framställningsrätten och spridningsrätten utgjorde därvid en enhet och varulagret förelåg klart för försäljning. Upphovsrätten var därförredan konsumerad i enlighet med motsvarigheterna till 8 och 23 §§ URL. Konkursboets försäljning hade således inte utgjort någon kränkning av upphovsrätten och boet var då inte heller skadeståndsskyldigt. I stället hävdade boet att N:s vederlagskrav grundades på avtalet om tillverkning och försäljning, att detta avtal slutits före konkursen och att kravet därmed var en vanlig konkursfordran även om vederlaget förföll till betalning först vid försäljningen. Det framhävdes även att avtalet ännu bestod då de aktuella skivorna och kassetterna framställdes och lades i lager.

Skifteretten framhöll också att samtliga skivor och kassetter producerats innan avtalet blev uppsagt. Förhållandet mellan parterna beträffande skivorna och kassetterna skulle därför bedömas på grundval av avtalet. D (den blivande konkursgäldenären) hade därvid själv haft rätt att producera och även bringa produkterna i omlopp i syfte att sälja dem för privat bruk. Han hade således haft rätt att sälja de framställda produkterna. Då inget hade avtalats om hur det skulle förfaras med ett varulager som kunde föreligga vid kontraktets upphörande, och de ursprungliga upphovsmännen i det aktuella fallet inte befanns ha något skyddsvärt intresse utöver sina vederlagskrav, ansåg domstolen att det inte fanns grund för att N genom uppsägning eller hävning kunnat förbjuda försäljning av redan producerade skivor och kassetter. Genom konkursboets försäljning av det varulager som framställts innan avtalet upphörde hade därför inte skett någon kränkning av de

upphovsrättigheter som N förvaltade. Boet hade följaktligen inte ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt upphovsrättslagen. – *Två domare tillade* för sin del att den omständigheten, att N:s vederlagsfordran fastställts som ett vederlag per enhet och var villkorad av att försäljning kom till stånd, inte medför att fordringen får företrädesrätt i boet. – *En domare var skiljaktig i sak* och anförde, att N:s fordran inte kan anses ha uppstått före konkursen när den var villkorad av att försäljning kom till stånd. Något vederlag skulle sålunda inte ha utgått om skivorna blivit förstörda eller av annan orsak visat sig vara osäljbara. Eftersom vederlagsfordringen således uppstått efter konkursutbrottet, och en förutsättning för att boet alls kunnat sälja var att boet betraktades ha inträtt i det ursprungliga avtalet, skulle boet anses skyldigt att betala vederlaget som massaskuld. Denne domare ville alltså bifalla N:s talan.

Højesteret (där Munch ingick som en av sju domare) framhöll först att det rådde enighet mellan parterna om att avtalet rättsenligt uppsagts före konkursen och att reglerna i 7 kap DKL då inte var tillämpliga. Därefter fastslogs att boet, genom att utnyttja den rätt att sälja skivorna och kassetterna som genom avtalet "överlåtits" till D, inte hade kränkt de upphovsrättigheter som N förvaltade. Boet hade således inte ådragit sig skadeståndsansvar enligt upphovsrättslagen.

I anslutning till detta synnerligen intressanta rättsfall har Munch i konkurslagskommentaren skrivit, att om en rättighetshavares medverkan eller tillåtelse är ett villkor för att ett utnyttjande av en tillgång kan vara rättsenlig, bör boets otillåtna förfogande över tillgången i allmänhet ses antingen som ett skadeståndsgrundande "retsbrud" eller som ett stillatigande inträde i ett av gäldenären ingånget avtal. I bägge fallen blir fordringen mot boet massafordran. Som exempel nämns fallen då boet förfogar över egendom som borgenären har rätt att ta tillbaka på grund av ägarförbehåll eller aktiv stoppningsrätt. Boet ådrar sig likaledes ansvar om det oberättigat säljer produkter, som antingen boet självt eller gäldenären framställt i strid med tredje mans upphovsrätt. Däremot anges, med hänvisning till 1983 års rättsfall, att tredje man bara får en vanlig konkursfordran på royalty, om boet säljer varor som gäldenären i enlighet med ett giltigt kontrakt har producerat med vidareförsäljning för ögonen, utan att tredje man/upphovsmannen tillförsäkrat sig en sakrättsligt skyddad rätt enligt vanliga förmögenhetsrättsliga regler. Detta sägs avvika från Jacobsens uppfattning.[7]

Själv skulle jag vilja anföra följande om UfR 1983.545H. Enligt skifteretten hade gäldenären enligt avtalet själv rätt att framställa och sälja produkter. Inget hade avtalats om vad som skulle ske med ett lager av färdiga produkter efter hävning. Då något skyddsvärt upphovsmannaintresse utöver krav på vederlag inte ansågs föreligga, fanns enligt domstolen inte grund för att anse att upplåtaren kunnat hindra försäljning av färdiga produkter. En hävning medförde alltså inte att gäldenären D förlorade rätten att sälja produkterna. Hans konkursbo kunde då inte gärna ha sämre rätt. Även om avtalet var hävt hade N således samtyckt till att exemplaren fick föras i handeln och därmed även till lovlig spridning av

[7] Se Munch s 356.

de aktuella exemplaren av verken. Är denna tolkning riktig innebär skifterettens avgörande inte något principiellt frångående av Jacobsens uppfattning. Denne utgår såvitt jag förstår ifrån att förläggarens försäljningsrätt kontraktsrättsligt upphör vid hävning, vilket då får genomslag vid konkurs.[8]

Højesterets knapphändiga skäl är svårare att tolka. De säger omedelbart inte mer än att boets försäljning inte innebar upphovsrättsintrång. Måhända menar Højesteret att rent upphovsrättsliga, aspekter helt saknar relevans i konkurssituationen, dvs att boets rätt att sälja finns oavsett om detta har stöd i upphovsrättslagen eller inte.

Munchs mera principiella uttalanden om avgörandets innebörd skulle kunna tyda på, att även Højesteret menade att redan gäldenären själv kontraktsrättsligt hade rätt att sälja skivor och kassetter även efter det att hävning skett. Boet skulle då inte kunna begå upphovsrättsintrång genom sin försäljning, därför att avtalets tillåtelse till försäljning innefattade ett generellt och oåterkalleligt samtycke.

Munchs avslutande kommentar, att upplåtaren bara får en konkursfordran om tillåten produktion före konkursen skett i vidareförsäljningssyfte, torde dock snarast innebära att frågan, om boet efter en hävning får sälja färdiga produkter, bedöms alldeles oberoende av om detta gällde redan för gäldenären själv. Att Højesteret inte, till skillnad från skifteretten, nämner något om det rent obligationsrättsliga talar för detta. Även om det uttryckligen avtalats att rätten att sälja färdiga produkter omedelbart upphör vid hävning, skulle boet således ändå ha försäljningsrätt: klausulens verkan stannar på partsplanet och tillåts inte säkra upplåtarens royaltyfordran eller alternativt rätten till varulagret hos gäldenären. Inte heller tilläggs då det rent upphovsrättsliga argumenten betydelse. Som Munch skriver får upplåtaren i stället se till att tillförsäkra sig sakrättsskydd i konkurs enliga vanliga regler härom. Att tillägga tillåtelse till (vidare)försäljning negativ betydelse för upplåtaren kan också sägas stämma bra överens med de danska reglerna om begränsningarna i ägarförbehålls och s k kreditkonsignations sakrättsliga giltighet. De faktiska förhållanden som rådde i den licens- eller förlagsrelation som 1983 års fall gällde torde inte ha dugt för separationsrätt enligt analog tillämpning av förbehålls- och konsignationsreglerna.[9]

Att jämställa förlags- och licensfallen med fall, där varor sålts utan giltiga ägarförbehåll etc, är dock enligt min mening principiellt oriktigt. Borgenären i förlags- och licensfallen *överlåter* ju inte rätten att tillverka

[8] Jacobsen uttalar sig dock i sin förlagsrättsliga studie märkligt nog inte om vilka verkningar en hävning på grund av kontraktsbrott i allmänhet har på inneliggande lager av färdiga bokexemplar, se s 219 ff.

[9] Se om dessa Munch s 370 ff.

och sälja produkter utan *upplåter* endast (ut)nyttjanderätt. Vid avtalsförhållandets upphörande är det meningen att denna rätt ska återgå till innehavaren av den grundläggande immaterialrättigheten. Avsikten med exempelvis ett förlagsavtal är givetvis inte att förläggaren vid avtalstidens slut för gott ska erhålla rätten att framställa och sälja den bok som författaren skrivit. Detta är självklart rent obligationsrättsligt fastän URL:s överlåtelseterminologi ytligt sett kan förvilla. När upplåtarens konkursbo kommer in i bilden blir saken inte lika given. Genom att i avtalet ta in en klausul, som fullständigt klart utsäger att rätten till försäljning omedelbart upphör om avtalet hävs, skulle immaterialrättsupplåtaren, om klausulen tillades giltighet mot tredje man, enkelt kunna ordna sakrättsskydd för sina royaltykrav i utnyttjarens konkurs. Om avtalet som i 1983 års fall upphört redan före konkursen så har spridningsrätten återgått på upplåtaren, och om avtalet ännu består vid konkursutbrottet kan upplåtaren göra konkursboets möjligheter att sälja färdiga produkter beroende av att boet inträder med massaansvar, eftersom hävning annars kan ske som får verkan även för den immaterialrätt som belastar de färdigställda produkterna.

Men, kan man åter fråga sig, varför ska en immaterialrättsupplåtare inte ha rätt att separera immaterialrätten i nyttjarens konkurs då boet inte inträder, när en upplåtare av en lös sak kan separera sin egendom i motsvarande läge?

Ett svar kan vara att nyttjaren i immaterialrättsfallet själv skapat ett betydande värde och lagt ned avsevärda investeringar, vilka hans borgenärer bör få njuta frukterna av. Upphör spridningsrätten går ju inte detta. Men å andra sidan kan hävdas att boet ju alltid kan välja att inträda och på så sätt ändå få del av det värde som gäldenären/nyttjaren skapat. Och eftersom betalningen till upplåtaren utgår i form av royalty, som sällan torde överstiga en femtedel av försäljningspriset, innebär inträdet heller inget avgörande avbräck för boet. Det kan ju ändå för egen del behålla minst 80 % av intäkterna för försäljningen och behöver endast redovisa den överskjutande delen till upplåtaren. Problem kan dock uppkomma ifall royaltyn inte beräknas på det faktiskt erhållna försäljningspriset, vilket vid en konkurs kan bli avsevärt lägre än annars, och ersättningen till boet proportionellt sett blir lägre. Som vi ska se vid diskussionen av svensk rätt nedan, är dock dessa problem om de alls uppkommer redan de lege lata överkomliga. De lege ferenda kan övervägas en generell regel som säger, att det faktiskt erhållna försäljningspriset alltid ska utgöra royaltyunderlag vid försäljning i konkurs.

I *Finland* föreslogs 1938 en särskild lag om förlagsavtal, vilken dock inte ledde till lagstiftning. Förslagets 14 § behandlade förläggarens konkurs:[10]

> "Försättes förläggaren i konkurs och har verkets mångfaldigande då ännu ej påbörjats, äger upphovsmannen rätt att bryta förlagsavtalet, men ersätte likväl konkursboet för de utgifter förläggaren haft för verket."

Författaren gavs alltså hävningsrätt då konkursen inträffar innan mångfaldigandet av verket påbörjats. E contrario följer att hävningsrätt saknas, och omvänt att konkursboet har inträdesrätt, då mångfaldigandet påbörjats vid den kritiska tidpunkten. Nybergh efterlyste i en kommentar till bestämmelsen en uttrycklig föreskrift om att ett avtal mellan författaren och förläggaren, som medger författaren hävningsrätt vid förläggarens konkurs även då mångfaldigandet hunnit påbörjats, är ogiltigt. En sådan hävningsklausul skulle strida mot konkursborgenärernas gemensamma bästa. Nybergh menar m a o att konkursboets rätt att inträda efter mångfaldigandets påbörjande bör vara tvingande.[11]

Intressant med den föreslagna finska konkursregeln är bl a att konkursboet gavs rätt till ersättning även då författarens hävning var rättsenlig. Även om inte mångfaldigandet påbörjats när hävning sker skulle författaren således ändå få stå för att de investeringar som förläggaren hunnit göra går till spillo. Detta bör medföra att författaren endast utnyttjar hävningsrätten i fall där några investeringar av betydelse inte gjorts. Visserligen bör nu författaren enligt allmänna regler å sin sida ha rätt till skadestånd för förluster på grund av avtalets avbrytande, vilken skadeståndsfordran kan kvittas mot boets ersättningskrav. Men om inget netto författaren till godo uppkommer är hävningsalternativet föga attraktivt. Dessutom är en författarens eventuellt överskjutande skadeståndsfordran bara en vanlig konkursfordran. Uppkommer ett netto förläggarsidan till godo måste det också många gånger vara oskäligt att kräva ut beloppet av författaren. Denne får i det fallet f ö antas haft goda grunder för sin hävningsåtgärd.

I finländaren *Saxéns* framställning om förlagsavtalet 1955 ges fylliga uttalanden om rättsläget vid förlagskonkurs.[12] Dessa ligger nära dansken Jacobsens och den tyska rättens teorier. Inledningsvis skriver Saxén att en utgivning i konkurs normalt inte kan anses strida mot författarens droit moral. Vid väsentliga invändningar mot en konkursutgivning medges ändå hävningsrätt för författaren. Då mångfaldigande och spridning av verket ofta inte kan ske lika effektivt och med samma beaktande av författarens intressen som annars, menar Saxén att det är ändamålsenligt att författaren för häva då mångfaldigandet inte påbörjats vid konkursutbrottet. Liksom Jacobsen anser han dock inte att en sådan hävningsrätt kan erkännas utan lagstöd, men en avtalsklausul om hävning anser han vara giltig för detta fall. Klausulen sägs däremot sakna verkan mot boet då mångfaldigandet påbörjats, eftersom den då i alltför hög grad skulle kränka övriga konkursborgenärer. Boet kan här i stället inträda och fullfölja avtalet, t ex genom spridning av färdiga exemplar och betalning av royalty som massaförpliktelse. Exemplarens övergång till konkursboet sägs inte innebära att de bringas till allmänheten.

Någon säkerhet kan inte enligt Saxén avkrävas boet, i vart fall inte om vederlaget utgår som royalty eller som del i förläggarens vinst och inte som engångssumma

10 Se Nybergh i JFFT 1939 s 372.

11 Se a a s 355.

12 Se Saxén s 274 ff, jfr 231.

eller efter "arktalet". Om överlåtelse av förlagsrätten får ske utan samtycke eller författaren medger överlåtelse i det enskilda fallet, kan boet överlåta förlagsrätten på en annan förläggare. Boet svarar efter överlåtelsen som sådant alltjämt för utgivningsplikten jämte förvärvaren.

Om boet varken inträder eller överlåter förlagsrätten kan författaren häva avtalet. Förskotterat honorar kan boet inte återkräva, fortsätter Saxén. Skadeståndsbelopp utöver förskottet får bevakas. Efter en hävning anges färdiga exemplar av verket endast kunna säljas som makulatur, om de inte kan säljas tillbaka till författaren. Liksom Jacobsen anser Saxén således att all spridningsrätt återgår till författaren vid en hävning i konkurs.

2.1.2 Norsk rätt

I den nya norska regleringen för ömsesidiga avtals behandling vid konkurs som trätt i kraft 1986 bedöms förlags- och licensavtal dels enligt de generella bestämmelserna för i princip alla avtalstyper, dels enligt en särregel för avtal om s k produktionsavgift i § 7–12 LFD.[13]

Ifall *produktionen inte påbörjats* vid konkursutbrottet så kan konkursboet som huvudregel inträda i förlags- och licensavtal enligt den allmänna inträdesrättsregeln i § 7–3 LFD. Inträdesrätt föreligger även om gäldenärens rätt på grund av lag eller avtal är oöverlåtbar. Boet har alltså även då valrätt mellan att avstå från att inträda och att inträda och starta produktionen. Väljs det senare alternativet blir boet fullt ut massaansvarigt gentemot royaltyborgenärerna fr o m konkursutbrottet, jfr § 7–4 LFD. Den norska utredningen skriver i specialmotiven dock att det i många fall kan finnas grund för att ge medkontrahenten rätt att häva på grund av bristande förutsättningar. En sådan rätt får då stödjas på "avtalens art" enligt § 7–3 st 2 LFD. För en författare kan det exempelvis vara "meget uheldig at hans verk blir utgitt av et insolvent forlag. Det kan bety dårlige salgsutsikter og vanskeliggjøre samarbeidet mellom forlag og forfatter om fremtidige prosjekter. Forfatteren vil i slike situasjoner ofte stå seg på straks å gå over til en ny forlegger, som han også kan regne med å benytte i fremtiden."[14] Om förlagsförhållandet har ett utpräglat personligt drag sägs det också vara rimligt att låta författaren häva. Men om förlagsavtalet har en rent kommersiell prägel har boet inträdesrätt även om inte produktionen hunnit sättas igång före konkursen.

Också för *licensavtalens* del antas inträdesrätt normalt finnas även om inte produktionen påbörjats. I undantagsfall anses dock även här denna rätt kunna uteslutas om licensgivarens rätt att kontrollera produktionens

[13] Se NOU 1972:20 s 325 ff och Ot prp nr 50(1980–81) s 189 ff.

[14] NOU 1972:20 s 327 vsp.

kvalitet eller hans önskan att hemlighålla den licensierade produktionsprocessen är framträdande.

För det fall då *produktionen av verket eller den licensierade produkten påbörjats* före konkursen är rättsläget något annorlunda. I § 7–12 LFD föreskrivs således följande.

> Har skyldneren forpliktet seg til å betale avgift (royalty) av sin produksjon, kan avgiftkravet for produksjon som er blitt påbegynt før åpningen av bobehandlingen og hvor det er foretatt investeringer av betydning, bare gjøres gjeldende som dividendkrav selv om produksjonen blir fullført eller det produserte solgt av boet. Boet må likevel betale som masseforpligtelse så meget av avgiften som svarer til den medvirkning den annen part har ydet etter åpningen av bobehandlingen.

Bestämmelsen utsäger alltså att författares och licensgivares och andra motsvarande upplåtares royaltyfordringar endast är konkursfordringar, om produktionen av verket eller den licensierade produkten påbörjats *och* det företagits investeringar av betydelse, även om boet fullföljer produktionen eller säljer det producerade. Endast om författaren eller licensgivaren positivt presterar något efter konkursutbrottet får han en massafordran och då endast till det belopp som hans prestation utgör av det samlade royaltykravet. Varken konkursboets fortsatta produktion av böcker eller licensierade varor eller boets försäljning av sålunda producerad eller redan färdigställd egendom innebär således att boet anses ha inträtt konkludent, om bara produktionen påbörjats och investeringar av betydelse företagits. Och även om boet inte inträder och royaltyborgenären därför häver, kan boet under samma premisser fortsätta produktionen och/eller sälja produkterna utan att bli ersättningsskyldigt.

Varför har så i hög grad "bovänliga" regler införts? Syftet anges i motiven för förlagsavtal bl a vara att lagret av färdiga böcker och böcker under produktion ofta utgör den viktigaste tillgången i konkursboet och att försäljningen av böcker i konkurs många gånger måste ske i större partier eller till starkt reducerade priser. Om författaren skulle få en massafordran på royalty, skulle han lägga beslag på den största delen av försäljningsintäkten, vilket den norska lagstiftaren inte ansåg rimligt med hänsyn till andra borgenärer som bidragit till produktionen. Skälet till att produktionens påbörjande valts som grundläggande skiljelinje var att detta normalt medför investeringar av gäldenären som blir bortkastade om boet inte ges fri rätt att sälja den färdiga produkten.

I det norska betänkandet görs ingående uttalanden om när produktionen ska anses påbörjad i § 7–12 LFD:s mening. Eftersom tilläggsrekvisitet "og hvor det er foretatt investeringer av betydning" intogs i lagtexten först vid departementsbehandlingen, är det emellertid något oklart i vilken utsträckning utredningens tolkningsangivelser fortfarande är relevanta. Gränsen mellan särregelns och den generella inträdesrättsregelns

tillämpningsområde kan därför möjligen bli svår att dra i den praktiska tillämpningen.

Beträffande rekvisitet *produktionens påbörjande* anförde utredningen i huvudsak följande.[15] I tidshänseende bör produktionen anses påbörjad när gäldenären företagit investeringar som direkt gäller den aktuella produktionen, förutsatt att investeringarna inte är av helt obetydlig omfattning. Vid *förlagsavtal* medför normalt sättningen av manus att produktionen av en bok påbörjats men även tidigare tidpunkter kan komma ifråga. Ett förlags inköp av maskiner, vars värde är oberoende av vilket projekt de ska användas till, innebär inte påbörjande. Angående *licensavtal* är förhållandena alltför olikartade för att något generellt ska kunna sägas i frågan. Den senaste tidpunkten är dock när material och arbete sätts in i produktionsprocessen på ett sådant sätt, att värdet därav skulle gå förlorat om inte produktionen fullföljdes. Beroende på omständigheterna kan dock även här tidigare tidpunkter gälla, exempelvis då gäldenären köper in eller tillverkar en specialmaskin som uteslutande kan utnyttjas i den tillverkning som den upplåtna licensen avser. – Enligt utredningen kan produktionen anses påbörjad även om det inte är bestämt hur många enheter som avses att produceras. Boet har dock inte rätt att producera ett obegränsat antal enheter utan massaansvar för royaltyfordringarna. Om ett förlagsavtal exempelvis begränsar upplagans storlek till 5 000 exemplar blir detta avgörande också för boet. Vill boet ge ut fler exemplar måste det inträda och betala royaltyn som massaskuld. Ifall avtalet inte föreskriver någon begränsning gäller enligt departementet den samnordiska dispositiva regeln i 32 § URL, där upplagan satts till högst 2 000 exemplar för litterärt verk.[16] För icke lagreglerade fall torde utredningens mening vara vägledande vilket innebär, att gränsen för boets icke massaansvariga utnyttjande går vid det antal enheter som man vid produktionens påbörjande ansett utgöra ett minimum för att de företagna investeringarna ska löna sig.

Utredningens förslag utsattes för kritik vid remissbehandlingen. "Det sakkyndige råd for åndsverker" fick via ett yttrande av rådets "nestformann" Birger Stuevold Lassen igenom tillägget om investeringar av betydelse. Denne menade att kriteriet produktionens påbörjande skulle ge många grupper av upphovsmän alltför dålig ställning. Utredningens mening att sättning av manus skulle innebära påbörjad produktion ansåg Stuevold Lassen tveksam. För många verk är förlagets investeringar då helt bagatellartade. Och även sedan en inte obetydlig del av verket satts kan produktionen stoppas utan större förluster. Är det däremot fråga om en uppfinning kan investeringar för miljontals kronor ha företagits innan den föreslagna gränsen mellan konkurs- och massafordringar nås, vilket beror på att uppfinningen kanske måste testas genom omfattande laboratorieförsök, beräkningar företas osv innan det blir fråga om att beställa de specialmaskiner som kan behövas när produktionen så småningom ska sättas igång. Skiljelinjen påbörjad produktion kan således, enligt Stuevold Lassen, ge helt skilda resultat beroende på produktionens karaktär. Gränsdragningen kommer att drabba boets medkontrahent hårt när han, som en upphovsman ofta gör, levererar en "färdig" prestation men är lämpligare när en mera "ofärdig" prestation utges som vid patentlicens. Stuevold Lassen poängterade *att* syftet med regeln är att inga investeringar av betydelse ska gå förlorade, *att* priset för den rättstekniskt något enklare regeln, med gränsen satt vid produktionens påbörjan-

[15] A a s 326.

[16] Se Ot prp nr 50(1980–81) s 190 vsp.

de, var för högt *och att* detta pris vid förlagsavtal skulle få betalas av upphovsmannen och vid licensavtal ofta av boet. Det hänvisades härvid till föranvändarrätten i 4 § PatL, där det avgörande ju är om väsentliga åtgärder vidtagits för utnyttjande. Sammanfattningsvis borde alltså gränsen sättas vid "investeringer av betydning" eller "vesentlige investeringer" samt i motiven klargöras att härmed avses investeringar som utgör t ex 25 % av beräknande produktionskostnader för ett verks upplaga.[17]

Departementet höll med om att utredningen lagt alltför stor vikt vid produktionens påbörjande. I stället sas det ofta vara mer ändamålsenligt att se till vilka investeringar som företagits. Trots detta ansåg man att kriteriet produktionens påbörjande skulle behållas men med tillägget, att investeringar av betydelse dessutom måste ha företagits. Investeringarna behöver dock inte vara så väsentliga, att de uppgår till de föreslagna 25 % av de totala produktionskostnaderna. Under alla förhållanden måste gjorda investeringar dock vara av sådan storlek, att de väger tungt vid boets beslut om produktionen ska fullföljas eller inte.[18]

För sin medverkan i konkursen får royaltyborgenären som framgått alltid en massafordran. Det kan gälla författarens rätt och plikt att läsa korrektur eller licensgivarens skyldighet att kontrollera produktionen av en patenterad produkt.

Om § 7–12 LFD skriver den norska utredningen avslutningsvis, att avtal om produktionsavgift är så olikartade, att det i praktiken kan uppkomma fall, där bestämmelsen inte ger tillräckligt exakta besked om gränsen mellan konkurs- och massafordran. "Domstolene må i slike tilfelle søke å fortsette regeldannelsen ut fra de generelle økonomiske betraktninger som ligger bak paragrafen."[19]

2.1.3 Tysk rätt

I tysk rätt bedöms *förläggarens konkurs* enligt dels den allmänna inträdesrättsregeln i § 17 KO, dels en särregel för förlagskonkurs i § 36 Verlagsgesetz (19.1.1901, VG). Den senare bestämmelsen har som lex specialis företräde. Sammantagna ger de följande rättsläge.[20]

Har *mångfaldigandet av verket inte påbörjats* vid konkursutbrottet kan författaren häva avtalet, § 36 st 3 VG. Hävningsrätten gäller hela förlagsavtalet, inte bara viss upplaga. Hävningen anses ha verkan även bakåt i tiden och författaren måste därför utge uppburet förskottshonorar. På

17 Se a prp s 190 hsp.

18 A prp s 191 vsp.

19 NOU 1972:20 s 327 vsp.

20 Se Jaeger/Henckel s 577 ff, Jaeger/Lent s 295 ff, Leiss s 336 ff, Ulmer s 468 f, Haberstumpf/Hintermeier s 218 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 417 samt Kilger s 97. För den likartade regleringen i Österrike och Schweiz, se § 32 ÖUG (och § 21 ÖKO) resp § 392 st 3 SchwOR samt Rintelen s 442 ff.

förfrågan från boet, om författaren vill göra hävningsrätten gällande, måste denne svara inom den "Rücktrittsfrist" som boet kan sätta ut. Kommer inte svaret i tid är hävningsrätten förlorad. Men hävs åter avtalet utslocknar förlagsrätten, och upphovsrätten återsamlas oinskränkt hos författaren. Något skadeståndskrav kan inte göras gällande på grund av hävningen.

Om *mångfaldigandet påbörjats* på konkursdagen eller om författaren inte häver i tid, ges boet valrätt mellan inträde och avstående enligt § 17 KO. Även om författaren fullgjort alla sina positiva förpliktelser måste boet betala honorar som massaskuld och utge och sprida verket under massaansvar, ifall det väljer att inträda i avtalet. Författaren kan fråga boet om det avser att inträda, och kommer inte ett positivt svar utan dröjsmål kan författaren häva, § 17 st 2 KO. Konkursförvaltaren kan givetvis även på eget initiativ meddela författaren att boet inträder. Inträdet ger boet rätt att ge ut nya upplagor av verket, och boets massaansvar räknas förmodligen från konkursutbrottet. Men dröjsmål med mångfaldigandet av verket före konkursen antas i princip kunna åberopas som hävningsanledning också mot boet.[21] Boet behöver inte ställa säkerhet för kontraktsenlig fullgörelse när det inträder, men om dess ekonomi försämras så att royaltyfordringarnas ställning riskeras, anses författaren kunna kräva säkerhet eller kontant betalning vid äventyr av avtalets hävande.

Som exempel på *konkludent inträde* har nämnts fortsatt honorarbetalning, fortsatt mångfaldigande av verket, konkursförvaltarens överlämnande av manus till en annan förläggare för mångfaldigande och hans ansatser att avyttra inneliggande exemplar eller hela förlagsrörelsen utan den aktuella förlagsrätten.[22]

Väljer boet att *inte inträda* upphör förlagsrätten omedelbart och återgår till författaren. Denne kan kräva skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset men bara som vanlig konkursfordran. Författaren sägs få behålla uppburet honorar men om detta överstiger ersättningskravet måste han utge det överskjutande beloppet. Inneliggande restlager kan författaren inte separera. Det ingår i konkursboet. Å andra sidan får inte boet sprida exemplaren, eftersom boet gått miste om spridningsrätten genom att inte inträda. Detta måste tas med i beräkningen vid valet mellan inträde och avstående-hävning. När avtalet upphör kan boet antingen makulera exemplaren, söka komma överens med författaren om spridning eller sälja dem till denne i avräkning på skadeståndskravet.

För *konkursboets möjligheter att överlåta förlagsrättema* eller hela förlagsrörelsen gäller följande. Överlåtelse av enstaka förlagsrätter kan en-

21 Se Leiss s 344.

22 Se särskilt Leiss s 341 och 344.

ligt dispositiv rätt, vilken gäller även för boet, inte ske utan författarens tillstånd, § 28 VG. Författaren kan dock inte motsäga sig överlåtelse "ohne wichtigen Grund". Och även om ett överlåtelseförbud är verksamt angående boets försäljning av förlagsrätter, ingår förlagsrätterna i bomassan och kan som framgått utnyttjas genom fortsatt förlagsdrift. En överlåtelse av hela rörelsen med förlagsrätterna eller den avdelning av förlaget till vilken verket hör går däremot bra utan författarens samtycke.

För att överlåtelse enligt det sagda ska få ske måste boet först ha trätt in i förlagsavtalet. Annars har förlagsrätten utslocknat. Har boet således inträtt och därefter överlåtit förlagsrätten, träder förvärvaren i boets ställe i avtalet. Boet svarar därefter inte längre omedelbart för fullgörelsen, men om inte förvärvaren uppfyller sina förläggarförpliktelser och därför blir skadeståndsskyldig, svarar boet jämte förvärvaren för skadeståndskravet. Upphör eller upphävs konkursen innan avtalet har fullgjorts av förvärvaren, kan författaren avkräva boet säkerhet för fullgörandet av boets villkorliga massaskuld. Belopp eller egendom som boet avsatt som säkerhet fördelas vid efterutdelning, om förvärvaren efter konkursens avslutande fullgör kontraktsenligt.

Frågan om regleringen i § 17 KO och § 36 VG är *tvingande* (till boets förmån) besvaras i tysk rätt i princip på samma sätt som vid andra typer av avtal som omfattas av § 17 KO. Framför allt kan här hänvisas till den tyska entreprenaddiskussionen i kap IV ovan. Av de författare som uttalat sig i frågan just för förlagsavtal, synes merparten mena att boets rätt att ta över avtalet *inte* med giltig verkan kan avtalas bort genom hävnings- eller upphörandeklausuler, i den mån klausulen skulle skada boet.[23]

För *patentlicensavtal* ges inga särregler för licenstagarens konkurs.[24] Även om licensavtalet ses som ett avtal av eget slag anses reglerna för hyres- och arrendeavtal i §§ 19 och 20 KO analogt tillämpliga. Den dominerande uppfattningen är att detta gäller för såväl exklusiva som enkla licenser. Ifall licensavtalet har bolagsmässig karaktär eller licensen är knuten till en viss rörelse, menar vissa författare att § 728 BGB alltid är att tillämpa framför KO:s regler.[25] BGB-lagrummet handlar om upp-

[23] Se Jaeger/Henckel s 581 och 568 f, Ulmer s 468, Leiss s 336 samt även Rintelen s 443.

[24] Se till det följande Jaeger/Henckel s 600 f, Kuhn/Uhlenbruck s 458, Stumpf s 297 ff, Reimer s 462 ff, Klauer/Möhring s 515 f, Bernhardt s 197 f (jfr Bernhardt/Krasser, 1986, som dock inte behandlar konkurs), Benkard/Ballhaus s 493, Kilger s 112 samt Hess/Kropshofer s 128.

[25] Se Jaeger/Henckel s 601.

lösning av bolag vid bolagsmans konkurs, jfr i svensk rätt 2:27 HBL. Andra anser att KO:s regler ska tillämpas även här.[26]

En analog tillämpning av § 20 KO innebär att licensgivaren får häva omedelbart *då licenstagaren ännu inte fått tillgång till uppfinningen* före sin konkurs. Konkursförvaltaren kan fråga licensgivaren om denne ämnar häva. Ges inte besked utan dröjsmål är hävningsrätten förlorad. Boet får härefter valrätt mellan inträde och avstående enligt den allmänna regeln i § 17 KO och kan således välja att inträda och påbörja utnyttjandet av uppfinningen under massaansvar.

Om licenstagaren däremot *fått tillgång till uppfinningen* före konkursen, får § 19 KO användas. Båda sidor kan då uppsäga licensavtalet till upphörande efter lagstadgad eller avtalad uppsägningstid. Är det boet som säger upp kan licensgivaren bevaka skadestånd som konkursfordran. Liksom vid hyra och arrende kan uppsägningstiden med giltig verkan avtalas bort. Lagstadgad uppsägningstid vid licens är enligt den härskande uppfattningen den som stadgas för arrende i § 595 BGB.[27] Uppsägning blir då endast tillåten "für den Schluss eines Pachtjahres" och måste verkställas senast på den första arbetsdagen under det halvår då avtalet ska utlöpa. Enligt en annan åsikt finns ingen lagstadgad frist i § 19 KO:s mening för licensavtal. Endast avtalade uppsägningstider skulle komma ifråga. Men dessa är ofta långa och skulle många gånger komma i konflikt med intresset av att en konkurs ska kunna avvecklas så snabbt som möjligt. Därför har gjorts gällande att såväl boet som licensgivaren bör ges rätt att säga upp avtalet med en "angemessene" frist.[28]

Under uppsägningstid som löper i konkursen enligt § 19 KO har licensgivaren en massafordran på licensavgift. Detsamma gäller om avtalet fortsätter som tidigare utan att någondera sidan säger upp det. Säljer boet under sådan tid licenstillverkade varor är det alltså massaansvarigt för licensavgiften.

Grunden för den ömsesidiga uppsägningsrätten sägs vara det starka förtroendeförhållande som råder mellan parterna och att avtalet bygger på licenstagarens kreditvärdighet och tekniska förmåga. Å andra sidan ska boet kunna undvika att dra på sig massaansvar. Boets intresse av att kunna fortsätta utnyttja gäldenärens licensrätter synes inte ha beaktats nämnvärt.

I *1985 års insolvensrättsförslag* ges inga särregler för just förlags- eller licensavtal. En allmän bestämmelse om behandlingen av varaktiga avtal

[26] Se Reimer s 463, jfr Benkard/Ballhaus s 493 som anser att § 728 BGB endast gäller då rörelsen slutgiltigt läggs ned och licensen är knuten till rörelsen som sådan, men däremot inte vid en rekonstruktion av verksamheten. Jfr även Bernhardt s 198 och Stumpf s 298.

[27] Se i första hand Jaeger/Henckel s 601 med vidare hänv.

[28] Se Klauer/Möhring s 515 f och Stumpf s 298 f.

under reorganisationsförfarandet torde dock vara direkt tillämplig i varje fall på licensavtal.[29] Enligt denna kan *endast insolvensförvaltaren* säga upp avtalet och då med iakttagande av lagstadgade uppsägningstider. I motiven nämns inte vad detta innebär i licensförhållanden. Det föreskrivs vidare att insolvensförvaltaren endast ska utnyttja uppsägningsrätten då reorganisationen inte sätts i fara genom uppsägningen. Licensgivarens rätt att säga upp avtalet enligt allmänna licensregler kan dessutom inskränkas: om avtalet på sådan grund sägs upp eller avbryts av licensgivaren, kan insolvensdomstolen på förvaltarens ansökan förklara uppsägningen etc vara utan verkan, om detta är påkallat i reorganisationens intresse och inget tyngre vägande intresse från licensgivarens sida står däremot. En förlängning av avtalsförhållandet kan m a o ske efter en sådan intresseavvägning. Restantier från tiden före insolvensöppningen behöver inte fullgöras som massaskuld. I den delen är licensgivaren endast en "reorganisationsborgenär". Avtalsbestämmelser som som ger licensgivaren uppsägningsrätt eller som säger att avtalet upphör automatiskt vid insolvens är ogiltiga.[30]

2.2 Svensk rätt

2.2.1 Innebörden och räckvidden av NJA 1966 s 241

I Sverige har den förhållandevis sparsamma diskussion som förts om de immaterialrättsliga avtalens konkursbehandling nästan helt skett med utgångspunkt från rättsfallet NJA 1966 s 241 som gällde förlagsavtal. Jag ska därför inledningsvis reda ut vilka av de olika frågor, som uppkommer i konkurssituationen, som får anses avgjorda genom 1966 års fall eller, m a o, vilken räckvidd prejudikatet har. Först kommer jag att ingående referera målet och redovisa doktrinens uppfattning om dess betydelse. Mina egna överväganden följer i delavsnitten därefter. Diskussionen av de materiella problem som NJA 1966 s 241 visar sig omfatta, behandlas sedan på den plats i framställningen där de hör hemma.

2.2.1.1 Rättsfallsreferat och litteraturkommentarer

NJA 1966 s 241. Två författare hade upplåtit förlagsrätt till ett förlagsaktiebolag (nedan förläggaren) som sedermera gick i konkurs. Avtalen innebar att förläggaren framställde och sålde författarnas böcker mot royalty per såld bok. Beträf-

[29] Leitsatz 2.4.1.4, se Insolvenzrecht s 221 f.

[30] Se Leitsätze 2.4.1.10–11 och Insolvenzrecht I s 226 f.

fande den ena författaren (F1) såldes under den aktuella redovisningsperioden sammanlagt 31 exemplar, varav endast de två (!!) exemplar som efter konkursutbrottet såldes av konkursboet i bokhandeln här är av intresse. Av den andre författarens (F2:s) böcker såldes 268 exemplar av boet i konkursen. 458 exemplar hade sålts före densamma. Boets försäljning av F2:s verk skedde till väsentligt nedsatt pris, fastän tiden för förläggarens avtalade rätt att realisera ännu inte var inne. Både F1 och F2 hävdade att boets försäljning av deras respektive verk gav dem massafordringar mot boet. F1:s påstådda massafordran utgjordes av den avtalade royaltyn (10 % av bokhandelspriset) per såld bok, medan F2:s massakrav avsåg skadestånd för boets brott mot förlagsavtalets realisationsregler. Skadeståndsbeloppet avsåg den royalty som F2 skulle ha fått vid vanlig, icke prisnedsatt försäljning (16 2/3 % av bokhandelspriset per såld bok) minus redan uppburet garantihonorar, eller motsvarande royaltyn för 61 exemplar av verket. Som grund anförde *författarna* att konkursboet inte sagt upp förlagsavtalet och därför hade samma skyldighet att betala royalty som förläggaren själv, att boets försäljning innebar att det fortsatt utgivandet och således förfogat över den upphovsrätt som ursprungligen tillkommit författarna. *Konkursboet* bestred talan och invände att förlagsavtalens bestämmelser, däribland realisationsreglerna, inte var bindande för boet och att författarnas ensamrätt att sprida verken konsumerats i och med konkursbeslutet. Försäljningen av de exemplar till vilka boet hade äganderätt utgjorde endast ett normalt led i avvecklingen av boets tillgångar. Författarnas krav var därför vanliga konkursfordringar.

RR:n framhöll att förlagsavtalen inte sagts upp av konkursboet. Boets försäljningsåtgärd hade därför inte bara avsett bokexemplaren, som boet ägde, utan även ett tillgodogörande av upphovsrätt genom fortsatt spridning till allmänheten. Boet var därmed skyldigt att utge F1:s honorar som massaskuld. Då boet sålunda inte heller haft rätt att realisera F2:s verk i förtid, var boet också skadeståndsskyldigt mot henne till yrkat belopp.

HovR:n fastställde HR:s slut. Då konkursboets försäljning innefattat tillgodogörande av upphovsrätt, måste nämligen boet härigenom ha inträtt i förläggarens rätt enligt förlagsavtalen och ådragit sig skyldighet att betala honorar för sålda exemplar samt även skadestånd vid avtalsstridig försäljning.

Inför HD anförde konkursboet bl a att skälen för att skydda författares rätt vid konkurs inte väger tyngre än många andra borgenärsintressen. Författarnas talan angavs gå ut på att upphovsrätten är av mycket speciell natur, vilket skulle medföra att en konkursförvaltare, i motsats till vad som annars gäller, förhindras att förfoga över den egendom som "finns i boet och som fysiskt tillhör gäldenären. Författarrätten skulle sålunda innebära en form av prioritet vid sidan av de förmånsrätter som lagen klart anger. I den mån de böcker som finns i konkursboets lager äger ett saluvärde, skulle konkursförvaltningen icke kunna sälja böckerna utan att samtidigt avstå en del av köpeskillingen till författaren, detta på grund av det avtal som författaren och förlaget före konkursen ingått. Situationen skulle alltså vara helt parallell med den som gäller, när en konkursförvaltare säljer egendom som är köpt på avbetalning med äganderättsförbehåll för säljaren. Nu är det emellertid uppenbart, att den förmånsrätt som här hävdas saknar såväl det stöd i lag som de faktiska förutsättningar, som är gällande för de fall, där en borgenär kan göra gällande rätt till prioritet eller separation. Lagstiftaren har ej givit författarna sådant skydd. Avtalet mellan författaren och förläggaren är ett obligationsrättsligt avtal, som, när konkurssituationen inträffar, icke kan ge författaren bättre möjligheter än andra obligationsrättsliga avtal. Obligationsrättsliga förpliktelser förfaller i och med konkursen, om de icke har säkerställts på ett sätt som får enligt lag medgiven sakrättslig verkan."[31]

Det förhållandet att konkursboet inte sagt upp förlagsavtalen kunde eventuellt vara av betydelse för boets möjligheter att ge ut nya upplagor av verket, däremot

[31] Ref s 244 f.

inte för försäljning av inneliggande boklager. I det senare fallet är det nämligen fråga om ensidiga handlingar av boet, som inte kräver författarens medverkan. En massafordran för författaren angavs kunna uppkomma först om boet fortsätter rörelsen, vilket sålunda inte en försäljning av inneliggande boklager kunde konstituera. Konkursförvaltaren är ju tvungen att sälja boets tillgångar, och det skulle leda till orimliga konsekvenser om royaltyfordringarna fick massafordransställning. Detta påstods kunna medföra att inneliggande boklager, varpå avsevärda kostnader nedlagts, riskerade bli osålt till men för tryckeri- och pappersleverantörer m fl andra borgenärer. "Ofta kan man nämligen icke få ut mera av ett boklager än kanske just det belopp, till vilket författarens royalty enligt avtalet skulle uppgå."[32]

De två JustR som dikterade domen i *HD* uttalade följande.[33]

"Före konkursen hade /förläggaren/ på grund av de ingångna avtalen förlagsrätt till de verk varom målet är fråga, medan /F1/ och /F2/ hade rätt till royalty, på det sätt villkorad att fordran därå kunde göras gällande efter hand som exemplar av verket såldes. Någon ändring i dessa avtalsförhållanden har icke inträffat genom konkursen; särskilda lagsbestämmelser finnas icke om den rätt författarparten i förlagsavtal äger i förläggarens konkurs, och ej heller av grunderna för lagstiftningen om upphovsrätt följer att sagda rätt är att bedöma annorledes än som i allmänhet gäller om fordringar grundade på avtal.

När konkursboet sålt exemplar av de verk varom fråga är, har något intrång i författarnas spridningsrätt icke skett, eftersom försäljningen innefattas i den rätt till spridning, som genom förlagsavtalen överlåtits till /förläggaren/. /F1:s/ fordran på royalty i anledning av sådan försäljning måste, i anslutning till vad förut sagts, anses hava uppkommit genom förlagsavtalet och således före egendomsavträdet, ehuru den först efter detta kunnat göras gällande. Motsvarande gäller /F2:s/ fordran utan hinder av att den angivits avse skadestånd.

Ej heller eljest har i målet åberopats någon omständighet, på grund varav de ifrågavarande fordringarna skulle utgöra massagäld i konkursen."

Två JustR var *skiljaktiga beträffande motiveringen.*

Den ene (Riben) framhöll först detsamma som majoriteten skrev i andra stycket av de nyss citerade skälen. Därefter angavs att boets utnyttjande av gäldenärens avtal i vissa fall kan göra boet massaansvarigt. Beträffande en i förlagsavtal föreskriven skyldighet att utge royalty kan dock inte självständig betydelse tillmätas förhållandet, att, "sedan förläggaren efter verkets utgivande försatts i konkurs",[34] konkursboet låter sälja exemplar av den framställda upplagan. *Den andre* (Söderlund) skrev att även om boet skulle anses ha fortsatt förlagsrörelsen genom att låta sälja böcker i bokhandeln, så följer inte härav att boet åtagit sig betalningen enligt förlagsavtalen. F1:s royaltyfordran uppkom redan genom avtalet och således före konkursen. F2:s talan grundades visserligen på boets tillåtelse till realisation i strid med förlagsavtalet, men den skada F2 lidit genom detta kunde inte överstiga vad hon hade rätt att uppbära efter bevakning i konkursen, varför inte heller i den delen fanns fog för talan mot boet.

Ett JustR (Walberg) var av *motsatt åsikt i sak* och ansåg att fordringarna visserligen ytterst grundades på förlagsavtalen. Men avgörande för deras uppkomst var boets " – utanför konkursgäldenärens rådighet liggande -" åtgärd att fortsätta försäljningen av exemplar i bokhandeln.[35] Walberg menade därför att den väsentliga grunden för royaltykraven måste anses ha förelegat först efter konkursbeslutet. Fordringarna kunde därför inte i nuvarande 5:1 KL:s mening anses ha

32 Ref s 246.

33 Ref s 246 f.

34 Ref s 247.

35 A s nederst.

uppkommit före konkursen. Konkursboet hade därmed också genom försäljningen ådragit sig skyldighet att som massaskuld betala såväl honorar på sålda exemplar som skadestånd för avtalsstridig försäljning.

I litteraturen har domen på olika sätt kommenterats och kritiserats. Här ska i första hand uttalanden som rör dess närmare innebörd och räckvidd återges.

Welamson skriver till en början 1967 endast att rättsfallet är intressant och svårbedömt.[36] Något år senare framhåller Adlercreutz, som ansluter sig till den uppfattning som Walberg gav uttryck för i rättsfallet, att en otillfredsställande konsekvens av majoritetens ståndpunkt är att "konkursboet kanske under ganska lång tid kan utnyttja förlagsrätten utan att ett öre kommer författaren till godo."[37] Hessler betecknar avgörandet "ganska anmärkningsvärt", vilket väl får ses som hård kritik.[38] Vidare skriver Ljungman så här i en rättsfallsöversikt:[39]

"Man saknar i rättsfallet en mera ingående diskussion av konsekvenserna av den ena eller den andra lösningen, när nu skilda tolkningsalternativ tydligen ansetts föreligga. Den av majoriteten valda linjen innebär t ex att om en kort före konkursutbrottet förlagd debutroman visar sig bli en bestseller, måste författaren åtminstone till en tid dela sin förhållandevis begränsade vinstandel (i regel 16,75 procent) med förlagets samtliga oprioriterade fordringsägare. Här förefaller ett ingripande av lagstiftaren lämpligt, när nu saken icke kunde lösas genom utveckling i praxis."

Rosén poängterar att författarna i 1966 års mål inte sa upp avtalet men begärde full royaltybetalning för konkursförsäljningen och att HD fann att konkursen inte medfört någon ändring i förlagsförhållandet.[40] Beträffande den upphörandeklausul för konkursfallet, som det normerande förlagsavtalet – 1980 års ramavtal – numera innehåller, och till vilken klausul jag själv återkommer längre fram i texten, sägs det vara osäkert vilket värde denna har för royaltyanspråk knutna till exemplar i förläggarens lager. Rosén skriver också att det är en öppen fråga om en sådan klausul hindrar att boet "tillträder förlagsavtalet och gör royaltyfordran blott till en dividendfordran i konkursen".[41] Om boet inte vill "tillträda avtalet" på detta sätt anges det inte vara säkert om förlagsavtalets upphörande kan förbättra författarnas möjligheter att förhindra att royaltyfordringarna bara blir konkursfordringar. Inte heller sägs det för detta fall vara klarlagt, om boet begår upphovsrättsintrång om det sprider exemplar ur förläggarens lager eller, m a o, om detta skulle bedömas

[36] Welamson, Konkurs, 2 uppl s 115 not 2. Detta upprepades t o m 7 uppl 1979 s 129 not 4. I 8 uppl 1987 nämns inget om rättsfallet, se s 119 med not 4.

[37] Adlercreutz, Avtalet och fordringen s 306.

[38] Hessler s 508.

[39] SvJT 1977 s 523.

[40] Rosén i NIR 1980 s 330 med not 8.

[41] A a s 330.

som "vidarespridning av exemplar som inte utgivits med upphovsmannens samtycke."[42]

Senare har Rosén skrivit att det inte är fråga om "upphovsrättsligt beroende utnyttjanden och följaktligen inte heller om överlåtelse eller upplåtelse av upphovsrätt i de fall då boet effektuerar försäljning av sådana exemplar som en förläggare framställt före konkursbeslutet."[43] Såväl NJA 1966 s 241 som det ovan refererade danska fallet UfR 1983.545H sägs bekräfta detta. I bägge fallen försökte upphovsmännen nämligen "på basis av sin spridningsrätt förbjuda konkursboet att försälja exemplar som gäldenären framställt före konkursen enligt det avtal som medgav gäldenären såväl mångfaldigande- som spridningsrätt."[44] Det tilläggs att det svenska rättsfallet med rätta kritiserats i flera avseenden men att det förefaller oantastligt vad gäller frågan om boet självt "utnyttjat sådana upphovsrätter som tillkom gäldenären."[45]

Som angavs ovan har Ljungman föreslagit ett lagstiftningsingripande med anledning av utgången i NJA 1966 s 241. I ett betänkande från lagutskottet har också – i anledning av en socialdemokratisk motion[46] – förordats att en utredning kommer till stånd om royaltyfordringars ställning i förmånsrättshänseende.[47] Utskottet liksom samtliga hörda remissinstanser utom advokatsamfundet (läs: företrädarna för upphovsmanna-, förläggar- och kulturintressena) anser det motiverat att ge författare, fotografer, illustratörer, kompositörer m fl upphovsmän förmånsrätt för upplupen royalty. Som skäl anges att författarna etc utgör en utpräglad låginkomstgrupp, vars ställning gentemot förlaget i de flesta fall är att jämställa med de förlagsanställdas. Det framhålls bl a att förlagsverksamheten bygger på författarnas insatser och att det är stötande att inte dessa, såsom arbetstagarna, omfattas av förmånsrätt och lönegaranti vid konkurs. Författarna sägs sakna den branschkännedom och de medel som krävs för att kunna avgöra förlagets kreditvärdighet. Och de har under den långa kredittiden för royaltyn – mellan ett halvt och ett och ett halvt år enligt ramavtalet – små möjligheter att skydda sig mot sviktande ekonomi hos förlaget. Bokförläggareföreningen skriver att den nyinförda klausulen i ramavtalet, om avtalets upphörande vid förläggarens konkurs, gett författarna möjlighet att behålla kontrollen över verkets nyttjande vid förlagskonkurs och att bestämmelsen ger uttryck för förlagens vilja att avtalsvägen förbättra författarnas ställning i denna situation. Gällande

42 A st.
43 Festskrift till Bernitz s 119.
44 A a s 119 f.
45 A a s 120 not 33.
46 1980/81:893.
47 Se LU 1981/82:3.

regler vid förlagskonkurs anges i ett annat remissyttrande också innebära nackdelar för de små och mindre kapitalstarka förlagen, vilka redan nu har svårt att behålla sina mera framgångsrika författare.

Det kan här vara intressant att se på hur NJA 1966 s 241 uttolkas i det nämnda betänkandet. I redogörelsen för gällande rätt sägs att rättsfallet gäller frågan "om författares fordran på royalty utgör massafordran, när ett förlags konkursbo säljer författares böcker."[48] I motionen skriver man att fallet innebär att författarens rätt till upplupen royalty är en oprioriterad fordran "även om den aktuella royaltyfordran uppkommer till följd av att konkursboet fortsätter förlagsverksamheten. Vid en förlagskonkurs står således författarna...utan ekonomiskt skydd."[49] I utskottets referat härav står att "författarens rätt till upplupen royalty, oavsett om den uppkommit före eller efter konkursutbrottet, hänförs till oprioriterade fordringar".[50]

Önskemålen om förmånsrätt för författare m fl upphovsmän har ännu inte lett till någon lagstiftningsåtgärd.

Går vi vidare bland kommentarerna till NJA 1966 s 241 kommer vi till Håstad, som i första upplagan av boken Sakrätt skriver att domen är förvånande vad gäller F2:s skadeståndsfordran:

> "Särskilt om ett delikt leder till ersättningsskyldighet som inte motsvaras av nytta för borgenärerna (och därmed indirekt gäldenären) borde gäldenären inte vara bunden av handlandet utan kunna kräva skadestånd från boet/förvaltaren. Detta torde emellertid förutsätta att ersättningsskyldigheten anses ha uppkommit efter konkursen. Däremot framstår det som följdriktigt att realisationen av inneliggande boklager jämställes med annan realisation av konkurstillgångar, vilka skapats genom förskott lämnade av någon konkursborgenär. Skulle konkursboet ha ensidigt beslutat att dessutom fortsätta produktionen, borde boet enligt min mening dock anses ha inträtt i avtalsförhållandet avseende vad som därigenom skapats och vara ersättningsskyldigt i den mån det blivit sålt".[51]

I andra upplagan två år senare tilläggs att frågan om författarens uppsägningsrätt och obundenhet av förlagsavtalet inte prövades i målet.[52] I samma boks tredje upplaga 1986 har Håstad skrivit om vad han sagt om 1966 års mål i tidigare upplagor. Nu framhålls – i linje med de resonemang som jag själv fört i dessa frågor[53] – att det inneliggande boklagret i målet tydligen behandlats som ett konkurslager, som boet kan tillgodogöra sig utan massaansvar, men:

[48] A a s 2.

[49] A a s 1.

[50] A a s 8.

[51] Håstad, Sakrätt, 1 uppl s 258.

[52] Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 276.

[53] Möller, Konkursbos inträde i förlags- och patentlicensavtal på förläggarens respektive licenstagarens sida. Stencilerad PM 1984–01–15, se särskilt s 20–22 och 29 f.

> "Författarna hade emellertid före konkursen knappast fullgjort allt som ålåg dem utan torde ha varit förpliktade att kontinuerligt tolerera förlagets ensamrätt till utgivningen. Denna plikt borde författarna enligt allmänna principer inte ha varit skyldiga att uppfylla, om boet inte svarade för vederlaget. Om författarna sålunda skulle ha haft ett slags hävningsrätt, om inträde inte skedde, var läget inte jämförbart med en fullbordad kreditleverans."[54]

Det tilläggs att författarnas eventuella rätt att häva inte var föremål för prövning.

Även Lindskog har kommenterat rättsfallet 1966 i sin kvittningsbok.[55] Enligt honom lägger majoriteten i HD främst vikt vid "omfattningen av /konkursboets/ åtgärder ställd i relation till i avtalet stadgade rättigheter". Själv anser han, i enlighet med en mera allmän teori, att boet inte blir massaansvarigt så länge det inte utövar sådana rättigheter som författarna inte kunnat hindra förläggaren/gäldenären själv från att utöva. Detta sägs stämma rätt väl med HD-majoritetens skäl. Lindskog utgår ifrån att varken F1 eller F2 i rättsfallet hade rätt att säga upp avtalet på grund av konkursen (vilken fråga visserligen sägs vara oklar) och att konkursboet i rättsfallet i så fall uppenbarligen inte utövat sådana rätter som F1 kunnat hindra boet från att utöva. Angående F2 sägs dock att boet gått utöver vad avtalet tillät. Men då F2:s fordran egentligen inte avsåg skadestånd utan avtalsenligt anspråk på royalty, fanns ändå inte anledning till någon annan bedömning än för F1:s fordran. Det tilläggs att om royaltyfordringar anses förtjäna skydd av sociala skäl, bör detta ske genom statlig garanti eller prioritet men inte genom massastatus. Alternativt kan Lindskog tänka sig att författarna skyddas genom uppsägningsrätt vid förläggarens konkurs, men detta alternativ skulle inte skydda royaltyfordringar hänförliga till tiden före konkursen,[56] varmed mera exakt torde avses royaltyanspråk knutna till exemplar som sålts före konkursen.

Walin anser utgången svårförståelig och mindre rimlig och synes mena att den väsentliga grunden inträffat efter konkursutbrottet.[57]

Att kort försöka *sammanfatta* de olika synpunkter som framförts beträffande NJA 1966 s 241 är som kanske framgått svårt. Olika angreppsvinklar har lagts på avgörandet från vitt skilda utgångspunkter, vilket ger en rätt brokig bild. När jag nu själv ger mig i kast med en analys av avgörandet, ska jag i ett försök att skapa lite större klarhet dela upp resonemanget i fyra huvudspår. Först undersöks vad prejudikatet innebär om man anlägger ett rent *upphovsrättsligt* perspektiv på det. Sedan penetre-

54 Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 316.
55 Lindskog s 190 med noter.
56 A a s 190 not 114.
57 Se Materiell konkursrätt, 2 uppl s 24 not 4.

ras fallet ur *kontraktsrättslig* eller, närmare bestämt, förlagskontraktsrättslig synvinkel. Därefter behandlas rättsfallet med utgångspunkt från de eventuella särskilda befogenheter författarna och konkursboet kan ha att på grund av förläggarens konkurs häva, säga upp resp inträda i avtalet, dvs från *inträdesrättslig* (eller "konkursobligationsrättslig") synpunkt. Till sist ska sägas något om de rent *sakrättsliga* aspekter som särskilt konkursboet framhöll inför HD i NJA 1966 s 241. Förhoppningsvis kan därefter räckvidden av rättsfallet sammanfattningsvis fastläggas och därmed också anges i vad mån den fortsatta framställningen ligger inom ramen för gällande rätt. På en del ställen görs jämförelser med det danska rättsfallet UfR 1983.545H, se för referat och viss analys härav i avsnitt 2.1.1 ovan. Genomgående anmärks i vilken utsträckning det förda förlagsresonemanget är överförbart till avtal om patentlicens.

2.2.1.2 Vad säger rättsfallet rent upphovsrättsligt?

Upphovsrätt är enligt 2 § URL bl a ensamrätt att förfoga över ett verk genom att framställa exemplar av (mångfaldiga) det och göra det tillgängligt för allmänheten genom utbjudning av exemplar till försäljning eller annan spridning till allmänheten.[58] Då verket lovligen för första gången gjorts tillgängligt för allmänheten anses det offentliggjort, 8 § 1 st URL. Beträffande litterära verk sker offentliggörandet normalt genom *utgivning*. Och verket anses enligt 8 § 2 st URL utgivet då exemplar därav med upphovsmannens samtycke förts i handeln eller på annat sätt spritts till allmänheten.[59] Genom förlagsavtal upplåter upphovsmannen/författaren som sagt till förläggaren sin ensamrätt att mångfaldiga och utge verket. Avtalet innefattar ett generellt samtycke till att föra exemplar av verket i handeln i 8 § 2 st URL:s mening. Men först då exemplar också faktiskt förts i handeln är verket utgivet. När verket är utgivet kan upphovsmannen inte längre, även om förläggarens förlagsrätt skulle upphöra, göra gällande att vidarespridning av de "exemplar, som omfattas av utgivningen" utgör intrång i den ensamrätt till spridning – ibland kallad exemplarrätt – som han primärt åtnjuter enligt 2 § URL, se 23 § 1 p URL. Författarens spridningsrätt sägs då ha konsumerats.

23 § 1 p URL innebär först och främst att den enskilde återförsäljaren/bokhandlaren alltid får sälja de exemplar som han köpt av förläggaren för vidareförsäljning till allmänheten, om bara verket är att anse som utgivet i 8 § 2 st URL:s mening. Och om exemplar av verket inte tidigare förts i handeln, utgör förläggarens försäljning till den aktuelle återför-

[58] Se till det följande SOU 1956:25 s 87 ff och 163 f, prop 1960:17 s 51 ff och 85 ff, jfr NJA II 1961 s 35 ff och 95 f. Se även Bergström, Uteslutande rätt att förfoga över verket, särskilt s 81 ff.

[59] Endast alternativet "förts i handeln" nämns i det följande.

säljaren normalt också den åtgärd som konstituerar utgivning av verket: exemplar av verket har då "förts i handeln".

Hur många exemplar måste ha "förts i handeln", t ex distribuerats till bokhandeln, för att "utgivning" ska anses ha skett och författarens ensamrätt till spridning – hans exemplarrätt – konsumerats?

I auktorrättskommitténs betänkande föreskrevs uttryckligen i lagförslagets 8 § 2 st, att ett större antal exemplar måste ha förts i handeln. Lokutionen "ett större antal" togs dock bort vid departementsbehandlingen efter viss remisskritik. Föredraganden anförde ändå att "denna förutsättning som regel bör vara uppfylld för att åtgärden skall medföra den grad av offentlighet som här avses."[60] På vissa områden, t ex beträffande noter till "seriösa musikaliska verk", kunde dock spridning av ett mindre antal exemplar få en stor offentliggörande effekt och därmed göra att verket trots allt anses utgivet. "Att det normalt icke räcker med att enstaka exemplar saluförts eller eljest utlämnats till spridning torde ändock framgå av den valda formuleringen," slutar depchefen inte alldeles övertygande.[61]

Det är således klart att de icke endast enstaka exemplar som förläggaren fört i handeln inte längre omfattas av författarens ensamrätt till spridning – hans exemplarrätt – enligt 2 § URL. Även om förlagsavtalet skulle hävas och spridningsrätten härigenom i sin helhet skulle anses återgå till författaren, inverkar detta alltså inte upphovsrättsligt på de exemplar som redan levererats till bokhandeln. Men vad gäller om de eventuella exemplar som ännu vid förlagsavtalets upphörande *ligger i lager* hos förläggaren? Är även dessa "exemplar, som omfattas av utgivningen" av verket i 23 § 1 p URL:s mening. Eller omfattas lagret tvärtom ännu av författarens grundläggande rätt enligt 2 § URL, för det fall förläggarens kontraktsgrundade rätt att sprida exemplar skulle upphöra?

Som redan nämnts följer av 2 § 1 st URL till en början, att författarens grundläggande ensamrätt till förfogande bl a gäller rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten, ibland kallad offentliggöranderätt. Enligt 2 § 3 st samma lag göres verket tillgängligt för allmänheten bl a då exemplar därav utbjuds till försäljning eller sprids till allmänheten på annat sätt. Exemplar som ligger i lager hos förläggaren är nu uppenbarligen varken utbjudna till försäljning eller spridda till allmänheten på annat sätt. I lagtexten står heller inget om att skyddet för författaren endast gäller *den första gången* hans verk görs tillgängligt för allmänheten, även om detta ligger nära till hands att tolka in i uttrycket "göra verket tillgängligt" för allmänheten. Av motiven och Bergströms ingående undersökning av lagrummet framgår klart, att varje särskilda och upprepade förfogande innebär ett nytt tillgängliggörande av verket även

[60] Prop 1960:17 s 86.

[61] A st. Jfr Gehlin, Upphovsrätt för författare s 41: "...ett så stort antal att det tillfredsställer en rimlig efterfrågan och ger 'envar' i varje fall en teoretisk möjlighet att få del av /verket/."

efter det första offentliggörandet.[62] Uttrycket göra verket tillgängligt för allmänheten i 2 § 1 st URL betyder således *varje utbredande* av verket bland allmänheten.

Nästa steg är att avgöra vad som i 23 § 1 p URL menas med vidarespridning av "exemplar, som omfattas av utgivningen", dvs var den yttre gränsen för författarens principiella ensamrätt enligt 2 § URL ska dras. Redan det faktum att 23 § 1 p URL uttryckligen endast avser *vidare*spridning talar för att det endast är de exemplar som förläggaren redan levererat till bokhandeln som får säljas vidare utan samtycke. De exemplar som finns kvar i förläggarens lager har ju aldrig spritts och kan då inte heller språkligt inrymmas i lokutionen "spridas vidare". Dessa exemplar har således inte utbjudits till försäljning eller eljest spritts till allmänheten, varför dessa fortfarande omfattas av författarens exemplarrätt. Tolkningen harmonierar med vad som nyss sas om 2 § 3 st URL.

Uttryckssättet i 23 § 1 p URL kan möjligen ändå ge anledning till tvekan. Författarens ensamrätt till spridning anges där som sagt konsumerad beträffande exemplar "som omfattas av utgivningen". Enligt 8 § 2 st URL med motiv är ett verk utgivet då icke endast några enstaka exemplar därav förts i handeln. Utgivning såsom den definieras i 8 § 2 st URL tar sikte på *verket*, inte endast vissa *exemplar* därav, jfr även 31 § URL. Och "utgivningen" i 23 § 1 p URL skulle då kunna sägas omfatta det antal exemplar av verket som förläggaren enligt förlagsavtalet har rätt att sprida, se in dubio 32 § URL. I så fall skulle även de färdiga lagerexemplaren hos förläggaren "omfattas av utgivningen" av verket och således inte längre av författarens exemplarrätt enligt 2 § URL.

Det är dock förmodligen så att lagstiftaren inte använt begreppet utgivning på det sätt som det senast förda resonemanget förutsätter. Med de "exemplar, som omfattas av utgivningen" avses nog endast de exemplar som faktiskt förts i handeln, däremot inte de exemplar av samma utgivna verk som ligger i lager hos förläggaren. Det kanske är så att termen "utgivningen" i 23 § 1 p URL inte har samma innebörd som definitionen av utgivning i 8 § 2 st URL fastslår. Men i specialmotiven till 23 § 1 p URL sägs att lagrummet innebär att upphovsmannens spridningsrätt enligt 2 § URL begränsats så, "att den icke kan göras gällande i fråga om vidareöverlåtelse exemplar, som lagligen förts i handeln eller eljest lagligen kommit i omlopp bland allmänheten."[63] Uttalandet omfattar uppenbarligen endast de exemplar som förts i handeln etc och inga andra. Exemplar som ligger i lager omfattas alltså av ensamrätten enligt 2 § URL, även om lagtexten i 23 § 1 p URL inte ger samma klara besked

[62] Se NJA II 1961 s 39 (jfr 40 f) och Bergström, Uteslutande rätt att förfoga s 10, 114, 117, 127 f och 155–157.

[63] SOU 1956:25 s 246 (jfr 95 f). Se även NJA II 1961 s 181 och 188.

som det angivna motivuttalandet. Även om lagstiftaren förmodligen inte omedelbart tagit ställning just till frågan, om lagerliggande exemplar av ett utgivet verk efter hävning av ett förlagsavtal omfattas av 2 § eller 23 § 1 p URL, synes det *sammanfattningsvis* ändå författarens ensamrätt till spridning kvarstå vad gäller lagerexemplar.

De lege ferenda kan möjligen diskuteras, om det verkligen är motiverat med ett straffsanktionerat upphovsrättsligt förfoganderättsskydd gentemot en tidigare förläggare för färdiga men icke spridda exemplar av ett utgivet verk. Bör det kanske inte räcka att *den första spridningen* till allmänheten, dvs den åtgärd som konstituerar offentliggörande och utgivning enligt 8 § URL, är sanktionerad på detta sätt och att upprepade, senare spridningar av exemplar av samma verk får angripas uteslutande med de kontraktsrättsliga reglerna om ersättning vid avtalsbrott? De ideella intressen – utöver den droit moral som 3 § URL skyddar – som anses inrymmas i 2 § URL:s i första hand ekonomiska skydd, torde främst vara knutet till verkets första offentliggörande (s k droit de publier).[64] Själv saknar jag dock tillräckliga kunskaper i upphovsrätt för att vara beredd att ta definitiv ställning i frågan.

Sammanfattningsvis innebär det sagda för den gällande rättens del, att en förläggares försäljning av inneliggande exemplar av ett verk i sig *kan* utgöra upphovsrättsintrång även om andra exemplar av samma verk redan tidigare förts i handeln och verket således är utgivet. Om den med förlagsavtalet upplåtna spridningsrätten kontraktsrättsligt anses återgå till författaren när avtalet hävs, begår förläggaren således upphovsrättsintrång om inneliggande lagerexemplar härefter ändå säljs.

Upphör då all upplåten rätt att sälja inneliggande exemplar till bokhandeln när ett förlagsavtal hävs? Svaret beror på vad parterna avtalat härom eller annars vad dispositiv förlagskontraktsrätt säger i frågan. Till detta återkommer jag i nästa delavsnitt. Här ska bara sägas, att *om* den kontraktsrättsliga regeln är att all försäljningsrätt för förläggaren upphör vid förlagsavtalets hävande, *då* sker förläggarens fortsatta spridning av exemplar utan samtycke, vilket strider mot 2 § URL om inte samtycke erhålls in casu. Därmed begås upphovsrättsintrång enligt 7 kap URL.

Tillämpas det nu sagda på *de faktiska omständigheterna i NJA 1966 s 241* kan följande sägas. Av författarna F1:s och F2:s verk hade före konkursen förts i handeln och sålts ett betydande antal exemplar. Båda verken var otvivelaktligen utgivna i 8 § 2 st URL:s mening, vilket innebar att författarnas i 2 § URL föreskrivna ensamrätt till spridning (exemplarrätten) före konkursen konsumerats beträffande de exemplar som förläggaren levererat till bokhandeln. Försäljningarna i konkursen synes beträffande

[64] Se SOU 1956:25 s 129.

F1:s verk endast avsett exemplar som redan levererats till återförsäljarna före konkursen. Därmed kunde boets försäljning inte som sådan utgöra upphovsrättsintrång och det oavsett om avtalet hävts eller inte före boets försäljning. När det gäller de i konkursen sålda exemplaren av den andre författarens, F2:s verk, framgår inte klart av rättsfallsreferatet, om alla, vissa eller inte något av dessa distribuerats till återförsäljarna före konkursen. Möjligen var det så att vissa exemplar låg i lager hos förläggaren på konkursdagen och andra i bokhandeln. Det faktum att boet/förläggaren kunde företa en realisation[65] av alla exemplar av F2:s verk som såldes i konkursen, skulle med en tillämpning av idag gällande bokförsäljningsförhållanden tyda på, att de i konkursen sålda exemplaren låg i lager hos förläggaren på konkursdagen. Förläggarna säljer nämligen numera normalt till återförsäljarna i fast räkning, ofta mot betalning 30 dagar efter leverans. Detta innebär att förläggaren inte kan påverka prissättningen på de böcker som redan sålts till återförsäljaren. Dessutom innebär en försäljning i fast räkning att förläggaren inte får bestämma när återförsäljaren tidigast ska få sälja böcker till nedsatt pris, eftersom detta motsatsvis innebär att återförsäljaren inte utan förläggarens tillstånd får gå under den vanliga prisnivån, vilket strider mot bruttoprisförbudet i 13 § konkurrenslagen. Vid tiden för NJA 1966 s 241 sålde emellertid återförsäljarna vanligtvis i kommission för förläggarens räkning. Och vid försäljningskommission är det juridiskt sett aldrig fråga om försäljning i två led som 13 § konkurrenslagen kräver: äganderätten går enligt 53 § KommL direkt över från kommittenten till tredje man. En kommittent kan alltså utan att bryta mot bruttoprisförbudet föreskriva att kommissionären vid sin försäljning inte får gå under visst lägsta pris.[66] Konkursboet i NJA 1966 s 241 synes således mycket väl ha kunnat bestämma att realisation skulle ske även av exemplar som redan fanns i bokhandeln vid konkursutbrottet.[67] Jämför även att bokhandelspriset var royaltyunderlag både vid ordinär försäljning och realisation i det förlagsavtal som gällde för F2 i rättsfallet. Sammantaget säger då det faktum att realisation skedde i NJA 1966 s 241 inget om huruvida de i konkursen sålda exemplaren distribuerats till återförsäljarna eller inte före konkursen.

I det föregående har jag utgått ifrån att det faktum, att försäljning av böcker i bokhandeln vid tiden för 1966 års avgörande normalt skedde i kommission, inte påverkar

[65] Realisationsbegreppet förklaras närmare i 2.2.4 nedan.

[66] Se Martenius s 333, jfr 178–181, Bernitz, Bruttoprisförbudet s 37 f, densamme, Svensk marknadsrätt s 74 och 8 § 2 st KommL. Däremot kan generalklausulen i 2 § konkurrenslagen användas även vid kommission, se MD 1973:1.

[67] Jfr även att bokhandeln fram till 1970 hade dispens från bruttoprisförbudet, se Bernitz, Bruttoprisförbudet s 44 f och densamme, Svensk marknadsrätt s 74.

den upphovsrättsliga bedömningen, dvs tillämpningen av 2, 8 och 23 §§ URL. Det skulle dock kunna ifrågasättas, om man inte också här, liksom vid tillämpning av 13 § konkurrenslagen, bör säga att det vid kommission inte är fråga om två led utan om ett och att det därmed inte är fråga om någon vidarespridning som 23 § 1 p URL kräver. En sådan invändning är dock måhända felaktig, därför att det för begreppen "göra tillgängligt för allmänheten" i 2 § URL och "föra i handeln" i 8 § URL är irrelevant huruvida äganderätten till exemplaren i och med förandet i handeln etc övergått. Det väsentliga är att exemplaren då de förts i handeln kan återkommas av allmänheten. 23 § 1 p URL har å andra sidan sagts dra upp en gräns mellan upphovsrätt och äganderätt. I kommissionsfallet har inte kommissionären något giltigt anspråk på att bli ägare annat än då han självinträder. Möjligt är därför att 23 § 1 p URL griper in först då återförsäljaren/kommissionären säljer till tredje man/allmänheten. Distinktionen mellan exemplar i förläggarens lager och exemplar i bokhandeln saknar i så fall upphovsrättslig betydelse, vilket kan förklara att omständigheterna på denna punkt inte anges klarare i rättsfallsreferatet.

En ytterligare komplikation är att de båda förlagsavtalen i rättsfallet ingicks redan på 50-talet och att exemplar av verken salufördes innan 1960 års upphovsrättslag trädde i kraft 1/7 1961. Förlagets konkurs inträffade däremot efter ikraftträdandet, nämligen i november 1961. I 65 § URL står nu att den nya lagen ska tillämpas också på verk som tillkommit före ikraftträdandet. Detta skulle innebära att den upphovsrättsliga bedömningen av boets saluförande och/eller försäljning av böcker likväl skulle ske enligt nuvarande URL. Enligt 66 § URL får dock exemplar av verk som framställts med stöd av äldre lag alltid fritt spridas.[68] Betyder inte det att även exemplar som omfattas av 2 § URL ändå får föras i handeln och säljas utan författarens samtycke?

Svaret torde vara beroende av om förfogande- och konsumtionsreglerna var desamma i 1919 års URL som i den nuvarande eller om författarens rätt då var mindre omfattande. Den äldre upphovsrättslagens reglering av författarens förfoganderätt fanns i dess 2 §. Endast ensamrätten att mångfaldiga verket nämndes, däremot inte rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten genom spridning av exemplar. Någon konsumtionsregel motsvarande 23 § 1 p URL fanns följaktligen inte heller. Och i uppräkningen i lagens intrångsbestämmelse – 24 § – nämndes inte spridning av lovligen framställda exemplar bland de gärningar som kunde utgöra intrång i upphovsmannens rätt. 2 § i 1919 års lag lär ha varit avsedd att tolkas e contrario. Detsamma gällde för intrångsreglerna i 24 §.[69] Det synes således ha varit fullt möjligt, att lovligen framställda exemplar kunnat säljas fritt enligt 1919 års lag men däremot inte vid tillämpning av 2 § i 1960 års URL. Övergångsregeln i 66 § skulle då ändå tillåtit en försäljning av exemplaren. Om alla de exemplar som konkursboet sålde i NJA 1966 s 241 redan var distribuerade till bokhandeln före konkursen, kunde dock försäljningen i bokhandeln under konkursen ske utan samtycke redan enligt 23 § 1 p URL, vilket innebär att frågan om övergångsregeln i 66 § URL var att tillämpa saknade betydelse. Levererade boet däremot vissa exemplar till återförsäljarna så synes 66 § URL ändå medföra att boet inte kunnat begå upphovsrättsintrång även om detta idag skulle följa av 2 § URL.

[68] Se NJA II 1961 s 381. – 69 § URL är tillämplig även på förlagsavtal med torde sakna betydelse för den rent upphovsrättsliga bedömningen, se NJA II 1961 s 386.

[69] Se SOU 1956:25 s 44, 87, 424 och 461. Jfr NJA II 1919 s 545 f.

Har då den rent upphovsrättsliga aspekten tagits i övervägande i NJA 1966 s 241?

Författarna påstod i målet att boet vidtagit förfoganden som upphovsrättsligt ursprungligen tillkommit dem och att boet därmed "fortsatt utgivandet" av deras verk. Samtidigt framhölls att förlagsavtalet inte sagts upp av boet. Genom det sistnämnda påståendet kunde författarnas talan knappast få framgång på grundval av de rent upphovsrättsliga reglerna. Så länge avtalet består finns ju ett generellt samtycke för förläggaren/boet att sälja böcker. Detta gäller också för de lagerexemplar som boet för i handeln under konkursen. Visserligen skriver RR:n att boets åtgärder innefattade "ett tillgodogörande av upphovsrätt" genom "fortsatt spridande" till allmänheten men samtidigt poängteras att avtalen inte sagts upp. Därmed blir det uteslutande fråga om att göra boet massaansvarigt därför att det övertagit och inträtt i förläggarens *kontraktsgrundade* rätt att sprida exemplar. HovR:n säger på i princip samma sätt att boets försäljning innebar tillgodogörande av upphovsrätt och att boet inträtt i förläggarens rätt enligt avtalet. HD:s majoritet framhåller att boets bokförsäljning inte innebar intrång i författarnas spridningsrätt, "eftersom försäljningarna innefattas i den rätt till spridning, som genom förlagsavtalen överlåtits till /förläggaren/". När det dessförinnan i domskälen uttalats att någon ändring i avtalsförhållandena inte skett genom konkursen, var det uppenbart att boets försäljning inte kunde vara en spridning utan samtycke i strid med 2 § URL.

JustR Riben nämner att boets försäljning av den framställda upplagan inte kan tilläggas självständig betydelse, "sedan förläggaren *efter verkets utgivande* försatts i konkurs" (min kurs). Riben synes mena det vara av betydelse för utgången i målet, att verket redan utgivits när konkursen bröt ut. Han skulle då hålla öppen frågan om massaansvar för boet på upphovsrättslig grund för det fall boet säljer exemplar av ett före konkursen outgivet verk, t ex en nyproducerad upplaga av en bok som i sin helhet ligger i lager hos gäldenären på konkursdagen. Att Riben i motsats till majoriteten nämner att verket var utgivet skulle i så fall kunna tyda på, att majoriteten å sin sida inte lagt någon vikt vid frågan om verket var utgivet eller inte. Och rättsfallet skulle då utgöra en intäkt för att ett konkursbos försäljning av färdiga böcker inte alls kan vara intrång i författares exemplarrätt enligt 2 § URL. Konkursförsäljningsfallet skulle då vara undantaget från eljest tillämpbara upphovsrättsliga grundprinciper. Enligt min mening är dock en sådan slutsats alltför långtgående. Jag anser tvärtom att HD:s tystnad om utgivningens betydelse endast bör tolkas så, att domstolen helt enkelt inte tog ställning till mer än vad de föreliggande omständigheterna krävde. Och då verken uppenbarligen var utgivna, och därmed 23 § 1 p URL tillämplig, fanns således

ingen anledning att uttala ett obiter dictum angående fallet att utgivning ännu inte kommit till stånd vid konkursutbrottet. Detta gäller så mycket mera som boet spridning inte ens påstods ha skett utan samtycke.

Sammanfattningsvis vill jag alltså påstå, att det i NJA 1966 s 241 över huvud taget inte gavs anledning att beröra frågan, i vad mån ett konkursbos försäljning av färdiga exemplar kan utgöra upphovsrättsintrång eller inte. Detta beror *för det första* på att författarna i målet inte gjorde gällande att avtalet hävts (eller ens att de på grund av konkursen hade rätt att häva) utan tvärtom hävdade att avtalet bestod därför att *boet* inte sagt upp det. Och då avtalet således bestod och inget annat åberopats, kunde boets åtgärd inte innebära att exemplaren spritts utan samtycke och åtgärden därmed utgöra upphovsrättsintrång. Det är därför knappast riktigt när Rosén skriver, att författarna sökte hindra boet att sälja exemplar "på basis av sin spridningsrätt", i alla fall om han med spridningsrätt menar den grundläggande ensamrätt som upphovsmän har enligt 2 § URL.

För det andra hade förmodligen en del av exemplaren levererats till bokhandeln redan före konkursen. Även om förlagsavtalet varit hävt när försäljningen skedde i konkursen, kunde försäljningen av dessa därför inte utgöra upphovsrättsintrång, 23 § 1 p URL. Det gäller även om exemplaren till äventyrs inte skulle ha varit tillräckligt många för att konstituera utgivning av verket enligt 8 § 2 st URL. Före konkursen hade nämligen andra exemplar av verket förts i handeln (och sålts) i en sådan omfattning, att verket redan på grund härav var utgivet. Författarnas principiella ensamrätt till spridning hade således redan före konkursen konsumerats beträffande de exemplar som då distribuerats till bokhandeln. Andra exemplar fördes måhända i handeln av boet i konkursen. Hade förlagsavtalet hävts dessförinnan borde denna åtgärd ha utgjort upphovsrättsintrång om hävningen haft omedelbar och heltäckande verkan.

Här kan vara intressant att göra en jämförelse med det danska rättsfallet *UfR 1983.545H*. I detta mål blev de rent upphovsrättsliga frågorna mera renodlade. Detta berodde på dels att avtalet om produktion och försäljning av exemplar av verken (skivor och kassettband) rättsenligt hade sagts upp redan före konkursen, dels att det, såvitt jag förstår, inte sålts eller förts i handeln några exemplar av de aktuella verken vid samma tidpunkt. Det fanns därför på ett helt annat sätt än i NJA 1966 s 241 anledning från borgenärens sida att hävda, att verken vid konkursutbrottet inte var utgivna i upphovsrättslig mening och att boets försäljning efter det att avtalet sålunda upphört innebar att exemplar av verken fördes i handeln utan det behövliga samtycket. Och även om verken var utgivna kunde generellt hävdas att lagerexemplaren fortfarande omfattades av den i 2 § URL föreskrivna ensamrätten till spridning, vilken rätt i och med avtalets upphörande hindrade försäljning. Huruvida Højesterets avgörande innefattar något ställningstagande i dessa rent upphovsrättsliga frågor har jag diskuterat närmare i avsnitt 2.1.1 ovan. Här ska bara sägas att det inte hade bes-

tämts i upplåtelseavtalet, om försäljning av färdiga exemplar var tillåten efter avtalets upphörande. Hade sådan tillåtelse getts, borde det ha varit klart att boets försäljning inte som sådan utgjort upphovsrättsintrång. Åtminstone skifteretten torde nu i stället ha konstruerat en in dubio-regel, innebärande att samtycke inte krävdes. Om Højesteret alls tillmätt rent upphovsrättsliga argument betydelse, vid bedömningen av konkursboets försäljning, är som sagt svårare att säga.

Avslutningsvis ska sägas något om i vilken utsträckning det som sagts om förlagsavtal är relevant även för *patentlicensavtal*.

Av 3 § 1 st PatL framgår, att ensamrätten här innebär att någon annan än patenthavaren inte utan dennes lov får utnyttja den patenterade uppfinningen på något av de sätt som uppräknas i lagrummet. Bl a får ingen annan än patenthavaren tillverka, utbjuda, bringa i omsättning eller använda alster som är patentskyddat. Har patenthavaren upplåtit licens i något eller alla dessa avseenden, har ett generellt lov getts licenstagaren. Enligt den förhärskande uppfattningen torde inte denna upplåtelse redan i sig innebära att patenthavarens ensamrätt till spridning av patentskyddade alster konsumerats.[70] Även licenstagarens spridning kan alltså i princip utgöra patentintrång om samtycket från patenthavaren av någon anledning skulle återkallas. Konsumtionsregeln framgår av 3 § 3 st 2 p PatL som föreskriver, att ensamrätten att utnyttja patentskyddat alster inte omfattar alster, som bringas i omsättning med patenthavarens samtycke. Regeln innebär i det enkla huvudfallet, att den som köper en vara av en licenstagare, vilken tillverkat och sålt varan på ett fullt tillåtet sätt, kan sälja alstret vidare eller utnyttja den på annat sätt utan att begå patentintrång.

Den avgörande gränsen för konsumtion av patenthavarens ensamrätt är således när *alster bringas i omsättning*.[71] Detta anses ske när tredje man får rådighet över alstret genom köp, hyra eller lån. Det skulle därvid inte räcka att åtgärder för att få till stånd någon av dessa rättshandlingar vidtagits, utan åtgärden måste också rent faktiskt ha kommit till stånd. Jämfört med upphovsrättens utgivningsbegrepp – se 8 § 2 st URL och dess "förts i handeln" – synes således konsumtion av den grundläggande immaterialrättsinnehavarens ensamrätt inom patenträtten inträda på ett något senare stadium.[72] Någon klar skillnad mellan de aktuella lagtexternas uttrycksätt är det dock inte fråga om.

Vad är det då som konsumeras enligt 3 § 3 st 2 p PatL? Följande exempel får illustrera vad jag far efter.

> LT har av LG erhållit en tillverknings- och försäljningslicens avseende 100 likadana maskiner av typen Z. Samtliga 100 maskiner har färdigtillverkats då LG häver licensavtalet på grund av LT:s dröjsmål med royaltybetalningen. Av dessa 100 maskiner har LT hunnit sälja 60 st före hävningen. Licensavtalet föreskriver uttryckligen att all rätt för LT att sälja maskiner upphör ifall avtalet hävs på grund av LT:s kontraktsbrott. LG gör gällande att avtalet ska tillämpas enligt sitt innehåll. Begår LT patentintrång om han i detta läge säljer resterande 40 maskiner?

[70] Jfr Koktvedgaard i JFFT 1970 s 231 f, Koktvedgaard/Østerborg s 116 ff, NJA II 1978 s 259 f och 263, Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 112 ff och Bernitz m fl s 103 (jfr 122 och 147). Se för motsatt åsikt Blok, Patentrettens konsumtionsprincip särskilt s 50 f och, med kritik härav, Plesner i UfR 1975 B s 177 f.

[71] Se för det närmast följande NJA II 1978 a st och Jacobsson m fl s 112 f.

[72] Detta påstående förutsätter att dansken Bloks teori, om att konsumtion av patenthavarens ensamrätt inträder redan då han sluter licensavtal, inte anammas.

Svaret bör vara beroende av vad som menas med "alster" i 3 § 3 st 2 p PatL. Avses härmed varje enskild maskin – varje exemplar – av typen Z eller i stället den övergripande produkt – maskintyp Z – som licensen är begränsad till? Problemet är analogt med frågan om innebörden av 23 § 1 p contra 2 § URL. Är svaret det förra, dvs att alster är lika med varje enskild maskin, motsvarar rättsläget tydligen vad jag antagit gälla för upphovsrättens del. Patentlagens "alster" tjänar då samma funktion som begreppet "exemplar" gör i upphovsrättslagen. Såvitt jag förstår ska konsumtionsprincipen inom patenträtten också ges denna innebörd.[73] I exemplet skulle LT:s försäljning av de 40 maskinerna då utgöra såväl kontraktsbrott som patentintrång.

Slutsatsen blir att de upphovsrättsliga grundprinciper som angetts ovan har sina direkta motsvarigheter även på patentområdet.

2.2.1.3 Förlagskontraktsrättsliga synpunkter.

Det kan nu vara hög tid att försöka fastställa vad som rent *kontraktsrättsligt* gäller efter det att ett förlagsavtal hävts. Får förläggaren då sälja redan framställda exemplar eller får han det inte?

1980 års ramavtal tar inte uttrycklig ställning till frågan. 7 § i ramavtalets föregångare, 1947 års nordiska normalformulär för förlagsavtal – på vilket upphovsrättslagens förlagsavtalsregler till stor del bygger – föreskrev att förlagsrätten återgår till författaren då denne häver på grund av förläggarens dröjsmål med utgivandet av verket. Vid hävning på grund av att verket var utgånget, vilket skulle anses ha skett då högst 100 exemplar återstod hos förläggaren eller i bokhandeln, föreskrevs dock att återstående exemplar fick säljas fritt av förläggaren. Denna regel avsåg alltså *inte* fallet att avtalet hävs på grund av kontraktsbrott utan då avtalet på ett normalt och planerat sätt upphör att gälla. Enligt norrmannen Bing gällde för denna försäljning att författaren skulle erhålla royalty som tidigare.[74]

I 7 § 3 st ramavtalet (RA) sägs att alla rättigheter enligt förlagsavtalet återgår till författaren när förlagsrätten upphör. Därmed inte sagt att förlagsrätten upphör när förlagsavtalet upphör. Men då paragrafen handlar om förlagsavtalets bestånd och upphörande och bär rubriken "Förlagsavtalets omfattning i tiden", måste avsikten vara att förlagsrätten endast består så länge förlagsavtalet gäller. Enligt 5 § RA är förlagsrätt ensamrätt att utge verket. Med "utge" torde här menas såväl mångfaldigande som spridning.[75] Härav skulle då följa att rätten att sprida exemplar helt upphör i och med upphörandet av förlagsavtalet. Den enda

[73] Så uppenbarligen Bernitz m fl s 103 där det sägs, att patenthavarens ensamrätt genom varans bringande i omsättning är konsumerad vad gäller "detta exemplar". Se även Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 112 nederst: "...ensamrätten till utnyttjande av det exemplaret är uttömd."

[74] Bing s 122.

[75] Jfr Kanter s 17 f.

"kvardröjande" verkningen av förlagsavtalet som regleras i ramavtalets upphöranderegler är redovisningsskyldigheten för förläggaren. Denna består givetvis även sedan avtalet upphört i egentlig mening. Regeln härom i 7 § RA bör då e contrario innebära, att alla andra potentiellt kvardröjande verkningar av avtalet upphör. Tilläggas bör dock att 7 § RA, liksom den nyssnämnda regeln i 1947 års normalformulär, omedelbart endast avser fallet då förlagsavtalet helt avtalsenligt upphör då viss avtalad tid löpt ut eller endast ett fåtal böcker återstår att sälja. Verkningarna av avtalets upphörande efter *hävning på grund av kontraktsbrott* är inte särskilt reglerade. Måhända får då antas att föreskrifterna i 7 § RA även omfattar detta fall. Den del av bestämmelsen som säger att alla rättigheter återgår till författaren då förlagsrätten upphör – 7 § 3 st RA – är också generellt formulerad.

Men vilken är då *den dispositiva regeln*? Bestämmelserna om förlagsavtal i 31–38 §§ URL ger inte något svar. I specialmotiven till 33 § URL, som handlar om författarens rätt att häva och kräva skadestånd vid förläggarens försummelse av sin utgivnings- och spridningsplikt, anges dock att innebörden av hävningen får bedömas enligt allmänna regler. Verkan sägs då bli "densamma som om det aldrig förelegat något avtal om utgivning från och med den upplaga, som förläggaren försummat."[76] Uttalandet synes innebära att all förlagsrätt fr o m den upplaga som kontraktsbrottet avser upphör då förlagsavtalet hävs, däribland då också förläggarens rätt att sprida färdiga exemplar. Möjligen är detta dock en alltför långtgående slutsats av ett så pass allmänt hållet uttalande. Det torde i första hand ta sikte på situationen, då förläggaren är i dröjsmål med utgivandet av en hel upplaga. Hävningen innebär då naturligen att upplagan inte alls får ges ut. Därmed är kanske inget sagt om vad som gäller för lagerexemplar av en redan utgiven upplaga. Motivuttalandet får ändock ses som ett stöd för att all spridningsrätt för förläggaren upphör vid hävning på grund av hans eget kontraktsbrott.

Vad sägs då i litteraturen? Dansken Jacobsen nämner förvånansvärt nog inte något om hävningens innebörd utom konkurs i sin i övrigt detaljerade förlagsrättsstudie. Detsamma gäller Saxén, vilken dock anger att man inte kan uppställa någon allmän regel om att avtalet ska upphöra "ex nunc eller ex tunc". I linje med den tyska förlagslagens § 38 anser han i stället att man i varje enskilt fall får pröva vilken verkan avtalets upplösning bör ha.[77]

I norrmannen Bings drygt tio år gamla framställning om förlagsavtal finns ändå vissa uttalanden av intresse, om verkan av hävning vid parts

[76] NJA II 1961 s 245.
[77] Saxén s 67 f.

kontraktsbrott.[78] Först anges att förläggaren mister förlagsrätten, vilken således återgår till författaren. Föreligger då en restupplaga hos förläggaren eller i bokhandeln, sägs det vara rekommendabelt att ett särskilt avtal träffas om vad som ska ske med denna. Har inget avtalats gäller enligt Bing antagligen, att *förläggaren får sälja exemplar ur restupplagan under förutsättning att författaren får vederlag i enlighet med vad det hävda avtalet föreskrev härom*. Dock sägs förläggarens *skyldighet* att sprida verket och bedriva försäljningsarbete för verket falla bort då avtalet hävs. Härav skulle följa att förläggaren kan välja att låta bli att marknadsföra verket och i stället förstöra restupplagan eller låta den "støve ned".[79] Det anges då vara rimligt att författaren dessförinnan ges möjlighet att överta restupplagan eller delar av den. Författaren kan, framhåller dock Bing i nästa andetag, "imidlertid neppe uten videre kreve å overta restopplaget."[80] Och om författaren efter hävningen sluter avtal med en ny förläggare, kan den nye förläggaren utan hinder av det hävda avtalet och 37 § 1 st URL (som säger att författaren inte får ge ut verket på nytt förrän upplaga som förläggaren har rätt att utge sålts slut) marknadsföra verket och det även i konkurrens med den tidigare förläggaren, slutar Bing. Här skulle vi alltså stå inför ett fall av temporär omvandling av förlagsrätt till en enkel licens.[81]

Bing anser alltså att förläggaren in dubio *får* sälja lagerexemplar även efter det att förlagsavtalet hävts på grund av kontraktsbrott, om han betalar royalty för den fortsatta försäljningen som tidigare, samt att författaren i princip inte kan hindra detta under åberopande av inlösningsrätt. Författaren behöver dock inte längre respektera någon ensamrätt för förläggaren beträffande spridningen av dessa exemplar. Lösningarna avses vara tillämpliga både vid hävning på grund av förläggarens och författarens kontraktsbrott.

Enligt min åsikt är dessa lösningar säkert praktiskt lämpliga och rimliga i många fall, men frågetecken måste nog sättas för deras förenlighet med gällande rätt. Utan stöd vare sig i lag, rättspraxis, branschdominerande standardavtal eller övertygande argumentering i litteraturen får tvärtom antas, att den grundläggande principen gäller fullt ut, dvs att förlagsrätten i sin helhet och omedelbart upphör för förläggaren då förlagsavtalet hävs. Stöd härför utgör som sagt de motivuttalanden till 33 § URL som angetts ovan, jämför hänvisningen till "allmänna regler", vilka

78 Se Bing s 125 f.

79 A a s 126.

80 A st.

81 Beträffande hävningens verkan på *halvfärdiga* exemplar uttalar Bing att förläggaren inte får färdigställa utan särskilt avtal med författaren. Det är då praktiskt att senast i samband med hävningen träffa avtal t ex om att förläggaren ska få göra exemplaren färdiga och sälja dem mot det vanliga honoraret.

torde innebära att alla upplåtna rätter upphör. Alldeles särskilt då hävningen görs av författaren på grund av förläggarens kontraktsbrott, är en sådan regel även materiellt mera tillfredsställande: anta att hävningen beror på att förläggaren brustit i sin skyldighet att sörja för verkets spridning, genom att inte marknadsföra verket i den utsträckning som avsättningsmöjligheterna påkallat, jfr 14 § RA. Skulle författaren då ändå, trots att han på ett fullt berättigat sätt använt det remedium – rätten att häva – som står till buds mot förläggarens försumlighet, tvingas acceptera att samme försumlige förläggare fortsätter försäljningen av hans verk? Jag tvivlar!

Eller anta att avtalet hävts därför att förläggaren kommit i betalningssvårigheter och därför inte rättidigt förmått erlägga förfallen royalty. Det kan då inte gärna komma på fråga att förläggaren skulle ha rätt att även fortsättningsvis, efter det att avtalet hävts på grund av betalningsmoran, sälja exemplar av verket. (En annan och senare fråga är om något särskilt ska gälla för förläggarens konkursbo.)

Trots allt måste sägas att rättsläget på denna punkt är något oklart. Som sagt menar jag nog ändå att en hävning, i vart fall när den grundas på förläggarens kontraktsbrott, vilket är det fall som här är av intresse, bör utsläcka förläggarens försäljningsrätt även för färdiga men vid hävningen ännu icke sålda exemplar.

Även beträffande *patentlicensavtalen* är det svårt att säkert slå fast vad som enligt dispositiv kontraktsrätt gäller för ett lager av färdiga exemplar av den licenslerade produkten, vid hävning av licensavtalet på grund av kontraktsbrott. Det enda nordiska ställningstagande jag kunnat hitta i frågan har gjorts av dansken Jørgen Hansen.[82] Denne menar angående licensgivarens hävning vid licenstagarens kontraktsbrott, att mycket talar för att licenstagaren mister all rätt att sälja ett färdigt varulager, om licenstagarens kontraktsbrott utgörs av bristande fullgörelse av licensavtalets krav på utformning av och kvalitet på de produkter som licenstagaren framställer eller om licenstagaren missbrukat licensgivarens varumärke eller gjort sig skyldig till illojal marknadsföring med hänsyn till licensavtalets krav i det avseendet. Även licenstagarens försummelse att avräkna licensavgiften insorteras under denna regel.

Svaret på den just undersökta frågan har följande betydelse.

Om färdiga exemplar av en författares verk finns i lager hos en förläggare, omfattas lagerexemplaren fortfarande av författarens ensamrätt till spridning av exemplaren – hans exemplarrätt – enligt 2 § URL. Detta innebär att spridningen av exemplaren, dvs i första ledet normalt förläggarens försäljning till återförsäljarna, är beroende av författarens samtycke. Eftersom förlagsavtalet innefattar ett generellt sådant samtycke, får författarens exemplarrätt dock betydelse först om förlagsavtalet av någon anledning skulle hävas och hävningen medför att det generella

[82] Se Hansen, Licensaftalen s 157 ff, särskilt 162 f.

samtycket till försäljning av exemplar upphör. Har hävningen denna verkan, och ger inte författaren sitt samtycke in casu, innebär en efter hävning företagen försäljning av lagerexemplar upphovsrättsintrång. Detta gäller oavsett om verket redan är utgivet eller inte.

Det sagda har genomgående gällt exemplar som ligger i lager hos förläggaren. Exemplar som redan kommit till bokhandeln skyddas inte av upphovsrättslagens förfoganderättsregler, om verket bara är utgivet, 23 § 1 p URL. Och utgivet är verket då icke endast ett fåtal exemplar förts i handeln. Den klara upphovsrättsliga huvudregeln är således att exemplar i bokhandeln alltid får säljas utan författarens samtycke. Kontraktsrättsligt synes det dock inte finnas något som hindrar, att författaren och förläggaren träffar avtal om att även förläggarens rätt att låta sälja exemplaren i bokhandeln ska upphöra vid hävning av förlagsavtalet. Detta kan utformas som en skyldighet för förläggaren att stoppa all försäljning av författarens verk i bokhandeln. Försummelse från förläggarens sida utgör då kontraktsbrott som lämpligen sanktioneras med skadeståndsskyldighet.

Vilken betydelse har det då för *statusen på författarens fordringar i förläggarens konkurs*, att konkursboets åtgärder i ett sådant fall trots allt utgör kontraktsbrott, även om de inte dessutom innebär upphovsrättsintrång? Ja, till skillnad från ett upphovsrättsintrång betyder det faktum att ett konkursbo begår kontraktsbrott inte utan vidare att avtalsmotparten får en massafordran på det skadestånd som åtgärden/kontraktsbrottet kan ge upphov till. För att ett kontraktsgrundat skadeståndskrav ska få massaställning krävs i princip att boet uttryckligen eller konkludent inträtt i avtalet ifråga med massaansvar för de förpliktelser som avtalet uppställer för gäldenären. Och boets kontraktsbrott torde sällan som sådant anses innebära ett konkludent inträde, om inte de åtgärder som boet företagit redan sedda för sig – oavsett om de utgör kontraktsbrott eller inte – anses böra konstituera ett inträde. Jämför t ex att en lokalhyresgästs konkursbos fortsatta nyttjande av lokaler en tid efter konkursutbrottet de lege lata inte leder till massaansvar, om inte boet uttryckligen förklarat sig inträda i hyresavtalet. Att boet under sådan tid begår kontraktsbrott saknar betydelse: boet blir inte på grund härav massaansvarigt. Skadeståndskrav för bristande underhåll eller för skillnaden mellan uteblivna hyresbetalningar och intäkterna från en täckningsuthyrning blir inte massakrav bara därför att kraven grundas på kontraktsbrott, så länge boet inte generellt får anses ha inträtt som avtalspart.

Samma principiella synsätt är att tillämpa på de immaterialrättsliga avtalen. Därmed inte sagt att boet bör få sälja framställda exemplar utan massaansvar för royaltykrav knutna till det sålda. Men denna senare

fråga bör avgöras alldeles oavsett om försäljningen utgör kontraktsbrott eller inte.

Av det sagda följer att jag inte anser att författaren F2 i NJA 1966 s 241 borde ha behandlats annorlunda än författaren F1, bara därför att hans fordran grundades på "boets" kontraktsbrott, utgörandes av för tidig billighetsförsäljning. På flera händer har gjorts gällande, att F2 *i princip* borde ha fått en massafordran på sitt skadeståndskrav men att detta på grund av särskilda orsaker ändå inte var befogat (eller behövligt).[83] Hur ersättningen på grund av kontraktsbrottet beräknas, t ex efter viss procent av ursprungsvederlaget, som vite, schabloniserat skadestånd eller enligt vanliga dispositiva skadeberäkningsregler, bör enligt min mening sakna all betydelse. Skulle f ö någon komma på tanken att lokalhyresvärdens ersättningskrav på grund av bristande underhåll av hyrda lokaler skulle ha olika status i hyresgästens konkurs, beroende på om kravet fastställts som en andel av kvartalshyran i stället för till kostnaderna för de faktiskt konstaterade skadorna inklusive utebliven affärsvinst? Icke!

Tveksamheten inför F2:s skadeståndsfordran kan även ha en begreppslig förklaring: hur kan boets åtgärder över huvud taget ge upphov till kontraktsbrott om inte boet anses ha inträtt i avtalet? Och om boet inte som sådant svarar för förlagsavtalets kontraktsenliga fullgörande, bör väl boet också vara obundet av förlagsavtalets restriktioner ifråga om tidpunkten för billighetsförsäljning? Eller?

Synpunkterna är enligt min mening berättigade i den mån det samtidigt hävdas, att 1966 års avgörande betyder att boets försäljning av böcker är att jämställa med "vanlig" försäljning av konkurslager (som inte belastas av någon särskild rätt).[84] Utifrån denna premiss är det konstigt, inte att F2:s skadeståndsfordran på grund av kontraktsbrott inte blev massafordran, utan att kontraktsbrott alls kunde föreligga. Om boet säljer ett "vanligt" konkurslager, kan det givetvis inte finnas någon kvarstående motpart, t ex en beställare som köpt varorna i lagret av gäldenären före konkursen men som inte fått dem traderade till sig, som kan hävda att *sättet* för boets konkursförsäljning utgör kontraktsbrott gentemot honom och att han därför får bevaka skadestånd på grund av detta. Här är det självskrivet att boet med stöd av konkurslagens regler om försäljning av konkursegendom, se 8:1 och 8:7 KL, kan sälja utan hänsyn till den ursprunglige beställaren. Eftersom denne beställare av varorna i lagret inte erhållit sakrättsligt skydd före konkursen och boet inte inträtt i avtalet med honom, utan i stället valt att avstå härifrån och sälja till tredje man, så har alla avtalsbindningar med boet upphört, varför förvaltaren kan sälja varulagret på det sätt han själv finner lämpligast. Enligt min åsikt är det således ohållbart att säga, att boets bokförsäljning ska ses som vanlig realisation av konkurslager och samtidigt hävda att kontraktsbrott begås om författarnas böcker realiseras för tidigt enligt förlagsavtalets

[83] Se JustR Söderlund i rättsfallet, Håstad, Sakrätt, 1 uppl s 258 och 2 uppl s 276 samt Lindskog s 190.

[84] Jfr Håstad, Sakrätt, 1 uppl s 258 och 2 uppl s 276, dock numera reviderat i 3 uppl s 316.

regler i denna fråga. Då sägs ju nämligen i samma andetag att det gamla avtalet ännu gäller men ändå att det hela är att jämställa med läget då inget avtal gäller!

Att mera allmänt påstå, att boet inte kan begå kontraktsbrott om det inte först inträtt, är inte heller det utan vidare övertygande. Det förutsätter ett antagande om vattentäta juridiska skott mellan gäldenären och konkursboet, bara därför att de båda rättssubjektens skulder uppdelas i konkurs- resp massaskulder. Det glöms bort att frågan om vad som ska utgöra massa- eller konkursfordringar är en lämplighetsfråga, låt vara med väsentliga systematiska inslag. Anser man det befogat att vissa avtalsgrundade fordringar får sämre prioritet än andra sådana fordringar, bör inte finnas något hinder mot att boets åtgöranden kan leda till såväl konkurs- som massafordringar för borgenärerna. Att boets och endast boets åtgöranden ger upphov till massafordringar, allt under det att gäldenärens och endast gäldenärens åtgöranden konstituerar konkursfordringar, är dock naturligtvis mycket tilltalande från systematisk enkelhetssynpunkt. Hävdas däremot, som en oavlåtlig konsekvens av en dylik konstruktion, att endast gäldenären – och ej boet – över huvud taget kan grunda konkursfordringar, är man över i begreppsjuridikens värld. Även om det systematiskt är förvirrande, finns givetvis inget ogenomträngligt hinder för att förläggarens konkursbos för tidiga billighetsförsäljning ger författaren blott en vanlig konkursfordran på skadestånd. Vill man ha ett konsekvent och enhetligt system, är det däremot förstås åter fritt fram att plädera för en konsekvent ordning under åberopande av systematiska skäl.

Sammanfattningsvis kan nu sägas att de förlagskontraktsrättsliga reglerna, om hur det ska förfaras med inneliggande färdiga exemplar av ett verk efter förlagsavtalets hävande på grund av kontraktsbrott, får omedelbar betydelse vid förläggarens konkurs endast för de exemplar som inte distribuerats till bokhandeln på konkursdagen. Får dessa exemplar ändå säljas av förläggaren, kan konkursboets spridning av böcker aldrig som sådan utgöra intrång i författarens exemplarrätt. Däremot måste vederlag kontraktsrättsligt betalas för försäljningen. Om detta vederlagskrav är en konkurs- eller en massafordran avgörs dock inte direkt av de kontraktsrättsliga regler utan av de konkursrättsliga. Om lagerexemplar *inte* får säljas efter en hävning, kan en likväl företagen försäljning däremot åter utgöra upphovsrättsintrång. Att försäljningen då också innebär kontraktsbrott är en självklarhet. Om förlagsavtalet ålägger förläggaren en skyldighet att efter en hävning stoppa vidare försäljning av exemplar i bokhandeln, är en försummelse i detta hänseende ett kontraktsbrott som kan medföra skadeståndskyldighet för förläggaren. Något upphovsrättsintrång blir det inte fråga om. Att förläggaren begår kontraktsbrott saknar också självständig betydelse för frågan, vilken status i konkurs en på kontraktsbrottet grundad skadeståndsfordran får.

Hur den dispositiva regeln om hävningens verkan lyder är som framgått något oklart. Enligt min mening utsäger den, i varje fall då hävningen grundas på förläggarens kontraktsbrott, att all rätt för förläggaren att sälja inneliggande exemplar upphör vid hävningen och återgår till författaren. Visst stöd härför finns i motiven till upphovsrättslagen. Motsatt

ståndpunkt finns dock företrädd i modern nordisk doktrin. Beträffande *patentlicensavtal* synes litteraturen stödja min åsikt för förlagsavtalen. Vad som sagts i detta delavsnitt bör oavsett detta vara relevant även för avtal om patentlicens.

Till sist bör i den här delen framhållas, att de just sammanfattade reglerna varken strider mot eller befästs av utgången i NJA 1966 s 241. I rättsfallet aktualiserades de förmodligen inte alls.

2.2.1.4 Vad säger rättsfallet om konkursens verkan på avtalet?

Författarna i NJA 1966 s 241 gjorde inte gällande, att de hade rätt att häva förlagsavtalet ifall boet inte trädde in i det eller ställde säkerhet för avtalsenlig fullgörelse, jfr 40 och 39 §§ KöpL.[85] Inte heller hävdade de en ovillkorlig hävningsrätt, att avtalet redan var hävt eller att avtalet upphört automatiskt. I stället menade författarna som framgått bara att konkursboet hade samma skyldigheter som gäldenären – men på massaplanet – därför att *boet* inte sagt upp avtalet och därför att boet fullgjort den prestation – spridning av exemplar av författarnas verk – som ålåg förläggaren/gäldenären enligt förlagsavtalet.

Idén om att boet blir massaansvarigt om det underlåter att använda en rätt att säga upp ett varaktigt avtal, kunde vid tiden för rättsfallet stödjas på en sådan regel för arrende och hyra, se 2:33 resp 3:31 NyttjL. Motsvarande regler gällde och gäller än idag för arbetsgivarens konkurs vid anställningavtal, men här gjorde och gör löneförmånsrätten och lönegarantin att generaliseringar är ohållbara. Welamson generaliserade främst nyttjanderättsreglerna till en allmän princip vid avtal med kontinuerlig prestationsskyldighet i boken Konkursrätt som utkom 1961.[86] Om ett sådant avtal består därför att boet antas sakna uppsägningsrätt, antog Welamson att medkontrahentens betalningsanspråk i princip aldrig blir annat än konkursfordran eller är "att anse såsom uppkommen före konkursbeslutet".[87] Passivitetsregeln vid hyra och arrende togs bort 1970, och Welamson har sedermera tagit avstånd från synpunkten att konkursen inte utan lagstöd påverkar ett ömsesidigt förpliktande avtals bestånd:[88] medkontrahenten ska inte behöva prestera under konkurs utan anspråk på full ersättning för sin prestation. I 1987 års upplaga av boken Konkurs sägs dock numera bara, att vad som gäller utanför det lagreglerade området i avsevärd utsträckning är osäkert.[89]

Mot författarnas påståenden invände boet att det inte var bundet av förlagsavtalet och att dess försäljning endast var ett normalt led i konkursavvecklingen, dvs i princip jämställd med annan försäljning av konkurslager. RR:n lade vikt vid att boet inte sagt upp avtalet och att boet där-

[85] I det följande berörs endast det egentliga inträdesfallet, dvs den modell som 40 § KöpL illustrerar.

[86] Se Konkursrätt s 363 och 444 med not 4 och 5.

[87] A a s 444.

[88] Se Konkurs 7 uppl s 129 not 4.

[89] Konkurs 8 uppl s 119 med not 4.

med utnyttjat den kontraktsgrundade rätten att sälja bokexemplar. Boets ansågs därmed ha trätt in i avtalet och var således massaansvarigt för vederlagskrav och egna kontraktsbrott. RR:n, vars dom kom 1963, torde ha gått på Welamsons linje från 1961 och ansett att förläggarens konkursbo hade en uppsägningsrätt som inte utnyttjats och därmed blev massaansvarigt.

HovR:n nämnde däremot ingenting om att boet försummat att säga upp avtalet utan bara att boet tillgodogjort sig upphovsrätt och därför måste anses ha trätt in. Domstolen torde därvid ha anammat samma grundprincip som Jacobsen och tysk rätt hyllar: om boet inte träder in i förlagsavtalet så upphör all förläggarens rätt att sälja exemplar, varför en ändock av boet företagen försäljning måste betyda inträde.

Vad säger då HD om förekomsten av eventuella hävnings- eller uppsägningsbefogenheter för boet och/eller författarna på grund av konkursen?[90] Jo, efter att ha beskrivit de båda förlagsavtalens obligatoriska innebörd skriver HD först: "Någon ändring i dessa avtalsförhållanden har icke inträffat genom konkursen".[91] Huruvida HD här uttalar sig om hur saker och ting rent faktiskt hade utvecklat sig i det konkreta fallet (om en sakfråga) *eller* om rättsläget vid förläggares konkurs alldeles oavsett omständigheterna i målet (en rättsfråga) *eller* rentav om rättsläget när ingendera sidan faktiskt gjort gällande hävning/uppsägning, är inte helt klart. Troligast är nog att uttalandet i första hand tar sikte på och bemöter det aktuella konkursboets påstående, att avtalet automatiskt förfallit på grund av konkursen: HD säger att så inte skett. Samtidigt framhålls kanske att ingendera sidan faktiskt hävt eller sagt upp avtalet. Hur som helst fortsätter HD efter ett semikolon: "särskilda lagbestämmelser finnas icke om den rätt författarparten i förlagsavtal äger i förläggarens konkurs".[92] Detta synes stödja åsikten att HD:s först citerade uttalande i första hand avser rättsläget i allmänhet, dvs det andra av de tre nämnda tolkningsalternativen. Utan stöd i särskilda lagregler om förlagsavtal skulle konkursen således inte ge några nya befogenheter att avbryta avtalsförhållandet. Welamsons uppfattning från 1961 skulle alltså slås fast. Gentemot en sådan slutsats finns dock ett uppenbart "aber": HD uttalar sig ju endast om förekomsten av rättigheter för *författarparten*, däremot inte om *boets* rätt. Lokutionen "den rätt författarparten i förlagsavtal äger i förläggarens konkurs" kan då läsas så, att författarna inte i lag ges hävningsrätt vid förläggarens konkurs. Någon sådan rätt hävdades emellertid över huvud taget inte i målet, och även om HD givetvis får uttala sig om vilka rättsregler som helst, förefaller det en aning

[90] Med HD menas den majoritet inom HD som dikterade de bestämmande domskälen.
[91] Ref s 247.
[92] A st.

underligt, särskilt med hänsyn till det restriktiva skrivsättet i domen i övrigt, att frågan om författarnas hävningsrätt tas upp i oträngt mål.

Det är nog så, att HD:s uttalande om författarpartens "rätt" i själva verket inte alls syftar på uppsägnings- eller hävningsrätt, utan på den *prioritet* eller *företrädesställning* som författares royaltyfordringar har i en konkurs. Den "rätt" någon "äger" i en konkurs kan då vara separationsrätt, rätt i egenskap av massaborgenär, särskild förmånsrätt, allmän förmånsrätt eller "rätt" som oprioriterad konkursborgenär. Att HD nämner frågan om prioritet kan bero på dels att det omedelbart avgörande ju var om massafordran – som i princip ger "bästa rätt" – eller oprioriterad konkursfordran – "sämsta rätt" – förelåg, dels att konkursboet inför HD utförligt argumenterade i termer av att författarna i målet gjorde gällande en slags förmånsrätt som saknade stöd i lag, vilket resonemang i långa stycken refereras i NJA. Det är mot bakgrund härav som HD:s påpekande om avsaknaden av lagregler ska ses. Och påpekandet saknar då större betydelse: HD nämner bara att det inte finns några lagregler som anger att författare ska ha separationsrätt, rätt till massafordran eller förmånsrätt. Författarnas rätt ska därför, skriver HD fortsättningsvis, bedömas som avtalsgrundade fordringar i allmänhet. Därmed kan vi gå tillbaka till HD:s först citerade uttalande.

Domstolen synes där som sagt påpeka att avtalet inte automatiskt upphört utan löpt vidare som tidigare trots att konkurs utbrutit hos förläggaren samt att avtalet inte sagts upp och ännu bestod när boet sålde bokexemplar. Eftersom HD inte säger något om betydelsen av eventuell hävningsrätt för boet, förefaller frågan inte ha varit avgörande för domstolen. Om författarna hade hävningsrätt klarläggs inte heller: det anges på sin höjd att de rent faktiskt inte hade hävt avtalet.

HD säger i sina skäl vidare, att inte heller av grunderna för lagstiftningen om upphovsrätt följer att författares rätt enligt förlagsavtal bör bedömas "annorledes än som i allmänhet gäller om fordringar grundade på avtal."[93] Och i enlighet med en förhärskande allmän teori om tidpunkten för vederlagsfordringars uppkomst slås sedan fast, att royaltyfordringarna uppkom då förlagsavtalet slöts, vilket ju var före konkursen. Därmed var de konkursfordringar.

Med denna tolkning av HD:s domskäl blir *min slutsats*, att NJA 1966 s 241 omedelbart inte säger något alls om vilka särskilda befogenheter författarna och boet kan tänkas ha vid förläggarens konkurs. Inte heller förefaller HD ha anammat den passivitetsteori som Welamson vid tidpunkten för avgörandet hyste på grundval av då gällande hyres- och

[93] A st.

arrenderegler.[94] I stället har HD avgjort målet utifrån en tämligen intetsägande teori om att fordringar grundade på ömsesidigt förpliktande avtal ska anses ha uppkommit redan vid avtalsslutet. Förutsättningen för att man ska kunna avgöra ett mål som 1966 års på en sådan allmän grund synes nu ändock vara, att man antar att ett förlagsavtal som fortlöpt så långt som det i NJA 1966 s 241 inte alls påverkas av att konkurs inträffar. I annat fall ligger det närmare till hands att knyta rättsverkningar till parts/parters underlåtenhet eller potentiella möjligheter att utnyttja sina rättigheter. Det bör då framhållas, att utgången måhända blivit annorlunda om författarna hävdat att de hade hävningsrätt motsvarande 40 § KöpL eller numera gällande 12:31 JB.[95]

Till sist vill jag, oavsett om detta föranleds av NJA 1966 s 241 eller inte, poängtera att ett påstående, att inget särskilt gäller vid en avtalsparts konkurs därför att inget direkt är föreskrivet i lag, också det i högsta grad innebär ett ställningstagande. Om ingen särskild partsbefogenhet uppkommer på grund av konkursen består ju avtalet, varvid borgenären i princip måste prestera utan att veta om motprestationen kommer erhållas eller inte. Det är härvid svårt att se varför åtminstone inte vanliga regler om anteciperat dröjsmål skulle ge författaren rätt att häva även vid förlagsavtal, när det framstår som uppenbart att boet inte avser att betala vederlaget. *Om* HD sagt att inga särskilda hävnings- eller uppsägningsregler gäller vid förläggarens konkurs i brist på speciallagstiftning härom, vilket HD som sagt kanske inte direkt gjort men dock indirekt, genom att tillämpa en mycket allmän princip, vilken inte har något omedelbart samband med de egentliga och konkreta grundfrågor som en avtalsparts – däribland en förläggares – konkurs så gott som alltid aktualiserar, *så* är detta påstående således oriktigt. Som vi sett i tidigare kapitel av den här boken, och som vi ska se även för förlagsavtalet längre fram i förevarande kapitel, gäller i stället att analogier från de lagregler som trots allt finns bör tillgripas för de oreglerade fallen. Kompletterade med obligations-, sak- och konkursrättsliga grundprinciper går det mycket väl att inom ramen för gällande rätt finna åtminstone i stort sett ändamålsenliga och materiellt tillfredsställande lösningar. Jämför även att Welamson numera tagit avstånd från åsikten, att konkursen inte alls inverkar på varaktiga avtal när särregler i lag saknas.[96]

Boets påstående inför HD i 1966 års fall, att "lagen klart anger i vilka fall det beträffande ömsesidigt förpliktande avtal inträder speciella kon-

[94] Så även Lindskog s 190 not 112, jfr däremot Adlercreutz, Avtalet och fordringen s 298.

[95] Jfr Lindskog s 190 not 113 och Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 276 och 3 uppl s 316.

[96] Jfr skepsis mot Welamsons äldre uppfattning hos Blanck i TSA 1963 s 158 och Tiberg, Kreditsäkerhet s 278 med not 10.

sekvenser på grund av konkursen"[97], är således enligt min uppfattning direkt felaktigt. De enstaka lagregler som finns får sägas ha tillkommit på ett ur konkursrättslig synvinkel slumpartat sätt när dispositiva lagregler för vissa grundläggande avtalstyper införts. Lika lite som de allmänna dispositiva obligationsrättsliga lagreglerna för köp, hyra, kommission etc ska tolkas e contrario, då rättsläget för oreglerade avtalstyper som t ex entreprenad eller leasing bedöms, ska de "fläckvisa" reglerna om konkursens inverkan på ömsesidigt förpliktande avtal tolkas motsatsvis. Enligt min mening är det lika oriktigt att hävda, att konkursen i avsaknad av uttryckliga specialregler inte inverkar på ett löpande avtalsförhållande, som att påstå att det inte finns några hävningsbefogenheter alls vid väsentligt kontraktsbrott för avtalstyper som inte är direktreglerade i dispositiv lag.

I 1966 års rättsfall hävdade konkursboet vidare, att det inte skulle ha hjälpt boet att säga upp förlagsavtalet, "eftersom i så fall kontraktsbrott torde föreligga."[98] Att kontraktsbrott uppkommer om boet uppsäger eller på annat sätt vägrar att fullfölja avtalet är i och för sig riktigt. Men det väsentliga är att författarna endast får en oprioriterad konkursfordran på skadestånd för detta kontraktsbrott. Om boet menade något annat med sitt påstående, t ex att boet blir massaskadeståndsskyldigt om det inte fullföljer gäldenärens avtal, var detta uppenbarligen felaktigt. Konkursbon behöver ju aldrig som sådant fullfölja avtal om inte gäldenärens motprestation enligt avtalet är sakrättsligt skyddad. Och författares royaltyfordringar hade inte separationsrätt eller förmånsrätt 1966 och har det inte idag heller. En uppsägning från boet sida "hjälper" således ganska bra, framför allt mot den allmänna risken för att boet ådrar sig massaansvar enligt ett löpande avtal genom konkludent handlande.

Vad som här sagts om förlagsavtal bör vara tillämpligt även på avtal om patentlicens.

2.2.1.5 Några rent sakrättsliga synpunkter

Till sist ska jag säga något om de argument som boet inför HD – och som HD möjligen tagit intryck av – anförde om *ägarförbehåll, prioritet och förmånsrätt*.[99] Boet hävdade alltså att ett konkludent inträde med åtföljande massaansvar för royaltykraven skulle innebära en form av prioritet för författarna, vid sidan av de lagstadgade förmånsrätterna, på i princip samma sätt som en avbetalningssäljares separationsrätt i kraft av ägarförbehåll kan sägas vara det. Boet torde även menat att de faktiska

[97] Ref s 245.
[98] A st.
[99] Ref s 244 f.

förutsättningarna för att erkänna separationsrätt i linje med förbehållsreglerna inte förelåg i förlagsfallet. Författarnas anspråk var enligt boet tvärtom bara en "obligationsrättslig" förpliktelse som förfaller vid konkurs.

Enligt min mening saknar argumentationen relevans. I målet var fråga om författarna skulle få en massafordran på royalty, därför att boet utnyttjat den rätt att sälja exemplar av författarnas verk som upplåtits till förläggaren genom det vid boets försäljning ännu bestående förlagsavtalet. Det gällde alltså att bedöma om boet genom sina åtgärder trätt in i avtalet med massaansvar eller inte. I svensk rätt finns inga som helst regler i förmånsrättslagen eller konkurslagen, om vilka borgenärer som är massaborgenärer i konkurs. Men den företrädesställning som en köpare eller en lokalhyresvärd får med sin massafordran efter boets inträde enligt 40 § KöpL resp 12:31 3 st JB är ändock obestridlig. Inte heller framgår av förmånsrättslagen eller konkurslagen vilka de olika separatister är, som har rätt att undanta sin egendom från konkursboet. Endast den allmänna och materiellt innehållslösa 3:3 1 st KL (gamla 27 § 1 st) finns därvid. På samma sätt sägs i 11:1 KL bara att konkurskostnader och massaskulder ska betalas innan utdelning till konkursborgenärerna får ske. Vilka massaskulderna närmare bestämt är eller kan vara sägs inget om. Men härav kan man givetvis inte dra slutsatsen, att en säljare som fått positivt inträdesbesked enligt 40 § KöpL inte skulle ha rätt till en ställning som massaborgenär för sin vederlagsgfordran, bara därför att denna ställning inte direkt framgår av konkurslagen eller förmånsrättslagen. Vad boet säger inför HD i NJA 1966 s 241 är emellertid just detta, låt vara att det här är fråga om ett förlagsavtal i stället för ett köp.

Påståendet om att obligationsrättsliga förpliktelser förfaller vid konkurs är också det oriktigt, om härmed förstås ömsesidigt förpliktande avtal, vilket det ju var fråga om i 1966 års fall. (Det är förmodligen också det som HD inledningsvis påpekar i sina domskäl.) Allmänt gäller i stället att sådana avtal består om inte någondera sidan har rätt att häva/säga upp dem och också utnyttjar sin rätt. Och om boet drar nytta av borgenärens prestation, i detta fall den upplåtna rätten att få sälja exemplar av borgenärens litterära verk, har bedömningen av om boet trätt in eller inte inget med de rent sakrättsliga reglerna att göra. Boet har ju endast tagit över gäldenärens position och således utnyttjat förläggarens rätt enligt det icke uppsagda ömsesidiga avtalet. Eftersom avtalet bestod – och möjligen av HD inte antogs kunna hävas av författarna – så var författarna skyldiga att även fortsättningsvis respektera den ensamrätt till spridning som förlagsavtalet ger förläggaren så länge avtalet består.[100] I förlagsrättsliga framställningar påpekas ofta just att

[100] Jfr Möller, PM 1984–01–15 s 20–22 och Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 316.

ensamrätten för förläggaren att mångfaldiga och sprida exemplar är en av essenserna i begreppet förlagsavtal. Föreligger ingen ensamrätt för förläggaren är det snarast fråga om en enkel upphovsrättslicens.

Av det sagda följer att förlagsavtalet i NJA 1966 s 241 vid konkursutbrottet ännu inte var att anse som fullständigt fullgjort från någondera avtalspartens sida och att detta sakernas tillstånd fortfarande rådde då boet verkställde bokförsäljningen i konkursen. Någon tillämpning av rent sakrättsliga regler, vilka ju aktualiseras först då ett konkursbo bryter ett löpande avtalsförhållande, kunde det då inte bli fråga om. I stället var läget fullt jämförbart med de situationer som 40 § KöpL, 8:18, 9:30, 12:31 JB och den här boken genomgående handlar om.

Liksom Lindskog anser jag *att författarna F1 och F2 borde ha fått en massafordran på sina royalty- resp skadeståndskrav, om de kunnat häva avtalet ifall konkursboet inte valde att inträda i avtalet.* Och då jag alldeles nyss hävdat, att de grundprinciper som särskilt det angivna köplagrummet uttrycker, bör vara tillämpliga även vid förlagsavtal, blir min definitiva slutsats att författarna borde ha fått en massafordran i NJA 1966 s 241.

På samma sätt som Munch i Danmark synes göra i sin konkurslagskommentar, gjorde boet i sin plädering inför HD sakrättsliga jämförelser med den separationsrätt som en avbetalningssäljare har i kraft av sitt förbehåll. Som framhölls i anslutning till diskussionen om dansk rätt, anser jag att denna jämförelse – även om man godtar ett rent sakrättsligt perspektiv på problemet – är malplacerad. Kort kan även här sägas att ett påstående, att ägarförbehåll etc inte godtas i varor som är avsedda att säljas vidare, varför inte heller författares rätt enligt förlagsavtal i motsvarande läge bör erkännas, är principiellt oriktigt. Det beror på att författarens sakrättsligt relevanta anspråk inte är knutet till *exemplaren* utan till *verket*. Förlagsavtalet innebär endast att författaren till förläggaren *upplåter* ensamrätt att mångfaldiga och sprida verket samt att sedan inte inkräkta på denna förläggarens rätt. Någon *överlåtelse* som i ägarförbehållsfallet är det aldrig fråga om: meningen är givetvis inte att förläggaren vid avtalstidens slut för gott ska erhålla rätten att mångfaldiga och sälja exemplar av den bok som författaren skrivit. Och vad förläggaren ska sälja är givetvis inte verket som sådant utan exemplaren härav. Sedan verket väl är utgivet i 8 § 2 st URL:s mening, är förläggarens rätt därtill i sakrättsligt hänseende – bortsett från författarens ideella rätt enligt 3 § URL – fullt jämförbar med nyttjanderätter till materiella saker. Jämför att både Hessler och Rodhe i sina sakrättsböcker behandlar såväl traditionella nyttjanderätter, såsom hyra av fast och lös egendom, som immaterialrättigheter, såsom patentlicens- och förlagsrätt, under samlingsrub-

riken "bruksrätt".[101] Ser man i enlighet med det sagda förlagsrätt som ett slags nyttjanderätt över en immaterialrätt, till vilken författaren/upplåtaren hela tiden har ett slags äganderätt, är det rätt självklart att tillägga författaren *separationsrätt till immaterialrätten* i nyttjarens konkurs samt att låta honom göra denna rätt att separera gällande om inte nyttjarens konkursbo inträder och fullgör motprestationen avtalsenligt. Detta borde, liksom vid separation av en uthyrd lös sak,[102] gälla oavsett om äganderätten (eller en rätt att återfå immaterialrätten vid bristande betalning) särskilt förbehållits eller inte. Har tillåtelse däremot getts förläggaren att sälja författarens immaterialrätt till *verket* till tredje man, kan tänkas att detta förfogandemedgivande bör utsläcka författarens separationsrätt till immaterialrätten, även om förfogande inte hunnit ske då exekution inträffar.[103]

Den sakrättsliga utgångspunkten för NJA 1966 s 241 borde således ha varit, att författarna kunnat häva och separera sin immaterialrätt till de båda verken, om inte förläggarens konkursbo inträtt som avtalspart (eller ställt säkerhet för riktig fullgörelse).[104] Även detta talar för att rättsfallet från 1966 borde ha fått motsatt utgång.

De sakrättsliga synpunkterna på förlagsavtal bör vara ograverat överförbara till patentlicensavtal.

2.2.1.6 Sammanfattning

Trots att NJA 1966 s 241 utgjort den i stort sett enda utgångspunkten för den svenska diskussionen om de immaterialrättsliga upplåtelseavtalens konkursbehandling, berör rättsfallet endast en liten del av de juridiska frågor som förläggarens (och licenstagarens) konkurs aktualiserar.

I rättsfallet var den faktiska situationen den, att mångfaldigandet av de båda verken påbörjats och avslutats vid konkursutbrottet och att ett avsevärt antal exemplar av verken både förts i handeln och sålts vid samma tidpunkt. Detta innebar från *upphovsrättslig* synpunkt, att verken redan före konkursen var utgivna i upphovsrättslagens mening. I den mån de exemplar som boet sålde i bokhandeln redan distribuerats till de aktuella återförsäljarna före konkursen, kunde boets försäljning som sådan inte utgöra upphovsrättsintrång enligt reglerna i 7 kap URL. Om HD ansett

[101] Se Hessler s 343 f och Rodhe, Sakrätt s 552 f och 559 f.

[102] Se Hessler s 114 ff ("Det allmänna fallet av äganderätt"), Håstad, Sakrätt, 3 uppl s 137 ff och Rodhe, Sakrätt s 194 ff ("Egendom på väg in i gäldenärens egendomsmassa, c) Anspråk på att icke överlåten egendom skall återställas").

[103] Jfr härom betr materiell egendom Håstad a a s 141.

[104] Ang äganderätt till immaterialrätt, jfr Rodhe a a s 1 som bland äganderättsanspråken insorterar ett "anspråk på att – bortsett från upphovsmannens droit moral – vara ensam innehavare av viss immaterialrätt".

att boet genom försäljning av inneliggande lagerexemplar, liksom förläggare i allmänhet, skulle kunna begå upphovsrättsintrång, är en öppen fråga. Troligast är att HD inte tagit ställning till problemet. Enligt min mening bör boet dock i detta avseende ha samma rent upphovsrättsliga skyldigheter som förläggaren själv att respektera upphovsmannens ensamrätt till spridning. Så länge förlagsavtalet består är dock förläggarens spridning av exemplar i sig aldrig upphovsrättsintrång, även om spridningen avser exemplar i förläggarens lager och även om verket härigenom utges för första gången: spridningen sker ju då fortfarande med författarens samtycke.

Efter det att förlagsavtalet hävts kan däremot förläggarens spridning av lagerexemplar betyda upphovsrättsintrång. Detta förutsätter emellertid att all förläggarens rätt att sälja färdiga exemplar av verket upphör då förlagsavtalet upphör. Endast om så är fallet kan nämligen förläggarens därefter företagna spridning utgöra ett olovligt saluförande av författarens verk. Vad som i denna fråga gäller enligt dispositiv rätt är något oklart. Själv har jag hävdat, att åtminstone då hävningen grundas på förläggarens kontraktsbrott så bör in dubio all försäljningsrätt för denne upphöra.

Intrångsreglerna kommer normalt aldrig ifråga vid fortsatta försäljningar av exemplar *i bokhandeln*. En förläggares konkursbos försäljning av exemplar kan dock även i detta läge utgöra *kontraktsbrott*, om förläggaren t ex åtagit sig att efter en hävning stoppa vidare försäljning i bokhandeln. Att en förläggares konkursbos handlingar eller underlåtenheter utgör kontraktsbrott saknar dock självständig betydelse för frågan, vilken status författarens avtalsgrundade anspråk har i förläggarens konkurs.

Vad så gäller den *konkursrättsliga* bedömningen av förläggarens konkursbos försäljning av färdiga bokexemplar, gjordes i målet inte från författarnas sida gällande, att avtalet upphört eller ens att de haft rätt att få det att upphöra på grund av konkursen. HD har förmodligen också utgått ifrån detta i sin bedömning, även om domstolen kanske inte omedelbart tar ställning till frågan. Jag menar dock att HD indirekt godtagit en tes om att inga särskilda befogenheter uppkommer för de inblandade parterna – författaren och förläggarens konkursbo – vid förläggarens konkurs. En sådan utgångspunkt är i sådant fall felaktig.

Ska någon av de konkursrättsliga – eller "inträdesrättsliga" – frågorna anses avgjorda genom 1966 års rättsfall bör det i så fall vara den, om ett konkursbos fullföljande av redan före konkursen påbörjad försäljning av färdiga exemplar ska ses som konkludent inträde. Svaret blir då nej. Men med hänsyn till begränsningarna i parternas talan (och att HD:s avgörande förutsätter ställningstaganden som, enligt vad som nyss sas, strider mot grundläggande principer i gällande rätt) är det tveksamt om ens

svaret på denna begränsade fråga inom området konkludenta inträden får anses fastlagt de lege lata.

Den rent *sakrättsliga* frågan, om författare (och andra upplåtare av immaterialrätt) har separationsrätt till immaterialrätten i förläggarens konkurs, förefaller HD i 1966 års mål heller inte direkt ha tagit ställning till. Om domstolen "svalt" det aktuella konkursboets, i NJA utförligt återgivna, argumentering på denna punkt är således osäkert. Enligt min bestämda uppfattning bör som utgångspunkt i denna fråga gälla, att upplåtaren av immaterialrättigheten kan separera sin immaterialrätt i nyttjarens konkurs, på i princip samma sätt som en "vanlig" upplåtare av materiell egendom kan göra. Det talar för att författarna i NJA 1966 s 241 borde ha blivit erkända som massaborgenärer.

De nu sammanfattade synpunkterna på förlagsfallet NJA 1966 s 241 bör alla vara relevanta även för avtal om patentlicens.

I det följande kommer jag inte på någon annan punkt, än för frågan om vad som konstituerar konkludent inträde av en förläggares (och licenstagares) konkursbo i visst fall, att beakta utgången i NJA 1966 s 241. Jämför avslutningsvis att avgörandet innefattar dissens och blivit relativt hårt kritiserat i doktrinen och även i lagstiftningssammanhang.

2.2.2 Plan för den fortsatta framställningen

I det föregående behandlades i avsnitt 2.2.1.2 – delvis fristående från NJA 1966 s 241 – de rent upphovs- och patenträttsliga frågorna, om när upphovsrätts- resp patentintrång föreligger då förläggarens eller licenstagarens konkursbo säljer färdiga produkter. I fortsättningen kommer jag inte särskilt att beröra dessa problem utan koncentrerar mig på de inträdesrättsliga frågor som den här boken genomgående handlar om. Jag utgår dock ifrån de upphovsrättsliga slutsatser som jag dragit ovan.

Nästföljande avsnitt (2.2.3) utreder i vilken utsträckning *inträdesrätt* för konkursboet alls föreligger och behöver föreligga och vilka rättsföljder inträdet medför. Diskussionen skiljer mellan tre olika situationer eller stadier, nämligen för det första läget då produktionen[105] av exemplar eller varor med stöd av den upplåtna immaterialrättigheten ännu inte påbörjats då konkurs beslutas, för det andra läget då produktionen påbörjats men inte avslutats vid samma tidpunkt och slutligen, för det tredje, stadiet då produktionen avslutats och det endast blir fråga om att sälja färdiga produkter i konkursen.

[105] Uttrycket produktionens påbörjande används här endast som en grov och tills vidare inexakt vattendelare mellan de tre huvudlägena. En närmare precisering görs i 2.2.3.

Därpå (2.2.4) bemöts en invändning som rests mot att erkänna royaltyfordringar knutna till färdiga produkter som massafordringar, nämligen att upplåtaren då skulle lägga beslag på den största delen av försäljningsintäkten i konkursen. Sedan försöker jag besvara en del frågor som rör *omfattningen* av boets rättigheter och skyldigheter då det inträtt i förläggarens eller licenstagarens ställe: får – eller måste kanske – förläggarens konkursbo exempelvis ge ut nya upplagor av det verk som förlagsavtalet avser? Och när kan konkursboet tidigast avbryta en licenstillverkning som boet tills vidare övertagit? Svar ges i avsnitt 2.2.5.

Den därtill anknytande frågan, om konkursboets möjligheter att *överlåta immaterialrättigheten* ("kontraktet") till en ny förläggare/licenstagare, undersöks i avsnitt 2.2.6. Avslutningsvis behandlas vilka handlingar som bör anses medföra massaansvar för förläggarens och licenstagarens bo mot dess bestridande (konkludent inträde).

2.2.3 I vilken utsträckning har konkursboet inträdesrätt?

2.2.3.1 Produktionen har inte påbörjats vid konkursutbrottet

Förlagsavtalet anses grundat på ett tillitsförhållande mellan parterna, på förläggarens branschkunskaper, på hans produktionsapparat och på hans ekonomiska förmåga i allmänhet. Att ge ut verket på ett insolvent förlag kan således försämra möjligheterna att sprida verket på bästa sätt. Den aktuelle förläggaren/gäldenären kan också vara den ende förläggare som författaren är villig att acceptera. Betydelsen av förläggarens person kan också sägas framgå av regeln om att separat överlåtelse av förlagsrätt kräver författarens samtycke, 28 § 1 p URL och 9 § 1 st RA. Den dominerande uppfattningen i de genomgångna rättssystemen är att författaren på grund av dessa förhållanden bör få häva avtalet, när detta inte åsamkar boet någon större förlust, i regel då mångfaldigandet av verket inte hunnit påbörjas vid konkursutbrottet. Även i den – visserligen sparsamma – svenska doktrinen finns denna mening företrädd.[106] I den nya norska konkursregleringen hålls dock dörren öppen för boet också i detta fall. Även om författaren anses ha ett starkt intresse av att snabbt få byta till en annan förläggare, gäller i princip den allmänna regeln om att konkursboet har inträdesrätt om inte annat följer av avtalets art, vilket här främst är fallet då upplåtelsen är av utpräglad personlig karaktär.

Själv anser jag att den norska ordningen på ett lite onödigt sätt skapar ett osäkert rättsläge. Intresset av att boet i undantagsfall även ska ha

[106] Se Eberstein, Protokoll s 35 och numera även Håstad, Sakrätt s 306.

möjlighet att utnyttja verk som inte börjat mångfaldigas, är knappast av den styrka att en så oförutsebar regel kan anses motiverad.[107] Observera också att den försäljning, som boets mångfaldigande sedermera leder till, i det här diskuterade läget utgör den åtgärd varigenom författarens verk för första gången offentliggörs/utges. Visserligen ska en invändning från författaren, att en utgivning i konkurs innebär ett offentliggörande i ett sådant sammanhang som kränker hans litterära och konstnärliga anseende (se 3 § URL), normalt sett inte behöva beaktas.[108] Men invändningen är ändå ett icke föraktligt argument mot en inträdesrätt för konkursboet då mångfaldigandet inte ens påbörjats vid konkursutbrottet. Någon inträdesrätt för förläggarens konkursbo bör alltså inte erkännas i det läget.

Även om förlagsavtalet inte innehåller någon bestämmelse om hävningsrätt för författaren vid förläggarens konkurs, bör författaren således ändå ha en sådan rätt då mångfaldigandet inte påbörjats när konkurs bryter ut. Uttryckligt avtal härom bör vara giltigt. En regel om avtalets automatiska upphörande vid konkurs, jfr 9 § 2 st RA, torde dock inte vara någon lämplig lösning. Om författaren inte har något att invända mot en konkursutgivning, bör han inte uppmuntras till att medverka till hävning utan i stället uppmärksammas på möjligheten att låta boet ta över avtalet.

Även *patentlicensavtal* förutsätter ett visst förtroendeförhållande mellan parterna. Detta gäller särskilt då licensen ingår som som del i ett vidare samarbetsavtal mellan två företag, där även ett utbyte av know-how ingår. Som det norska konkurslovsutvalget påpekade, talar också licensgivarens intresse av att hemlighålla en licensierad produktionsprocess mot en inträdesrätt ifall produktionen inte påbörjats före konkursen. Dessa förhållanden, samt licensgivarens rätt att kontrollera licensens utnyttjande, kan här sägas motivera regeln i 43 § PatL om att överlåtelse av licensrätten kräver licensgivarens samtycke. I Norge ansåg den nyssnämnda utredningen ändå att boet normalt bör ha inträdesrätt i licensavtal även då produktionen inte igångsatts, främst med hänsyn till avtalens oftast rent kommersiella prägel.[109]

Själv menar jag att licensgivarens läge ställer sig ganska olika beroende på om licensen är enkel eller exklusiv. Är licensen *exklusiv* så är licensgivarens situation att jämställa med författarens. Tillämpas royaltyprincipen gäller detta i särskilt hög grad. Licensavtalen innehåller emellertid oftast kortare redovisningsperioder än förlagsavtalen, och royaltyn beräknas oftare än i förlagsförhållanden på produktionen. Vid exklusiv licens är licensgivaren dock ändå i en ganska utsatt position. Förtroende-

[107] Jfr remisskritik i Ot prp nr 50(1980–81) s 190 vsp.

[108] Så även Saxén s 274 och Rosén i Festskrift till Bernitz s 120.

[109] Se NOU 1972:20 s 327 hsp.

förhållandet är framträdande och know-how torde regelmässigt göras tillgängligt. Oavsett om licensen avser tillverkning av patentskyddade produkter eller en skyddad produktionsprocess, bör licensgivaren i detta fall ha ett starkt intresse av att snabbt komma ifrån avtalet. Detta bör också erkännas när utnyttjandet inte påbörjats vid konkursutbrottet.

Vid *enkel licens* är läget något annorlunda. Licensgivaren kan här ha upplåtit en mängd licenser till konkurrerande företag. Att ett av dessa går i konkurs bör inte bekomma honom nämnvärt. Vid enkel licensiering torde dessutom fabrikationshemligheter och tekniska kunskaper mera sällan ingå i avtalen. Beaktas bör däremot den verkan en konkurs- produktion- och konkursförsäljning kan ha på licensgivarens övriga affärer, om kvalitén eller servicen försämras jämfört med tidigare.[110] Det är här fråga om en generell invändning mot boets övertagande av avtalet, oavsett om utnyttjandet påbörjats eller inte före konkursen. Om de produkter licenstagaren/boet framställer och säljer inte är av samma kvalitet som annars är fallet, innebär det dålig PR i stort och kan även medföra direkta resultatförsämringar för licensgivaren. Invändningen blir allvarligare ju större marknad den konkursdrabbade licenstagarens försäljning täcker. Risken för att gäldenärssidans prestationer sjunker i kvalitet är dock något som generellt gäller vid konkursboets inträde i ömsesidiga avtal. Det får alltid bedömas i vilken grad boet på ett acceptabelt sätt kan klara av att fullfölja gäldenärens åtaganden. För service knuten till tillverkade varor som sålts av boet gäller här liksom i andra fall att en avvägning får ske, där boets beräknade livslängd, dess fackmässiga kvalifikationer etc spelar in. Avgörande kan vara om den kvalificerade personalen kan förmås att stanna i företaget med hjälp av lönegarantin samt karaktären av gäldenärens prestation. Liksom ifråga om inträde i tillverkningsavtal enligt 2 § KöpL, får en bedömning av tillverkningens mer eller mindre beroende av gäldenärens person göras. Ju mer hantverksmässig tillverkning det gäller, desto mer talar för en omedelbar hävningsrätt för medkontrahenten. Jag menar nog ändå att boet ska ha rätt att inträda i patentlicensavtal då utnyttjandet av uppfinningen *påbörjats* vid konkursutbrottet.

Vad som närmast avsågs behandlat här var dock frågan, om den enkle licensgivaren, liksom upphovsmannen vid förlagsavtal och den exklusive licensgivaren, har rätt att frånträda avtalet innan avtalsobjektets utnyttjande påbörjats. Förtroendeförhållandet är här inte lika framträdande. Dessutom torde licensgivaren vid enkel licens oftare snabbt kunna sluta ett ersättningsavtal. Hans riskspridning på flera licenstagare gör honom mindre skyddsvärd. Det kan också påpekas, att boet kan fullfölja ett köpavtal och ett avtal om lokalhyra på den penningpresterande

[110] Jfr Håstad, Sakrätt, 1 uppl s 254.

partens sida, trots att motprestationen inte överlämnats före konkursen, se 39 och 40 §§ KöpL resp 12:31 2 st JB. Detsamma gäller för bostads-, lägenhets- och anläggningsarrende enligt 8:18 JB, men däremot inte vid jordbruksarrende, se 9:30 JB.

Frågan är då om det är praktiskt lämpligt att skilja exklusiva immaterialrättsupplåtelser från enkla. Det finns *mellanformer* där t ex endast licensgivaren för egen del förbehåller sig rätt att konkurrera med licenstagaren.[111] Med hänsyn till att sådana gränsdragningsproblem lätt kan uppkomma, till att licensgivaren även vid enkel licens väljer licenstagare med omsorg om sin egen policy och till att olika typer av royaltyborgenärer av rättstekniska enkelhetsskäl så långt möjligt bör behandlas lika, menar jag trots allt att även upplåtare av enkel licens bör ges omedelbar och ovillkorlig hävningsrätt när produktionen av den patentskyddade produkten ännu inte påbörjats eller utnyttjandet av det licensierade förfarandet inte startats före konkursen. I dessa fall torde inte borgenärerna lida någon större skada om avtalet bryts. Visserligen är det gynnsamt för boet att så många licensrätter som möjligt kan ingå i en av förvaltaren företagen försäljning av rörelsen, men detta är inget starkt skäl i sig. Boet är naturligtvis alltid intresserat av att så mycket tillgångar som möjligt kan säljas, men detta måste vägas mot andra intressen. Licensgivaren och boet kan självfallet även komma överens om att boet ska få påbörja utnyttjandet.

Den avgörande gränsen för upplåtarens hävningsrätt har jag för förlagsavtalets del i det föregående angett vara mångfaldigandets påbörjande och för licenser produktionens eller utnyttjandets påbörjande. Att använda kriteriet *mångfaldigandets påbörjande* vid *förlagsavtal* görs i alla här genomgångna rättssystem utom i det norska, där royalty definieras som produktionsavgift och *produktionens påbörjande samt investeringar av betydelse* är de avgörande momenten, § 7–12 LFD. Även i Sverige bör det avgörande i princip vara vilka investeringar som företagits fram till konkursutbrottet. Eftersom förlaget kan stoppa projektet utan större förluster före mångfaldigandets begynnande och det knappast företas några större investeringar dessförinnan, bör emellertid här anknytas direkt till mångfaldigandets påbörjande. Detta gränskriterium bör både rättstekniskt och materiellt vara enklare att tillämpa än de något vagare alternativen "produktions påbörjande" eller "investeringar som inte är obetydliga". Har större investeringar undantagsvis företagits innan mångfaldigandet satts igång, får boet försöka få dessa att återgå med hjälp av återvinningsreglerna, i den mån transaktionerna alls lett till skada för borgenärerna.

[111] Jfr Sandgren s 39 ff.

Vid licensavtal kan, såsom i Norge framhölls vid remissbehandlingen, investeringar i miljonbelopp ha företagits innan produktionen av den patentskyddade produkten påbörjats. Utprovning och andra förberedande åtgärder kan ha vidtagits.[112] Licensgivaren kan även ha stått för utbildning av licenstagarens personal, för vilken betalning redan erlagts.[113] Det synes därför rimligt att i licensförhållanden dra gränsen vid *väsentliga investeringar eller investeringar som inte är obetydliga*. Från rättsteknisk synpunkt är detta möjligen en något mera svårtillämpad gräns än t ex produktionens påbörjande. Men det är ändå en vinst att det direkt ur regeln kan utläsas, att ändamålet med gränsdragningen är att beaktansvärda investeringar inte ska gå till spillo. Och då sådana investeringar som sagt mycket väl kan ha företagits innan produktionen enligt gängse språkbruk satts igång, är det bättre att omedelbart knyta an till investeringarna i stället för att tänja begreppet "produktionens påbörjande" utanför sitt allmänspråkliga betydelseområde. Omvänt bör det nog vara så, att väsentliga investeringar alltid får anses gjorda då produktionen i egentlig mening satts igång.

I Norge krävs enligt § 7–12 LFD som framgått både att produktionen påbörjats och att investeringar av betydelse nedlagts. Teoretiskt sett kan alltså produktionen anses påbörjad utan att investeringar av betydelse företagits. Om det är meningen att regeln då inte ska vara tillämplig säger motiven inget om. Vidare ger en läsning av den norska lagtexten vid handen, att regeln inte är tillämplig om inte produktionen påbörjats, även om avsevärda investeringar hunnit läggas ned. Det synes ha varit lämpligare att göra de båda rekvisiten i den norska regeln alternativa i stället för kumulativa. Å andra sidan bör sägas att § 7–12 LFD tjänar ett annat syfte än den gränsdragning som jag här diskuterar, eftersom lagrummet inte avser att dra gränsen mellan de fall där konkursboet får fullfölja gäldenärens avtal och de fall där boet inte får göra det. I stället gäller det i § 7–12 LFD att avgöra när boets utnyttjande av rätten att fullfölja avtalet – vilken rätt finns i bägge fallen – ska ge medkontrahenten en massafordran och när detta endast ska leda till en konkursfordran för honom.

Reglerna skulle således, trots att motsatsen är önskvärd, skilja sig en aning för patenträttens och förlagsrättens del. Det är dock inte fråga om någon artskillnad utan en ganska naturlig mindre avvikelse med hänsyn till patentlicensernas hemvist inom det industriella rättsskyddets domäner. Gränsdragningen beträffande licenserna överensstämmer också i sak med kriteriet för föranvändares utnyttjanderätt enligt 4 § 1 st 2 p PatL: "den som vidtagit väsentliga åtgärder för att utnyttja uppfinningen yrkesmässigt...".[114] Att inom den mer ideellt färgade upphovsrätten an-

[112] Ot prp nr 50(1980–81) s 190 hsp.

[113] Se Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 276.

[114] Jfr Ot prp nr 50(1980–81) s 190 hsp.

knyta till mångfaldigandet ter sig lika naturligt. Språkbruket används i såväl upphovsrättslagen som 1980 års ramavtal för förlagsavtal.

2.2.3.2 Produktionen har påbörjats men inte avslutats vid konkursutbrottet

Att både förläggarens och licenstagarens konkursbo har rätt att inträda och fullfölja förlags- resp licensavtalet, då mångfaldigandet av verket/produktionen av produkten påbörjats vid konkursutbrottet, råder allmän enighet om i de här undersökta utländska rättssystemen och även i den glesa svenska litteraturen på området.[115] Någon ovillkorlig hävningsrätt för upplåtaren har i detta fall inte ansetts komma på fråga med hänsyn till borgenärsintresset.

Även enligt min mening bör förläggarens och licenstagarens konkursbo här anses ha en ensidig inträdesrätt enligt gällande rätt. Liksom vid andra avtalstyper kan visserligen det personliga momentet i avtalsrelationen ibland utesluta att konkursboet tar över fullgörandet av gäldenärens förpliktelser, men den klara huvudregeln måste utan tvekan vara att inträdesrätt för boet finns i det här behandlade läget.

Innebörden av inträdesrätten är framför allt att författaren/licensgivaren inte får säga upp/häva/upplösa avtalet om inte konkursboet först getts en chans att fullfölja produktionen och försäljningen av de produkter som immaterialrättsupplåtelsen avser. Liksom vid andra kontraktstyper bör framhållas att denna boets rätt är *tvingande*. De upphörande- eller hävningsklausuler som licensavtalen alltid brukar innehålla saknar således verkan mot boet, om inte avtalet hunnit uppsägas eller hävas redan före konkursen. Löper uppsägningstid vid konkursutbrottet torde boet inte kunna inträda på annat sätt än att det kan utnyttja licensen under den återstående delen av uppsägningstiden.

I 1980 års ramavtal för förlagsavtal står i 9 § 2 st, att förlagsrätten upphör med omedelbar verkan om förläggaren försätts i konkurs. Även denna klausul saknar verkan mot förläggarens konkursbo, eftersom boet som sådant måste anses ha en tvingande rätt att ta över avtalet.[116]

Enligt tysk och förmodligen även dansk rätt gäller beträffande *rättsföljderna* av boets fullföljande av mångfaldigande och tillverkning, att immaterialrättsupplåtaren får en massafordran på de vederlagskrav (royaltyfordringar) som är knutna till de produkter som boet färdigställer och

[115] Se för den senare Eberstein, Protokoll s 35 och Håstad, Sakrätt s 306.

[116] Jfr däremot Kanter s 22 f som menar att stadgandet är viktigt och införts "för att rättsläget här varit oklart och problemet fått förnyad aktualitet i och med likvidationen av Bo Cavefors Bokförlag AB i oktober 1978. Det är i dessa fall av vikt för författarna att snabbt kunna erbjuda förlagsrätten till ett annat förlag. Rätt för upphovsmannen att häva kontraktet har länge funnits ex vis i tysk rätt, men tidigare ansågs i Sverige förlagsrätten böra ingå i konkursboet. Detta var en klar nackdel för författarna." Jfr även Rosén i NIR 1980 s 330 som är mera tveksam till klausulens verkan mot boet.

säljer. I Norge uppställs dock motsatt regel. Även om boet fortsätter produktionen och säljer det producerade så innebär det i princip inte att boet inträtt i den meningen, att boet blivit massaansvarigt för royaltyfordringarna. Man kan också säga, att ett norskt konkursbo kan avstå ifrån att inträda i avtalsförhållandet, vilket berättigar medkontrahenten att häva, men ändå fullfölja produktionen och sälja produkterna utan massaansvar. Medkontrahenten anses således i Norge ha fullgjort sin prestation när han utgett den information som krävs för att produktionen ska kunna påbörjas, t ex när en författare levererat manus. Endast för ytterligare positiv medverkan får han en massafordran.

I de övriga länderna är den principiella uppfattningen en annan. En författare anses inte ha fullgjort sin prestation genom leveransen av manus. Även fortsättningsvis kvarstår nämligen en betydelsefull och för förlagsavtalets bestånd mycket central förpliktelse för författaren, nämligen *att respektera förläggarens ensamrätt* till mångfaldigande och spridning. Författaren får alltså inte utge verket på något annat förlag så länge förlagsavtalet består. Och vill boet utnyttja de häremot svarande rättigheterna för förläggaren att mångfaldiga och sprida verket, får boet acceptera att som massaskuld betala författarens royaltykrav hänförliga till de exemplar som boet färdigtillverkar och säljer.

Enligt min mening är denna senare uppfattning betydligt mera tilltalande än den norska. Och då vi i Sverige saknar en särregel för konkursfallet motsvarande § 7–12 LFD, bör de nyssnämnda principerna också anses bättre förenliga med gällande rätt än den norska regeln. Observera att författaren kan häva om inte boet betalar fullt vederlag för vad det färdigställer i konkursen. Enligt vanliga upphovsrättsliga och förlagskontraktsrättsliga regler utom konkurs är det då helt klart att förläggaren förlorar rätten att fortsätta framställa exemplar av verket. Fortsätter han ändå med detta begås såväl upphovsrättsintrång som kontraktsbrott.[117] Jämför även den sakrättsliga utgångspunkt jag hävdat ovan, nämligen att förläggaren i princip har separationsrätt till verket och att denna rätt kan göras gällande om inte boet träder in och fullgör avtalsenligt. Har man däremot en regel som säger, att konkursboet får fortsätta en påbörjad produktion utan massaansvar, betyder det i princip att författaren även fortsättningsvis är förpliktad att respektera förläggarens/konkursboet ensamrätt till mångfaldigande och spridning utan att han får någon motprestation härför. Det strider mot grundprincipen, att en borgenär inte bör kunna åläggas att prestera under konkurs utan anspråk på full mot-

[117] Som framgått ovan kan däremot viss tvekan råda om vad som efter hävning gäller för redan *färdigställda* exemplar. Här diskuteras dock inte det fallet utan fallet då tillverkningen påbörjats men inte avslutats.

prestation.[118] Att författarens förpliktelse är negativ bör inte göra någon skillnad. Jämför även att det kontinuerliga upplåtandet av verket för förfogande i form av mångfaldigande och spridning är en prestation, som är helt jämförbar med en materiell uthyrares kontinuerliga tillåtelse för hyrestagaren att nyttja det upplåtna hyresobjektet.

Nu kan man visserligen tänka sig, att författaren inte skulle vara skyldig att respektera förläggarens ensamrätt, när denna utövas av ett konkursbo som inte betalar för sig, och att författaren tilläts utge verket på annat förlag samtidigt som boet medgavs fortsatt utnyttjanderätt mot en dividend beträffande påbörjad produktion. Boet skulle således medges en slags enkel tvångslicens till fortsatt mångfaldigande och spridning. En sådan konstruktion saknar dock helt stöd för sig i den rådande lagstiftningen och kan säkerligen inte godtas enligt gällande rätt. Är det endast fråga om att sälja *färdiga* exemplar i konkursen, kan lösningen dock måhända övervägas, se nästa delavsnitt.

Vad som här sagts om förlagsavtal är utan vidare överbart till avtal om *exklusiv* patentlicens. Vid *enkel* licens har licenstagaren ingen ensamrätt till utnyttjande som kan bli aktuell för licensgivaren att respektera i licenstagarens konkurs. Jag menar ändå att slutsatserna ovan bör gälla också här. Den sakrättsliga utgångspunkten är densamma och även vid enkel licens innebär avtalet en kontinuerlig tillåtelse till förfogande över annans egendom mot vederlag. Fås inget vederlag bör tillåtelsen således, i vart fall när det som här gäller framställande nya exemplar, kunna dras tillbaka/återkallas.

Sammanfattningsvis anser jag sålunda att förläggarens och licenstagarens konkursbo måste inträda med massaansvar om det önskar fullfölja ett före konkursen påbörjat mångfaldigande av ett verk resp dra nytta av de väsentliga investeringar som nedlagts för en licensbaserad produktion. På samma sätt som i 40 § KöpL bör konkursboet också vara skyldigt att vid äventyr av hävningsrätt för upplåtaren ge besked i inträdesfrågan utan oskäligt uppehåll. Väljer boet att inträda i avtalet blir det i princip bundet av avtalets villkor i alla avseenden. Det innebär exempelvis att ett förlagsavtals regler om prissättning och om sättet för försäljning av böcker måste respekteras av boet. Boet får t ex inte att sälja böckerna fritt som konkurslager utan måste göra det på vanligt sätt i bokhandeln liksom förläggaren själv. I annat fall kan författaren häva och kräva skadestånd som massafordran, varefter boet inte alls får utnyttja förlagsrätten. En konkurslagerförsäljning i traditionell mening torde även kunna utgöra en sådan ideell kränkning som avses i 3 § URL.

På motsvarande sätt som vid andra delbara avtal bör boet dock inte svara för royaltykrav som avser produkter som sålts före konkursen. Boet

[118] Jfr kap II 4.

bör m a o ha rätt till *partiellt inträde*. Till frågorna, om vilka möjligheter boet har att efter ett inträde överlåta förlags- eller licensrätten eller på annat sätt komma ifrån en långvarig bundenhet i förtid, återkommer jag nedan.[119]

Avstår boet från att inträda får författaren/licenstagaren häva, varvid all rätt att framställa exemplar upphör för boet. En skadeståndsfordran uppgående till det positiva kontraktsintresset kan sedan göras gällande i konkursen, i den mån den överstiger redan mottaget garantihonorar.

Vad som här sägs om utrymmet för boets inträdesrätt torde enligt gällande rätt mutatis mutandis också vara relevant för modellen då boet kvarstår vid avtalet genom att ställa säkerhet utan att dessutom ta på sig massaansvar, jfr 39 § KöpL, 8:18, 9:30 1 st 12:31 3 st JB. Om boet inträder med massaansvar bör immaterialrättsupplåtaren dock inte få kräva boet på särskild säkerhet härutöver. Ifall boet inte fullgör avtalet kan ju upplåtaren häva och kräva skadestånd som massafordran. Immaterialrätten återgår vid hävningen omedelbart till upplåtaren, varefter boet i princip inte utan att begå upphovsrätts-/patentintrång får framställa några ytterligare produkter utan ny överenskommelse med upplåtaren. Att upplåtaren härutöver skulle ha rätt till säkerhet bör inte komma ifråga.

2.2.3.3 *Behöver boet åta sig massaansvar för att få sälja färdigproducerade varor?*

Även om den norska regeln i § 7–12 LFD inte bör anammas i Sverige beträffande produkter under tillverkning kan ändå diskuteras, om inte sådana varor som är färdigställda på konkursdagen bör få säljas av boet även om boet inte tar på sig massaansvar.

Själv menar jag dock att detta inte bör erkännas. För exklusivlicensernas och förlagsrätternas del är samtliga de argument som anfördes i det föregående delavsnittet träffande också här. Så länge förlags- eller licensavtalet gäller måste upplåtaren i princip respektera ensamrätten för utnyttjaren. Hävs avtalet därför att boet inte väljer att åta sig massaansvar, upphör den exklusivt upplåtna immaterialrättigheten varvid också försäljningsrätten upphör. Nu är det dock så, att parterna ibland kommit överens om att licenstagaren ska få sälja färdiga produkter även efter det avtalet hävts. Det är heller inte omöjligt att detta rentav är den dispositiva regeln, jfr 2.2.1.3 ovan. Men en sådan regel förutsätter givetvis *att betalning utgår* som tidigare även för "hävningsförsäljningen". Står det från början klart att utnyttjaren inte kommer att betala fullt vederlag/royalty för hävningsförsäljningen, är det enligt min mening självklart att en sådan försäljning över huvud taget inte är tillåten. Och även i utnytt-

[119] Se 2.2.5 och 2.2.6.

jarens konkurs bör en hävning och separation av immaterialrätten omfatta all försäljningsrätt. Systematiskt synes det också riktigast, att såväl produkter under tillverkning som färdiga produkter omfattas av boets inträdesrätt och – omvänt – att massaansvar är en förutsättning både för att boet ska få färdigställa produkter och för att boet ska få sälja redan vid konkursutbrottet färdiga produkter. Observeras bör också att boets försäljning av färdiga varor kan gälla avsevärda kvantiteter och pågå under lång tid. Det synes då närmast oskäligt att upplåtaren endast skulle få en i praktiken värdelös konkursfordran på motprestationen för upplåtelsen av sin egendom. Även vid exklusiva upplåtelser är det visserligen måhända så, att upplåtaren inte skulle anses skyldig att respektera en ensamrätt till försäljning för boet även om boet inte var massaansvarigt för vederlaget, men skälen för att boet alltid måste åta sig massaansvar för att få sälja produkterna anser jag ändå vara starkare.

Tilläggas bör att boets försäljning av böcker eller patentskyddade produkter kan vara den åtgärd, varigenom verket resp produkten för första gången offentliggörs/bringas i omsättning. Detta innebär att boets försäljning redan som sådan utgör intrång i immaterialrätten om upplåtelseavtalet skulle hävas. Och hävning bör kunna ske om inte boet betalar något vederlag. Alldeles oavsett detta måste det anses otillfredsställande, att ett konkursbos försäljning innebär den åtgärd, varigenom skyddade produkter för första gången förs ut i handeln, om upplåtaren inte får något vederlag för boets spridning. Situationen förbättras inte nämnvärt av att exempelvis författaren vid förlagsavtal ges rätt att samtidigt ge ut sin bok på ett annat förlag. Dels kan det då vara svårt att hitta en förläggare som är villig att ge ut en bok, vars hela och måhända outgivna upplaga en tidigare förläggares konkursbo sitter inne med, dels måste täckningsutgivningen ske till ett förhållandevis lågt pris, med hänsyn till boets parallella utgivning, vilken boet i princip utan massapåföljd – boet antas ju då inte behöva ta på sig massaansvar – kan företa till det pris som konkursförvaltaren finner lämpligast, se 8:7 KL. *Sammantaget* talar detta enligt min mening med styrka för att boet måste ta på sig massaansvar om det utan särskild överenskommelse vill sälja färdiga exemplar eller varor. I vad mån detta bör innebära att boet generellt ådrar sig ansvar att fullgöra även övriga åtaganden enligt avtalet på massaplanet, återkommer jag till vid 2.2.5 nedan.

Huruvida det just sagda kan accepteras med hänsyn till *övriga borgenärers intressen* ska nu undersökas.

2.2.4 Innebär en massafordran på royalty att författaren/licensgivaren "separerar" den största delen av försäljningsintäkten?

Som ett argument *mot* att boets försäljning även av färdiga produkter ska leda till en massafordran på royalty för immaterialrättsupplåtaren, har särskilt beträffande förlagsavtalen anförts, att upplåtaren då skulle "separera" eller lägga beslag på den största delen av försäljningsintäkterna.[120] Detta skulle vara till nackdel för övriga borgenärer som bidragit till produktionen. Enligt boet i NJA 1966 s 241 kan man i konkurs ofta inte få ut mera av ett boklager "än kanske just det belopp, till vilket författarens royalty enligt avtalet skulle uppgå."[121] Dessa påståenden föranleder en närmare granskning av det numera branschdominerande standardkontraktets, 1980 års ramavtals, regler om prissättning och realisation.[122]

Enligt 17 § 4 mom RA fastställs förlagspriset, dvs royaltyunderlaget, av förläggaren. Författaren har dock möjlighet att anlägga synpunkter på prissättningen. Förläggaren har även rätt att justera priset uppåt eller nedåt inom ramen för sin skyldighet att på bästa sätt sprida verket. Även förläggarens konkursbo är bundet av detta om det inträtt i avtalet. Förläggarens konkurs torde f ö inte påverka försäljningen i bokhandeln nämnvärt. Kunderna saknar säkerligen normalt kännedom om vilka förlag som är i konkurs och om man gör det så bryr man sig inte.[123] För boet kan det dock vara viktigt att snabbt få förlagets titlar sålda och därigenom påskynda boavvecklingen. En kraftig prissänkning kan möjliggöra detta. Som sagt måste boet emellertid respektera avtalsvillkoren, däribland reglerna om *realisation*.

Realisation har enligt 4 § RA en särskild och kvalificerad innebörd: "av förlaget eller förlagsbranschen organiserad försäljning med kraftig prisnedsättning under speciell tid av ett relativt stort sortiment av förlagets titlar." Enligt 29 § RA får realisation av "vanliga" verk ske först sedan två år förflutit från första upplagans utgivande. Författaren kan hindra att hans verk realiseras genom att inom en månad från förläggarens underrättelse om att realisation ska ske inlösa hela eller delar av restupplagan. Inlösningspriset får då inte sättas högre än förlagspriset vid realisationen. Vid för tidig realisation får författaren ersättning med skillnaden mellan vad realisationen inbringat och vad han skulle ha erhållit om lika många exemplar sålts till normalpris.

120 NOU 1972:20 s 325 hsp.
121 Ref i NJA s 246.
122 Se härtill Kanter s 41 ff.
123 Jfr Rosén i Festskrift till Bernitz s 120.

Vid realisation förändras royaltysatsen. Enligt 1947 års normularformulär sänktes den från 16 2/3 % till 7,5 % (jfr F2:s royalty i NJA 1966 s 241). Numera ska royaltysatsen vid realisation bestämmas av parterna i ett särskilt honorarsavtal. Principen vid realisation är dock fortfarande att en betydligt lägre royaltysats gäller på ett kraftigt nedsatt pris.

Om en prissänkning *inte* utgör realisation i ramavtalets mening så förändras inte royaltysatsen. Är en sådan prissänkning endast *tillfällig*, enligt Kanter exempelvis för att späda på en försäljningsframgång, ändras inte heller det ursprungliga royaltyunderlaget. Vid *långvarigare* prissänkningar, som dock fortfarande inte utgör realisation, blir det nya sänkta priset royaltyunderlag, men royaltysatsen ändras inte. Som långvarig anger Kanter en prissänkning som gäller uppemot ett år. Till sist bör sägas att prissänkningar som återförsäljarna själva vidtar över huvud taget inte berör relationen författare – förläggare.

Exempel: Förlagspriset i ett förlagsavtal är 100 kr per exemplar. Den ordinarie royaltysatsen är 20 % – alltså 20 kr per exemplar – och vid realisation 10 %.

1. *Realisation sker till 50 kr per exemplar.* Författaren får då 50 x 0,1 = 5 kr per exemplar, förläggaren 45 kr.

2. *Prissänkning som inte är realisation sker till 50 kr per exemplar.*
   a. Prissänkningen är endast tillfällig. Ingen ändring. Författaren får fortfarande 20 kr per exemplar. Förläggarens intäkt per exemplar sjunker från 80 till 30 kr.
   b. Långvarigare prissänkning. Royaltysatsen är densamma men det sänkta förlagspriset blir royaltyunderlag. Alltså: 50 x 0,2 = 10 kr per exemplar till författaren, 40 kr till förläggaren.

Om nu konkursboet organiserar en så omfattande och kraftigt prisnedsatt försäljning i bokhandeln, att det innebär en realisation i ramavtalets mening, minskar alltså både royaltysatsen och royaltyunderlaget. Att här påstå att författaren "separerar" den största delen av försäljningsintäkten är uppenbarligen felaktigt. Om boet i stället endast tillfälligt sänker priset så får författaren ändå den ursprungliga royaltyn medan boets inkomster per sålt exemplar minskar. Här är argumentet relevant. Är det fråga om en mera långvarig prissänkning, men ändå inte en realisation, får författaren samma royaltysats men beräknat på det sänkta priset. Författaren och boet delar i detta fall den minskade intäkten per sålt exemplar proportionellt

Sammanfattningsvis kan nu sägas att det här behandlade argumentet, mot att göra boet massaansvarigt för försäljning av böcker i konkursen, inte är riktigt annat än då boet endast företar en kortvarig sänkning av förlagspriset. Vid mera omfattande och/eller långvarig billighetsförsäljning antingen gynnas övriga borgenärer i förhållande till författaren eller också delar författaren och boets övriga borgenärer de minskade intäkterna per såld bok proportionellt. Har konkursförvaltaren insikt i dessa

regler, behöver borgenärskollektivet inte lida nämnvärd skada genom ett massaansvar för boet.

Till detta bör åter framhållas, att återförsäljarna idag normalt inte, som för några år sedan var vanligt, säljer i kommission för förläggarens räkning. I stället säljer förläggaren till återförsäljaren till fast pris, ofta mot betalning 30 dagar efter leverans, som vilken annan leverantör som helst. Visserligen är förläggaren ibland återköpsskyldig under vissa premisser, men detta påverkar i princip inte det sagda. Beträffande de böcker som levererats till återförsäljaren och betalts av denne så kan förläggaren därför normalt inte efteråt påverka prissättningen. Och senare överenskommelser mellan förläggaren och återförsäljaren, om prisnivån i bokhandeln, kan träffas endast i den begränsade utsträckning som bruttoprisförbudet i 13 § konkurrenslagen inte lägger hinder i vägen. Däremot kan förläggaren genom sin rätt att justera förlagspriset och realisera verket givetvis indirekt påverka prisnivån på de böcker som han efter prissänkningen distribuerar till återförsäljaren. Den diskussion som nyss sammanfattades tar uteslutande sikte på det sistnämnda fallet.

Går vi över till *patentlicenserna* så är det svårare att säga något generellt om avtalens regler om prissättning. Vanligtvis lär dock licenstagaren själv få bestämma till vilket pris han ska sälja de produkter som han framställer på basis av den upplåtna licensen.[124] Betingar sig licensgivaren ett visst minimipris kan detta beroende på omständigheterna komma i konflikt med den allmänna regeln om skadlig konkurrensbegränsning i 2 § konkurrenslagen.[125] Licensgivarens press ligger i stället i att licenstagaren måste komma upp till en så stor produktion och omsättning av den licensierade produkten, att den i avtalen ofta föreskrivna *minimiroyaltyn* uppnås.[126] Konstruktionen med minimiroyalty skulle kunna hindra licenstagarens konkursbo från att via en kraftig prissänkning snabbt sälja ut färdigställda produkter om royaltykravet har massaställning. Löpande licensavgifter/royaltysatser som överstiger 5 % av omsättningen lär dock vara ovanliga,[127] varför sådana farhågorna förefaller obefogade. Och om den royalty som licensgivarna brukar erhålla inte är större än så, bör inte heller vid licensavtal finnas grund för påståendet, att en massafordran på royalty skulle lägga beslag på den största delen av försäljningsintäkten vid konkurs.

[124] Se Hansen, Licensaftalen s 86 f.

[125] Bruttoprisförbudet är däremot inte tillämpligt vid licensupplåtelser, jfr Bernitz, Bruttoprisförbudet s 39. Jfr allmänt Martenius s 115 f, Bernitz m fl, Immaterialrätt s 190 ff och Bernitz, Svensk marknadsrätt s 97 f.

[126] Se Sandgren s 51 f och Hansen a a s 120–122.

[127] Sandgren s 52 f, jfr Hansen a a s 116 f.

De lege ferenda skulle man ändå kunna tänka sig, att det pris, som konkursboet faktiskt säljer produkterna till, alltid utgör royaltyunderlag. I de fall där royaltyn också normalt beräknas på varje såld enhet eller på omsättningen eller försäljningsvärdet av de produkter som licensen avser, borde en sådan särskild konkursregel kunna tillämpas utan problem. Mindre lämplig kan den vara om royaltyn enligt avtalet ska beräknas på antal tillverkade enheter eller på produktionsvärdet av vad som framställs på basis av en licensierad process. Detsamma gäller om det är fråga om en fast periodisk avgift. I dessa fall skulle avtalet i hög grad förändras och förses med nya och vid avtalsslutet icke förutsebara villkor om försäljningsintäkten skulle bli avgifts- eller royaltyunderlag. Å andra sidan avser diskussionen främst fallet då boet inte företar någon egen tillverkning eller produktion utan endast säljer produkter som är färdiga vid konkursutbrottet. Avgiftskrav som är knutna *till produktionen*, den produktion som stoppats i och med konkursbeslutet, är – enligt regeln om att boet inte svarar för skulder hänförliga till tiden före konkursen – bara vanliga konkursfordringar. Produktionsroyaltyfallen berörs alltså inte av den här diskuterade regeln. Fallet med en fast års- eller kvartalsavgift kan karakteriseras som en icke direkt produktanknuten osäkrad kredit för utnyttjande av upplåten egendom. En sådan allmän kredit bör boet över huvud taget inte vara förpliktat att uppfylla. *Sammanfattningsvis* bör det således inte finnas några vägande invändningar mot ordningen, att boet måste betala immaterialrättsupplåtarens royaltyfordran som en massaskuld, uppgående till högst det belopp som erhålls om den avtalade royaltysatsen tillämpas på det faktiskt erhållna försäljningspriset i konkursen.

2.2.5 Omfattningen av boets kontraktsansvar framåt i tiden

Enligt 1980 års ramavtal för *förlagsavtal* har förläggaren *rätt* att ge ut nya upplagor av verket.[128] När efterfrågan finns torde förläggaren också vara *skyldig* att ge ut ny upplaga. Försummas det kan författaren häva och kräva skadestånd i den mån inte uppburet honorar täcker kravet. Då samtliga upplagor är utgångna, dvs då mindre än 100 exemplar återstår, och förläggaren inte utnyttjar sin rätt att ge ut ny upplaga, får författaren häva. Detta gäller oberoende av om efterfrågan finns eller inte. Något skadestånd lär inte kunna fås i detta fall, utan regeln tillser bara att författaren smidigt ska kunna återfå förlagsrätten när den inte längre utnyttjas. Av intresse i sammanhanget är även regeln, att förlagsrätten

[128] Se härtill och för det följande 6, 14, 15 och 31 §§ RA samt Kanter s 29 f.

upphör automatiskt efter en realisation om högst 100 exemplar härefter återstår. Förläggaren har sedan optionsrätt till eventuell ny upplaga.

Som framhölls i avsnitt 1.2 ovan varierar *licensavtalens* regler om avtalstid eller utnyttjandets omfattning starkt.[129] Ofta föreskrivs att licensen gäller under patentets giltighetstid, men lika vanligt torde vara att avtalet löper ut ett visst datum med möjlighet till förlängning. Det kan också stadgas att licensavtalet gäller t ex för 5 år varefter avtalet ömsesidig kan sägas upp med viss uppsägningstid. Används inte uppsägningsrätten börjar som regel en ny avtalsperiod att löpa. Licensen kan dock även avse ett visst antal producerade enheter eller gälla "för evigt" med rätt att säga upp när som helst med visst varsel. Ibland sägs bara att avtalet kan sägas upp med exempelvis sex månaders uppsägningstid. Av allmänna regler torde följa, att ett tidsbestämt avtal utan uppsägningsregler inte kan sägas upp före avtalstidens slut om inte väsentligt kontraktsbrott föreligger.[130] Detsamma har antagits gälla för licensavtal för en tidsbegränsad rättighet.[131] Ett varaktigt avtal för visst eller vissa bestämda ändamål eller avgränsade utnyttjanden torde in dubio kunna fås att upphöra först då det bestämda utnyttjandet etc avslutats. Avtal ingångna "tills vidare" eller på obestämd tid utan uppsägningsbestämmelser kan uppsägas ömsesidigt när som helst. Skälig uppsägningstid eller i vart fall skäligt rådrum torde därvid vara att tillämpa. Även vid varaktiga avtal på obestämd tid med avtalad uppsägningsrätt utan angiven uppsägningstid torde en skälig uppsägningstid gälla. Även ett licensavtal för en tidsobegränsad ensamrätt (t ex registrerat varumärke) har angetts kunna uppsägas med rimligt varsel. En tid på mellan sex månader och två år skulle därvid i allmänhet vara rimligt.[132]

Utgångspunkten då *förläggarens* konkursbo inträtt i förlagsavtalet är som sagt att de angivna reglerna i ramavtalet binder boet. Boet skulle då alltid ha rätt att ge ut ny upplaga och med vissa begränsningar även vara skyldigt att under massaansvar göra så när efterfrågan motiverar det. Har boet realiserat inneliggande boklager så har förlagsrätten i princip upphört, varefter boet dock skulle ha optionsrätt att ge ut en upplaga till. Frågan är då om det är rimligt med en tillämpning av dessa regler i en konkurs. Bör boet verkligen ha *rätt* att utge nya upplagor? Och bör boet

129 Se Sandgren s 54 och Hansen, Licensaftalen s 152 ff.

130 Se till det följande 46 och 50 §§ KommL, 18:7 HB, 2:24 HBL, 4 § LAS, Rodhe, Obligationsrätt s 700 ff, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 45 f (hyra av lös sak), 84 f (förvaring), 152 ff med "Ändringar och tillägg" § 8 (sysslomansavtal) och 172 (andra immateriella uppdrag), Hasselrot, Saklega s 65, Hellner, Köprätt s 285 ff (kommission), Hellner II s 159 (hyra av lös sak), 177 (personliga immateriella tjänster) och 197 f (företagsuppdrag) samt Hansen a a s 156 (licensavtal).

131 Hansen a st.

132 Hansen a st.

omvänt vara *skyldigt* att under massaansvar i viss utsträckning ge ut nya upplagor?

Ser vi till *tysk rätt* ger inträdet som nämnts boet rätt att ge ut ny upplaga.[133] I den mån det även rått en skyldighet för förläggaren i detta avseende torde detsamma gälla även för boet. Finländaren *Saxén* har uttryckt saken så här: "Ifall förläggaren har rätt men icke plikt att utge flera upplagor av verket, få även konkursförvaltarna valfrihet härvidlag."[134] I *Norge* kan boet både färdigställa och sälja böcker eller produkter i konkursen utan massaansvar. Boet har dock inte rätt att producera hur många enheter som helst på detta sätt utan är bundet exempelvis av det antal exemplar som ett förlagsavtal föreskriver. Har inget avtalats gäller 32 § URL (2 000 exemplar för litterärt verk). Om boet vill producera fler enheter måste det alltså inträda med massaansvar. Vid licens går gränsen för boets icke massaansvariga utnyttjande vid det antal exemplar som ansetts utgöra ett minimum för att företagna investeringar ska löna sig. Sker då inträde, eller inträder boet "från början" genom att påbörja produktion i konkursen, blir boet även i Norge i princip bundet av avtalets egna bestämmelser om varaktighet och rätt till uppsägning. Den särskilda konkursrättsliga regeln i § 7–6 LFD, om boets tvingande rätt att säga upp avtal det trätt in i med sedvanligt eller tre månaders varsel, anges dock i motiven vara tillämplig också på licensavtal.[135] Oavsett motsatta uppsägningsregler eller avtalad ouppsägbarhet kan alltså licenstagarens bo på ett smidigt sätt reglera omfattningen av sitt massaansvar. Om motsvarande uppsägningsrätt finns i förlagsförhållanden är osäkert. Måhända finns inget större behov härav med hänsyn till de synnerligen bovänliga reglerna om rätt till ganska omfattande icke massaansvarigt utnyttjande.

Även enligt *danska* 61 § DKL kan ett konkursbo, som trätt in i ett varaktigt avtal, efter en tid säga upp detta oavsett avtalsvillkor i motsatt riktning. Uppsägningstiden är här den sedvanliga eller, om ingen sedvana kan fastställas, den rimliga. Såväl lagmotiv som doktrin nämner licensavtal som exempel på en avtalstyp som omfattas av regeln.[136] Inte heller här sägs något om förlagsavtal.

Som vi sett i tidigare kapitel, torde det i Sverige inte finnas någon rätt motsvarande § 7–6 LFD och 61 § DKL. Frågan är vad som då gäller.

De normalt gällande kontraktsrättsliga reglerna vid *förlagsavtal* talar utan tvekan för *en rätt* för boet att ge ut ny upplaga. Vad som med kraft

[133] De utländska reglerna har samlat presenterats i avsnitt 2.1 ovan, varför jag här avstår från tyngande korshänvisningar.

[134] Saxén s 276.

[135] NOU 1972:20 s 317 hsp.

[136] Betænkning nr 606/1971 s 132 hsp och Munch s 389.

talar emot detta är dock att ett konkursbo så gott som aldrig självt har något intresse av att ge ut ytterligare upplagor utöver den vid konkursutbrottet befintliga upplagan. Dessutom kan mångfaldigandet av ett nytt verk ofta sägas påbörjat när nu upplaga ges ut. Liknande synpunkter gör sig här gällande, som de som ovan antogs ge författaren hävningsrätt då mångfaldigandet inte påbörjats vid konkursutbrottet. Särskilt vid utgivning av facklitteratur, där omfattande revision av verket kan var nödvändigt, ligger det enligt min mening nära till hands att se den nya upplagan som ett nytt verk. I sådana fall kan det inte vara rimligt att utgivningen tvingas ske på "boets förlag". Jag menar därför att författaren bör få häva avtalet när boets utgivning av en upplaga avslutats och exemplaren sålts. Har realisation skett följer detta redan av ramavtalet men detsamma bör gälla även i övrigt. För det sagda talar även, att utgivande av ny upplaga ofta kräver ett nära samarbete mellan författare och förläggare samt att boets livslängd i många fall är kortare än den tid som krävs för den nya utgivningen. Vill boet ge ut ny upplaga i konkursen bör det alltså vara skyldigt att fråga författaren om tillåtelse. Negativt besked bör då innebära att förlagsrätten upphör beträffande den nya upplagan.

Är då boet *skyldigt* att utge ny upplaga om författaren väljer att inte häva? Nej, knappast! En författares intresse av att ge ut en ny upplaga av verket hos sin förläggares konkursbo måste vara obefintligt. Ur konkursboets synvinkel gäller i stort sett detsamma. Boet bör alltså utan massaansvar kunna avstå från ytterligare framställning av exemplar. Beträffande den upplaga som boet framställt i konkursen bör däremot marknadsföringsskyldighet och liknade förpliktelser i princip binda boet. I de fall då boet endast säljer ut en före konkursen färdigproducerad upplaga (jfr avsnitt 2.2.3.3 ovan), kan dock diskuteras om ens dessa förpliktelser måste fullgöras av boet. Även om boet också måste betala royalty som massaskuld vid försäljning av färdiga exemplar, kanske inte det bör innebära att boet inträtt i avtalet i egentlig mening, alltså att i princip alla skyldigheter enligt avtalet blivit massaförpliktelser. Man kan i stället tänka sig att massaansvaret här endast avser den royalty som är att hänföra till vad boet utnyttjar/säljer och inget mer. Detta skulle utgöra en direkt motsvarighet till den ordning som tidigare i den här boken föreslagits för lokaler, arrendeställen och leasingobjekt som utnyttjas i gäldenärens näringsverksamhet. Möjligt är dock att en sådan ordning kan förespråkas först *de lege ferenda*.

För *licensavtalen* finns ofta inte samma periodiseringsmöjligheter som uppdelningen i upplagor medger vid förlagsavtal. Löper licensavtalet på obestämd tid eller tills vidare kan boet dock, liksom licenstagaren själv kunnat, säga upp avtalet men skälig uppsägningstid. Är viss uppsägningstid avtalad torde den gälla även för boet. De lege lata torde detsamma

gälla för avtal som är begränsade till viss bestämd tid eller till visst antal producerade enheter. Boets olägenheter av en varaktig bundenhet av sådana avtal minskar i den mån licensrättigheten kan överlåtas till en ny licenstagare, separat eller endast tillsammans med verksamheten. Se härom i nästa avsnitt. Men oavsett överlåtelsemöjligheterna finns inom licensområdet uppenbarligen behov av en regel motsvarande de norska och danska konkurslagarnas § 7–6 resp 61 § DKL, om en generell rätt för boet att säga upp varaktiga avtal det trätt in i med sedvanlig eller tre månaders resp rimlig uppsägningstid. Liksom vid lokalhyra, arrende och leasing vill jag m a o förespråka en sådan regel *de lege ferenda*.

Till sist kan även för licensavtalen övervägas, om inte boets försäljning av redan före konkursen färdigtillverkade produkter snarare bör inordnas under en särskild regel, om konkursboets massaansvar vid utnyttjande av annans upplåtna egendom, än under de egentliga inträdesreglerna. Boet skulle i så fall visserligen vara skyldigt att betala royalty som massaskuld för det som säljs men skulle i övrigt slippa ansvar för licenstagarens kontraktsförpliktelser.

2.2.6 Boets möjligheter att överlåta förlags- eller licensrätten ("kontraktet")

Konkursboets möjligheter att överlåta förlags- eller licensrätten till en annan förläggare/licenstagare kan få betydelse i *tre olika situationer*.

Även *om inte mångfaldigandet påbörjats/väsentliga investeringar företagits före konkursen*, och boet i enlighet vad jag tidigare sagt inte tillerkänns inträdesrätt, kan till en början tänkas, att utnyttjarens konkursbo får hindra hävning av avtalet genom att överlåta immaterialrättigheten (inkl skyldigheter) och på så sätt ändå få ett visst ekonomiskt utbyte av avtalet. En sådan ordning vore dock inte rekommendabel. Så länge avbrytandet av avtalsförhållandet inte medför någon större skada för borgenärerna, och en inträdesrätt för boet därför avvisats, bör författaren-/licensgivaren ha rätt att fritt placera verket/uppfinningen på annat håll. Det kan i och för sig diskuteras om något annat inte borde gälla om upplåtaren, mot vanligheten, generellt gett sitt samtycke till överlåtelse av kontraktsrätten, men jag menar att boet inte heller i ett sådant fall mot upplåtarens vilja att häva bör kunna överlåta kontraktsrätten. I och med att upplåtaren ansetts ha ett skyddsvärt intresse av att på grund av konkursen få komma ifrån avtalet i det här diskuterade läget, bör detta slå igenom också i överlåtelsefrågan. Från teknisk synpunkt kan framhållas, att det inte längre finns någon kontraktsrätt kvar för boet att överlåta om upplåtaren utnyttjat sin rätt att omedelbart häva på grund av konkursen.

Och att uppmuntra boet till att företa en mycket snabb överlåtelse av kontraktsrätten i syfte att hinna före upplåtarens hävning är inte rekommendabelt.

Nästa fall är det då visserligen *mångfaldigandet av verket påbörjats/väsentliga investeringar företagits före konkursen men boet inte vill inträda* med massaansvar. Detta beror kanske på att gäldenärsföretagets produktion är nedlagd eller att förvaltaren inte vill riskera att ta på sig det omfattande massaansvar som kan följa med inträdet. Bör då boet, även om det inte först inträder, ges utrymme att även mot upplåtarens vilja att häva överlåta kontraktet i detta läge?

Stöd för en sådan rätt att hindra hävning (då inträdesrätt finns) återfinns i 12:31 3 st 3 p JB (lokalhyra efter tillträdet) och även i 9:30 1 st JB in fine (jordbruksarrende efter tillträdet). De lege lata ger en analogi från dessa lagrum nog tillräckligt stöd för en motsvarande befogenhet vid de immaterialrättsliga kontrakten (i den mån rätt att överlåta kontraktsrätten alls godtas enligt de rent obligationsrättsliga reglerna, se härom strax nedan). Även om det de lege ferenda kan vara bättre att boets inträde utgör det exklusiva momentet för avskärande av upplåtarens hävningsrätt, vilket jag förespråkat för hyra och arrende av fast egendom ovan, får vi således idag förmodligen räkna med en möjlighet för boet att överlåta förlags-/licensrätten s a s från "konkursfordransplanet". Angående rättsverkningar och ansvarsfrågor vid en sådan överlåtelse kan hänvisas till hyres- och arrendekapitlet.[137]

Den tredje och kanske viktigaste överlåtelsesituationen är den, *då förläggarens/licenstagarens konkursbo inträtt i avtalet* och fullföljt produktion och försäljning en tid men sedan önskar eller ser sig tvunget att avveckla kontraktet och då givetvis helst mot vederlag genom en överlåtelse. Här kommer inte överlåtelseintresset i konflikt med någon i och för sig godtagbar hävningsrätt för immaterialrättsupplåtaren. Avtalet löper ju redan på massaplanet med boet som förläggare/licenstagare. I stället renodlas frågan, i vilken utsträckning förläggar-/licenstagarbyte är tillåten i allmänhet och vid konkurs i synnerhet. Utgångspunkten är då naturligen att boet är bundet av samma kontraktsrättsliga regler om rätt till överlåtelse som gäldenären själv. Härvid gäller följande.[138]

[137] Se främst kap V 2.2.1 och 2.3.4.9.

[138] Se för rätt att överlåta *förlagsrätt:* SOU 1956:25 s 289 ff, prop 1960:17 s 180, Kanter s 21 f, Jacobsen s 193 ff, särskilt 198–203, Saxén s 255 ff och Bing s 114 ff; *patentlicens:* NU 1963 s 286, prop 1966:40 s 158, Hesser/Essén s 116 f, Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 277 f, Hansen, Licensaftaler s 133 f och Koktvedgaard/Østerborg s 233; *varumärkeslicens:* SOU 1958:10 s 321 och 325, prop 1960:167 s 160 f och 169 f samt Bernitz m fl, Immaterialrätt s 149; *mönsterrättslicens:* SOU 1965:61 s 288 ff och prop 1969:168 s 201 ff; *växtförädlarrättslicens:* SOU 1969:15 s 118 f och prop 1971:40 s 130 f samt *kretsmönsterrättslicens ("datorchipslicens"):* SOU 1985:51 s 143 och, framför allt, prop 1986/87:49 s 13, 21, 28 f och 31.

Enligt 28 § URL får förläggaren inte överlåta *förlagsrätten* utan författarens samtycke. Om förlagsrätten ingår i en rörelse får dock överlåtelse ske utan samtycke i samband med överlåtelse av rörelsen eller en del av den. Efter överlåtelsen svarar den ursprunglige förläggaren (jämte den nye) för avtalets fullgörande.[139] Av lagtexten får man intrycket av att sistnämnda regel om kvarstående kontraktsansvar endast gäller i det fall då överlåtelse får ske utan samtycke, men i motiven framhålls uttryckligen att den allmänna grundsatsen, att överlåtaren/gäldenären fortsätter att svara om inte borgenären gått med på att hans ansvar upphör,[140] gäller generellt. För rörelsefallet har detta bara nämnts "för tydlighets skull".

Författarens medgivande till att den överlåtande förläggarens ansvar ska upphöra kan ges konkludent. I motiven anges att sådant medgivande ofta måste anses föreligga redan då upphovsmannen lämnar sitt samtycke till själva överlåtelsen. (Konkludent medgivande kan dock även förekomma då rörelsen eller del därav överlåts med förlagsrätterna.) Vidare sägs att överlåtarens ansvar ofta men inte alltid får anses ha upphört om inte författaren, inom viss tid efter det att han fått underrättelse om överlåtelsen, protesterar mot den.

Den nye förläggarens ansvar för fullgörelsen av kontraktsförpliktelserna avser endast tiden efter det att överlåtelseavtalet ingicks.[141] Detta gäller in dubio. Inget hindrar ett överlåtelseavtal enligt vilket förvärvaren åtar sig att betala äldre förfallna royaltyskulder. Huruvida överlåtaren i sådant fall blir fri från de äldre skulderna, får enligt förarbetena bedömas enligt allmänna regler om gäldenärsbyte. Detta torde innebära att överlåtarens ansvar för de äldre skulderna kvarstår jämte förvärvarens: inte heller här bör överlåtaren och förvärvaren med verkan mot borgenären tillåtas avtala bort överlåtarens förpliktelser gentemot borgenären utan att denne uttryckligen eller konkludent gått med på detta.

I 43 § PatL stadgas att *patentlicens* endast får överlåtas om avtal träffats därom. Någon särskild bestämmelse om rätt att överlåta ihop med rörelse finns inte. Motiven säger inget om orsaken till denna avvikelse från upphovsrättslagen. Inte heller i kommentarerna till patentlagen ges någon förklaring.

En *varumärkeslicens* får inte heller den överlåtas utan samtycke, 34 § 2 st varumärkeslagen (1960:644). Enligt 32 § samma lag presumeras ("där ej annat avtalats") varumärke innefattas i en överlåtelse av en

139 9 § 1 st RA föreskriver detsamma som 28 § URL.

140 Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 642.

141 Möjligen är detta en avvikelse från allmänna obligationsrättsliga regler, se Rodhe a a s 616.

rörelse till vilken märket hör. Bestämmelsen är inte enligt ordalydelsen tillämplig på licens. I motiven nämns heller inget om licensfallet.

Däremot föreskriver 26 § mönsterskyddslagen (1970:485) för *mönsterrättslicens* detsamma som 28 § URL. Separat överlåtelse av licensrätt kräver således samtycke, medan en överlåtelse samtidigt med rörelsen får ske fritt om inte annat särskilt avtalats. Fastän detta inte framgår av lagtexten såsom i 28 § URL, är avsikten att regeln även ska gälla skiljbara *delar* av en rörelse. För rörelsefallet (hel eller del således) tilläggs att överlåtaren alltjämt svarar för att licensavtalet fullgörs. Detta tillägg fanns inte med i kommittéförslaget fastän någon skillnad i sak i förhållande till 28 § URL inte var avsedd.[142] Utredningen synes således ha menat att den överlåtande licenstagarens ansvar för fullgörelsen kvarstår både vid separat överlåtelse och överlåtelse ihop med rörelse, liksom vid överlåtelse av förlagsrätt. Vid departementsbehandlingen intogs en föreskrift om överlåtarens kvarstående ansvar, dock endast för rörelsefallet. Detta gjordes för att undvika motsatsslut från 28 § URL. Det framhölls dock även att det kvarstående ansvaret endast avser rörelsefallet. Till skillnad från 28 § URL skulle alltså 26 § mönsterskyddslagen utsäga hela sanningen på denna punkt. Frågan om kvarstående ansvar för den överlåtande mönsterrättslicenstagaren vid separat överlåtelse togs emellertid upp vid lagrådsbehandlingen. Lagrådet framhöll att spörsmålet inte regleras i 26 § mönsterskyddslagen och att avgörande då blir vad licensavtalet mellan mönsterhavaren och den överlåtande licenstagaren säger härom.[143] Har inget avtalats i frågan får således allmänna regler, liksom vid förlagsrätt, avgöra om överlåtaren (eventuellt konkludent) gått med på att ansvaret för överlåtaren ska upphöra. In dubio kvarstår ansvaret. Lagtexten i 26 § mönsterskyddslagen är således något vilseledande i denna del.

I växtförädlarrättslagen (1971:392) föreskrivs i 25 § för *växtförädlarrättslicens* motsvarande regler som i 28 § URL.

Till sist ska nämnas en regel om överlåtelse av licensrätt i den färska lagen (1986:1425) om skydd för kretsmönster i halvledarprodukter (kretsmönster- eller "datorchips"lagen). Denna lags 5 § 2 st ger en innehavare av en *kretsmönsterrättslicens* rätt att överlåta licensen i samma utsträckning som 28 § URL föreskriver. Enda skillnaden i förhållande till sistnämnda paragraf är att någon bestämmelse om överlåtarens kvarstående kontraktsanvar inte medtagits. En sådan föreskrift ansågs på departementet överflödig, eftersom det kvarstående ansvaret redan följde av allmänna obligationsrättsliga principer.[144]

142 Se SOU 1965:61 s 289 f.
143 Prop 1969:168 s 204.
144 Se prop 1986/87:49 s 21.

Sammanfattningsvis kräver överlåtelse av immaterialrättslicens (varibland förlagsrätt kan insorteras) som utgångspunkt alltid licensgivarens generella eller särskilda samtycke. Om licensen överlåts tillsammans med (hela eller delar av) den rörelse till vilken licensen hör, finns stöd i lag för att det inte krävs samtycke vad gäller förlagsrätt (och annan upphovsrättslicens), mönsterrättslicens, växtförädlarrättslicens och datorchipslicens. För patent- och varumärkeslicens finns inga motsvarande regler. I de relevanta förarbetena motiveras inte avvikelsen. Det sägs över huvud taget inget om fallet. Man får väl ändå anta att en reell skillnad verkligen är avsedd. Direkt av lagtexten och allmänna gäldenärsbytesregler följer då utan vidare, att alla typer av överlåtelser av patent- och varumärkeslicens kräver samtycke. Häremot kan möjligen invändas att de olika lagreglerna, om rätt till överlåtelse av licensrätt, på flera punkter ger missvisande besked om rättsläget. Så är t ex förhållandet med 28 § URL för frågan om överlåtarens kvarstående ansvar vid separat överlåtelse och 26 § mönsterskyddslagen för frågan om samtycke krävs för överlåtelse ihop med del av rörelse. Att 43 § PatL och 34 § 2 st varumärkeslagen saknar regler om rätt att överlåta licensrätt ihop med hel eller del av rörelse kan i denna kontext, och med beaktande av att motiven till de båda lagrummen är så gott som obefintliga, tyckas betyda att det inte är säkert att sådan rätt saknas. I sak kan man fråga sig, om en rätt att utnyttja en patenterad uppfinning eller ett registrerat eller inarbetat varumärke är, på ett för en rätt att överlåta ihop med rörelse relevant sätt, annorlunda än en motsvarande rätt att utnyttja ett verk, en växtförädlarrätt, ett mönster eller kretsmönster (chip)? Möjligen är intresset av sekretess betydligt mera framträdande i de båda förstnämnda fallen och att detta gör sig gällande även då hela eller delar av rörelsen säljs. Detta förklarar kanske de heltäckande överlåtelseförbuden för patent- och varumärkeslicens. I sammanhanget kan dock uppmärksammas att både föranvändarrätt och tvångslicens till en uppfinning kan överlåtas ihop med rörelse, 4 § 2 st och 49 § 2 st PatL. Enligt motiven gäller detsamma för del av rörelse.[145]

43 § PatL kritiseras ganska hårt i den kanske ledande nordiska patentlagskommentaren, författad av danskarna Koktvedgaard och Østerborg. De skriver att överlåtelseregeln förmodligen inte är särskilt ändamålsenlig. Visserligen sägs grundprincipen om att samtycke krävs naturligtvis vara riktig, "men formuleringen er så omfattende, at den også rammer tilfælde, hvor en overdragelse må anses for fuldtud acceptabel."[146] Därefter framhålls, liksom nyss ovan, att principen inte gäller för föranvändarrätt och tvångslicens samt att mönsterskyddslagen och upphovs-

[145] NJA II 1968 s 22 f och 75.

[146] Koktvedgaard/Østerborg s 233.

rättslagen (men inte varumärkeslagen) ger rätt att överlåta licensrätt ihop med rörelse. Beträffande samtyckeskravet vid separat överlåtelse av *förlagsrätt* har Kanter anfört liknande synpunkter.[147] Han menar sålunda att författaren inte utan skäl bör kunna vägra förläggaren att överlåta förlagsrätten. Endast då hans skyddsvärda personliga intressen skulle äventyras av överlåtelsen skulle han få göra det. Därvid hänvisas till ramavtalets regel om ändrade förhållanden.[148] Enligt denna kan endera parten kräva att ny upplaga inte ges ut, om det sedan verket utgavs för första gången inträffat "sådana ändrade förhållanden i konstnärligt, politiskt, sakligt eller annat avseende, som från början med säkerhet skulle ha avhållit författaren eller förläggaren från att ge utge verket i det utgivna skicket". Rosén har nyligen uttryckt liknande åsikter.[149]

Även jag skulle gärna, i varje fall för överlåtelse i konkurs, se en mera nyanserad överlåtelseregel än den som 28 § URL, 43 § PatL och de andra immaterialrättsliga lagarna innehåller. Det kan ifrågasättas om inte den överlåtelseregel som jag förespråkat för lokalhyra och leasing ovan, om rätt att överlåta kontraktsrätten till en nyttjare som upplåtaren skäligen kan nöja sig med,[150] bör införas för förlags- och licensrätt. Jag skriver bör införas, därför att de generella lagstadgade förbudet mot separat överlåtelse inte ger något utrymme för en skälighetsregel inom ramen för gällande rätt. De lege ferenda bör dock som sagt en sådan övervägas åtminstone för konkursfallet.

Som generell regel vid överlåtelse av förlags- och licensrätt gäller att överlåtarens ansvar för fullgörelsen kvarstår om inte annat avtalats eller får anses avtalat. Detta gäller både vid separat överlåtelse och överlåtelse ihop med rörelse, men i det förra fallet får oftare anses föreligga ett konkludent medgivande till att ansvaret ska upphöra. Med stöd av motiven till upphovsrättslagen torde dessutom generellt kunna påstås, att förvärvarens ansvar inträder först fr o m tidpunkten för överlåtelsen.

De nu genomgångna reglerna har även förläggarens/licenstagarens konkursbo att rätta sig efter både när det önskar överlåta kontraktet som dividend- och som massaförpliktelse. Visserligen kan säkerligen i ett samtycke till överlåtelse vid konkurs oftare än annars ligga ett medgivande till att överlåtarens/boets ansvar ska upphöra, men grundregeln torde även på denna punkt vara densamma som utom konkurs, dvs att

147 Se Kanter s 21, jfr Bing s 117.

148 Se 39 § RA och Kanter s 50 ff.

149 Se Rosén i Festskrift till Bernitz s 114 f och 117 ff med rent upphovsrättslig argumentation. Rosén förbiser enligt min mening att 28 § URL när det gäller förlagsavtal minst lika mycket grundas på den allmänna obligations- och kontraktsrättens motiv för förbud mot gäldenärsbyte.

150 Se kap V 2.3.4.9 och kap VI 2.3.3.2.

överlåtarens ansvar in dubio kvarstår. Om boet överlåter utan att först ha inträtt och konkursen därefter ska avslutas innan den nye förläggaren/licenstagaren fullgjort alla sina förpliktelser mot upplåtaren, torde boet vara skyldigt att avsätta medel enligt 5:10 KL för de ersättningskrav som upplåtaren kan komma att få ifall förvärvaren inte visar sig fullgöra sina förpliktelser avtalsenligt. Detta bör vara särskilt viktigt för upplåtaren då boet överlåter förlags- eller licensrätter tillsammans med hela verksamheten eller delar av den. En försäljning är i dessa fall ofta liktydig med avveckling av boet. Och upplåtaren har då inte längre någon överlåtare att hålla sig till ifall förvärvaren, vilken upplåtaren ju i detta fall inte kan vägra att acceptera, inte gör rätt för sig.

Då boet överlåter immaterialrättigheten efter att först ha inträtt, uppkommer samma problem beträffande överlåtarens/boets kvarstående ansvar. I konkurslagen finns dock ingen regel om avsättning för villkorliga massafordringar motsvarande 5:10 KL, som endast gäller konkursfordringar. Som vi sett ovan,[151] bör dock likvidationsregeln i 13:13 ABL (och motsvarande regel i vissa andra associationsrättsliga lagar) eller 5:10 KL kunna tillämpas analogt på massafordringar. Detta innebär att konkursförvaltaren är skyldig att avsätta medel för villkorliga massafordringar om det inte framstår som mycket osannolikt att villkoret kommer att uppfyllas. En specialregel med i stort sett detta innehåll återfinns också i den tyska förlagslagens § 36 st 2. Där föreskrivs först att förläggarens konkursbo även efter en överlåtelse – som i tysk rätt endast kan ske om boet först trätt in i förlagsavtalet – svarar för det skadeståndskrav som kan uppkomma om inte förvärvaren fullgör sina förpliktelser. Om konkursen avslutas innan avtalet fullgjorts av förvärvaren, kan författaren avkräva boet säkerhet för täckande av den villkorliga massafordringen. I den mån förläggaren/licenstagaren inte gått med (eller får anses ha gått med) på att boets ansvar upphör, bör boet ha samma säkerhets- eller avsättningsskyldighet enligt gällande svensk rätt. Möjligen kan därtill tänkas att upplåtaren generellt får antas ha gått med på att boets ansvar upphört om han inte avkrävt boet säkerhet vid överlåtelsen.

Det sagda avsåg framtida, vid överlåtelsen ännu inte fullgjorda förpliktelser enligt avtalet. För tid under konkursen, då boet självt fullgör förläggar-/licenstagarförpliktelserna, är boet givetvis ansvarigt som vilken annan avtalspart som helst. För förpliktelser hänförliga till tiden *före* konkursen svarar dock inte boet när det inträder. Och när boet efter inträde överlåter den upplåtna immaterialrättigheten kan upplåtaren inte få sådana äldre krav fullgjorda av vare sig boet eller förvärvaren. Den senare svarar som vi sett ovan inte för förpliktelser som bort fullgöras

[151] Kap III 3.1 (köp; säljarens konkurs) och kap IV 4.3.3 (entreprenad; entreprenörens konkurs).

före överlåtelsen och, om motsatsen ändå antas gälla, aldrig för mer än vad överlåtaren/boet svarade för. Och boets massaansvar omfattade ju inte tiden före konkursen.

2.2.7 Konkludenta inträden

Förläggarens/licentagarens konkursbo bör anses ha trätt in i upplåtelseavtalet med massaansvar för royaltybetalning och andra avtalsförpliktelser, då boet *påbörjar eller fullföljer produktionen* av exemplar eller varor. Detsamma bör gälla om utnyttjandet av en licensierad produktionsprocess. I det enskilda fallet bör kanske finnas utrymme för en viss prutmån för boet, t ex om det som boet fullgör är mycket obetydligt jämfört med ett avsett utnyttjande i full skala. Det sagda bör dock utgöra den klara huvudprincipen.

Om boet endast *säljer* inneliggande lager av färdiga exemplar/produkter så bör detta, i enlighet med vad jag utvecklat i avsnitt 2.2.3.3 ovan, ge upplåtaren en massafordran på royalty, om royaltyn beräknas på försäljningen. Denna rättsföljd bör nog inte ses som ett konkludent inträde i egentlig mening, då boets ansvar här uteslutande bör avse skyldighet att betala royalty som massaskuld, däremot inte andra framtida eller kringliggande avtalsförpliktelser. Åsikten att försäljning av inneliggande produkter medför massaansvar kan tyckas stå i strid med utgången i NJA 1966 s 241, men då författarna i målet inte gjorde gällande att förlagsavtalet hävts eller att de hade rätt att häva på gund av konkursen (med verkan för redan framställda exemplar) och HD synes ha utgått ifrån detta i sin rättsliga bedömning, bör det betyda att det ännu är öppet vilken verkan boets försäljning har ifall författare eller licensgivare gör gällande att de har hävningsrätt ifall boet inte betalar royalty fullt ut. Och en sådan hävningsrätt menar jag bestämt att författaren/licensgivaren har. Uppfattningen att boets försäljning är massaskapande bör därför mycket väl gå att förena med gällande rätt.

En *återförsäljares* försäljning av böcker under förläggarens konkurs kan däremot aldrig ge författaren en massafordran på royalty om inte återförsäljaren är kommissionär åt förläggaren. Återförsäljarens åtgärder innebär ju inget utnyttjande av prestationer enligt förlagsavtalet. Inte heller ska författaren ha del i den betalning som återförsäljaren verkställer till förläggarens bo i konkursen, förutsatt att pengarna inte avser sådana exemplar som boet sålt till återförsäljaren under konkursen. I det sistnämnda fallet bör ju redan boets försäljning som sådan ge författaren en massafordran på royalty.

Är då konkursboets *betalning av royalty* eller annan produktionsavgift till upplåtaren att se som inträde? Tillämpas produktionsroyalty erhåller upplåtaren normalt full betalning då tryckningen/produktionen avslutats. Senare görs endast justeringar. Om boet fullföljt mångfaldigandet eller produktionen eller dragit nytta av före konkursen företagna väsentliga investeringar, är åtgärden i sig att se som inträde, varför en efterföljande betalning bör sakna självständig betydelse. Gäller betalningen produktion som redan avslutats före konkursen, är royaltyfordringen endast konkursfordran enligt 5:1 KL, och förvaltaren riskerar då att bli skadeståndsskyldig mot övriga borgenärer om han tillgodoser royaltyfordringen. Detsamma gäller om försäljningsroyalty tillämpas och försäljningen avslutats före konkursen samt förvaltaren betalar en del av inflytande medel som royalty till upplåtaren.

Om boet betalar ut garantihonorar eller *förskott* för ett verk eller en uppfinning, som inte börjat utnyttjas (eller närmare bestämt mångfaldigas/läggas ned investeringar på), bör det inte utan vidare tolkas som att boet inträtt, eftersom det skulle kunna beskära upplåtarens ovillkorliga rätt att i detta läge häva avtalet. Anger boet samtidigt med utbetalningen att det avser att starta mångfaldigandet/produktionen, bör inträde dock anses ha skett om inte upplåtaren inom skälig tid protesterar eller förklarar sig vilja häva. Kan boet sedan inte fullfölja den påbörjade produktionen, blir boet således som sådant skadeståndsskyldigt gentemot upplåtaren.

Att konkursförvaltaren på ett tillåtet sätt *överlåter förlagsrätten/licensrätten* kan enligt svensk rätt – i motsats till tysk – inte utan vidare ses som ett inträde med följden att boet blir villkorligt massaansvarigt för det kontraktsansvar som in dubio kvarstår efter överlåtelsen. Enligt gällande rätt torde boet nämligen kunna överlåta kontraktsrätten såväl från konkursfordrans- ("dividend-")planet som från massaplanet. Endast om en överlåtelsemöjlighet för boet förutsätter att inträde först sker, bör boets överlåtelse tolkas som ett konkludent inträde i det kvarstående kontraktsansvaret. Däremot bör boets tillåtna upplåtelse av underlicens kunna bedömas som ett inträde. Boet kan i detta fall sägas ha utnyttjat en av licensgivarens prestationer enligt huvudlicensavtalet, nämligen att ge sitt samtycke till underlicensiering.

Att boet som sådant blir skadeståndsskyldigt, om det utan samtycke överlåter kontraktsrätten eller upplåter underlicens där samtycke till åtgärden krävs, är en annan sak.

3 Författarens och licensgivarens konkurs

3.1 I vilken utsträckning är upplåtarens immaterialrätt konkursfri egendom?

Innan frågan om sakrättsligt skydd för förlags- och licensrätt och inträdesrätt för förläggarens/licensgivarens konkursbo diskuteras, måste undersökas i vad mån upphovsrätt, patenträtt, varumärkesrätt etc i sig kan bli föremål för borgenärsåtkomst. Frågan är enligt 3:3 KL liktydig med den, om innehavarens immaterialrätt är "sådan att den kan utmätas". Av 42 § URL framgår att så inte är fallet beträffande *upphovsrätt* i, alltså i detta sammanhang den rätt som författaren har till sitt verk enligt 2 och 3 §§ URL.[1] Eftersom författarens droit moral redan enligt 3 § 3 st och 27 § 1 st URL endast i mycket begränsad utsträckning kan efterges och överlåtas, tar det uttryckliga förbudet i 42 § URL främst sikte på den del av upphovsrätten som förfoganderätten enligt 2 § URL utgör. I kommittéförslaget till URL angavs utmätningsförbudet också uttryckligen gälla *förfoganderätten*.[2] Departementets ändring till *upphovsrätten* avsåg inte att göra någon saklig skillnad.[3]

Då det särskilda utmätningsförbudet således egentligen endast behövs för förfoganderätten enligt 2 § URL, vilken brukar betecknas som inrymmande de ekonomiska befogenheterna i upphovsrätten,[4] skulle man kunna tro att förbudet uppställts i upphovsmannens intresse av att själv dra ekonomisk nytta av sitt verk. Men så är det inte. Auktorrättskommittén framhöll i specialmotiveringen följande.[5]

> "Enligt vad som vid 3 § utvecklats är emellertid förfoganderätten, även om den i första rummet är av ekonomisk innebörd, tillika ett skydd för vissa intressen av personlig och ideell art, främst upphovsmannens intresse av att själv bestämma huruvida och under vilka former verket skall offentliggöras eller, om det redan är offentliggjort, på nytt göras tillgängligt för allmänheten. /.../ Detta ideella moment

[1] Se om 42 § URL i SOU 1956:25 s 301 ff, prop 1960:17 s 216 f, NJA II 1961 s 275 ff, Gehlin s 90 f, Rodhe, Sakrätt s 109, SOU 1985:10 s 44, Bernitz m fl, Immaterialrätt s 39 och 164 samt Rosén i Festskrift till Bernitz s 108 f.

[2] Se SOU 1956:25 s 18 och prop 1960:17 s 10, jfr Rosén a a s 109.

[3] A prop s 216.

[4] Se t ex Bernitz m fl a a s 40.

[5] SOU 1956:25 s 302, jfr 129 ff.

hos förfoganderätten är av den styrka, att det bör beaktas före borgenärernas ekonomiska intresse att taga rättens förmögenhetsvärde i anspråk."

Författarens konkursbo kan alltså inte komma åt *upphovsrätten*.[6] För annan egendom med anknytning till förlagsavtalet gäller det här:

42 § URL gäller till en början även för manus. Förfoganderätten enligt 2 § URL, och författarens droit moral, medför vidare att förläggaren inte kan avtvinga författaren *manus*, även om författarens vägran kan utgöra kontraktsbrott.[7] Konkursboet kan å sin sida inte tvinga författaren att skriva färdigt verket eller leverera manus. – När det därefter gäller *exemplar* som författaren äger, finns inget utmätningsförbud upptaget i 42 § URL, annat än en specialregel för konstverk. Enligt kommittén är då avgörande "om i det särskilda fallet utmätningsfrihet för exemplaren blir en konsekvens utav att rätten att *förfoga över verket* är fri från utmätning."[8] Exemplar, som upphovsmannen visserligen äger sakrättsligt, är alltså ändå utmätningsfria och därmed konkursfria om de vid exekutionstidpunkten omfattas av ensamrätten enligt 2 § URL att göra verket tillgängligt för allmänheten (utbreda verket) genom spridning. Den yttre gränsen för exekutionsfriheten för författarens exemplar får då dras i enlighet med konsumtionsregeln i 23 § 1 p URL.[9]

Om således upphovsrätten ("äganderätten till verket"), manus och normalt inte heller exemplar av verket kan ingå i författarens konkursbo, gäller motsatsen för författarens *vederlagsfordran* på förläggaren och för det *vederlag* som under konkursen faktiskt inflyter till honom. Enligt 5:9 UB får vederlagsfordringen dock inte utmätas, och därmed inte heller tas i anspråk av konkursförvaltaren, innan förlagsrätten "utnyttjats så som förutsätts för att vederlag skall utgå och kan beräknas." Enligt motiven innebär detta regelmässigt att exemplaren ska ha hunnit tryckas och säljas och även att förläggaren haft "möjlighet att beräkna hur mycket som minst blivit sålt".[10] Uttalandet avser tydligen fordran på försäljningsroyalty. För boets möjligheter att komma åt garantihonorar eller annat förskott innebär 5:9 UB ingen inskränkning. Detsamma gäller då produktionsroyalty tillämpas.

Periodiskt utgående vederlag som innestår vid konkursutbrottet eller inflyter i konkursen får författaren enligt beneficieregeln i 5:4 KL behålla i den mån vederlaget inte uppenbart överstiger vad som behövs för författarens och hans familjs underhåll samt för eventuell annan underhållsskyldighet. Regeln avser alltså endast *periodiskt* utgående vederlag. Utgår vederlaget som engångsbelopp får i stället regeln om nödvändigt underhåll i 3:5 KL tillämpas.[11] Detta belopp får boet stå för som massa-

[6] Observeras bör att 42 § URL endast gäller då exekution sker *hos upphovsmannen själv*. Om författaren t ex sålt sin upphovsrätt så finns det inget hinder mot att denna rätt omfattas av exekution hos förvärvaren. Har den senare upplåtit förlagsrätt kan det således bli aktuellt att bedöma i vad mån förlagsrätten är sakrättsligt skyddad mot upplåtarens borgenärer, se nästföljande avsnitt.

[7] Jfr Kanter s 24.

[8] SOU 1956:25 s 303.

[9] Se för exempel a st, jfr Rosén i Festskrift till Bernitz s 108 f och Rodhe, Sakrätt s 110.

[10] SOU 1964:57 s 251, jfr samma text hos Walin, Materiell konkursrätt s 118 och Walin/Gregow/Löfmarck s 206.

[11] Se prop 1986/87:90 s 209, jfr JustR Mannerfelt i lagrådet (bilagedelens s 183) och Walin, Materiell konkursrätt s 122.

skuld.[12] Till sist kan observeras att införsel kan ske av periodiskt utgående vederlag till författaren, även om förutsättningarna för utbetalning av vederlaget inte uppfyllts, och att införseln får fortsätta under författarens konkurs.[13] I den mån konkursborgenärerna får lägga beslag på vederlaget enligt 5:4 KL, har de dock företräde framför införselborgenären, 15:18 UB.

För andra immaterialrätter än upphovsrätt (och vissa av de s k närstående rätterna i URL) saknas motsvarighet till 42 § URL. Huruvida fotorätt enligt lagen (1960:730) om rätt till fotografisk bild ändå är exekutionsskyddad råder delade meningar om.[14] I boken Immaterialrätt, som Bernitz, Karnell, Sandgren och Pehrson gemensamt svarar för, sägs vidare att 42 § URL även gäller kretsmönsterrätt (rätt till "datorchips") fastän 1986 års kretsmönsterrättslag inte ger något stöd för detta.[15] Beträffande patenträtt, mönsterrätt och växtförädlarrätt framgår indirekt av respektive lag att de är utmätnings- och överlåtbara och därmed även att de kan ingå i innehavarens konkursbo.[16] Varumärkesrätt kan visserligen inte utmätas men däremot överlåtas både separat och ihop med rörelse och även ingå i konkursbo.[17] Detta innebär att även konkursboet kan överlåta varumärkesrätten både separat och ihop med rörelsen.

I patentlicensavtal föreskrivs ibland förbud för licensgivaren/patentinnehavaren att utan licenstagarens samtycke överlåta "patentet och kontraktet". Innebär ett sådant förbud att licensgivarens borgenärer är förhindrade att ta patentet och licensgivarens rättigheter enligt kontraktet i anspråk?[18] Nej, förmodligen inte. När det först gäller ett förbud att överlåta *patentet* eller den patenterade uppfinningen som sådan kan sägas, att verkan mot tredje man av en ägares/innehavares utfästelse att inte överlåta sin egendom, *utan samband med förvärv* av egendomen, nästan inte alls diskuterats inom sakrätten. I handboken i sakrätt har dock Rodhe uppmärksammat fallet. Han skriver att en sådan fristående utfästelse säkert är giltig obligationsrättsligt men att man har anledning förmoda att den inte har verkan som utmätningsförbud.[19] Detta före-

12 A prop s 210.

13 Se närmare Walin/Gregow/Löfmarck s 534 ff.

14 Se SOU 1964:57 s 207, Rodhe, Sakrätt s 109 f och Bernitz m fl, Immaterialrätt s 64.

15 S 164.

16 Se 54 § 2 st PatL, 33 § 2 st MönsterL resp 34 § 2 st VäxtförädlarrättsL, jfr Rodhe, Sakrätt s 110.

17 34 § 3 st VarumärkesL.

18 Förbud mot att överlåta licensgivarens *skyldigheter* enligt avtalet följer redan av allmänna gäldenärsbytesregler. Licensgivarens konkursbos ställning till dessa licensgivarens skyldigheter bestäms av dels reglerna om licenstagarens sakrättsliga skydd och detta skydds räckvidd, dels reglerna om konkursboets inträde samt dels vilka regler som gäller då konkursboet önskar överlåta "kontraktet", dvs licensgivarens rättigheter *och* skyldigheter enligt licensavtalet. Dessa regler gås igenom i de nästföljande avsnitten.

19 Rodhe, Sakrätt s 120.

faller riktigt med tanke på att det är ovisst redan om ett överlåtelseförbud, som uppställts i överlåtarens intresse vid ett oneröst förvärv av egendom, har verkan mot tredje man. En licenstagares förbud för licensgivaren att överlåta sitt patent torde således inte hindra att patentet tas i anspråk av licensgivarens konkursborgenärer.

Vad gäller då om ett förbud för licensgivaren att överlåta sina *kontraktsrättigheter* (exkl skyldigheter)? I den mån ett sådant förbud är obligationsrättsligt bindande, vilket det i rätt stor utsträckning torde vara[20], finns åtminstone ett teoretiskt utrymme för att ge förbudet sakrättslig effekt. Det är dock svårt att se varför detta fall skulle behandlas annorlunda än ett förbud direkt knutet till viss konkret egendom som sakrättsligt tillhör gäldenären. Rodhe anser det emellertid vara ovisst om ett förbud att överlåta rättigheter enligt kontrakt hindrar exekution. Han tillägger att förbudet i vart fall inte hindrar utmätning av en rätt till betalning som blivit definitiv därför att den andra avtalsparten fullgjort sin prestation.[21]

Sammantaget bör därmed med viss reservation kunna sägas, att ett avtalat förbud för licensgivaren att överlåta sitt patent (eller patenterade uppfinning) och sina rättigheter enligt kontraktet inte binder licensgivarens borgenärer. Dessa egendomsslag torde således ändå ingå i konkursboet.

Patenthavarens/licensgivarens *alster* är utan särskild inskränkning åtkomliga för hans borgenärer i brist på regler motsvarande 42 § URL med följdverkningar. Inte heller är 5:9 UB tillämplig på *vederlagsfordran* på grund av utnyttjande av patent.[22] Den särskilda beneficieregeln i 5:4 2 st KL torde även den sakna tillämplighet på *vederlag* för utnyttjande av annan immaterialrätt än upphovsrätt och s k närstående rätter.[23] Regeln om nödvändigt underhåll från boet, se 5:5 KL, kan däremot användas. Vad som i anslutning till upphovsrätt sas om *införsel* gäller även periodiskt utgående vederlag för utnyttjande av patent, mönster, varumärke etc.[24]

3.2 Licenstagarens sakrättsliga skydd

Det råder delade meningar om i vad mån en licensrätt till patent, varumärke etc kan uppnå sakrättsligt skydd.[25] När det gäller *borgenärsskyddet*

20 Jfr Håstad, Studier s 121 ff.

21 Rodhe, Sakrätt s 121 med noter.

22 Jfr SOU 1964:57 s 225 och Rodhe, Sakrätt s 109.

23 Jfr Walin, Materiell konkursrätt s 122.

24 Jfr Walin/Gregow/Löfmarck s 535.

25 Detta avsnitt och nästföljande gäller även för upplåtelser av upphovsrätt då konkurs inträffar hos annan än den som är verkets upphovsman, se 42 § URL e contrario och not 6 ovan.

har dock alla – vilka visserligen inte är så många – som uttryckt en åsikt i frågan uttalat sig för *avtalsprincipen*: redan när ett giltigt licensavtal sluts skulle licenstagaren uppnå skydd mot licensgivarens borgenärer.[26] Beträffande *skyddet mot ny ägare* har, i avsaknad av lagstiftning och vägledande rättspraxis, två olika lösningar förespråkats. Den ena innebär att licensrätt över huvud taget inte kan erhålla skydd i enlighet med vad som traditionellt ansetts gälla för nyttjanderätt till materiell lösegendom.[27] Principen "köp bryter legostämma" skulle således äga generell giltighet på all bruksrätt till lös egendom. Den andra åsikten, som en majoritet i litteraturen numera förefaller ha, är att avtalsprincipen gäller även här.[28] I så fall skulle samma regel gälla för licens, som antas råda vid *överlåtelse* av immaterialrätt, alltså avtalsprincipen.

Någon närmare sakargumentation har inte presterats i anslutning till det sagda. Ett undantag finns dock. I betänkandet Pantsättning av patent (SOU 1985:10) kommer utredningen om pantsättning av patent och patentansökningar indirekt in på frågan om patentlicenstagarens skydd mot ny ägare av patentet. Efter att ha redogjort för den livliga diskussionen om hyra av *lös saks* skydd mot ny ägare sägs följande.[29]

> "I fråga om patentlicenser måste det anses uppenbart att samma synsätt inte kan anläggas som när det gäller nyttjanderätt till lös sak. Ett licensavtal avser något som är unikt – patentet – och representerar ofta mycket stora ekonomiska värden. En företagare som byggt upp en industri utifrån förutsättningen att han på grund av avtal om uteslutandelicens skall kunna utveckla och exploatera en uppfinning kan vara ekonomiskt fullständigt beroende av att avtalet vidmakthålles. Det framstår då knappast som rimligt att patenthavaren och en ny förvärvare av patentet utan vidare skulle kunna fritt disponera över licenshavarens rätt. Regeln om att en nyttjanderätt till lös sak inte har något sakrättsligt skydd mot ny ägare kan därför inte analogt tillämpas på förhållandet mellan en licenshavare och en ny förvärvare av patentet utan mycket besvärande konsekvenser. Den passar inte; den svarar inte mot de sociala behoven."

Argumentationen verkar övertygande. Observeras bör dock kanske att bristande sakrättsskydd knappast innebär att patenthavaren utan vidare fritt kan disponera över licenstagarens rätt. Patenthavaren blir ju trots

[26] Se Walin, Separationsrätt s 46, Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 279, Rodhe, Sakrätt s 580 jfrt med 553 och SOU 1985:10 s 44 och prop 1987/88:4 s 18 f. Hessler s 344 anser att motiven till patentlagen och varumärkeslagen synes utgå från detta, men denna tolkning har ifrågasatts, se t ex SOU 1985:10 s 95.

[27] Se Hasselrot i SvJT 1916 s 68, Sandgren s 128, SOU 1976:24 s 247, prop 1977/78:1 A s 247 f, jfr Jacobsson/Tersmeden/Törnroth s 279.

[28] Se Undén, Översikt över den svenska patenträtten s 79, Bernitz m fl, Immaterialrätt s 164 (eftersom även Sandgren står som medansvarig till detta verk får kanske antas att han numera övergett den uppfattning som han tillskrevs i föregående not), Rodhe, Sakrätt s 580 med hänv till Bernitz m fl, Hessler s 344 med samma tolkning av motiv som angavs i föregående not (jfr Forssell s 154) samt SOU 1985:10 s 39 f (med ytterligare hänv) och, framför allt, 94 ff.

[29] SOU 1985:10 s 97 f, jfr instämmande prop 1987/88:4 s 19.

allt skadeståndsskyldig gentemot licenstagaren om han säljer patentet så att licensrätten faller. En annan sak är rätten till skadestånd oftast blir värdelös om överlåtelse sker i samband med insolvens.

Numera har i 101 § 2 st PatL införts en regel som säger, att ett licensavtal gäller mot en panthavare om det ingåtts före ansökan om registrering av pantavtalet. I samband med regelns införande uppkom frågan om förhållandet till ny "ägare" av patentet. Utredningen framhöll följande:[30]

> "Man skulle kunna överväga att lagstifta om förhållandet mellan licenshavare och förvärvare av patentet. En sådan reglering skulle dock innebära att man på denna enda punkt ingrep med lagstiftning på äganderättens område. Alla övriga sakrättsliga frågor beträffande äganderätt till patent skulle förbli oreglerade. Att lösa problemet lagstiftningsvägen ter sig därför inte helt lämpligt. Emellertid förefaller mycket svaga skäl tala för en analog tillämpning av principen 'köp bryter legostämma' på förhållandet mellan en patentlicens och en senare äganderättsöverlåtelse av patentet. Man synes därför kunna utgå från att domstolarna vid en eventuell prövning av frågan kommer att avböja en sådan lösning och i stället tillerkänna licensen skydd mot nye ägaren, särskilt om en uttrycklig lagreglering av samma problem kommit till stånd för panträttens del. Lagstiftning bör därför inte vara nödvändig i det nu diskuterade sammanhanget."

Depchefen instämde men skrev något försiktigare, att det inte kan uteslutas att domstolarna kommer att avvisa en tillämpning av köp bryter lega-principen.[31]

Sammanfattningsvis torde man på grundval av litteraturen, till vilken de refererade motivuttalandena får hänföras, kunna sluta, att en licenstagare uppnår såväl borgenärs- som omsättningsskydd redan i och med avtalet. Huruvida utnyttjandet av licensen påbörjats eller inte förefaller sakna betydelse. Inte heller finns stöd för att någon skillnad skulle råda mellan fallet då avsevärda investeringar hunnit läggas ned och det då konkurs (eller annan tredjemanskonflikt) inträffar alldeles efter det att giltigt licensavtal slutits.

Vad *innebär* då det förutsatta sakrättsliga skyddet i och med avtalet vid licensgivarens konkurs?

Först och främst bör skyddet betyda att licensgivarens bo inte utan massapåföljd får säga upp/häva licensavtalet och på så vis beröva licenstagaren rätten till utnyttjande. Boet är alltså under massaansvar skyldigt att låta licenstagaren fortsätta eller påbörja utnyttjandet. Liksom vid nyttjande av lösa saker och fast egendom följer dock inte utan vidare att sakrättsskyddet gäller avtalet i alla dess delar. Biförpliktelser, som exempelvis utbildning av licenstagarens personal, skyldighet att informera om förbättringar av uppfinningen, upprätthållande av patentet, tekniskt bi-

30 A bet s 98 f.

31 Se prop 1987/88:4 s 19 f.

stånd, hållande med reservdelar och service etc, omfattas inte. Biförpliktelserna synes dock vid immateriell egendom vara betydligt svårare att skilja från det grundläggande, i princip passiva upplåtandet av egendomen, än vid saker och fastigheter. Uppenbart är att ett konkursbos vägran att fullgöra sådana förpliktelser i realiteten ofta kan vara liktydigt med att boet berövar licenstagaren avtalsobjektet genom uppsägning. Väsentligt kontraktsbrott i dessa delar ger säkerligen också licenstagaren rätt att häva hela avtalet. Men om den förpliktelse som boet försummat, och som eventuella ersättningsanspråk ytterst grundas på, inte omfattas av det sakrättsliga skyddet, så har anspråket inte ställning av en massafordran. Det sakrättsliga skyddet blir då inte av något större värde för licenstagaren. Han tvingas ändå att avbryta utnyttjandet och får normalt själv stå för förlusterna.

Förhållandet att gränsen mellan sakrätt och obligationsrätt, eller mellan skyldighet att tåla borgenärens nyttjande och andra, positiva förpliktelser, torde vara mera svårdragen inom immaterialrätten än annars, kan föranleda olika slutsatser:

För det första kan tänkas att alla förpliktelser som är väsentliga för hela avtalets bestånd, eller för att ett fortsatt avtalsförhållande alls ska te sig meningsfullt, här omfattades av sakrättsskyddet. I så fall är vi dock inne på de lege ferenda-resonemang. Det förefaller också tveksamt om ett sådant heltäckande sakrättsskydd är att rekommendera med hänsyn till konkursförvaltningens och därmed övriga konkursborgenärers intresse av handlingsfrihet för en gynnsam boavveckling.

Den *andra* ytterligheten är att säga, att mera komplicerade immaterialrättsupplåtelser, där olika komponenter ingår i ett komplex av förpliktelser och rättigheter, över huvud taget inte bör kunna erhålla sakrättsligt skydd, därför att ett skydd ändå skulle vara meningslöst: skyddet skulle bara omfatta en liten del av de samlade licensgivarförpliktelserna, varför licenstagaren i praktiken ändå kommer att vilja frigöra sig från avtalet. Ett sådant resonemang är dock något bakvänt. Om avtalet är komplicerat eller komplext är det bättre att säga, att ett konkursbo normalt inte kan fullgöra det och att licenstagaren därför bör tilläggas ovillkorlig hävningsrätt vid licensgivarens konkurs och att konkursboet således inte har någon inträdesrätt. Det blir sedan upp till licenstagaren att avgöra om han ska kvarstå vid avtalet i förlitan på det i praktiken halvdana sakrättsskyddet eller häva omedelbart. Att alls godta en regel om sakrättsligt skydd för licensrätt måste ändock bygga på förutsättningen, att ett sådant skydd i de flesta licensförhållanden är värdefullt och att licenstagarna normalt skulle välja att förlita sig på det. Ett sådant antagande synes också ha gjorts i det refererade betänkandet SOU 1985:10.

Den *tredje lösningsmodellen*, som torde överensstämma med gällande svensk rätt, är att sakrättsskydd för licensrätt i och för sig kan erhållas, men att värdet av skyddet i stor utsträckning är beroende av hur omfattande och komplicerade positiva förpliktelser licensgivaren har att fullgöra enligt avtalet. Dessa förpliktelser utgör ju inte förmögenhetsföremål eller egendom i vanlig mening utan normalt tjänsteprestationer, vilka inte regleras av de sakrättsliga reglerna.[32] Ska licenstagaren få dessa förpliktelser fullgjorda i licensgivarens *konkurs*, måste de därför göras till föremål för konkursboets automatiska, konkludenta eller uttryckliga inträde med åtföljande massaansvar.

Vid *överlåtelse* av patentet innebär sakrättsskyddet för licensrätten på motsvarande sätt endast att förvärvaren är bunden att tåla att licenstagaren utnyttjar patentet. Övriga ovan exemplifierade förpliktelser utgör inte anspråk på utnyttjande (eller bruksrätt) utan mestadels på arbete i vid mening. När det gäller rätt att få ta del av licensgivarens know-how, tekniska förbättringar och liknande, är det närmast fråga om anspråk på att få erhålla kunskap, dvs på ett slags immateriell tjänst. Att ett sådant anspråk inte kan insorteras under de sakrättsliga kollisionsreglerna följer väl redan av "sakens natur", om uttrycket tillåts. För att ett anspråk av denna typ ska kunna göras gällande av licenstagaren mot en förvärvare av patentet, krävs då att förvärvaren åtagit sig att fullgöra det. Detta får antas ha skett om den överlåtande licensgivaren gjort särskilt förbehåll för licenstagarens alla rättigheter enligt avtalet och förmodligen även då licensgivarens sålt "patentet och kontraktet" och "kontraktet" tolkas som inrymmande även licensgivarens *skyldigheter* enligt avtalet och därmed indirekt som ett förbehåll för de licensgivarskyldigheter som inte omedelbart täcks av sakrättsskyddet.[33]

I *tysk rätt* har frågan om behandlingen av biförpliktelser enligt patentlicensavtal vid licensgivarens konkurs diskuterats en del.[34] Utgångspunkten är ostridigt att licenstagaren har sakrättsligt skydd gentemot licensgivarens konkursbo efter "die Überlassung" av uppfinningen analogt med hyres- och arrenderegeln i § 21 st 1 KO. Boet får alltså inte säga upp avtalet. Inte heller licenstagaren får säga upp det. Grundprincipen enligt § 21 st 1 och § 59 KO är därvid att boet automatiskt blir massaansvarigt för upplåtarens förpliktelser fr o m konkursutbrottet. Har "överlämnande" däremot inte skett före konkursen, ska i stället den allmänna inträdesrättsregeln i § 17 KO tillämpas, vilket innebär att boet fritt kan välja mellan att inträda med massaansvar och att med hävningsverkan avstå därifrån.

32 Jfr Hessler s 6 och Rodhe, Sakrätt s 1.

33 Se för det sagda allmänt Rodhe, Obligationrätt s 609 f och 612–615, jfr även Rodhe, Sakrätt s 608 f.

34 Se Reimer s 464 f, Klauer/Möhring s 514, Stumpf s 294 ff, Benkard/Ballhaus s 493, Jaeger/Henckel s 630 f och Kuhn/Uhlenbruck s 474.

Enligt den dominerande uppfattningen är § 21 st 1 KO tillämplig även då uppfinningen visserligen överlämnats/gjorts tillgänglig för licenstagaren före konkursen, men avtalade biförpliktelser ännu inte fullgjorts av licensgivaren vid samma tidpunkt. Boet skulle alltså vara skyldigt att under massaansvar fullgöra även dessa. – En annan uppfattning är att boet kan välja att avlasta sig från ansvaret för biförpliktelserna genom användning av § 17 KO. Boet skulle alltså kunna avstå från att fullgöra biförpliktelserna utan massaansvar, även om detta i praktiken kan innebära att licenstagaren förlorar intresset för ett fortsatt licensförhållande och därför tvingas häva. Den härskande meningen påpekar här i och för sig att det ofta rör sig om sådana förpliktelser, som över huvud taget inte kan fullgöras av någon annan än konkursgäldenären själv, men att problemet kan lösas genom en överenskommelse mellan gäldenären och konkursförvaltaren om samarbete för korrekt fullgörelse. Vägrar gäldenären att medverka finns dock ingen annan utväg än att låta licenstagaren häva.[35]

Enligt en tredje teori, formulerad av Henckel, kan § 21 KO:s heltäckande sakrättsskyddsregel endast tillämpas om avtalet, med hänsyn till syfte och affärsmässig innebörd, kan sägas utgöra ett enhetligt rättsförhållande. Föreligger ett sådant gäller sedan att avgöra om "Überlassung" skett. Detta ska då inte bedömas ha ägt rum, om ett utnyttjande av licensen inte är möjligt utan att biförpliktelserna samtidigt fullgörs. I sådant fall blir den allmänna § 17 KO tillämplig på hela avtalet, varvid konkursboet kan välja mellan att inträda med massaansvar och att avbryta avtalet i dess helhet utan massaansvar.[36] Nyligen har Uhlenbruck instämt i dessa åsikter,[37] vilka torde ligga nära den andra av de ovan angivna lösningsmodellerna.

3.3 Licensgivarens konkursbos inträde

I föregående avsnitt antog jag att en licenstagare är skyddad mot licensgivarens borgenärer och ny ägare/innehavare av patentet, varumärket, mönsterrätten etc redan i och med avtalet om licensupplåtelse. Detta innebär att utrymmet för en egentlig *inträdesrätt* för licensgivarens konkursbo är begränsat till de eventuella biförpliktelser som licensgivaren åtagit sig att fullgöra och som sakrättsskyddet inte säkrar åt licenstagaren. Vad avser licenstagarens huvudanspråk på att få (fortsätta) utnyttja uppfinningen, varumärket, mönstret etc, finns inte utrymme för något val för boet: licenstagarens utnyttjande måste utan vidare respekteras under massaansvar.

Med hänsyn till det sakrättsliga läget finns det knappast anledning att ge licenstagaren hävningsrätt omedelbart på grund av licensgivarens konkurs. Däremot följer av allmänna regler, att licenstagaren kan häva hela avtalet om inte boet väljer att fullgöra biförpliktelser som är väsentliga för avtalet i dess helhet. Vill boet bevara avtalsförhållandet, eller

35 Se främst Reimer a st.

36 Se Henckel a st.

37 Kuhn/Uhlenbruck a st.

undvika att licenstagaren gör avdrag på licensavgiften, måste boet därför inträda och fullgöra biförpliktelserna ifråga. I denna del bör konkursboet således ha rätt att inträda om inte licensgivarens åtaganden har en så pass unikt personlig eller komplicerad karaktär, att fullgörelse av ett konkursbo får anses uteslutet, jfr den tyska diskussionen alldeles ovan. Är det redan vid konkursutbrottet uppenbart att det kommer att vara omöjligt för boet att fullfölja väsentliga, positiva biförpliktelser, bör licenstagaren sålunda få häva, närmast på grund av anteciperat kontraktsbrott.

Det bör betonas att det sistnämnda endast avsåg (det sällsynta?) fallet, att för hela upplåtelseavtalets bestånd väsentliga biförpliktelser åligger licensgivaren. I huvudfallet torde licenstagarens sakrättsskydd dock som sagt medföra att licenstagaren inte får häva på grund av konkursen.

Beträffande *övriga frågor* med anknytning till konkursboets inträde på upplåtarens sida, t ex *om* boets eventuella plikt att ställa säkerhet, *om* partiellt inträde, *om* s k kvarstående hävningsrätt för licenstagaren på grund av kontraktsbrott före konkursen, *om* konkludent inträde, *om* olika frågor vid boets överlåtelse av patentet, varumärket, mönstret etc, *om* kvittning med konkursfordringar på boets fordran på licensavgift för utnyttjande i konkursen får genomgående hänvisas till framställningen om uthyrarens konkurs vid hyra av lös sak i de avsnitt, där utgångspunkten är att hyrestagaren är sakrättsligt skyddad i sitt nyttjande, se kap VI 3.2.5 och 3.2.6. Lösningarna bör mutatis mutandis bli desamma för licensavtalen.

VIII ANSTÄLLNINGSAVTAL

1 Inledning

De kanske viktigaste avtalen vid företagskonkurs är anställningsavtalen för den personal som är sysselsatt i gäldenärens verksamhet. Oavsett om konkursförvaltaren aktivt avser att fortsätta driften i syfte att sälja rörelsen "as a going concern" eller endast upprätthålla s k passiv drift i avvaktan på pågående arbetens och andra åtagandens avslutande, är de anställdas fortsatta medverkan oftast en nödvändig förutsättning för en ekonomiskt försvarbar realisation. Ur konkursboets synvinkel gäller det således att kunna utnyttja den redan befintliga arbetsstyrkan under den tid det tar att avveckla boet och helst då utan att det medför ett omfattande massaansvar för lönerna. Genom lagen (1970:741) om statlig lönegaranti vid konkurs (LGL) har detta intresse i det väsentliga tillgodosetts.

Lönegarantilagen är även och kanske främst av betydelse för de anställda. För dem utgör arbetsgivarens konkurs en stor risk för att arbetsvederlaget uteblir. Arbetstagaren presterar ju i förskott och saknar normalt säkerhet för lönen. Viktigare ändå är att hans många gånger enda inkomstkälla riskerar att falla bort och han därmed blir arbetslös. Arbetstagarens möjlighet att förtjäna sitt uppehälle kan således vara beroende av att verksamheten kan leva vidare och han så småningom kan erhålla fortsatt anställning hos en ny arbetsgivare.

För staten gäller att den av regional- och sysselsättningspolitiska skäl likaledes kan ha ett intresse av att driften hos ett konkursdrabbat företag upprätthålls. Detta medför givetvis inte att företag eller verksamheter som saknar framtidsutsikter ska hållas vid liv och drivas vidare, utan i sådana fall bör konkursen leda till nedläggning. Men typiskt sett tillgodoses även det allmännas intresse bäst om konkursförvaltningen under en tid kan fortsätta driften och utnyttja de anställda utan avbrott i produktionen.[1]

[1] Man kan ha olika åsikter om det lämpliga i att använda konkursen som rekonstruktionsinstrument i den utsträckning som sker idag, men om dagens lönegarantiregler, vilka medger utbetalning vid konkurs men inte vid andra insolvensuppgörelser, behålls är det nog ofrånkomligt att konkursen även framöver kommer att fylla denna funktion.

Konkursförvaltarna hade emellertid tills helt nyligen inget stöd i konkurslagen för att vid boavvecklingen kunna beakta andra intressen än borgenärernas betalningsintresse i den aktuella konkursen, se 51 § i 1921 års KL. Att andra hänsyn ändå ofta tagits i den praktiska tillämpningen torde vara klart. För detta fanns stöd i en del motivuttalanden.[2] Konkursförvaltarna riskerade då emellertid skadeståndstalan från borgenärerna för att ha tagit ovidkommande hänsyn. I den nya konkurslag som trätt i kraft 1988 har detta problem uppmärksammats och i viss mån åtgärdats. Samtidigt som uttryckliga regler om förvaltarens skadeståndsansvar införts, se 17:1 i den nya lagen, har regeln om förvaltarens allmänna åligganden formulerats så här (7:8):

> "Det åligger förvaltaren att ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet.
>
> Första stycket hindrar inte att förvaltaren vid avvecklingen av boet beaktar vad som är ägnat att långsiktigt främja sysselsättningen, om det kan ske utan att borgenärernas rätt nämnvärt förringas."

I de allmänna motiven anför depchefen bl a följande.[3]

> "Jag har för min del uppfattningen att konkursförvaltningen även i fortsättningen måste drivas med utgångspunkt i borgenärernas intresse av en snabb avveckling av boet med så bra ekonomiskt resultat som möjligt. Det bör emellertid inte hindra att förvaltaren också måste låta andra hänsyn än det rena borgenärsintresset spela in. Förvaltaren bör sålunda enligt min mening kunna väga in hänsynen till arbetstagarna i ett konkursdrabbat företag även om detta inte följer av annan lagstiftning. Förvaltaren bör också kunna beakta intresset av att sysselsättningen på en viss ort upprätthålls. Det förekommer inte sällan att förvaltaren vid försäljningen av en rörelse erhåller högsta budet från någon som förvaltaren misstänker inte kommer att driva verksamheten på ett seriöst sätt. Ibland kan det vara fråga om någon närstående till konkursgäldenären. KL:s ensidiga inriktning på att tillgodose borgenärsintresset lämnar...formellt sett inte något utrymme för förvaltaren att vägra acceptera detta bud. Mot det rena borgenärsintresset står emellertid ofta de anställdas och ortens intresse av att få behålla en tryggad sysselsättning. Från det allmännas sida finns intresset av att verksamheten i framtiden sköts på ett seriöst sätt.
>
> Kommittén har uttalat att förvaltaren i den nyss beskrivna situationen bör kunna överlåta rörelsen till någon som inte avgett det högsta budet, om han har mycket starka skäl till detta. I sak delar jag den uppfattningen. Med nuvarande bestämmelser riskerar emellertid förvaltaren att drabbas av skadeståndsskyldighet om han vägrar att godta det högsta budet. Detta är enligt min mening inte tillfredsställande. Jag föreslår därför att den grundläggande bestämmelsen om förvaltarens allmänna åligganden...modifieras så att förvaltaren ges befogenhet att ta hänsyn till annat än det rena borgenärsintresset."

I specialmotiven utvecklas det hela närmare, särskilt vad gäller försäljning av rörelsen:[4]

[2] Se prop 1975:6 s 114, SOU 1977:29 s 165 ff, prop 1978/79:105 s 154 och SOU 1983:24 s 289 ff.

[3] Prop 1986/87:90 s 111 f.

[4] A prop s 263.

"Med stöd av den föreslagna bestämmelsen kan förvaltaren göra en helhetsbedömning när han prövar de avgivna buden. Bestämmelsen är emellertid allmänt hållen och lämnar ett betydande utrymme för förvaltarens eget omdöme. Det är min avsikt att följa den praktiska tillämpningen på denna punkt.

Normalt kan det givetvis inte anses främja sysselsättningen långsiktigt att försäljning sker till någon som inte har tillräckliga ekonomiska förutsättningar eller någon vars syfte är att 'slakta' företaget för att tillgodogöra sig realtillgångarna. Är den tilltänkte köparen dessutom någon som kan betraktas som närstående till konkursgäldenären föreligger det enligt min mening starka skäl för att närmare undersöka möjligheterna att avyttra egendomen till någon annan. Det bör i den situationen vara naturligt att förvaltaren infordrar ytterligare anbud på egendomen, om det inte bedöms som utsiktslöst att någon annan skulle vilja ge ett bud på denna.

Det är ofrånkomligt att en försäljning till någon annan än den som avgett det högsta budet på egendomen kortsiktigt kan komma att drabba en eller flera borgenärer. Av bestämmelsen framgår emellertid att den får tillämpas endast i den mån det kan ske utan att borgenärernas rätt nämnvärt förringas. Vid denna bedömning bör också den enskilde borgenärens förmåga att tåla förlusten beaktas. Det kan alltså inte bli fråga om annat än relativt obetydliga förluster för en borgenär. Bestämmelsen bör inte heller ges en så vidsträckt innebörd att den påverkar kreditbedömningen och kraven på säkerhet hos banker och andra kreditgivare. I så fall riskerar man nämligen att företagens möjligheter att utnyttja rörelsetillgångarna som kreditsäkerhet försämras. Att närmare precisera hur pass mycket lägre bud som kan godtas är inte möjligt. Denna bedömning får göras av förvaltaren med ledning av omständigheterna i varje enskilt fall."

I lagrådet framhölls därtill bl a att det vid exekutiv försäljning inte finns utrymme för att på grund av 7:8 2 st KL åsidosätta högsta budet. Lagrummet kan däremot betyda att *rörelsen fortsätts* med hänsyn till det långsiktiga sysselsättningsintresset. Depchefen instämde i detta.[5] Någon ändring i den särskilda bestämmelsen om utrymmet för vidaredrift har inte skett genom den nya lagen, se 8:2.

Enligt min mening finns det beträffande vidaredrift anledning att framhålla, att chanserna för de anställda att få behålla sina arbeten ofta sammanfaller med övriga borgenärers intresse, vilket normalt tillgodoses bäst om verksamheten i sin helhet eller de "bästa bitarna" efter en rekonstruktion kan övertas av ny ägare. Konflikten mellan de regionalpolitiska och arbetsmarknadsmässiga intressena å ena sidan och borgenärernas betalningsintresse å den andra bör alltså inte överdrivas. Ställs problemet ändå på sin spets följer dock utan tvekan av 7:8 KL, att det rena borgenärsintresset har företräde.[6]

Uppläggningen av det här kapitlet följer i stort sett samma mönster som de föregående. Kommenteras bör här bara den delvis rättshistoriska genomgång som görs i avsnitt 2.2.1. Orsaken till att jag där så pass utförligt beskriver rättsutvecklingen från 1800-talet och framåt är, att man i moderna utläggningar på detta rättsområde, såväl i lagmotiv som i litteratur

[5] A prop s 282 f.

[6] Jfr Welamson, Konkurs s 15 och 115 samt Lindskog i Från advokatens verkstad s 312 ff.

och rättspraxis, finner ganska klent underbyggda påståenden om rättsläget i olika avseenden. Ibland hänvisas visserligen till äldre rättspraxis och allmänt till "äldre rätt", men i samma andetag sägs då inte sällan att de äldre avgörandena och föreställningarna i hög grad satts ur spel genom införandet av lönegarantilagen 1971. Detta har gjort mig nyfiken på att närmare undersöka hur det tidigare egentligen förhöll sig och i vad mån äldre regler ännu är relevanta. Därav det något vidlyftiga avsnitt 2.2.1.

I kapitlet avhandlar jag långt ifrån alla rättsliga frågeställningar som aktualiseras då anställningsavtal konfronteras med konkurs. Rent arbetsrättsligt anknutna frågor, t ex den om konkursboets skyldighet att MBL-förhandla,[7] har jag inte behandlat. Inte heller har jag skrivit något om den för arbetsrätten särpräglade frågan om konkursboets bundenhet av gäldenärens kollektivavtal.[8] Detsamma gäller för de tidigare omstridda men fr o m 1982 års anställningsskyddslag inaktuella frågorna om och kring boets varselskyldighet enligt 29 och 30 §§ i 1974 års anställningsskyddslag,[9] samt frågor om konkursförvaltares skyldighet att varsla länsarbetsnämnd om driftsinskränkningar.[10] Jag har vid diskussioner om arbetstagares fordringar i konkurs koncentrarat mig på lönefordringar. Fordringar på pension, semesterersättning och andra krav förbigås helt.

För syftet med den här boken är jag intresserad av konkursboets förhållande till konkursgäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal i egentlig mening, dvs grundprinciperna för systemet av regler för varje enskild kontraktstyp och i vad mån dessa uppvisar likheter eller olikheter sinsemellan. Härav följer att detta kapitel bör röra sig i gränslandet mellan anställnings*kontraktsrätt* och konkursrätt, inte inom området arbetsrätt (eller kollektiv arbetsrätt) vid konkurs i allmänhet. De angivna begränsningarna är motiverade med hänsyn till detta.

[7] Se härom AD 1980 nr 106 och 110, Konkurs & Ackord s 114 ff, prop 1978/79:105 s 170 ff, prop 1981/82:71 s 87 f och 143, Bylund/Viklund s 177 ff, Schmidt/Sigeman s 176 f, Eklund s 61 not 68, Bergqvist/Lunning s 211 ff samt, utförligt, Zethræus i Festskrift till advokatsamfundet s 590 ff.

[8] Se härom AD 1972 nr 12, 1972 nr 27, 1974 nr 9, 1974 nr 10, 1975 nr 75, 1978 nr 95 och 1982 nr 143. Jfr SOU 1977:29 s 167, Konkurs & Ackord s 118, Schmidt/Sigeman s 176, Eklund s 62 med not 71, Möller, Konkursbos inträdesrätt s 110 f, Bergqvist/Lunning s 305, SOU 1986:9 s 198 f samt senast Zethræus a a s 596 ff. Se även 28 § MBL.

[9] Se härom kronologiskt prop 1975/76:19 s 67, AD 1976 nr 3, prop 1978/79:105 s 173, särskilt AD 1980 nr 143, Konkurs & Ackord s 118 f, AD 1982 nr 143, NJA 1982 C 41, RH 1982:90, prop 1981/82:71 s 143, Möller a a s 107 ff, Elwing, Konkursläran s 77 f, Lunning s 301, Schmidt/Sigeman s 177 not 4 och 182 f samt Zethræus a a s 587 f.

[10] Se härom lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder, NJA 1987 s 349, Zethræus a a s 591 f och Konkurs & Ackord s 121.

2 Arbetsgivarens konkurs

2.1 Huvuddragen enligt dansk, norsk och tysk rätt

2.1.1 Dansk rätt[1]

Utgångspunkten för de danska reglerna är att arbetsgivarens konkursbo har rätt att inträda enligt den allmänna inträdesregeln i 55 § DKL. Arbetstagaren kan endast häva avtalet om de genom konkursen förändrade förhållandena ger honom särskild anledning därtill, 63 § 3 st DKL. Detta är t ex fallet då arbetet väsentligt ändrar karaktär. Enligt 63 § 1 st DKL åligger det boet att på eget initiativ och så fort som möjligt besluta om det ska utnyttja inträdesrätten eller inte. Bestämmelsen är närmast att se som en ordningsföreskrift, då den inte är försedd med några rättsverkningar. Ifall arbetstagarna däremot själva frågar boet om inträde enligt den allmänna 55 § 2 st DKL, får de häva om inte boet ger positivt inträdesbesked "uden ugrundet ophold". Arbetet kan innehållas på grund av konkursen tills säkerhet ställs, 54 § DKL. Enligt 57 § samma lag är boet då det inträder skyldigt att utan oskäligt uppehåll ställa säkerhet för lönen, i den mån den som brukligt är utbetalas periodvis i efterskott. Säkerheten ska rullande täcka den först förfallande lönen för tiden efter konkursutbrottet. Också massaansvaret avser endast tiden efter konkursutbrottet, se 56 § 2 st DKL.

Jag sa nyss att arbetstagaren inte får häva på grund av konkursen som sådan. I 61 § DKL finns dock en tvingande regel som säger, att såväl boet som medkontrahenten får säga upp ett varaktigt avtal med sedvanligt eller rimligt varsel. För medkontrahenten – här arbetstagaren – gäller emellertid det undantaget, att han inte får säga upp avtalet om gäldenären – här den konkursdrabbade arbetsgivaren – hade rätt att överlåta sin rätt. Munch anser att syftet med denna undantagsregel, nämligen att medkontrahenten bör få finna sig i att boet inträder som avtalspart när han redan utom konkurs får tåla en ny motpart, talar för att även en rätt

[1] Se framför allt Munch s 344 f, 356, 363 f, (jfr 171 ff), 388 f, 392, 398 ff och 558 ff, betænkning nr 606/1971 s 123 f, 130 hsp, 132 hsp, 134 vsp och 138 f samt Hasselbalch, Ansættelsesretten s 241 ff. Jfr Gomard s 57 ff och Ørgaard s 110 ff.

att överlåta kontraktet ihop med en större förmögenhetsmassa omfattas. Detta skulle medföra, att arbetsgivarens rätt att överlåta anställningsavtalen ihop med verksamheten enligt 1979 års danska "virksomhedsoverdragelseslov" innebär, att arbetstagaren inte kan säga upp avtalet på grund av konkursen.[2] Hasselbalch menar på liknande sätt att arbetstagaren endast får säga upp avtalet, om det identitetsskifte som konkursen innebär även kunnat åberopas enligt allmänna regler.[3]

Särskilda regler för lönefordringens status under den tid i konkursen, då boet överväger om det ska inträda eller inte, ges i 63 § 2 st DKL: om boet inom två veckor från konkursutbrottet förklarar att det *inte* vill inträda så hänförs lönefordringen för tiden från konkursutbrottet till förklaringen till tiden före konkursen. Fordringen är därmed en konkursfordran men som en sådan säkrad med statlig lönegaranti enligt regler som jag strax ska redogöra för. Lönekrav för tid under vilken arbetstagaren faktiskt utfört arbete åt boet är dock en massafordran. Om boet *senare* än två veckor efter konkursutbrottet avger en förklaring om icke-inträde, är däremot lönekravet från konkursutbrottet till boets förklaring under alla förhållanden ett massakrav, alltså oavsett om arbete faktiskt utförts åt boet eller inte. Observera att boets ansvar även i sistnämnda fall endast gäller fram till den negativa förklaringen. Boet kan emellertid inte vänta hur lång tid som helst med att avstå från att inträda och sedan enligt 63 § 2 st DKL utan föregående varsel smidigt klippa av massaansvaret genom ett negativ inträdesbesked. Detta beror *dels* på att arbetstagarna som sagt alltid kan fråga boet om inträde och häva om inte besked ges inom skälig tid, *dels* riskerar boet, vid underlåtenhet att på eget initiativ ge besked och genom fortsatt utnyttjande av arbetskraften, att inträda konkludent fullt ut, dvs att ådra sig massaansvar inte bara fram till tidpunkten för det negativa beskedet utan för hela den resterande avtalstiden/tills vidare. En längre tids passivitet *utan* att arbetskraften utnyttjas bör enligt Munch däremot inte uppfattas på detta sätt, utan tvärtom som ett avstående från att inträda som ger arbetstagarna rätt att häva.[4]

Har boet inträtt i egentlig mening så kan det sedan säga upp avtalet från "massaplanet" med sedvanlig eller rimlig uppsägningstid och därmed begränsa massaansvaret, 61 § 1 st DKL.

För det motsatta fallet, då boet väljer att inte inträda i avtalet i egentlig mening, gäller att arbetstagarna kan häva med omedelbar verkan och kräva skadestånd som konkursfordran, se 58 § 1 st och 59 § DKL. Vid

[2] Munch s 392. Se närmare om 1979 års lag längre fram i texten.

[3] Hasselbalch a a s 244.

[4] Munch s 402.

beräkningen av skadeståndet torde endast sedvanlig eller rimlig uppsägningstid enligt regeln i 61 § DKL få läggas till grund.

Det kan då vara dags att se det sagda i belysning av de danska *lönegarantireglerna*.[5] Enligt 2 § loven (nr 16 1972) om Lønmodtagernes Garantifond omfattar garantin fordringar som utgår med förmånsrätt enligt 95 § DKL, vilket *för det första* är de lönefordringar etc som förfallit under tiden från sex månader före konkursen till konkursbeslutets meddelande, *för det andra* även tidigare förfallna lönefordringar i den mån arbetstagaren enligt skifterettens skönsmässiga bedömning har sökt driva in kravet utan ogrundat uppehåll men inte kunnat få till stånd en utmätning som står sig gentemot konkursboet. *För det tredje* omfattas den lönefordran under boets "betänketid" i konkursen, som enligt det ovan sagda är att hänföra till tiden före konkursen, se 63 § 2 st DKL. Massafordringar omfattas inte av lönegarantin. Konkursboet anses inte heller kunna försättas i konkurs.[6] Men den danska garantilagen förutsätter å andra sidan inte ovillkorligen konkurs som förutsättning för utbetalning: även i fall där verksamheten upphör och det kan visas att arbetsgivaren är oförmögen att betala lönekraven kommer garantin ifråga, se 1 § 3 p. Det synes dock oklart om denna regel kan tillämpas även på ett konkursbo som avvecklar sin verksamhet efter att ha trätt in i anställningsavtalen.

Garantin är beloppsbegränsad, för närvarande till 60 000 DKr per arbetstagare efter skatt. Sker utbetalning inträder garantifonden i arbetstagarens privilegierade krav mot boet, 7 § garantilagen. Löneförmånsrätten ligger efter konkurskostnader och massagäld, kostnader från olika typer av rekonstruktionsförsök före konkursen samt "massaskulder" som ådragits under tiden mellan en registrerad betalningsinställelse och konkursutbrottet. Borgenärer med realsäkerhet räknas i princip som "separatister".

Lönegarantin torde innebära att arbetstagaren inte får häva anställningsavtalet på grund av lönerestantier från tiden före konkursen, trots att 58 § 2 st DKL säger motsatsen. I övrigt har garantin inte inverkat särskilt mycket på de beskrivna reglerna om anställningsavtal och arbetsgivarkonkurs. Exempelvis anses garantireglerna inte ge tillräcklig säkerhet för avtalsenlig lönebetalning på förfallodagen, varför arbetstagaren alltid kan göra fortsatt arbete beroende av att säkerhet ställs och det oavsett om boet trätt in eller inte.[7] Detta gäller även för väntetid enligt 63 § 2 st DKL.

Till sist ska de i Danmark mycket omdiskuterade reglerna vid *boets försäljning av verksamheten inklusive anställningsavtalen* beröras. På

[5] Se Munch s 558 ff; lagen finns där intagen som bilaga på s 875 ff.

[6] Se Munch s 531.

[7] Se Munch s 363.

grundval av Danmarks åtaganden inom EG infördes 1979 en särskild lov (nr 111 1979) om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (virksomhedsoverdragelsesloven).[8] Avsikten med lagen är att skydda arbetstagarnas rättigheter vid företagsöverlåtelse. I 2 § sägs bl a att förvärvaren av verksamheten (eller en del av den) omedelbart inträder i de rättigheter och skyldigheter som enligt det individuella anställningsavtalet bestod vid överlåtelsetidpunkten. Vad detta mera exakt ska anses innebära har varit föremål för en livlig debatt redan utanför konkursfallet. Den övervägande meningen tycks vara, att förvärvaren av rörelsen automatiskt blir ansvarig för samtliga de lönekrav som åvilade överlåtaren vid överlåtelsen. Detta innefattar även krav från tiden före överlåtelsen. Lagstiftarens avsikt lär också vara, att överlåtaren ska bli fri från ansvar fr o m överlåtelsen och att detta gäller även för krav som redan intjänats men ännu inte förfallit till betalning. I litteraturen är man dock tveksam till om överlåtarens ansvar generellt upphör, bara därför att 2 § föreskriver att förvärvaren utan vidare ansvarar för alla skulder. I frågan om överlåtarens eventuellt kvarstående ansvar ger EG-direktiven varje medlemsstat fria händer.

Överlåtelselagens 3 § 1 st stadgar att uppsägning på grund av överlåtelse av verksamheten inte är sakligt grundad, om den inte beror på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska orsaker, vilka medför förändringar i arbetsstyrkan.[9] Kort sagt är företagsöverlåtelsen inte i sig saklig grund för uppsägning. Kan då *arbetstagaren* vägra gäldenärsbyte och häva om så ändå sker? Frågan är inte reglerad i den angivna lagen. Arbetstagaren anses då enligt tidigare fastslagna, arbetsrättsliga regler kunna vägra arbetsgivarbyte, och häva om byte ändå sker, om arbetet är avsett att utföras under arbetsgivarens personliga ledning och allmänt vid fall av bristande förutsättningar. Vid den närmare, in-casu-inriktade bedömningen får hänsyn tas till verksamhetens art och storlek och till arbetsförhållandets karaktär.[10] Kort sammanfattat kan man säga, att en överlåtelse av verksamheten inte i sig ger arbetstagaren rätt att frånträda anställningen (eller vägra arbetsgivarbyte), utan att förvärvaren i enlighet med 1979 års lags 2 § 1 st tvärtom automatiskt även övertar överlåtarens *rät-*

[8] Se om lagen i allmänhet Andersen, Virksomhedsoverdragelse och Hasselbalch, Ansættelsesretten s 223 ff. Se vidare från debatten i litteraturen Kofoed-Hansen i UfR 1982 B s 293 ff, Nørgaard i UfR 1982 B s 393 ff, Spleth i UfR 1982 B s 443 ff, Hasselbalch i UfR 1982 B s 448 f, Nørgaard i UfR 1983 B s 202 ff, Fristrup/Albrechtsen/Wissum i UfR 1984 B s 138 ff, Schaumburg-Müller i UfR 1985 B s 320 ff, Munch i UfR 1985 B s 423 f, Schaumburg-Müller i UfR 1986 B s 92 f och Toft i UfR 1986 B s 93 ff. Jfr även Eklund s 110 f.

[9] I 3 § 2 st står därtill att arbetstagaren ska anses avskedad, om han på grund av överlåtelsen fått väsentligt förändrade arbetsvillkor som skadat honom.

[10] Se Munch s 400 och Eklund s 113 ff.

tigheter enligt anställningsavtalet, men att arbetstagaren har rätt att häva vid väsentliga bristande förutsättningar av framför allt personligt slag.

Jag övergår nu till att diskutera 1979 års lags betydelse vid *överlåtelse i konkurs*. Enighet råder först om att lagen inte gäller redan vid konkursboets övertagande av rörelsen och anställningsavtalen, men däremot vid boets försäljning av dem. Grundprincipen blir då att ingen av de inblandade parterna kan motsätta sig en överlåtelse som boet företar och inte heller häva eller säga upp avtalet på grund av överlåtelsen. Överlåtarens/boets ansvar skulle upphöra vid tiden för överlåtelsen samtidigt som förvärvaren svarade för alla förpliktelser som det vid samma tidpunkt låg på överlåtaren att fullgöra. Innebörden av detta förvärvarens ansvar vid köp från ett konkursbo har diskuterats mycket flitigt.[11] En uppfattning är att förvärvarens ansvar, trots 2 § i 1979 års lag, endast avser löneanspråk som härrör från *avtal som boet trätt in i*. Vissa vill i denna modell även inbegripa andra fall där lönen är massafordran, t ex under betänketid i konkursen enligt 63 § 2 st DKL. Ytterlighetsåsikten är att förvärvaren, på samma sätt som torde gälla utom konkurs, svarar för alla lönekrav, oavsett om de avser tiden före eller efter konkursutbrottet och oavsett om de utgör massa- eller konkursfordran. Fastställandet av rättsläget på denna punkt försvåras av dels en uppenbar osäkerhet i tolkningen av ett par avgöranden från EG-domstolen (vilka inte omedelbart gällde den *danska* lagen), senast i februari 1985, dels 2 § 1 st rörelseöverlåtelselagens ganska allmänt hållna formulering.

I lönegarantifondens praxis har man gjort så, att förvärvaren svarar för lönen för tiden mellan konkursutbrott och överlåtelse medan krav från tiden före konkursen kan utkrävas som en konkursfordran, säkrad med lönegaranti.[12]

I sakligt hänseende har uttalats, att tvistefrågan reellt sett gäller en avvägning mellan boets försäljningsintresse och arbetstagarnas intresse av att få täckning för sina lönekrav (och andra intjänade rättigheter). Boet kan befara att möjligheterna att sälja verksamheten försvåras, om en förvärvare måste räkna med att tvingas betala både löneskulder från tiden före konkursen och senare löneskulder från avtal som boet aldrig trätt in i. Arbetstagaren får i normala fall visserligen täckning från garantifonden i de fall där inträde inte skett, men om kravet överstiger eller faller utanför garantin så är arbetstagarna genomsnittligt sett bättre ställda med ett krav på förvärvaren.[13] För lösningen att förvärvaren bör

[11] Se redogörelse för debatten hos Andersen/Nørgaard i UfR 1987 B s 113 ff, jfr främst Munch s 561 f, densamme i UfR B 1985 s 423 f, Schaumburg-Müller i UfR 1986 B s 92 f och Toft i UfR 1986 B s 93 ff.

[12] Se Fristrup/Albrechtsen/Wissum i UfR 1984 B s 142 f.

[13] Munch s 562 med hänv, jfr densamme i UfR 1985 B s 423 f.

häfta för alla lönefordringar har bl a anförts enkelhetsskäl: det blir obehövligt att skilja mellan löneanspråk för olika tider och mellan löneanspråk med olika status i konkursen.[14]

Vilken lösning den danska rätten kommer att fastna för synes i dagsläget osäkert.

2.1.2 Norsk rätt

I det norska regelsystemet för behandlingen av gäldenärens avtal vid konkurs har inte upptagits de regler om arbetsavtal som utredningen, konkurslovutvalget, föreslog i ämnet.[15] Plats har dock reserverats för senare inarbetning av sådana regler, se § 7–11 LFD. Jag ska här i korta drag referera utredningens förslag, som på en del punkter avviker från den danska ordningen.[16]

Utgångspunkten är dock liksom i Danmark att arbetsgivarens konkursbo har rätt att träda in i anställningsavtalen, § 7–3 LFD. För att inte regeln ska binda sådana arbetstagare, för vilka konkursen kan utgöra en bristande förutsättning, har ändå i § 7–11 st 3 LFD intagits en regel som säger, att arbetstagaren – och även boet – får säga upp avtalet med en månads uppsägningstid, om inte kortare tid avtalats eller följer av lag. Den mera nyanserade danska motsvarigheten i 63 § 3 st DKL avvisades av rättstekniska skäl: den ansågs öka processbenägenheten i ett läge där en tidsödande process inte är praktisk möjlig för boet. Därför avser arbetsgivarboets "inträdesrätt" i Norge i realiteten bara en månads arbete i konkursen.

Konkursboet kan alltså inträda, och det även genom konkludent handlande, i den mening som just angavs. I § 7–11 st 1 LFD ges därutöver en särregel om automatiskt inträde: konkursboet inträder utan vidare i anställningsavtalet, om boet inte inom två veckor från konkursutbrottet förklarar att det inte vill träda in. Ger boet däremot negativt svar *inom* tvåveckorsfristen så inträder det inte i egentlig mening. Boet får dock svara för lönen för tiden från konkursutbrottet till förklaringen, § 7–11 st 2 LFD.

[14] Se Andersen/Nørgaard i UfR 1987 B s 117.

[15] Jfr Ot prp nr 50(1980–81) s 189.

[16] Se härtill NOU 1972:20 s 323 ff, jfr Bernhardt, Arbeidsrett s 96 ff, Sandvik, Materiell konkursrett s 95 f och Evju i NU 1984:10 s 297. Betr löneförmånsrätten och lönegarantin, se NOU 1972:20 s 348 ff, Bernhardt s 98, Sandvik s 123 ff och Evju s 288 f. – F n saknas lagregler om anställningsavtals behandling vid arbetsgivarens konkurs. Vad som på grund av rättspraxis och allmänna principer gäller torde vara tämligen oklart, jfr NOU 1972:20 s 309 och 317 hsp, Brækhus s 161 f, 170, 172 f och 175, Ot prp nr 50(1980–81) s 176 och Sandvik a a s 180. Inte någonstans i det angivna materialet redogörs f ö för gällande rätt. Allmänt sägs endast att betänkandets regler i huvudsak innebär en kodifiering av äldre rätt.

Boet ådrar sig aldrig massaansvar för lönerestantier från tiden före konkursen, § 7–4 st 3 LFD. Arbetstagarna kan inte heller åberopa sådana äldre krav som hävningsgrund mot boet, § 7–7 st 1 p 2 LFD e contrario. Som vi strax ska se säkras dessa fordringar med lönegaranti, varför frågan är av mindre betydelse.

Har boet definitivt inträtt i avtalet så kan det därefter, även utan stöd av allmänna arbetsrättsliga regler, säga upp med sedvanligt varsel enligt § 7–6 LFD. Då denna tid ofta är lång i anställningsförhållanden, kan boet enligt motiven i stället välja att säga upp med en månads uppsägningstid enligt specialregeln i § 7–11 st 3 LFD. Den förlust som arbetstagaren gör, genom att inte avtalets eller arbetslagstiftningens uppsägningstider iakttas, kan göras gällande som en konkursfordran på skadestånd som omfattas av lönegarantin.

När boet väljer att inte träda in gäller på motsvarande sätt, att arbetstagaren kan bevaka en lönegarantisäkrad konkursfordran på skadestånd för avtalad eller legal uppsägningstid.

Det nämns inte i motiven om boet vid ett inträde, utöver massaansvaret, är skyldigt att ställa säkerhet för den närmast förfallande lönen, se den allmänna § 7–5 st 2 LFD. Möjligen är detta avsikten, men noteras kan att konkursbon i Norge kan försättas i konkurs, vilket indirekt framgår av § 9–2 st 2 LFD.[17] Rimligen omfattas då massalönefordringarna från den ursprunglige arbetsgivarens konkurs av lönegarantin i boets konkurs.

Lönegarantireglerna återfinns i loven (nr 61 1973) om statsgaranti før lønnskrav ved konkurs m v. Garantin är maximerad till tre gånger grunnbeløpet enligt den norska motsvarigheten till lagen om allmän försäkring, 1966 års lov om folketrygd, före skatteavdrag. Ett grunnbeløp är något större än ett svenskt basbelopp. Garantilagen täcker fordringar som är förenade med förmånsrätt enligt § 9–3 LFD, vilka är de lönefordringar m m som förfallit till betalning senare än sex månader före konkursansökan. På vilken tid fordringen belöper sig saknar betydelse, bara det är fråga om en konkurs- och inte en massafordran. Det kan t ex gälla uppsägningstid. Till beloppet är förmånsrätten begränsad till lön för sex månader vad gäller fast lön. För annat arbetsvederlag gäller särskilda genomsnittsregler. Avser fordringen tiden efter konkursansökan ska avdrag göras för annan intäkt som arbetstagaren haft under samma tid. Vad som kunnat eller bort kunnat tjänas in är irrelevant. Sker utbetalning inträder staten med föreskriven förmånsrätt regressvis i arbetstaga-

[17] Se härtill NOU 1972:20 s 348, jfr Brækhus s 174 och Sandvik a a s 108.

rens ställe. Förmånsrättens läge är densamma som i Danmark, se 9 kap LFD.[18]

När det till sist gäller *boets försäljning av rörelsen* med anställningskontrakten kan nämnas, att en överlåtelse av verksamheten inte är saklig grund för överlåtaren att uppsäga avtalet, se 60 § 3 p loven (nr 4 1977) om arbeidervern og arbeidsmiljø m v.[19] För boet saknar detta dock större betydelse, då ju konkursreglerna ändå ger tillräckligt utrymme för uppsägning. Viktigare är det angivna lagrummets regel om *förvärvarens* rätt att säga upp: detta får bara ske – förutom vid vissa allmänna fall av driftsinskränkningar och rationaliseringar – om den åberopade uppsägningsgrunden skulle ha ansetts som saklig även om inte överlåtelse skett. Andra skäl än själva överlåtelsen måste alltså kunna anföras. En på grund av konkursen uppsagd arbetstagare har vidare företrädesrätt till nyanställning hos förvärvaren av rörelsen då denna fortsätts eller återupptas, *om* rörelsen med hänsyn till lokalisering, art och omfång kan anses identisk med den ursprungliga, 67 § 2 p nyssnämnda lag. De nu angivna arbetsrättsliga reglerna behandlar inte vad som gäller om överlåtarens och förvärvarens ansvar för arbetsgivarskyldigheterna efter en överlåtelse. Härvid torde allmänna civilrättsliga regler bli aktuella för tillämpning. Jag återkommer till dessa, och till konsekvenserna av dem i konkurssituationen, vid behandlingen av svensk rätt.[20]

[18] Sistnämnda påstående är måhända missvisande, då man i Norge har regler motsvarande det svenska företagshypoteket, i form av 1980 års pantelovs regler om registerpant i de "driftstilbehør" och varulager som en näringsidkare har vid varje tid och som han disponerar för sin näringsverksamhet, se §§ 3–4 och 3–11 panteloven. I begreppet driftstillbehör ingår bl a överlåtbara immaterialrätter, produktionsmedel (maskiner, redskap, verktyg etc) och kontorsmöbler. Genom särskilda regler om registrering av factoring kan även alla (eller sektorvis) utestående fordringar pantsättas utan att pantsättaren behöver uppge rådigheten, se § 4–10 panteloven. Se till det sagda Sandvik/Krüger/Giertsen s 74 ff, 84 ff, 101 ff och 388 ff. I Danmark medges däremot endast registerpanträtt i lös egendom i bestämda föremål som i pantbrevet ska betecknas så noggrannt att de kan identifieras, se 47 § tinglysningsloven. Näringidkare med pantbrev i fastighet har dock automatiskt även säkerhet i driftsmedel och inventarier som varaktigt används i driften, utan krav på särskild individualisering. Regeln omfattar inte varulager. 47 § tinglysningsloven innehåller dessutom ett uttryckligt förbud mot underpantsättning av enkla fordringar. Se närmare Illum, Tinglysning s 374 ff, särskilt 380 ff.

[19] Se närmare Fanebust s 85 ff.

[20] Se 2.2.9 nedan.

2.1.3 Tysk rätt[21]

Enligt § 22 st 1 KO har såväl konkursboet som arbetstagaren rätt att säga upp ett vid arbetsgivarens konkurs tillträtt anställningsförhållande.[22] Den tyska anställningsskyddslagens uppsägningstider ska tillämpas om inte kortare tid avtalats. Enskilt avtal om längre uppsägningstid är ogiltigt. Uppsägningstid som föreskrivs i kollektivavtal har i rättspraxis däremot ansetts jämställd med lagstadgad uppsägningstid.[23] Lönefordringen under uppsägningstiden är en massafordran med bästa rätt, se § 59 st 1 p 2 och § 60 KO. Under uppsägningstiden är arbetstagaren arbetsskyldig utan att ytterligare säkerhet kan avkrävas boet. Bägge sidorna kan vidare, på samma sätt som utom konkurs, säga upp avtalet med omedelbar verkan "aus wichtigem Grund" enligt § 626 BGB, men konkursen är inte som sådan viktig grund.

Ingendera sidan går miste om uppsägningsrätten därför att den inte utnyttjas inom viss tid, utan den består under i princip hela den tid konkursen varar. Boet är dock massaansvarigt för allt arbete som utförs i konkurs, oavsett om arbetet avser uppsägningstid eller annan tid. Resultatet av att parterna väntar med att säga upp avtalet blir alltså bara att boets massaansvar blir mera långvarigt: sägs avtalet upp exempelvis tre månader efter konkursutbrottet till upphörande tre månader därefter, omfattar massaansvaret sålunda sex månaders lön.

Arbetstagaren kan kräva skadestånd för skada som han åsamkas genom att en avtalad längre uppsägningstid frångås av boet med stöd den konkursrättsliga uppsägningsregeln, se § 22 st 2 KO. Den skada som här avses är inte mistad lön etc för det förtida upphörandet utan annan skada på grund av att arbetstagaren tvingas gå i förtid. Kravet är en konkursfordran.

1985 års insolvensförslag innehåller regler som i stort sett motsvarar de just angivna.[24] I *reorganisationsförfarandet* ges insolvensförvaltaren således, oavsett vad som kan ha bestämts om avtalstid, rätt att säga upp avtalet med lagstadgad uppsäg-

[21] Se Jaeger/Henckel s 645 ff, Kuhn/Uhlenbruck s 954, 957 ff, 971 ff, 1016 f och 1032 ff, Baur/Stürner s 406 ff, Kilger s 120 ff, 270 ff och 289 f samt Grunsky, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren.

[22] För avtal om självständig skötsel av annans ekonomiska angelägenheter (Geschäftsbesorgung) finns särskilda regler i § 23 KO: ett sådant avtal upplöses utan vidare på grund av konkursen. Härifrån bortses i det följande. – § 22 KO omfattar inte heller anställningar som *inte tillträtts* vid konkursutbrottet. Formellt sett innebär det att den allmänna § 17 KO blir tillämplig. Boet skulle således ensidigt få välja mellan att inträda fullt ut och att avstå därifrån med hävningsverkan. I litteraturen har dock ifrågasatts om inte arbetstagaren i detta läge bör ha minst lika goda uppsägningsmöjligheter som enligt § 22 KO, jfr den ovillkorliga hävningsrätten vid hyra och arrende enligt § 20 KO.

[23] Se BAG 7.6.1984 (ZIP 84.1517).

[24] Leitsatz 2.4.2.1, se Insolvenzrecht I s 227 ff.

ningstid, om inte kortare tid avtalats. Uppsägningstid som föreskrivits i kollektivavtal behöver *inte* iakttas om den inte är kortare än den lagstadgade. Arbetstagaren får å sin sida bara säga upp avtalet i enlighet med de allmänna arbetsrättsliga reglerna. Detta innebär bl a att avtalade uppsägningstider måste iakttas. Om arbetstagaren har ett berättigat intresse av förtida besked (t ex om han är i färd med att söka ny anställning) om anställningsförhållandets fortsättning, kan dock insolvensdomstolen på arbetstagarens begäran sätta ut en frist, inom vilken insolvensförvaltaren måste förklara om han tänker göra bruk av sin uppsägningsrätt. Avges ingen förklaring inom fristen så förlorar förvaltaren uppsägningsrätten.

Om reorganisationsförfarandet går över i *likvidationsförfarande*, eller om likvidation redan från början väljs inom det samlade insolvensförfarandet, gäller samma regler om uppsägningsrätt med den skillnaden, att även arbetstagaren ges uppsägningsrätt.[25] Insolvensförvaltaren kan vid övergång till likvidation säga upp avtalet även om denna rätt försuttits under reorganisationen.

Liksom enligt KO är löneanspråket utan vidare en massafordran fr o m insolvensöppningen.[26] För reorganisationsförfarandets del uttrycks detta (liksom vid ackord) så, att fordringen inte deltar i förfarandet. Dessa "massafordringar" från reorganisationstiden har samma ställning även om likvidation sedan följer. De är även jämställda med fordringar som uppkommer först efter övergången till likvidation. En skadeståndsfordran på grund av uppsägning under reorganisationsförfarandet är däremot endast en "reorganisationsfordran", dvs omfattas av den nedsättning som kan följa av reorganisationsplanen. Sägs avtalet upp (först) under likvidationsförfarandet, har eventuellt skadestånd däremot massastatus.

Massaansvaret för arbete i konkursen räknas från konkursutbrottet och framåt. För *tiden före konkursen* säkras arbetstagarna av dels lönegarantiregler, dels regler som ger dem en massafordran med något sämre prioritet än massafordringar för konkurstid, dels regler motsvarande svensk allmän förmånsrätt. Närmare bestämt gäller till en början att lönerestantier för *de sista sex månaderna* före konkursutbrottet utgör massafordringar enligt § 59 st 1 p 3 KO, vilka vid brist utgår efter massafordringar på grund av boets nyingångna avtal, massafordringar på grund av boets inträde i redan bestående avtal, massafordringar för uppsägningstid som löper under konkurs samt även efter konkurskostnader och förvaltararvode, se § 60 st 1 KO. Äldre lönekrav, belöpande sig på *det sista året* före konkursutbrottet, har med svensk terminologi bästa allmänna förmånsrätt, § 61 KO.

Lönegarantireglerna återfinns i lagen (17.7.1974) om "Konkursausfallgeld" (AFG),[27] som enligt § 141b st 1 medger täckning av lönerestantier för de sista tre månaderna före konkursen. När utbetalning sker övergår

[25] Leitsatz 4.4.1, se Insolvenzrecht I s 392 f.

[26] Se Leitsatz 2.4.8.1 och Insolvenzrecht I s 268 ff.

[27] Lagen finns i utdrag intagen hos Kuhn/Uhlenbruck s 1996 ff (§ 141a ff). Den är tillämplig vid konkurs, avvisning av konkursansökan på grund av bristande tillgångar och i vissa andra, liknande situationer. Öppnande av ackordsförhandling är inte grund för garantiutbetalning. Ang finansieringen, se § 186b ff.

lönefordringen till "die Bundesanstalt für Arbeit". Myndigheten får dock inte lika god prioritet för lönekravet som arbetstagaren, vilken ju hade en massafordran av andra klassen för denna tid, utan regressfordringen omvandlas i myndighetens hand i stället till en konkursfordran med bästa allmänna förmånsrätt enligt § 61 KO, se § 59 st 2 KO.

Sammanfattningsvis är arbetstagarna således säkrade med lönegaranti för de sista tre månaderna före konkursen, med en massafordran av andra klassen för ytterligare tre månader äldre krav och med bästa allmänna förmånsrätt för månaderna 7–12 före konkursen. Ännu äldre lönefordringar är oprioriterade. Det offentligas regresskrav för utbetalda lönegarantimedel utgår med bästa allmänna förmånsrätt, dvs med lika rätt som arbetstagarens krav för månaderna 7–12 före konkursen. Lönefordringar för tid som löper i konkursen, t ex uppsägningstid enligt § 22 KO, är första klassens massafordringar, som vid brist t o m går före konkurskostnaderna.

I insolvensrättsförslaget har de beskrivna reglerna förenklats avsevärt. I linje med strävandena att höja konkursdividenden har alla allmänna förmånsrätter avskaffats, däribland förmånsrätten för intjänad lön.[28] Detsamma gäller för arbetstagarens särskilda massafordran av andra klassen och förmånsrätten för lönegarantimyndighetens regressanspråk.[29] Alla fordringar som avser eller grundas på arbete före insolvensöppningen blir alltså oprioriterade fordringar. Lönegarantin för tre månaders lön anses fullt tillräcklig.

Konkursbon kan formellt sett inte försättas i konkurs enligt gällande tysk rätt. Särskilt som problemet med tillgångslösa konkurser och återtagande och avvisande av konkursansökningar på grund av bristande tillgångar varit stort, är reglerna om den inbördes rangordningen mellan olika typer av massagäld av avsevärd betydelse.[30] Nämnas bör då att det nyligen fastslagits i rättspraxis, att även sådana massaskulder som konkursboet drar på sig *efter* att ha offentliggjort att den redan ådragna massagälden inte kan betalas (s k "Neumasseschulden") ska rangordnas enligt § 60 KO på samma sätt och på samma plan som de äldre massaskulderna, se BGH 15.2.1984 (ZIP 84.612). Avgörandet går tvärtemot en i stort sett enig konkursrättslig doktrin som anser, att alla massaskulder som tillskapas efter boets offentliggjorda insolvens bör ha företräda framför massaskulderna från tiden dessförinnan.[31]

[28] Se Insolvenzrecht I s 341 ff.

[29] Leitsatz 3.8.1.

[30] 1985 lär 83 % av alla konkursansökningar betr företag ha avvisats på grund av bristande tillgångar eller avskrivits därför att konkurskostnaderna inte skulle ha täckts, se Kuhn/Uhlenbruck s 1761, jfr 1390 f.

[31] Se närmare, med vidare hänv, Kuhn/Uhlenbruck s 1001 ff och Kilger s 281 f.

I insolvensrättskommissionens förslag har det otillfredsställande rättsläget rättats till på denna punkt.[32] Om tillgångarna i det samlade insolvensförfarandet "nicht ausreicht oder voraussichtlich nicht ausreichen wird, um alle Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit vollständig zu erfüllen", så kan insolvensdomstolen på förvaltarens ansökan fastställa att "Masseunzulänglichkeit" föreligger.[33] Insolvensförfarandet ska då avvecklas utan dröjsmål. De massaskulder som grundats *efter* ansökningen om fastställelse av massabristen ska sedan betalas i förväg, med företräde framför massaskulderna från det tidigare insolvensförfarandet. De äldre massaskulderna utgår med lika rätt. Arbetstagares fordran på lön för den sista månaden före ansökningen om fastställelse av massabrist föreslås dock bli säkrad med lönegaranti. Med "gammal" konkursrättslig terminologi kan man m a o säga, att lönegarantin omfattar en månadslön i konkursboets konkurs. (Och om anställningsavtalet löper vidare i konkursboets konkurs, får arbetstagaren där utan vidare ett massaanspråk av första rang.)

Liksom i Danmark har det i Västtyskland som en följd av medlemsskapet i EG införts särskilda regler om anställningsavtals ställning vid företagsöverlåtelse.[34] I § 613a BGB föreskrivs först att *förvärvaren* av rörelsen (eller en del av den) träder in i de rättigheter och förpliktelser som enligt anställningsavtalet bestod vid överlåtelsetidpunkten (i det följande "överlåtelsen"). Vidare sägs att *överlåtaren* solidariskt med förvärvaren svarar för de förpliktelser som uppstått före överlåtelsen, i den mån dessa förfaller till betalning senast ett år därefter. Dessutom stadgas att varken överlåtaren eller förvärvaren har rätt att säga upp anställningsavtalen på grund av överlåtelsen som sådan. Uppsägning kan däremot ske på annan grund enligt vanliga regler. § 613a BGB är tvingande i förhållandet mellan överlåtaren och förvärvaren. Arbetstagaren kan dock efterge sin principiella rätt att gentemot förvärvaren kvarstå vid sina rättigheter.

Arbetstagaren är inte skyldig att tåla partsbytet på arbetsgivarsidan. Han kan alltså vägra att ge sitt samtycke.

Liksom i Danmark har diskussionens vågor gått höga om de nya reglernas tillämplighet vid överlåtelse av en verksamhet från ett konkursbo. Särskilt har regeln om förvärvarens automatiska övertagande av arbetsgivarens alla avtalsförpliktelser vållat strid. I den arbetsrättsliga litteraturen har man varit ense om att regeln bör gälla fullt ut även vid försäljning i konkurs, medan den konkursrättsliga doktrinen enstämmigt pläderat för motsatsen, dvs att förvärvarens ansvar ska inträda först vid överlåtelsen (eller allra tidigast vid konkursutbrottet) och att frågan om ansvarsfördelningen för lön under konkursen uteslutande bör bedömas en-

[32] Se till det följande Insolvenzrecht II s 167 ff (Leitsätze 7.1–7.4).

[33] Leitsatz 7.1.

[34] Se för det följande Henckel i ZIP 1980 s 2 ff, Jaeger/Henckel s 15 ff, Grunsky a a s 81 ff, Kilger s 26 f och Kuhn/Uhlenbruck s 61 f och 170 ff. Jfr utom konkurs Eklund s 108 ff.

ligt de konkursrättsliga reglerna. I sak har argumenten varit ungefär desamma som i Danmark.[35]

Tvistefrågan har varit uppe till bedömning rättspraxis. I rättsfallet BAG 17.1.1980 (ZIP 80.117) ansåg arbetsdomstolen att § 613a BGB i och för sig är tillämplig även vid ett konkursbos överlåtelse av verksamheten och att förvärvaren således utan vidare måste ta över arbetsgivarskyldigheterna enligt anställningsavtalen. Men hans ansvar ansågs endast omfatta tiden efter konkursutbrottet. Löneanspråk för tiden dessförinnan ska således bedömas enligt de rent konkursrättsliga företrädesreglerna. Motsatsen gäller däremot för massalöneanspråken för arbete i konkursen fram till överlåtelsen, se numera även BAG 4.12.1986 (KTS 1987.312).

Den tyska insolvensrättskommissionen går däremot ett steg längre. Kommissionen betonar vikten av att försäljningar av livskraftiga rörelser – och därmed företagsrekonstruktioner – inte försvåras och på så sätt även försämrar borgenärernas ställning.[36] Detta har i praxis visat sig bli följden av de, för en tilltänkt köpare, avskräckande belastningar på rörelsen som § 613a BGB och BAG:s tolkning härav medför. Bl a föreslås därför att § 613a BGB ändras så, att en förvärvare av en rörelse eller en del av en rörelse inte blir ansvarig för de förpliktelser som resterar *vid tidpunkten för rörelsens övergång*.[37] Ändringen sägs bygga på att likabehandlingsprincipen även gäller för massaborgenärer. En anknytning till förfarandets öppnande blir ju vid massabrist till nackdel för alla borgenärer som inte kan kräva fullt betalt av en förvärvare. Arbetstagare med löneanspråk från insolvensöppningen till överlåtelsen får då fullt betalt, medan övriga borgenärer måste sätta ned sina fordringar motsvarande rörelseförvärvarens nedsättning av köpesumman på grund av den kvarliggande löneskulden.[38] I övrigt kan nämnas att det föreslås regler, som ger större utrymme att beakta rörelseförvärvarens önskan att säga upp anställningsavtalen enligt tyska LAS pga "dringende betriebliche Erfordernisse", främst behovet av rationaliserings- och saneringsåtgärder.[39]

[35] En konsekvens av ett heltäckande kontraktsansvar för förvärvaren är, att "die Bundesanstalt für Arbeit" då kan få regressanspråk mot förvärvaren för utbetalda lönegarantimedel. Detta blir ju rimligtvis följden, om medlen betalas ut innan överlåtelse sker och myndigheten återkräver pengarna av "arbetsgivaren": för de äldre kraven är ju både på överlåtaren och förvärvaren arbetsgivare. I vart fall skulle förvärvaren kunna avkrävas de belopp som myndigheten inte kan få täckning för enligt § 61 KO i överlåtarens konkurs. Jfr Grunsky a a s 85 f.

[36] Se till det följande Insolvenzrecht I s 374 ff.

[37] Leitsatz 4.2.1.

[38] Se särskilt Insolvenzrecht I s 377.

[39] Se närmare Leitsatz 4.2.3 och Insolvenzrecht I s 380 ff.

2.2 Svensk rätt

2.2.1 Äldre lag och lagförslag. Rättspraxis fram till lönegaranti- och förmånsrättslagen

För närvarande saknas lagregler om anställningsavtalets behandling vid arbetsgivarens konkurs. Sådana har dock förekommit i äldre lagstiftning. Redan i 1805 års legostadga föreskrevs i Art VIII § 5, att om husbonde avstod fast egendom till borgenärernas förnöjande så hade dessa – eller m a o konkursboet – valrätt *mellan* att överta avtalen för de tjänstehjon som var anställda för kreaturens skötsel och egendomens brukande *och* att avstå därifrån/uppsäga tjänstehjonen till nästföljande "Stemnodag".[40] Till denna dag svarade boet för lön och kost. Motsvarande regler upptogs i 1833 års legostadgas 48 §.[41] Boet hade alltså antingen att träda in med massaansvar eller att säga upp till upphörande nästa flyttningsdag. Flyttningsdag var den 24 oktober och i Stockholm även den 24 april, se 14:2 HB. Boets uppsägningsåtgärd torde ursprungligen ha måst ske inom de tider som 39 § legostagdan allmänt förskrev: mellan 26/7 och 24/8 och i Stockholm även mellan 24/1 och 22/2. Om uppsägningen inte skedde inom dessa perioder fick den i stället verkan till nästkommande flyttningsdag.[42] Efter hand frångicks emellertid de beskrivna reglerna i praxis och ersattes av friare och mindre formella uppsägningsregler, se närmare strax nedan.

Lönefordringen under uppsägningstid i konkurs kom i vart fall så småningom att ses som en konkursfordran med den för "betjänter och tjänstehjon" gällande förmånsrätten "för sista året" enligt 17:4 HB. Reglerna i 48 § legostadgan lär ha tillämpats även för andra tjänstehjon än sådana som skötte fast egendom. De lär också ha använts vid andra typer av arbetsavtal än de som reglerades i legostadgan.[43] Förmånsrätt för "annan arbetare" (än tjänstehjon och betjänt) infördes 1891 "för sista tre månaderna". 1910 ändrades regeln för denna kategori till att avse lön som inte stått inne längre än tre månader efter förfallodagen. 1926, samma år som den föråldrade legostadgan upphävdes, utvidgades tiden

40 Se offentliga trycket den 15 maj 1805 s 26 f.
41 Jfr Westring, 10 uppl s 246 och SOU 1935:18 s 175 f.
42 Jfr SOU 1935:18 s 176.
43 Se a st.

till sex månader.[44] Detta kunde avse såväl tid före konkurs som uppsägningstid under konkurs.

Från tidig *rättspraxis* kan följande fall anföras.

NT 1873 s 448. En föreståndare för en bagerirörelse i Stockholm hade anställts för ett år, 24/10 1870 – 24/10 1871. Arbetsgivaren gick i konkurs 9/3 1871. Då föreståndaren inte sagts upp före den legala uppsägningsmånadens utgång 23/2 1871, godtogs bevakning av lönefordran (med förmånsrätt jämlikt 17:4 HB) till 24/10 1871 och inte endast till 24/4 1871 som konkursboet gjort gällande.

NJA 1897 s 170. För en VD och disponent i ett bolag löpte från 1/6 1893 ett tioårigt anställningsavtal. Enligt avtalet skulle bolagets upplösning medföra anställningens och löneanspråkets upphörande inom 18 månader. Bolaget gick 7/3 1895 i konkurs, vari VD:n bevakade en lönefordran för resterande avtalstid (1/1 1895 – 1/6 1903) med förmånsrätt för ett års lön enligt 17:4 HB. RR:n, vars dom inte ändrades av HovR:n och HD, fann att bolaget jämlikt reglerna i legostadgan inte var skyldigt att utge lön för längre tid än till 24/10 1895, dvs till nästa flyttningsdag. Förmånsrätt utgick jämlikt 17:4 HB.

NJA 1908 s 329. En disponent i ett bolag var anställd enligt ett treårskontrakt fr o m 1/4 1904. Bolaget gick i konkurs 19/8 1905 och disponenten blev uppsagd av boet 25/9 samma år. Lön för tiden 1/10 1905 – 24/10 1906 bevakades med yrkande om förmånsrätt. I HR:ns av HovR:n och HD inte ändrade dom fastslogs, att disponentens anställning måste anses ha upphört 1/4 1906 och att han redan erhållit lön till 1/10 1905. Lönefordran och förmånsrätt godtogs då för tiden 1/10 1905 – 1/4 1906, dvs för sex månader.

I en proposition 1910 med förslag till lag om vissa arbetsavtal intogs på lagrådets initiativ en bestämmelse om arbetsgivarens konkurs:[45]

"Försättes arbetsgivfaren i konkurs, äge borgenärerna uppsäga arbetsaftalet att omedelbart upphöra, ehvad förut varit gällande i fråga om tiden för dess giltighet eller i afseende å dess uppsägning; dock äge sådan uppsägning ej rum, sedan tre veckor förflutit från det offentlig stämning utfärdats. Vill arbetstagaren själf uppsäga aftalet, vare lag samma. Under den tid aftalet är gällande svare borgenärerna för lönens gäldande."

I ett annat lagrum föreskrevs att arbetstagaren hade rätt till skadestånd bl a vid arbetsgivarens konkursbos uppsägning. Skadeståndet skulle omfattas av förmånsrätten enligt 17:4 HB. Förslaget innebar således att konkursboet gavs rätt att med omedelbar verkan säga upp avtalet, vilket berättigade arbetstagaren att bevaka en konkursfordran på skadestånd med förmånsrätt. Boets underlåtenhet att inom den angivna tiden göra bruk av uppsägningsrätten, medförde enligt lagrådet att boet därmed konkludent trätt in i avtalet. Av sista meningen i den citerade bestämmelsen framgår att lönefordringen under boets "betänketid" i konkursen alltid skulle vara en massafordran, oavsett om boet därefter valde att in-

[44] Se t ex Westring s 245 f, Gedda s 79 ff, Lawski s 428 f, Schmidt, Tjänsteavtalet, 2 uppl s 218 och SOU 1969:5 s 147 hsp och 149 vsp. För ingående redogörelse för de äldre reglerna om löneförmånsrätten enligt 17:4 HB, se Gedda s 65 ff och SOU 1946:62 s 142 ff.

[45] Se prop 1910:96 s 24 (40 §) och 179 f. Jfr Schmidt, Tjänsteavtalet, 1 uppl s 115 och SOU 1935:18 s 176 f.

träda eller säga upp. Lagrådet ifrågasatte visserligen, om inte lönefordringen borde vara en konkursfordran även under denna tid. Detta sas i så fall billigtvis förutsätta, att förmånsrätt för sådan tid lagstadgades i 17:4 HB, då förmånsrätt för tid efter konkursutbrottet – förmodligen felaktigt – inte antogs kunna äga rum enligt då gällande rätt. Det praktiska resultatet skulle dock i de flesta fall bli detsamma, oavsett om lönefordringen under boets betänketid var en konkursfordran med förmånsrätt eller en massafordran. Och att redan från början låta arbetstagaren hålla sig till boet som arbetsgivare befanns särskilt naturligt för det fall då rörelsen fortsättes av boet och arbetstagaren därvid tas i anspråk.

Även arbetstagaren gavs i förslaget som synes rätt att uppsäga avtalet med omedelbar verkan inom viss frist. Motsatsvis skulle konkursboet således sakna en egentlig *rätt* att inträda i avtalet. Enda motiveringen för den till synes ovillkorliga hävningsrätten för arbetstagaren var, att konkursen kan medföra fara för att lönen inte erhålls. Även denna synpunkt förefaller ha byggt på det troligtvis felaktiga antagandet, att förmånsrätt för tid efter konkursutbrottet inte kunde erhållas. Jämför även att förslaget gav en massafordran för lönen under "betänketiden" i konkursen och att skadeståndsfordringen efter hävning var förenad med förmånsrätt.

Tilläggas kan att de beskrivna reglerna i 1910 års förslag låg nära de som gällde för arrende och hyra enligt 1907 års nyttjanderättslag.

Förslaget till lag om arbetsavtal ledde aldrig till genomförd lagstiftning. Samma öde rönte en förnyad proposition i ämnet 1911. Denna innehöll samma regler för arbetsgivarens konkurs som 1910 års proposition.[46]

Lagförslagen, vilka väsentligt avvek från de principer som gällde enligt legostadgan och rättspraxis, kom inte heller att påverka den fortsatta prejudikatbildningen i HD:

> *NJA 1914 s 244.* En verkmästare hade anställts för fem år från 1/1 1912. Arbetsgivaren gjorde konkurs 14/11 1912, och arbetstagaren blev 27/12 samma år uppsagd av konkursboet till 1/2 1913. Verkmästaren bevakade dock en lönefordran för resterande avtalstid med förmånsrätt för sista året. RR:n tillerkände honom betalningsrätt fram till 24/10 1913, dvs nästa flyttningsdag enligt legostadgan. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, fann emellertid att verkmästaren med hänsyn till beskaffenheten av befattningen var berättigad till skälig uppsägningstid. Denna tid beräknades till 1/4 1913, med förmånsrätt enligt 17:4 HB. Den anställde tillerkändes således en skälig uppsägningstid om ca tre månader oberoende av såväl avtalstiden som legostadgans längre uppsägningstid.[47]

[46] Se prop 1911:43 s 31 (32 §).

[47] Ett i sammanhanget något mera perifert fall är *NJA 1913 s 322.* En disponent och VD, anställd på fem år med början 28/9 1908, blev här utan laga skäl uppsagd 15/5 1911. Fem dagar senare försattes arbetsgivaren i konkurs, vari disponenten bevakade utfästa löneförmåner för resterande avtalstid med förmånsrätt för sista året. HR:n godtog bevakningen i dess helhet, medan HovR:n tillerkände disponenten skadestånd för oberättigad uppsägning, skäligen skattat till ett belopp motsvarande ungefär sju månaders

NJA 1922 s 328. En chef för en flygskola hade anställts för tiden 1/1 1920 – 31/12 1922. Ifall avtalet inte sas upp sex månader före anställningstidens utgång skulle förlängning ske på ett år. Arbetsgivaren gick i konkurs 23/8 1920, och den anställde blev en vecka senare uppsagd till 1/1 1921. En lönefordran för resterande avtalstid bevakades med yrkande om förmånsrätt. Subsidiärt gjordes lönefordran gällande till 24/10 1921, som var nästa flyttningsdag enligt legostadgan. I vart fall menade den anställde att den avtalade uppsägningstiden på sex månader skulle tillämpas. I HovR:ns av HD fastställda dom fastslogs dock att den anställde måste anses ha fått skälig uppsägningstid (alltså drygt fyra månader).

Uppenbart är att HD successivt, med början i NJA 1908 s 329, frångått legostadgans uppsägningsregler och i stället fastlagt uppsägningstiden vid konkursboets uppsägning enligt en allt friare skälighetsbedömning, med hänsyn tagen främst till den aktuella anställningens beskaffenhet men förmodligen även längd.[48] Konkursboet var vidare obundet av den avtalade uppsägningstiden. Med anställningens beskaffenhet lär framför allt ha menats hur kvalificerade arbetsuppgifterna var.[49] Om den uppsagde arbetstagaren hade en mindre kvalificerad befattning, torde han sålunda i regel fått kortare uppsägningstid. Denna olikhet i behandling har förklarats med att en mera kvalificerad arbetstagare i allmänhet skulle ha svårare att få en annan motsvarande anställning än en mindre kvalificerad.[50] Noteras kan vidare att förmånsrätt enligt rättspraxis erhölls under den skäliga uppsägningstiden inom de tidsramar som 17:4 HB uppställde. Observeras bör även att varken legostadgan eller rättspraxis gav stöd för någon särskild, konkursgrundad rätt för *arbetstagaren* att häva eller säga upp avtalet.

Rättsutvecklingen kom även fortsättningsvis att ske genom rättspraxis:

NJA 1930 s 665. Fallet är något säreget. För en anställd i ett skrädderi löpte ett avtal fr o m 1/10 1915. Avtalet hade successivt förlängts att gälla till 1/10 1929. Konkurs utbröt 1/6 1929. Kort därefter blev arbetstagaren uppsagd men i samband härmed också erbjuden fortsatt tillsvidareanställning hos konkursboet mot ungefär två tredjedelar av den tidigare lönen och med rätt för arbetstagaren att i konkursen bevaka den ytterligare lönefordran, som han kunde anse sig berättigad till. Arbetstagaren vägrade att anta anbudet utan slutade i stället omedelbart. En lönefordran för återstående avtalstid – fyra månader – bevakades med yrkande om förmånsrätt. Boet invände att arbetstagaren frivilligt lämnat anställningen och därmed inte hade någon betalningsrätt alls i konkursen. HD ansåg att arbetstagaren visserligen förlorat rätten i konkursen bevaka den lön som han enligt konkursförvaltarens erbjudande skulle ha erhållit från boet för de fyra månaderna. Däremot var arbetstagaren skäligen berättigad till betalning i konkursen för det belopp, varmed hans avtalade lön för de återstående fyra månaderna översteg den av boet erbjudna lönen för samma tid. Fordringen var förenad med förmånsrätt enligt 17:4 HB. Utgången är diskutabel i knäckfrågan, men av intresse i samman-

löneförmåner. HD fastställde emellertid, med ändring av HovR:ns dom, HR:s utslag. En skadeståndsfordran pga oberättigad uppsägning före konkurs ansågs således inte omfattad av den särskilda konkursanknutna regeln om skälig uppsägningstid.

48 Jfr SOU 1935:18 s 176 och Gedda s 75.

49 Se Gedda s 74 f.

50 Gedda s 75.

hanget är att den återstående avtalstiden om fyra månder godtogs som ett slags skälig uppsägningstid för ett anställningsförhållande som varat i 14 år.

AD 1933 nr 162. Arbetsgivarens verksamhet och allt arbete blev nedlagt 24/5 1933. Konkurs utbröt en vecka senare. Avtalet stadgade åtta dagars ömsesidig uppsägningstid. Före konkursen hade arbetstagarna informerats om att arbetet skulle upphöra och att konkurs troligen skulle följa. Enligt arbetsgivaren måste uppsägning i och med detta anses ha skett. I vart fall hade avtalet upphört genom konkursen utan särskild uppsägning. AD fastslog dock i enlighet med HD:s tidigare praxis, att konkursen inte i och för sig medför att anställningen upphör samt att arbetstagarna ska ha rätt till uppsägningstid oberoende av konkurs.[51]

1935 föreslogs i ett betänkande åter att en lag om arbetsavtal skulle införas. Förslaget ledde den här gången inte ens till någon proposition. Av intresse är här ändå förslagets reglering av arbetsgivarens konkurs:[52]

"Försättes arbetsgivaren i konkurs och är arbetsavtalet ingånget för bestämd tid eller gäller för uppsägning från arbetsgivarens sida längre uppsägningstid än i...är stadgat, vare konkursförvaltningen berättigad att med iaktagande av den i nämnda lagrum föreskrivna uppsägningstid...uppsäga avtalet.

Är avtalet ingånget för bestämd tid eller gäller för uppsägning från arbetstagarens sida längre uppsägningstid än i...är för uppsägning från arbetsgivarens sida stadgat, vare arbetstagaren berättigad att med iakttagande av den i sistnämnda lagrum föreskrivna uppsägningstid...uppsäga avtalet."

Hänvisningarna avser förslagets allmänna uppsägningstidsregler vid arbetsgivarens uppsägning. Uppsägningstiderna var där olika långa för företagsledare, tjänstemän och arbetare samt inom varje grupp dessutom beroende av anställningsförhållandets längd. Minimiuppsägningstiderna för de tre kategorierna var 2–6 månader, 1–6 månader resp 1–13 veckor. Såväl konkursboet som arbetstagaren fick alltså enligt den särskilda konkursregeln förkorta avtalade längre uppsägningstider och ouppsägbara avtal till dessa minimitider.

I motiven framhölls att det inte kunde vara rimligt att arbetstagaren, till förfång för övriga borgenärer, fick kanske för flera år bevaka en lönefordran för vilken arbete inte utförts. Därför skulle konkursboet kunna säga upp avtalet med minimiuppsägningstiden. När det gällde arbetstagaren sas att denne hade rätt att häva om han inte erhöll förfallen lön. En omedelbar hävningsrätt på grund av arbetsgivarens konkurs mötte dock stora betänkligheter, eftersom boets möjligheter att fortsätta och avveckla gäldenärens verksamhet då skulle kunna försvåras avsevärt. "Arbetstagaren måste som regel anses pliktig att kvarstå i tjänst, därest konkursboet vill tillträda avtalet och är i stånd att fullgöra de skyldigheter, som enligt detsamma åvilat arbetsgivaren. Tillträder konkursboet avtalet, svarar detta såsom sådant för arbetstagarens därefter uppkomna lönefordringar. Men å andra sidan kan arbetstagaren hava ett berättigat

51 Dessa grundsatser upprepades även i AD 1938 nr 117.

52 Se SOU 1935:18 s 19 (31 §) och 177.

intresse av att få frånträda avtalet före den med arbetsgivaren överenskomna avtalstidens utgång och konkursboets intressen måste anses tillräckligt tillgodosedda, om detsamma någon tid i förväg underrättas om arbetstagarens avsikt att frånträda anställningen."[53]

Konkursboet tillades således ingen inträdesrätt enligt 1935 års förslag, utan den anställde skulle alltid kunna säga upp sig med förkortad uppsägningstid. Anmärkningsvärt är att löneförmånsrätten enligt 17:4 HB, vilken rimligtvis bör haft stor betydelse för reglerna om uppsägning, inte ens nämndes i sammanhanget.

Rättsutvecklingen kom alltså även i fortsättningen att framskrida oberoende av någon lagstiftning om konkursens inverkan på arbetsavtal:

NJA 1943 s 625. Två tjänstemän hade i mer än 20 år varit anställda när arbetsgivaren försattes i konkurs 20/1 1942. Ingen bestämd uppsägningstid var avtalad. Konkursboet sa upp anställningarna fyra dagar efter konkursutbrottet men arbetstagarna kvarstod i arbete med bibehållen lön till 16/5 1942. Bägge bevakade lön för sex månaders uppsägningstid, dvs till 24/7 1942. I första hand hävdade arbetstagarna att de omfattades av kollektivavtal som stadgade sex månaders uppsägningstid, i andra hand att denna uppsägningstid i vart fall var skälig. Konkursboet bestred löneanspråk för längre tid än vad som erhållits. Då det visade sig att det åberopade kollektivavtalet trätt i kraft först efter boets uppsägning, kom prövningen att gälla andrahandsgrunden. HD fann därvid att arbetstagarna skäligen inte var berättigade till längre uppsägningstid än vad de åtnjutit, alltså drygt tre och en halv månad.

NJA 1963 s 331. En verkmästare hade varit anställd i mer än tio år när arbetsgivaren, ett industribolag, gick i konkurs 19/1 1961. Enligt anställningsavtalet liksom gällande kollektivavtal var uppsägningstiden sex månader. Arbetstagaren hade redan före konkursen blivit uppsagd fr o m 1/1 1961. En lönefordran för resterande del av den avtalade uppsägningstiden bevakades med yrkande om förmånsrätt. Konkursboet hävdade dock att det inte var bundet av kollektivavtalets och anställningsavtalets uppsägningstider. Endast skälig uppsägningstid skulle iakttas, varvid tre månader kunde godtas i det aktuella fallet med hänsyn till å ena sidan arbetstagarens relativt blygsamma ställning men å den andra hans långa tjänstgöringstid. I målet hördes jur dr Lennart Geijer som sakkunnigt vittne på begäran av arbetstagarsidan. Denne hävdade i korthet att kollektivavtalens uppsägningstider så gott som alltid följts i praxis och alltid var att se som skäliga samt att uttrycket skälig uppsägningstid borde tolkas på samma sätt som utom konkurs. Det framhölls också att även kollektivavtalens regler om uppsägningstid byggde på just anställningens art och längd. – HR:n ansåg emellertid att arbetstagaren endast var berättigad till skälig uppsägningstid, oberoende av vad anställningsavtalet stadgar. Denna tid sattes till fyra månader. HovR:n kom till samma slut. HD framhöll följande.[54]

"Det är ostridigt, att enligt tillämpligt kollektivavtal och anställningsavtalet /arbetstagaren/ var berättigad till en uppsägningstid av 6 mån. Vad i målet förekommit ger ej stöd för att denna uppsägningstid skulle vara längre än som med hänsyn till längden och arten av /arbetstagarens/ anställning hos bolaget bör i konkursen godtagas såsom skälig."

[53] SOU 1935:18 s 177.

[54] Ref s 336.

HD tog således kollektivavtalets och anställningsavtalets allmänna uppsägningstid som utgångspunkt. Endast om det kunde påvisas omständigheter som medförde att denna tid *vid konkurs*, med hänsyn till anställningens längd och art, inte borde godtas som skälig, skulle tydligen avvikelse ske. Det inbördes förhållandet mellan anställningsavtalet och kollektivavtalet fanns inte anledning att pröva.

NJA 1967 s 260. Ett något mera speciellt fall. En kontorist hade enligt muntligt avtal varit anställd i knappt 20 år när arbetstagaren gick i konkurs. Arbetet utfördes på fritiden i hemmet vid sidan av en heltidsanställning hos en annan arbetsgivare. Arbetstiden var i genomsnitt 30 timmar i månaden. Konkursboet sa upp avtalet ca två månader efter konkursutbrottet. Arbetstagaren bevakade en lönefordran för sex månaders uppsägningstid med yrkande om förmånsrätt. Denna tid motsvarade det närmast tillämpliga kollektivavtalets uppsägningstid för full arbetstid. Konkursboet anmärkte mot bevakningen och anförde att anställningen var av sådan art att ingen uppsägningstid alls gällde i avsaknad av avtal härom. Uppsägningstiden kunde i vart fall inte vara längre än en månad. HD gjorde följande bedömning.[55]

"Väl har /arbetstagaren/ i sin anställning hos bolaget icke varit bunden av någon bestämd arbetstid, och vad hon haft att ombesörja för bolagets räkning har icke varit av större omfattning än att det kunnat utföras som extra arbete vid sidan av andra sysslor. Med hänsyn emellertid till att fråga varit om att sköta väsentlig del av de löpande kontorsgöromålen och till att /arbetstagaren/ innehaft anställningen alltsedan 1947 får hon anses skäligen berättigad att i konkursen göra gällande en uppsägningstid av 3 mån."

Tilläggas kan att förmånsrätt godtogs för den uppsägningstid som kom att bedömas som skälig såväl i 1943, 1963 som i 1967 års mål.

NJA 1971 s 31. En person hade 1930 anställts som verkmästare i ett bolag. 1962 blev han enligt ett tioårskontrakt disponent i bolaget, med uppgift att förestå samtliga avdelningar för tillverkning och försäljning. Om inte avtalet sas upp sex månader före avtalstidens utgång 31/12 1972 skulle förlängning ske på ett år i sänder. 1/2 1968 blev arbetstagaren uppsagd till "den dag anställningen enligt gällande avtal eller lag tidigast kan upphöra". Arbetsgivaren försattes därefter i konkurs 11/4 1968, och konkursboet sa då upp arbetstagaren till 31/10 1968, dvs med sex månaders uppsägningstid. I konkursen bevakades en lönefordran för resterande avtalstid eller t o m 31/12 1972. Boet bestred betalningsrätt för längre tid än sex månader. – RR:n ansåg, med hänsyn till att anställningen avbrutits fyra år före avtalstidens utgång, till anställningens beskaffenhet och längd samt till svårigheterna för arbetstagaren att erhålla ny anställning vid sextio års ålder, att uppsägningstiden skäligen skulle sättas till ett år. HovR:n menade dock att sådana omständigheter inte förebragts, att arbetstagaren kunde erhålla längre uppsägningstid än sex månader. HD skrev så här i sitt beslut:

"Sedan bolaget försatts i konkurs har konkursboet ägt att för sin del genom uppsägning bringa anställningen till upphörande efter utgången av uppsägningstid som i konkursen kan anses skälig. Vid bedömande av vad som då utgör skälig uppsägningstid måste hänsyn tagas till bl a förmånsrätten enligt 17 kap 4 § HB. Även om det beaktas, att /arbetstagaren/ varit anställd hos bolaget under lång tid i arbetsledande ställning, att uppsägning skett till en dag omkring 4 år före utgången av den anställningstid som tillförsäkrats honom i anställningsavtalet och att bl a hans ålder medfört svårigheter att få annan anställning, kan sådana om-

55 Ref s 263.

ständigheter ej anses föreligga, att /arbetstagaren/ är berättigad till längre uppsägningstid än konkursboet medgivit. För tid efter uppsägningstidens utgång äger /arbetstagaren/ icke fordran i konkursen."[56]

Tydligen hade mycket tunga sociala skäl måst anföras för att en längre uppsägningstid än sex månader skulle ha erkänts. Som HD själv antydde kan detta motiveras med förmånsrättens tidsmässiga begränsning. Det är ju normalt meningslöst att tillerkänna arbetstagaren betalningsrätt utöver vad förmånsrätten (och sedermera lönegarantin) täcker. Och enligt förmånsrättslagen, vilken trädde i kraft 1972 men vars motiv (SOU 1969:5 och prop 1970:142) fanns tillgängliga för HD 1971, är förmånsrätten under uppsägningstid begränsad till sex månader, se numera 12 §. Förmånsrätt utöver sex månaders uppsägningstid ansågs nämligen inte socialt motiverad.[57]

Jag kan nu *sammanfatta rättsläget vid lönegarantilagens och förmånsrättslagens ikraftträdande 1971 resp 1972*:

Anställningsavtal upphörde inte automatiskt att gälla vid arbetsgivarens konkurs. Enligt fast praxis kunde däremot *konkursboet* säga upp avtalet att upphöra efter utgången av den uppsägningstid som vid konkurs kunde anses skälig. Den skäliga uppsägningstidens längd var att bedöma främst med hänsyn till anställningens art och längd. Med anställningens art menades framför allt hur kvalificerat och betydelsefullt arbetet var för det aktuella gäldenärsföretaget. Detta sammanhängde i sin tur med synpunkten, att kvalificerade arbetstagare och företagsledare i allmänhet antogs ha svårare att snabbt få ett nytt motsvarande arbete än en mindre kvalificerad arbetstagare.

Den skäliga uppsägningstiden fastställdes utan bundenhet av det enskilda anställningsavtalets och även ett eventuellt kollektivavtals uppsägningstidsregler. Utgångspunkten för bedömningen var dock – naturligen – vad dessa avtal kunde föreskriva. Närmare bestämt godtogs deras tider om inte omständigheter kunde påvisas, som gjorde att den avtalade tiden just i konkurssituationen inte kunde godtas som skälig. Någon allmän anställningsskyddslag att beakta fanns ännu inte.

Konkursboet hade rätt att säga upp den anställde enligt den särskilda konkursrättsliga skälighetsregeln, och därmed begränsa betalningsrätten för lönefordringen, även när den anställde redan före konkursen var uppsagd och annan, längre uppsägningstid löpte vid konkursutbrottet.

[56] Här kan även hovrättsfallet *SvJT 1972 rf s 33* nämnas. Arbetstagaren fick där redan efter tre dagar lämna anställningen på grund av arbetsgivarens konkurs. Han bevakade lönefordran med yrkande om förmånsrätt enligt 17:4 HB för fjorton dagars uppsägningstid. Då såväl tillämpligt kollektivavtal, utredning om bruket på arbetsplaten som bruket hos icke kollektivavtalsbundna arbetstagare i allmänhet saknades, befanns arbetstagaren berättigad till en skälig uppsägningstid om 14 dagar.

[57] Prop 1970:142 s 91.

Boets rätt att säga upp anställningsavtal med skälig uppsägningstid gällde enligt HD:s praxis såväl tillsvidareavtal som visstidsavtal, däribland även s k långtidsavtal.[58]

Förmånsrätt enligt 17:4 HB åtnjöts i samtliga av HD avdömda rättsfall under den uppsägningstid som, till synes oberoende av förmånsrätten, fastställdes som skälig. Först i NJA 1971 s 31 nämndes att hänsyn skulle tas till förmånsrätten vid fastställande av den skäliga tiden, men sådan hänsyn hade säkerligen tagits redan tidigare.

Längre uppsägningstid än sex månader hade aldrig godtagits av HD (eller AD). Huruvida detta berodde på tillfälligheter eller utgjorde tillämpning av en fast gräns är osäkert.[59]

Lönefordringen under den skäliga uppsägningstiden i konkursen var som framgått en konkursfordran. Om inte konkursboet inom viss tid utnyttjade rätten att säga upp den anställde enligt skälighetsregeln, inträdde dock boet som sådant i anställningsavtalet med massaansvar för lön och andra avtalsförpliktelser. Något stöd för detta gavs inte i rättspraxis, men redan 1800-talets legostadgor, 1910–11 och 1935 års lagförlag samt en enstämmig doktrin var av den uppfattningen. Stöd härför kunde dessutom analogivis fås från 1907 års nyttjanderättslags hyres- och arrenderegler samt 41 § KöpL. Inom vilken tid uppsägning måste göras av boet för undvikande av massaansvar var dock oklart.

Enligt 1910 och 1911 års lagförslag hade arbetstagaren en särskild rätt att uppsäga avtalet med omedelbar verkan på grund av konkursen. 1935 års förslag föreskrev samma rätt för arbetstagaren som för boet att säga upp avtalet med viss, kortare uppsägningstid. I litteraturen hävdades sedermera att arbetstagaren hade sådan uppsägningsrätt redan de lege lata.[60] Något stöd för påståendet fanns dock varken i de lagar som faktiskt varit i kraft under den här behandlade perioden eller i rättspraxis. 1933 menade Gedda i sin utförliga kommentar till 17:4 HB tvärtom, att arbetstagaren var skyldig att kvarstanna i arbete hos boet om boet så påfordrade och ställde betryggande säkerhet för riktig fullgörelse.[61] Konkursboet skulle alltså ha en ensidig inträdesrätt med åtföljande massaansvar och skyldighet att ställa säkerhet. Även Schmidt anförde att den på-

[58] Jfr däremot Schmidt, Supplement till Tjänsteavtalet (1972) s 21 not 1, som hävdade att endast långtidsavtalen omfattades av skälighetsregeln. Åsikten stred uppenbarligen mot HD:s praxis och saknade stöd i övrig litteratur, se t ex Wilhelmsson i TSA 1972 s 228, Lundvik i SvJT 1966 s 664, Lind i SvJT 1968 s 112, Rodhe i SvJT 1968 s 222, Lundvik i SvJT 1973 s 132, densamme i SvJT 1977 s 457, Rodhe i SvJT 1979 s 631 och SOU 1969:5 s 49 och 149.

[59] Jfr prop 1970:142 s 38 f och 90 f samt Wilhelmsson i TSA 1972 s 229.

[60] Se särskilt Schmidt, Tjänsteavtalet, 1 uppl s 114 men även SOU 1969:5 s 149 vsp, Walin/Rydin s 94 och Wilhelmsson i TSA 1972 s 228.

[61] Gedda s 76.

stådda uppsägningsrätten för arbetstagaren motsvarades av 39 § KöpL men att rättspraxis, närmare bestämt NJA 1930 s 665, snarast talade för att 1935 års lagförslags (ovillkorliga) uppsägningsregel godtagits.[62] Såvitt jag förstår är rättsfallet dock irrelevant i sammanhanget, eftersom konkursboet där sa upp arbetstagaren och sedan sökte ingå *nytt avtal* med honom, inte påfordra fullgörande av det vid konkursutbrottet bestående avtalet. Huruvida en arbetstagare ovillkorligen kunde säga upp sig vid arbetsgivarens konkurs eller konkursboet tvärtom, analogt med förhållandena vid köp och nyttjanderätt till fast egendom, tilltvinga sig ett fortsatt avtalsförhållande, får nog sammanfattningsvis betecknas som ovisst.

2.2.2 Lönegaranti- och förmånsrättslagen

Som inledningsvis nämndes i föregående avsnitt, saknas idag lagregler om anställningsavtalets behandling vid arbetsgivarens konkurs. Den sammanfattning av rättsläget kring 1970 som gjordes där har heller inte påverkats särskilt mycket av senare praxis utan överensstämmer i huvudsak med det rådande rättsläget.

Väsentliga förändringar på området i stort har ändock ägt rum i och med införandet av framför allt lönegarantilagen (i fortsättningen LGL) 1971 men även med förmånsrättslagen (FRL) året därefter. Enligt LGL i ursprunglig tappning säkrades de lönefordringar[63] som utgick med förmånsrätt enligt 17:4 HB upp till ett belopp motsvarande tre gånger basbeloppet enligt lagen om allmän försäkring. Maximibeloppet har därefter höjts i flera omgångar.[64] Sedan 1976 gäller enligt 2 § 3 st LGL ett tak på tolv basbelopp, vilket 1988 innebär 309 600 kr.[65] Sedan 1972 hänvisar LGL till löneförmånsrätten enligt FRL: endast sådan lönefordran som har förmånsrätt enligt FRL omfattas av garantin, 2 § 1 st LGL.

I och med införandet och den successiva förstärkningen av lönegarantin har löneförmånsrätten etappvis satts ned i prioritet. För närvarande har lön sämsta allmänna förmånsrätt enligt 12 § FRL. Detta har betydelse endast för staten (eller lönegarantifonden), som enligt 10 § LGL regressvis inträder i arbetstagarens rätt mot konkursgäldenären i fråga om

62 Tjänsteavtalet, 1 uppl s 114.

63 Från andra typer av ersättningar (även pension) än lön bortses här och i det följande.

64 Se redogörelsen i DsA 1983:15 s 36 f.

65 Lönegarantin finansieras genom en arbetsgivaravgift som uppgår till 0,2 % av avgiftsunderlaget. Avgifterna förs till lönegarantifonden, varifrån utbetalningar sker enligt garantin. Se närmare t ex DsA 1983:15 s 29 f. – Lönegarantiutredningen har i DsA 1983:15 (se s 15 och 40–47) föreslagit att maximibeloppet sänks till ett fast belopp på 100.000 kr. Utredningen har 1986 även gett förslag till en helt ny lönegarantilag, se SOU 1986:9. Förslagen har ännu inte lett till lagstiftning.

utbetalat garantibelopp. Förmånsrätten för lön tjänar således som ett medel för staten att få igen en del av de pengar som betalas ut till arbetstagarna från lönegarantifonden. Förmånsrätten för regressfordringen bör då innebära att arbetsgivaravgiften till lönegarantifonden kan hållas nere.[66]

Lönegarantin omfattar alltså de konkursfordringar som har förmånsrätt enligt 12 § FRL, vilka är lönefordringar som inte förfallit till betalning tidigare än ett år före konkursansökan *och* dessutom lönefordringar som belöper sig på skälig uppsägningstid, högst sex månader, se 12 § 1 st 1 p FRL.[67] Att lön för arbete under uppsägningstid, såväl före som under konkurs, är en konkursfordran framgår indirekt av 12 § 1 st 2 p FRL, där det sägs att förmånsrätten omfattar all lön för sådan tid. Denna punkt infördes 1976 då det – märkligt nog med hänsyn till tidigare entydig rättspraxis – ansågs oklart om lönefordran för uppsägningstid efter konkursutbrottet, då arbete utförs för konkursboets räkning enligt anställningsavtalet med gäldenären, är konkurs- eller massafordran.[68] Skrivningen i 12 § 1 st 2 p FRL blev dock inte särskilt klargörande för den frågan.[69]

Nämnas bör här också den särskilda avräkningsregeln i 12 § 1 st 3 p FRL. Om inte arbete utförs under uppsägningstiden, gäller förmånsrätten (och därmed lönegarantin) endast sådan lön som överstiger den inkomst som arbetstagaren förvärvat eller uppenbarligen bort förvärvat i annan anställning som han skäligen bort godta.[70] Bestämmelsen motsvarar i stort sett 13 § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS).

Förmånsrätt och lönegaranti *under* arbetsgivarens konkurs kan alltså fås dels under skälig uppsägningstid, längst sex månader, dels under den tid som löper i konkursen utan att uppsägning skett eller konkursboet trätt in med massaansvar. Även i det senare fallet har ju fordringen praktiskt taget alltid förfallit senare än ett år före konkursansökan i enlighet med 12 § 1 st 1 p FRL och kan göras gällande (som en konkursfordran så länge boet inte trätt in) enligt 5:1 KL, då den väsentliga grunden för fordringen – anställningsavtalet – förelåg före konkursen.

Hur ställer sig nu 12 § FRL:s "skälig uppsägningstid, högst sex månader" till den allmänna regeln om konkursboets rätt att säga upp anställ-

66 Se för statistik i frågan SOU 1986:9 s 253.

67 Lönegarantiutredningen har föreslagit att förstnämnda tid kortas ned till sex månader, se DsA 1983:15 s 15 och 49–65.

68 Se prop 1975/76:12 s 2, 31 f, 39, 61, 71 och 90 f. Jfr prop 1970:201 s 67 och 85 ff samt Welamson, Konkurs, 4 uppl s 117 not 2, se även 7 uppl s 129 not 4.

69 Jfr Gregow i SvJT 1984 s 313: "Lagstiftningstekniken måste betraktas som mindre tillfredsställande."

70 Se närmare Walin/Rydin s 95 ff, Konkurs & Ackord s 240 f och ingående SOU 1986:9 s 126–130 och 169–189.

ningsavtal med en skälig uppsägningstid, beroende av anställningens art och längd?

Uppenbart är till en början, att 12 § FRL omedelbart endast reglerar omfattningen av förmånsrätten och därmed indirekt även lönegarantin, däremot inte uppsägningstiden (och betalningsrätten) *som sådan* i konkursen.[71] Skälig uppsägningstid utöver sex månader, delvis utan förmånsrätt, kan således utdömas.[72] Detta har också gjorts i rättspraxis:

> *NJA 1975 s 444.* (Hovrättens avgörande vann laga kraft i den del av tvisten som här intresserar. Rättsfallet får således i denna del ses som ett hovrättsfall.) Arbetstagaren, en kamrer, blev uppsagd av konkursboet ca 14 dagar efter konkursutbrottet med sex månaders uppsägningstid. Han var då 62 år och hade varit anställd i 25 år. Förutom den lön som han fått för de sex månaderna, bevakade kamrern som oprioriterad skadestånd för mistad lön under resterande avtalstid (ungefär tre år). HovR:n uttalade att konkursboet har rätt att säga upp med skälig uppsägningstid och att tidigare praxis ansett att hela uppsägningstiden är förenad med förmånsrätt enligt 17:4 HB. Detta sas otvivelaktligt ha inverkat på bedömningen av vad som utgjorde skälig uppsägningstid i konkurs. FRL begränsar dock förmånsrätten till sex månader. I den mån arbetstagaren kunde anses berättigad till ersättning härutöver syntes det enligt HovR:n inte föreligga hinder mot att såsom oprioriterad göra gällande längre tid än sex månader. I det aktuella fallet framhölls arbetstagarens höga ålder, hans långa anställningstid och att han genom avtal en kort tid före konkursen hade tillförsäkrats anställning till pensionsgränsen. Med hänsyn härtill var han berättigad till en skälig uppsägningstid om ett år.

Ifall den skäliga uppsägningstiden som sådan inte anses böra gå utöver FRL:s sexmånadersram, bör förmånsrätt alltid erkännas för samma tid. Bedömningen blir i det fallet densamma som enligt 17:4 HB. Det är ju samma faktorer, anställningens art och längd, som är relevanta i båda avseendena.

2.2.3 Närmare om boets uppsägningsrätt och om förmånsrätten under uppsägningstid.

Regeln om konkursboets rätt att säga upp anställningsavtal med skälig uppsägningstid berördes således inte av införandet av FRL och LGL. Tvärtom förutsatte de båda lagarna att de äldre reglerna härom skulle äga fortsatt giltighet och att betalningsrätten i konkursen således var begränsad till den skäliga tiden.[73] Tidigare hade emellertid inte bedömts vilken verkan konkursboets uppsägning hade för arbetstagarens anspråk på lön *efter* (eller utom) konkursen:

[71] Jfr prop 1970:142 s 91.

[72] Jfr Walin/Rydin s 95 och Lundvik i SvJT 1977 s 457.

[73] Se ang LGL prop 1970:201 s 66, jfr SOU 1977:29 s 168, Lundvik i SvJT 1977 s 457 och Rodhe i SvJT 1979 s 631. Jfr även prop 1973:129 s 27, 33 och 36.

NJA 1975 s 444. Arbetstagaren blev uppsagd av konkursboet med viss uppsägningstid. Efter det att konkursen avslutats genom ackord krävde arbetstagaren fullt skadestånd för resterande avtalstid (ca tre år) av den förre konkursgäldenären. TR:n ansåg uppsägningen begränsad till konkursen medan HovR:n kom till motsatt slut. HD menade att inskränkningen av betalningsrätten i konkurs till väsentlig del var betingad av borgenärshänsyn. Detta kunde inte befria den förutvarande arbetsgivaren att fullgöra sina skyldigheter om fråga härom uppkom utom konkurs. Arbetsgivarens betalningsansvar ansågs sedan böra bedömas på samma sätt som om den anställde utan samband med konkurs tvingats sluta i förtid på grund av arbetsgivarens obestånd. Arbetstagarens talan fick således framgång.

Verkan av boets uppsägning är således begränsad till betalningsrätten i konkursen.

Enligt den rättspraxis från tiden före LGL och FRL som presenterats ovan var konkursboet inte bundet av anställningsavtalets eller kollektivavtalets uppsägningstidsregler. Att dessa tjänade till stark ledning vid fastställande av den skäliga tiden torde dock varit klart. I motiven till FRL framhöll lagberedningen följande beträffande *förmånsrätten.*[74]

"Finns uppsägningstid föreskriven i tjänsteavtalet, bör denna tid godtagas även i konkurs om inte särskilda skäl talar däremot. Längre tid än sex månader får dock enligt förslaget inte åberopas när det gäller förmånsrätten. I kollektivavtal torde endast undantagsvis förekomma längre uppsägningstid än sex månader. Någon avvikelse från uppsägningstid som inom denna ram stadgas i kollektivavtal bör inte ske."

I första upplagan av kommentaren till FRL tillfogade Walin & Rydin: "Detsamma bör gälla beträffande uppsägningstid som reglerats i lag (1971:199) om anställningsskydd för vissa arbetstagare."[75] I andra upplagan i början av 80-talet sägs detsamma om 1974 års LAS.[76] Alla uttalanden som avser uppsägningstider inom sexmånadersramen i 12 § FRL bör som sagt gälla även för uppsägningstiden och därmed betalningsrätten i konkurs som sådan. I propositionen till 1974 års LAS angavs att uppsägningstiden vid konkurs inte torde kunna bestämmas kortare än vad som följer av en för arbetstagaren gällande lagstiftning om uppsägningstidens längd.[77] Och i propositionen till lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen påstods att LAS' regler om uppsägningstid under alla förhållanden måste anses skäliga.[78] Vid införandet av 12 § 1 st *2 p* FRL 1976 sas på liknande sätt att konkursförvaltaren är bunden av uppsägningstiden enligt LAS.[79] Åsikterna

74 SOU 1969:5 s 49 hsp.
75 1 uppl s 99.
76 2 uppl s 95.
77 Prop 1973:129 s 36.
78 Prop 1974:88 s 201.
79 Prop 1975/76:12 s 31.

upprepades i betänkandet Konkursförvaltning 1977.[80] Wilhelmsson menade att LAS, kollektivavtal eller anställningsavtal naturligtvis är vägledande.[81] Rodhe skriver 1979 att 11 § LAS ska beaktas.[82] I RSV:s bok Konkurs & Ackord hävdas att LAS blivit normerande för bedömningen.[83]

Frågan om bundenhet eller inte av LAS' uppsägningstidsregler har sedermera kommit att bedömas av domstolarna:

RIC 6/84 (SveaHovR 1983-09-11, avd 10: SÖ 93, Ö 1295/83). Lönegarantimål.[84] Anställningsavtal hade ingåtts 1/2 1982 med föreskrift om sex månaders uppsägningstid vid arbetsgivarens uppsägning. Konkurs inträffade 8/2 1983. En lönefordran för sex månader gjordes gällande med förmånsrätt. Då anställningsavtalets uppsägningstid inte grundades på kollektivavtal och inte heller synnerliga skäl förelåg, ansåg kronofogdemyndigheten (KFM) att längre uppsägningstid än 11 § LAS stadgade inte kunde medges, vilket i detta fall var en månad. HovR:n ansåg på liknande sätt att 11 § LAS fick anses normerande vid bestämmande av skälig uppsägningstid enligt 12 § FRL. Hänsyn skulle även tas till anställningens art och längd. Vad arbetstagaren anfört föranledde dock inte till annan bedömning än KFM:s.

RH 1984:101. Lönegarantimål. En anställning som tillförordnad VD hade tillträtts tills vidare från 1/6 1983. Avtalet föreskrev sex månaders ömsesidig uppsägningstid. Konkurs utbröt 6/6 1983 och två dagar senare sa boet upp avtalet. En lönefordran för sex månader bevakades med yrkande om förmånsrätt (och lönegaranti). KFM godtog dock bara en månads uppsägningstid i enlighet med 11 § LAS, då förmånsrätt och lönegaranti för längre tid inte angavs kunna fås utan stöd av kollektivavtal. I HovR:n menade RSV i enlighet med sin bok att LAS blivit normerande. HovR:n tillerkände emellertid arbetstagaren en uppsägningstid om sex månader, med förmånsrätt och lönegaranti. 11 § LAS angavs bara ge ett minimiskydd, och motivuttalandet om att tjänsteavtalets uppsägningstid bör godtas om inte särskilda skäl föreligger däremot sas vara välgrundat. En skälighetsprövning företogs därefter med utgångspunkt i anställningsavtalet, varvid sex månaders uppsägningstid inte ansågs onormalt lång. Arbetstagaren hade vidare vilseletts av bolagets ekonomiska ställning och räknat med att anställningen skulle bestå under en inte alltför begränsad tid. Att anställningen endast varat några dagar föranledde därför inte att den avtalade uppsägningstiden skulle frångås.

RH 1984:108. Lönegarantimål. En tillsvidareanställning påbörjades 26/9 1983. Arbetsgivaren gick i konkurs 1/3 1984, och boet sa då upp den anställde. I uppsägningsbeskedet angavs uppsägningstiden till sex månader. En lönefordran för denna tid gjordes gällande med yrkande om förmånsrätt (och lönegaranti). Då anställningen inte varat fullt sex månader godkände KFM endast en månads uppsägningstid. I HovR:n framhöll arbetstagaren att boet erbjudit honom sex månaders uppsägningstid, vilket han accepterat. Överenskommelsen stred inte mot LAS, eftersom en förlängning inte strider mot anställningsskyddet. HovR:n fann det styrkt att avtal träffats mellan boet och arbetstagaren om sex månaders uppsägningstid. Då 11 § LAS således var bortavtalad och inget kollektivavtal gällde, blev det sedan fråga om sex månader var en skälig uppsägningstid. Omständig-

80 SOU 1977:29 s 168.

81 TSA 1972 s 228.

82 SvJT 1979 s 631.

83 Konkurs & Ackord s 239.

84 Enligt 9 § LGL får besvär över hovrättsbeslut inte föras i sådana mål.

heter att beakta var därvid *att* arbetstagaren var 53 år gammal, *att* han varit anställd drygt fem månader, *att* facket avstått från MBL-förhandling därför att konkursförvaltaren gått med på sex månaders uppsägningstid, *att* RSV inte ens påstått att det förelegat sådana särskilda omständigheter i samband med konkursen att förvaltaren kunnat säga upp arbetstagaren omedelbart utan iaktttagande av sedvanlig varseltid, *samt att* det således var ovisst om anställningen kunnat fås att upphöra innan kvalifikationstiden för sex månaders uppsägningstid enligt 11 § LAS uppfyllts, om inte arbetstagaren godkänt uppsägningen. På grund härav och LGL:s sociala karaktär tillerkändes arbetstagaren skäligen sex månaders uppsägningstid.

Osäkerheten i frågan om den skäliga uppsägningstiden enligt 12 § FRL contra 11 § LAS skingrades slutligen av HD:

NJA 1985 s 50. En person blev 11/10 1982 anställd som produktchef med en ömsesidig uppsägningstid om sex månader. Arbetsgivaren gick i konkurs 7/2 1983, och arbetstagaren blev uppsagd av boet fr o m 1/3 1983. En lönefordran bevakades för tiden 1/3 – 31/8 1983 med yrkande om förmånsrätt. Boet gjorde anmärkning under åberopande av skälighetskravet i 12 § FRL. Högst en månad eller maximalt tre månader kunde accepteras. TR:n fann, med hänsyn till arten av och omständigheterna kring anställningen och arbetsgivarens avtal med övriga anställda, att det fanns särskilda skäl att inte godta den yrkade uppsägningstiden om sex månader. Den fastställdes i stället till tre månader. HovR:n lämnade besvären utan bifall. HD framhöll först att det av motiven till 12 § FRL framgår att vid bedömningen av vad som är skälig uppsägningstid i konkurs ska tas hänsyn till bl a anställningens längd och art. I tjänsteavtal föreskriven uppsägningstid bör godtas om inte särskilda skäl föreligger däremot. Angående 11 § LAS nämndes att en avvikelse härifrån till nackdel för arbetstagaren enligt 2 § 2 st LAS endast får göras om kollektivavtal slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation. Vid tillkomsten av FRL fanns ingen motsvarande lagstiftning om uppsägningstider. LAS hade inte heller föranlett ändring av FRL. Vidare angavs att frågan om förhållandet mellan 12 § FRL och 11 § LAS tidigare prövats i några hovrättsmål (som på grund av 9 § LGL inte kunnat överklagas till HD) med olika utgång. HD fortsatte:

"När det gäller att vid tillämpningen av 12 § förmånsrättslagen inom sexmånadersramen bestämma skälig uppsägningstid, är det en given utgångspunkt att den uppsägningstid som arbetstagaren har rätt till enligt lagen om anställningsskydd är att anse som skälig (se prop 1974:88 s 201). Att annan uppsägningstid kan bli att bedöma som skälig kan följa av kollektivavtal. Frågan i målet är emellertid om arbetstagaren på grund av bestämmelser i det enskilda anställningsavtalet kan ges förmånsrätt under en uppsägningstid som överstiger den i 11 § lagen om anställningsskydd angivna. – Syftet med lagen om anställningsskydd är när det gäller uppsägningstidens längd att ge arbetstagare i allmänhet ett visst minimiskydd. Däremot hindrar inte lagen att arbetstagare genom kollektivavtal eller det enskilda anställningsavtalet tillförsäkras en längre uppsägningstid än som följer av 11 §. Med hänsyn härtill saknas anledning att då det gäller att besvara den ställda frågan överge den ståndpunkt som intogs i förarbetena till förmånsrättslagen och som alltså innebär att i ett tjänsteavtal föreskriven uppsägningstid bör godtas, om inte särskilda skäl talar emot det."[85]

I det aktuella fallet hade anställningen vid uppsägningen inte varat sex månader. Enligt 11 § LAS gäller då en månads uppsägningstid. Hade anställningen varat sex månader skulle uppsägningstiden med hänsyn till arbetstagarens ålder varit tre månader. Särskilt med hänsyn till arten av arbetstagarens anställning fann HD

85 Ref s 54 f.

sedan att den avtalade uppsägningstiden om sex månader var skälig. Ett JustR var skiljaktig ville ge arbetstagaren endast tre månaders uppsägningstid.

HD slår således fast, att *längre* uppsägningstider än som följer av 11 § LAS mycket väl kan vara skäliga enligt 12 § FRL inom sexmånadersramen och att 1969–70 års motivs tolkningsangivelser ännu äger giltighet. Beträffande LAS sägs då egentligen inget annat än att lagen ska tillämpas på vanligt sätt även vid konkurs. Något generellt uttalande om att så ska ske även i det fall, då annat avtal än centralt kollektivavtal föreskriver *kortare* uppsägningstid än 11 § LAS stadgar, eller då kortare uppsägningstid än 11 § LAS hävdas vara skälig oavsett avtal, görs däremot inte. Tvärtom begränsar sig HD uttryckligen till frågan, om längre tid än vad 11 § LAS föreskriver kan vara skälig. Jag har dock svårt att föreställa mig att en kortare uppsägningstid än vad LAS' minimiskydd ger skulle godtas som skälig vid konkurs.[86] Såväl äldre som nyare praxis ger snarare intrycket av att den skäliga tiden vid konkurs, både när det gäller betalningsrätten som sådan och förmånsrätten, så gott som alltid bedöms generösare än vad en ren tillämpning av LAS skulle resultera i.

Frågan om en kortare uppsägningstid än som följer av 11 § LAS kan godtas enligt 12 § FRL, om den har stöd i ett *centralt kollektivavtal* i enlighet med 2 § 2 st LAS, besvaras inte direkt i NJA 1985 s 50. Lagberedningen skrev för sin del här, som framgått ovan, att någon avvikelse från kollektivavtal inte bör ske inom sexmånadersramen.[87] Vid departementets referat av lagberedningens förslag fanns dock inte detta uttalande med.[88] Även HD utelämnar åsikten i sin redogörelse för motiven i NJA 1985 s 50. HD hade å andra sidan inte anledning att uttala sig om kollektivavtalets betydelse, då något tillämpligt kollektivavtal inte fanns i det aktuella målet. I vad mån departementets "frisering" av lagberedningen var avsiktlig får också sägas vara ovisst. Huruvida kollektivavtal till nackdel för arbetstagaren är godtagen vid konkurs i samma utsträckning som 2 § 2 st LAS tillåter, synes sammanfattningsvis vara en öppen fråga.[89] Måhända är sådana kollektivavtal sällsynta?

Slutligen kan man fråga sig, om NJA 1985 s 50 har någon betydelse för frågan om omfattningen av *betalningsrätten som sådan* i konkurs, alltså oberoende av omfattningen av förmånsrätten. I målet yrkades betalningsrätt och förmånsrätt för lika lång tid, nämligen den avtalade uppsägningstiden om sex månader. Som jag framhållit tidigare menar jag att omfattningen av betalningsrätten (eller uppsägningstiden) som sådan bör

[86] Så även prop 1973:129 s 36.

[87] SOU 1969:5 s 49 hsp.

[88] Prop 1970:142 s 35. Se däremot Walin/Rydin s 95.

[89] Det tidigare nämnda uttalandet i prop 1973:129 s 36 omfattar knappast den här diskuterade frågan.

sammanfalla med förmånsrätten inom sexmånadersramen. Enligt långvarig HD-praxis ska nämligen betalningsrätten/uppsägningstiden som sådan i konkurs bedömas just med hänsyn till de faktorer, anställningens art och längd, som enligt de motiv som HD anammade i NJA 1985 s 50 är av betydelse för förmånsrätten. I HD:s praxis har f ö betalnings- och förmånsrätten aldrig bedömts olika.[90] Skälighetsbedömningen i NJA 1985 s 50, och även den aktuella frågan om förhållandet till LAS, bör därför vara relevant också för betalningsrätten som sådan.

I senare hovrättsrättspraxis har principerna från NJA 1985 s 50 – givetvis – följts:

> *RH 1986:130.* Lönegarantimål. En sjukgymnast anställdes 1/4 1986 med en ömsesidig uppsägningstid om tre månader. Arbetsgivaren gick i konkurs 22/7 1986, och tre dagar senare blev arbetstagaren uppsagd av konkursboet. En uppsägningstid om tre månader gjordes gällande i konkursen. KFM godtog endast en månad, vilket är tiden vid tillämpning av 11 § LAS. HovR:n anförde att arbetstagaren anställts som expert i frågor om hjälpmedel åt rörelsehindrade och anpassning av sådana hjälpmedel samt förvärvat erfarenhet för detta arbete genom utbildning till sjukgymnast och genom anställning vid hjälpmedelscentral vid lasarett. Vad som sålunda upplysts om anställningens art talade enligt domstolen för att den avtalade anställningstiden var skälig. Anställningen hade visserligen inte varat i sex månader, men detta utgjorde inte tillräckligt skäl för en annan bedömning. Tjänsteavtalets uppsägningstid ansågs således skälig.

När det gäller förhållandet till LAS kan till sist nämnas följande fall.

> *AD 1982 nr 150.* En arbetstagare, som på grund av sin företagsledande ställning varken omfattades av LAS eller 12 § FRL (och för vilken det inte heller gällde något kollektivavtal eller bestämd avtals- eller uppsägningstid) hävdade att han inte var berättigad till uppsägningstid vid konkursboets uppsägning. AD fastslog att han ändock hade rätt till uppsägningstid. (Huvudfrågan i målet var om konkursboet ådragit sig massaansvar genom konkludent handlande, se avsnitt 2.2.6 nedan).

Jag hävdade alldeles nyss att också skälighetsbedömningen beträffande själva betalningsrätten och uppsägningstiden som sådan i konkurs ska ske i enlighet med de riktlinjer som uppdragits i rättstillämpningen före FRL. Bedömningen ska således ske med beaktande av framför allt anställningens art och längd, på samma sätt som görs enligt 12 § FRL inom sexmånadersramen. I litteraturen har dock på senare tid gjorts gällande, att konkursboets särskilda rätt att säga upp anställningsavtal med skälig uppsägningstid skulle vara avskaffad och att bedömningen numera ska

[90] Jfr däremot det hovrättsfall som innefattas i NJA 1975 s 444.

göras i enlighet med generalklausulen i 36 § AvtL.[91] Till stöd för åsikten har tagits följande rättsfall från AD.

AD 1979 nr 152. En person hade anställts hos ett bolag enligt ett femårskontrakt "med sex månaders uppsägning" för att sälja traktorgrävare i Norrland med början 1/9 1976. Bolaget kom sedermera i ekonomiska svårigheter. 7/7 1977 inställdes betalningarna och ackordsförhandlingar inleddes. 27/10 1977 fastställdes ett offentligt ackord om 25 %. Bolaget omorganiserades och försäljningen i Norrland och av traktorgrävare över huvud taget upphörde. Försäljarens tjänst drogs in. 27/2 1978 blev han uppsagd till 30/8 samma år. I målet hävdade försäljaren att avtalet inte kunde sägas upp i förtid och att arbetsgivarens uppsägning följaktligen utgjort ett kontraktsbrott som berättigade honom till skadestånd utgörandes av mistad lön för resterande avtalstid. – *TR:n* ansåg att bolaget inte haft tungt vägande skäl för sin uppsägning och biföll ersättningskravet. Därefter, under rättegången i AD, försattes bolaget i konkurs. Konkursboet fullföljde rättegången. – *AD* redogjorde till en början för LAS' regler för visstidsavtal som, i likhet med allmänna kontraktsrättsliga principer, innebär att sådana avtal inte kan uppsägas annat än vid grovt kontraktsbrott, se numera 4 och 18 §§. Vidare anfördes motiven till LAS, enligt vilka visstidsavtal i vissa fall dessutom kan sägas upp i förtid med skälig uppsägningstid, bl a nämndes arbetsgivarens konkurs som ett sådant fall. Stöd för detta fanns också i äldre rättspraxis, lagförslag och doktrin. Därefter framhölls att frågan om jämkning av avtal på grund av ändrade förhållanden emellertid numera fått en uttrycklig reglering i 36 § AvtL. Avtal om tidsbegränsade anställningar kan, menade AD, sättas åt sidan med stöd av 36 § AvtL sedan skälig uppsägningstid iakttagits. Utrymmet för att tillämpa generalklausulen var dock mer begränsat här än inom andra avtalsområden, i vart fall när det gällde förtida frigörande på grund av ändrade förhållanden. Efter viss redogörelse för generalklausulmotiven skrev AD att en arbetsgivare tydligen har ganska begränsade möjligheter att i förtid bryta en tidsbegränsad anställning:

"Även om en sådan rätt kan föreligga när förhållanden inträffar som ligger helt utanför arbetsgivarens kontroll bör det förhållandet, att de ekonomiska förutsättningarna för att bedriva en viss verksamhet har försämrats, normalt inte ge arbetsgivaren en rätt att gå ifrån ett träffat avtal om en tidsbegränsad anställning. Sådana omständigheter bör arbetsgivaren i allmänhet ta i beräkning när han ingår avtalet."[92]

I det aktuella fallet ansågs bolagets ekonomiska svårigheter inte ha orsakats av sådana oförmodade händelser. Med hänsyn till detta och till att arbetstagaren befunnit sig i ett arbetsmarknadsmässigt utsatt läge, kunde bolaget varken med stöd av 36 § AvtL eller andra allmänna rättsgrundsatser anses haft rätt att frigöra sig från avtalsförpliktelserna genom uppsägning. Arbetstagaren tillerkändes därför skadestånd.

Sigeman skriver att målet gällde *bolagets* förpliktelser utom konkurs och att det inte antyds, att konkursen ökat *bolagets* möjligheter att frigöra sig, varefter hänvisas till NJA 1975 s 444 (min kurs).[93] Zethræus anser det

[91] Se Zethræus i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s 599 ff, särskilt s 601. Jfr Sigeman i Festskrift till Hellner s 622 och Schmidt/Sigeman, Löntagarrätt s 177 not 4. I sistnämnda framställning sägs f ö, i enlighet med Schmidts åsikt från 1972, att konkursboets rätt att säga upp anställningsavtal med skäligt varsel bara omfattar s k långtidskontrakt. Det sägs också att samma uppsägningstider ska iakttas vid konkurs som vid driftsnedläggning utom konkurs. Vad dessa uttalanden stöder sig på anges inte.

[92] Ref s 908.

[93] Se Festskrift till Hellner a st.

dock vara ofrånkomligt att domen innebär att arbetstagaren i konkurs får bevaka lön för resterande avtalstid, eftersom arbetsgivaren faktiskt var försatt i konkurs då målet prövades. Målet skulle också innebära att även ett konkursbo numera har begränsad möjlighet till förtida uppsägning.[94]

För egen del kan jag definitivt inte instämma i Zethræus' slutsatser. Till stöd härför vill jag anföra följande.

1. AD 1979 nr 152 är inget konkursfall. AD hade att ta ställning till vad som gällde vid uppsägning av ett i princip ouppsägbart visstidsavtal på grund av arbetsbrist, orsakad av ekonomiska svårigheter som vid uppsägningen inte lett till konkurs. Visserligen följde konkurs så småningom, men först under rättegången i AD. Arbetsgivarsidans talan i målet inriktade sig enbart, även efter det att konkursboet övertagit den, på att uppsägningen varit rättsenlig på grund av arbetsbristen vid uppsägningstillfället, då konkurs som sagt ännu inte utbrutit. Den särskilda konkursanknutna skälighetsregeln åberopades alltså inte utan endast 36 § AvtL och "allmänna rättsgrundsatser". Observeras bör också att uppsägningstiden om sex månader löpt ut långt innan bolaget försattes i konkurs.

2. AD kom i målet fram till att arbetsgivaren inte haft någon uppsägningsrätt utan varit skyldig att fullgöra sina förpliktelser till avtalstidens slut. Som Sigeman antyder harmonierar detta väl med utgången i NJA 1975 s 444, där den särskilda konkursrättsliga skälighetsregeln angavs väsentligen vara motiverad av *övriga borgenärers intresse*. Någon anledning att befria arbetsgivaren/gäldenären själv efter konkursen (i den mån han kvarstår som rättssubjekt) eller vid arbetsbrist utom konkurs, ansågs däremot inte finnas. Även i AD 1979 nr 152 "överlevde" bolaget de ekonomiska svårigheterna om man beaktar de processuella ramar som AD hade att röra sig inom. Utgången innebär då för konkursfallet inget nytt under solen jämfört med NJA 1975 s 444.

3. I AD:s domskäl nämns inte något om borgenärernas intresse av att kunna avlasta sig från omfattande lönebevakningar vid konkurs, alltså den egentliga grunden för att ett konkursbo ansetts få säga upp anställningsavtal med skäligt varsel. I konkurs uppkommer dock alltid en konflikt mellan arbetstagarens betalningsintresse och borgenärernas, dvs tredje mans, motsatta intresse. AD skriver i sina skäl att förtida uppsägningsrätt visserligen kan föreligga när förhållanden inträffar som ligger helt utanför arbetsgivarens kontroll, men att försämrade ekonomiska förutsättningar för att bedriva en viss verksamhet normalt inte ger sådan rätt. Härtill kan sägas att konkurs inte är något normalfall. Vid konkurs är det dessutom som sagt inte heller fråga om att ge arbetsgivaren/gäldenären rätt att frångå avtalet, utan att låta arbetsgivarens alla andra *borge-*

[94] Se Zethræus a st.

närer inskränka en betalningsrätt som man aldrig kommer att få något vederlag för. Gäldenären själv fortsätter dock som sagt, i enlighet med NJA 1975 s 444, utom konkursen att svara avtalstiden ut. Utrymmet för en tillämpning av 36 § AvtL i sakrättsliga konflikter bör också rent allmänt anses mycket begränsat.[95] Klausulen är uppenbarligen avsedd för helt andra situationer.

4. Ska man trots allt diskutera en övergång till 36 § AvtL vid bedömningen av, dels om uppsägning alls ska få göras av konkursförvaltaren, dels en i så fall endast eventuell skälig uppsägningstids längd, bör framhållas att detta även skulle få genomslag vid tillämpning av skälighetsregeln i 12 § FRL inom sexmånadersfristen. Här blir det i än högre grad en konflikt mellan det allmänna borgenärsintresset och en viss eller viss grupp borgenärers – de anställdas – intressen. Observeras bör att HD i NJA 1985 s 50, vid sin bedömning av om anställningsavtalets uppsägningstid var skälig enligt 12 § FRL, varken nämnde 36 § AvtL eller tillämpade dess rekvisit. I stället åberopades, på samma sätt som gjorts i konkursfall sedan seklets början, *anställningens längd och art* (och FRL:s motiv, vilka bygger på äldre rättspraxis) som främsta riktmärken. HD har vidare redan i NJA 1963 s 331 tagit avstånd från åsikten, att skälighetsregeln vid konkurs endast skulle vara ett utflöde av en mera allmän princip för vissa anställningsavtal, jfr att Geijer i 1963 års fall inte fick gehör för sina åsikter i den riktningen.

Det nu anförda bör enligt min mening vara tillräckligt för att kunna påstå, att rättsfallet AD 1979 nr 152 inte i något avseende ändrar eller berör de konkursregler som redogjorts för ovan.

I ett par hovrättsfall har bedömts frågan om sexmånadersgränsen i 12 § FRL även gäller uppsägningstid *före* konkurs eller om detta fall i stället omfattas av samma paragrafs ettårsregel:

RIC 10/85 (SveaHovR 1984–11–14, avd 10:SÖ 122, Ö 2170/84). Lönegarantimål. En arbetstagare blev 25/1 1983 uppsagd med ett års uppsägningstid i enlighet med kollektivavtal. Arbete utfördes under hela uppsägningstiden, men uppsägningslön erhölls inte för tiden 1/12 1983 – 25/1 1984. Arbetsgivaren försattes i konkurs 16/3 1984 och det uteblivna beloppet bevakades med yrkande om förmånsrätt (och lönegaranti). KFM ansåg att förmånsrätten under uppsägningstid är begränsad till skälig tid, högst sex månader, oavsett när uppsägningstiden infaller i förhållande till konkursansökan. Arbetstagaren menade däremot att ettårsgränsen i 12 § FRL skulle tillämpas, då uppsägningstiden löpt ut innan konkursansökningen gjordes. I HovR:n hävdade RSV att arbetstagaren redan åtnjutit lön för längre uppsägningstid än sex månader och att längre tid inte kunde godtas. HovR:n fastslog dock att begränsningen i 12 § FRL, när det gäller lön under uppsägningstid, enligt förarbetena endast avser lön som belöper sig på tid efter konkursansökan.

[95] Jfr möjligen SOU 1974:83 s 160 f.

Lönegaranti skulle då utgå enligt yrkandet, då fordringens förfallotid låg inom ettårsgränsen.[96]

Domen kan tolkas på två sätt. Antingen menade hovrätten att varken sexmånadersgränsen eller skälighetsregeln i 12 § FRL ska tillämpas när det gäller lön (under den uppsägningstid) som förfallit inom ett år före konkursansökan. Endast ettårsramen skulle då begränsa betalnings- och förmånsrätten. Eller också ansåg domstolen att sexmånadersgränsen visserligen inte var tillämplig beträffande tid före konkursen men att en skälighetsbedömning ändå ska göras i enlighet med den allmänna skälighetsregel som gäller för betalningsrätten och uppsägningstiden som sådan. Kollektivavtalets uppsägningstid om ett år kan då ha godtagits som skälig i enlighet med lagberedningens rekommendation om att sådana avtals regler om uppsägningstid normalt bör följas. Troligast är att hovrätten dömde enligt det första alternativet, som nog är bättre förenligt med lagtexten i 12 § 1 st 1 p FRL än det andra.[97] Huruvida denna lösning i så fall är lämplig kan diskuteras. I HD:s praxis, se NJA 1963 s 331 och NJA 1971 s 31, har konkursboet ansetts berättigat att säga upp den anställde med förkortad tid även då denne redan är uppsagd före konkursen och *uppsägningstid löper* vid konkursutbrottet. Att uppsägningstiden skulle få förkortas ("skälighetsbedömas") bara i den eventuella del som belöper på tiden efter konkursutbrottet verkar konstigt. Men att dra gränsen för skälighetsregeln mellan fallet då uppsägningstiden i sin helhet löpt ut före konkursen och det då uppsägningstid ännu löper på konkursdagen är inte heller bra. Bäst är att använda skälighetsregeln på alla lönefordringar som vid arbetsgivarens konkurs görs gällande för uppsägningstid.

I lönegarantimålet *RIC 48/87 (HovRSB 1987–09–11, SÖ 3169, Ö 231/87)* uppkom åter anledning att bedöma, om ettårsgränsen i 12 § FRL för "lön och annan ersättning på grund av anställningen" även avser uppsägningslön eller om regeln om "skälig uppsägningstid, högst sex månader" exklusivt reglerar sådan lön. HovR:n fann på samma sätt som i föregående mål, att sistnämnda regel endast torde syfta på uppsägning som skett efter konkursutbrottet och att ettårsgränsen gällde också för uppsägningslön. I målet hade RSV påstått att uppsägningslön begrän-

[96] Här kan också nämnas *SvJT 1979 rf s 3*. En arbetstagare avskedades 1/5 1975 utan saklig grund. Arbetsgivaren gick i konkurs 3/5 1976, varvid arbetstagaren bevakade dels lön under skälig uppsägningstid 1/5 – 30/7 1975, dels ersättning för utebliven lön under tiden 1/8 1975 – 28/2 1976. Den sistnämnda ersättningen ansågs jämställd med lön, men då det inte var fråga om lön eller ersättning *under uppsägningstid* (min kurs), åtnjöt arbetstagaren förmånsrätt i enlighet med sitt yrkande och inte endast för sex månader, som motparten gjort gällande. Om arbetstagaren hävdat att hela det yrkade beloppet avsåg skälig uppsägningstid hade HovR:n fått bedöma frågan om sexmånadersbegränsningen också gäller uppsägningstid *före* konkurs, liksom SveaHovR i RIC 10/85. Nu är fallen inte jämförbara. Jfr betr 1979 års fall Hessler i SvJT 1983 s 203.

[97] Här kan upprepas att lönegarantiutredningen föreslagit att ettårstiden före konkurs i 12 § FRL förkortas till sex månader, se DsA 1983:15 s 15 och 49–65.

sas av såväl ettårsregeln som regeln om "skälig uppsägningstid, högst sex månader". Detta avvisades som sagt av HovR:n.

HovR:n menade således att första ledet i 12 § 1 st 1 p FRL exklusivt reglerar omfattningen av löneförmånsrätten för uppsägningslön då uppsägning skett före konkursen. Om domstolen därmed också ansåg att civilrättsligt godtagen uppsägningstid i sådana fall alltid skall godtas också konkursrättsligt, dvs inte ska skälighetsbedömas enligt en allmän regel för betalningsrätten som sådan, är oklart. Själv får jag här hänvisa till vad jag sa i anslutning till RIC 10/85.

Avslutningsvis ska refereras ett hovrättsfall som gäller omfattningen av förmånsrätten under uppsägningstid efter *arbetstagarens* uppsägning *före* arbetsgivarens konkurs:

RH 1986:86. Lönegarantimål. Arbetstagaren blev anställd 9/1 1984, sa själv upp sig 15/10 1984 och slutade arbeta 31/10 samma år. Arbetsgivaren gjorde konkurs 28/11 1984. En lönefordran avseende uppsägningstid för november 1984 bevakades med yrkande om förmånsrätt (och lönegaranti). Arbetstagaren påstod i målet att han vid uppsägningen avtalat med arbetsgivaren om fortsatt arbete till 31/10 1984. Därefter skulle han erhålla en månads uppsägningslön för november. Initiativet till uppsägningen hävdades i själva verket ha kommit från arbetsgivaren, som förklarat arbetstagaren icke önskvärd. Vid uppsägningen menade arbetstagaren att han haft rätt till tre månaders uppsägningstid enligt LAS. Han hade dock accepterat en månad utan arbetsskyldighet för att mera effektivt kunna söka nytt arbete. Om inte avtal skulle anses styrkt var han ändå berättigad till skälig uppsägningstid enligt 12 § FRL. RSV anförde att arbetstagaren godtagit avsked enligt 18 § LAS, som inte är förenad med uppsägningstid. Eftersom inget arbete utförts i november 1984 kunde förmånsrätt och lönegaranti inte erkännas. HovR:n framhöll först, i stort sett i enlighet med NJA 1985 s 50, att den uppsägningstid som en arbetagare har rätt till enligt LAS ska anses skälig enligt 12 § FRL inom sexmånadersfristen. Att annan uppsägningstid kan bli att bedöma som skälig kan följa av kollektivavtal eller enskilt anställningsavtal. I det aktuella fallet fann HovR:n det inte klarlagt om omständigheterna varit sådana, att det vid tillämpning av LAS skulle anses att arbetstagaren blivit uppsagd av arbetsgivaren. Skäl förelåg inte heller för att anse arbetstagarens uppsägning utgöra ett godtagande av avsked enligt 18 § LAS. Då således arbetstagaren själv sagt upp sin anställning gällde enligt 11 § 1 st LAS – om inte annat avtalats – en uppsägningstid om en månad. Eftersom det i målet inte från någondera sidan visats att avtal om annan uppsägningstid träffats, och med beaktande av utredningen i övrigt, fann domstolen att arbetstagaren hade rätt till en månads uppsägningstid, räknad från 15/10 1984. Arbetstagarens yrkande bifölls m a o till hälften.

Domen utsäger omedelbart att arbetstagarens rätt att vid konkurs göra gällande förmånsrätt och lönegaranti, under uppsägningstid efter egen uppsägning före konkursen, ska bedömas enligt skälighetsregeln i 12 § FRL (vilken inom fristen är lika med den allmänna skälighetsregeln för betalningsrätten som sådan i konkursen). Detta framgår kanske redan direkt av 12 § FRL. Skälighetsbedömningen skedde efter samma principer som vid arbetsgivarens eller konkursboets uppsägning. Då inget avvikande kollektiv- eller anställningsavtal fanns, fastställdes minimitiden i 11 § 1 st LAS som skälig. Enligt arbetstagarens yrkande löpte uppsäg-

ningstiden vid konkursutbrottet, medan hovrättens dom innebär att den löpte ut fjorton dagar före konkursen. Huruvida det ena eller det andra gällt synes ha saknat betydelse för frågan om skälighetsregeln alls var tillämplig, jämför min egen åsikt i frågan ovan.

Det sist angivna hovrättsfallet säger inget om huruvida arbetstagaren har en särskild uppsägningsrätt på grund av arbetsgivarens konkurs. Denna fråga ska nu diskuteras lite närmare.

2.2.4 Har även arbetstagaren uppsägningsrätt på grund av konkursen?

Som framhölls mot slutet i avsnitt 2.2.1 ovan, saknades i rättspraxis vid tiden för LGL:s och FRL:s tillkomst stöd för en särskild konkursbetingad uppsägningsrätt för arbetstagaren. Inte heller föreskrevs något sådant i 1800-talets legostadgor. I 1910, 1911 och 1935 års lagförslag upptogs dock regler som gav arbetstagaren rätt att häva med omedelbar verkan resp säga upp avtalet med viss uppsägningstid. I litteraturen hävdades sedan att regeln i 1935 års förslag överensstämde med gällande rätt. Lagberedningen påstod i förbigående detsamma i motiven till FRL.[98]

Även under 70- och 80-talen har i olika sammanhang upprepats, att arbetstagaren har samma rätt som boet att ovillkorligen säga upp avtalet med iakttagande av skälig uppsägningstid.[99] Något rättsfall där frågan ställts på sin spets har inte avdömts. HD har dock i NJA 1979 s 253, som ett obiter dictum vid sidan av den egentliga saken i målet (som gällde konkludent inträde av konkursboet), uttalat att såväl konkursboet som arbetstagaren har uppsägningsrätt enligt skälighetsregeln. Hänvisning sker till betänkandet Konkursförvaltning, där detta uttalades i anslutning till en föreslagen ny bestämmelse i konkurslagen, om förvaltarens hörande av facket innan åtgärder som är väsentliga för arbetstagarnas anställning vidtas. Den föreslagna bestämmelsen ledde inte till lagstiftning.[100] Som stöd för åsikten att uppsägningsrätten skulle vara ömsesidig hänvisas i betänkandet i sin tur, förutom till lagberedningen och Walin & Rydins referat av beredningen och viss rent arbetsrättslig litteratur, till propositionen till 1974 års LAS. Där nämns dock bara att konkursboet har uppsägningsrätt.[101] Tilläggas kan att AD i 1982 nr 150, som ett obiter

98 SOU 1969:5 s 149 vsp.

99 Se t ex Wilhelmsson i TSA 1972 s 228, Walin/Rydin s 94, Lagebrant i TSA 1975 s 440, SOU 1977:29 s 168, Konkurs & Ackord s 117, Schmidt/Sigeman s 310 och Zethræus i Festskrift till advokatsamfundet s 584.

100 SOU 1977:29 s 168.

101 Se prop 1973:129 s 27, 33 och 36.

dictum i ett mål om konkludent inträde, nämnt att rätten att åtnjuta uppsägnings*tid* är ömsesidig vid uppsägning från motpartens sida vid konkurs.

Från rättskälleteknisk synpunkt kan nog diskuteras, om ett obiter dictum av HD (och möjligen även AD), några korta och oftast osjälvständiga omnämnanden i litteraturen samt en del uttalanden i förbigående i olika lagmotiv i anslutning till andra lagstiftningsprojekt räcker för att kunna påstå, att arbetstagaren enligt gällande rätt har samma uppsägningsrätt som konkursboet vid arbetsgivarens konkurs.

Hur det än förhåller sig med den saken vill jag i sakligt hänseende anföra följande. Enligt 4 § 2 st LAS kan anställningsavtal som gäller *tills vidare* när som helst av arbetstagaren uppsägas att upphöra efter uppsägningstid.[102] Uppsägningstidsregeln i 11 § 1 st LAS ska iakttas. Detta innebär att en månads uppsägningstid gäller om inte längre tid följer av kollektivavtal eller enskilt avtal. Arbetstagaren kan givetvis även häva avtalet vid väsentligt kontraktsbrott av arbetsgivaren. Detta kallar 4 § 3 st LAS för frånträdande av anställningen med omedelbar verkan.

När det gäller tillsvidareanställningar saknar det således betydelse om arbetstagaren får en särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen eller inte: han kan ju ändå alltid säga upp avtalet när som helst utan angivande av skäl. Att skälig uppsägningstid då bör tillämpas vid konkurs, liksom vid uppsägning från boets sida, förefaller sedan ändå riktigt med hänsyn till skrivningen i 12 § FRL och till att grunden för skälighetsregeln gör sig gällande i lika hög grad när det är arbetstagaren som säger upp avtalet.

Arbetstagaren får däremot inte frånträda/häva avtalet med omedelbar verkan på grund av konkursen. Någon risk för att lönen under uppsägningstiden uteblir finns inte tack vare lönegarantin, och inträder konkursboet får arbetstagaren en massafordran på lönen. Skulle boets tillgångar inte räcka till täckning av massaskulderna, kan boet försättas i konkurs, varvid massafordringarna i den första konkursen omfattas av lönegarantin i den andra.

Övergår vi till *visstidsavtal* (tidsbegränsade anställningar) är läget något annorlunda. Enligt 4 § 2 st LAS upphör ett sådant avtal normalt utan uppsägning vid utgången av avtalstiden eller när arbetet slutförts. Motsatsvis kan slutas att visstidsavtal i princip inte kan sägas upp, annat än vid väsentligt kontraktsbrott. I AD 1979 nr 152 framhöll vidare AD att utrymmet här är mera begränsat än inom andra avtalsområden när det gäller tillämpning av 36 § AvtL för förtida befrielse på grund av ändrade

[102] Se betr redogörelsen för LAS' regler prop 1973:129 s 134 f och 246, jfr Lunning s 62 f, 100–102, 111 f, 146–148 och 288 f.

förhållanden.[103] I rättsfallet var det emellertid fråga om arbets*givarens* uppsägning av visstidsavtal. Arbets*tagaren* får i egenskap av typiskt sett underlägsen part, i enlighet med uttalandena i AD 1979 nr 152 och generalklausulmotiven, sägas ha sämre möjligheter att överblicka ett avtals konsekvenser, vilket bör medföra att utrymmet för jämkning är större.[104]

Frågan blir sedan om uppsägningsmöjligheten vid konkurs verkligen bör vara inskränkt till en sådan prövning. Själva *löneskyddet* för arbetstagaren i den aktuella konkursen bör visserligen inte – med hänsyn till lönegarantin för arbete före och under konkursen, till att boet måste iaktta skälig uppsägningstid vid sin uppsägning, till att boet i princip bör anses svara för resterande avtalstid om det inte säger upp avtalet utan i stället inträder samt att lönegarantin gäller för detta löneanspråk om boet går i konkurs – motivera en särskild uppsägningsrätt för arbetstagaren. Denne kan ju f ö även vid konkurs frånträda anställningen vid dröjsmål med lönebetalningen. Men en konkurs innebär trots allt i regel att den dittillsvarande arbetsgivaren ska avvecklas som juridisk person. Och även om verksamheten i många fall kan hållas samman, leva vidare och övergå till ny ägare och arbetstagarna då kan få kvarstanna i arbete, är händelseutvecklingen ofta svår att förutspå: arbetstagarna (och konkursförvaltaren) vet många gånger inte hur länge konkursboet behöver deras arbetskraft eller när ett godtagbart anbud på rörelsen kan förväntas föreligga, om något sådant alls inkommer. Har den anställde möjlighet att kort efter konkursutbrottet erhålla en säkrare anställning hos en annan arbetsgivare, bör det därför godtas att han får säga upp sig med den kortare uppsägningstid som i regel gäller vid arbetstagarens uppsägning.

I de tre här undersökta utländska rättssystemen regleras frågan lite olika. Enligt den danska 63 § 3 st DKL får arbetstagaren häva anställningsavtalet först om de med konkursen förändrade förhållandena ger honom särskild anledning därtill. I Norge kan arbetstagaren, liksom boet, enligt en särskild regel i § 7–11 st 3 LFD säga upp anställningsavtalet med en månads uppsägningstid, om inte kortare tid avtalats eller följer av lag. I sak var den norske lagstiftaren visserligen ense med den danske, men rättstekniska skäl ansågs motivera en mera fyrkantig regel. Även i tysk rätt föreskrivs, i 22 § KO, en ömsesidig rätt att säga upp tjänsteavtal vid arbetsgivarens konkurs. Uppsägningstiden är den lagstadgade, om inte kortare tid avtalats. I samtliga tre länder skyddas arbetstagarna med lönegaranti och automatiskt massaansvar för boet under vissa tider. Detta har således inte, i vart fall inte i Norge och Västtyskland, ansetts hindra att arbetstagaren får uppsägningsrätt.

[103] Ang felaktiga förutsättningar, se Lunning s 107 ff.

[104] Så Sigeman i Festskrift till Hellner s 621, i anslutning till 1979 års rättsfall från AD.

Sammantaget talar det anförda enligt min mening trots allt för att arbetstagaren enligt svensk rätt får anses ha en särskild rätt att säga upp sig med skälig uppsägningstid vid arbetsgivarens konkurs.

2.2.5 Lönegarantins betydelse för arbetsskyldigheten och lönefordringens status under uppsägningstiden

Enligt vanliga arbetsrättsliga regler har en arbetstagare även under uppsägningstid rätt till lön och andra anställningsförmåner, se 12 § LAS. Av 13 § LAS framgår indirekt att arbetstagaren har en häremot svarande skyldighet att stå till arbetsgivarens förfogande. Arbetstagaren måste m a o arbeta under uppsägningstiden om arbetsgivaren vill det.[105]

I NJA 1979 s 253 skrev HD i ett obiter dictum att detsamma gäller under uppsägningstid i arbetsgivarens konkurs. Samtidigt framhölls att löneanspråket under uppsägningstiden är en konkursfordran, även om en del av anspråket faller utanför lönegarantin. HD:s uttalande om arbetsskyldigheten omfattar dock förmodligen inte denna överskjutande del. I linje med HD:s mening ansågs i AD 1982 nr 150, att en lönefordran under uppsägningstid i konkurs är en konkursfordran även då arbetstagaren är närstående till gäldenären enligt 4:3 KL och således inte omfattas av förmånsrätt och lönegaranti på grund av 12 § 3 st FRL. Något uttalande om arbetsskyldigheten gjordes inte.

HD:s och AD:s uttalanden bör sammantagna räcka för att kunna påstå, att lönefordringen under uppsägningstiden i konkursen alltid och i sin helhet är en konkursfordran. Detta gäller även om förmånsrätt och lönegaranti helt eller delvis uteblir och oavsett om detta beror på att löneanspråket är större än tolv basbelopp, arbetstagaren är närstående eller den skäliga uppsägningstiden är längre än sex månader.

När det gäller arbetsskyldighet utöver lönegarantins tak har Håstad ansett det vara högst tvivelaktigt om arbetsskyldighet föreligger.[106] Lönegarantiutredningen har uttalat att arbetsplikt inte föreligger om arbetstagaren blir utan lön i sådana fall. Arbetstagaren har tvärtom rätt att frånträda anställningen enligt 4 § 3 st LAS om det felande beloppet inte är obetydligt. Vill boet behålla de kvalificerade arbetstagarna får visstidsavtal slutas i enlighet med 5 § LAS, vilket i praktiken också sägs vara det sätt på vilket arbetstagare som faller under 12 § 3 st FRL brukar knytas till konkursbon. Det gamla anställningsavtalet skulle då omedelbart anses upphöra att gälla.[107] Nyligen har också Zethræus på liknande

105 Se prop 1973:129 s 27 och 138, jfr Lunning s 293 ff.
106 Sakrätt s 303 med not 9.
107 DsA 1983:15 s 43 f.

sätt menat att arbetstagaren inte är arbetsskyldig då lönen inte fås på de avtalade förfallodagarna och då den inte omfattas av lönegarantin. Arbetstagaren skulle i stället kunna häva och kräva skadestånd för mistad lön under resterande avtalstid. Alternativt kan arbetet, redan vid anteciperat dröjsmål, innehållas tills arbetsgivaren gör rätt för sig. Är konkursboet beroende av arbetstagaren sägs då finnas goda möjligheter att tvinga fram ett inträde av boet.[108]

Själv kan jag i stora drag instämma i det refererade. Givetvis behöver inte arbetstagaren fortsätta att arbeta mot en dividend av sitt löneanspråk. Han har stoppningsrätt analogt med 39 § KöpL om inte lönegarantin säkrar honom. Arbetstagaren bör i sådana fall även få häva/frånträda avtalet om inte konkursboet inom en kortare tid förklarar sig inträda med massaansvar. I den mån lönen också efter boets inträde utbetalas i efterskott, torde arbetstagaren utöver massaansvaret även kunna avkräva boet säkerhet. I och med inträdet tillförsäkras arbetstagaren visserligen bästa rätt i konkursen men om boet inte förmår betala massaskulderna kan lönefordringen bli nödlidande, och lönegarantin ger inte bättre täckning i konkursboets konkurs än i konkursgäldenärens.

Det sagda hindrar dock inte att boet, i stället för att inträda i det gamla avtalet, sluter nya visstidsavtal i enlighet med lönegarantiutredningens uttalanden. Detta bör dock som framgått inte utgöra den enda modellen för boet att behålla den arbetskraft som inte omfattas av lönegarantin.[109]

Hävs avtalet därför att inte boet inträder eller därför att betalningsdröjsmål föreligger, håller jag också med om att arbetstagaren kan kräva skadestånd för utebliven lön. Anspråket torde dock inte, som Zethræus anser, kunna göras gällande för resterande avtalstid. Konkursboet har ju alltid rätt att säga upp anställningsavtal med skälig uppsägningstid, och ersättningskravet bör i konkursen därför vara begränsat till samma tid.

De lege ferenda vill jag till sist förorda att regeln, att lönefordringen under uppsägningstid i konkurs är en konkursfordran även då den faller utanför lönegarantin, ändras. Av det faktum att arbetstagaren har stoppningsrätt i denna del bör utan vidare följa, att lönefordringen för arbete som av någon anledning ändå utförs blir en massafordran.[110] Den nuvarande ordningen uppmuntrar närmast konkursförvaltarna att gentemot

[108] Zethræus i Festskrift till advokatsamfundet s 602.

[109] Visserligen har domstolarna, som vi närmare ska se nästa avsnitt, sagt att boets inträde kräver arbetstagarens samtycke, men detta avser fallet då konkursboets inträde aktualiseras därför att boet inte sagt upp en lönegarantiomfattad arbetstagare strax efter konkursutbrottet. Det läge som diskuteras i texten ovan är ett helt annat. Här är det inte fråga om att arbetstagaren ska förlora den absoluta säkerhet som lönegarantin ger i den pågående konkursen, utan om han ska få en oprioriterad fordran (och kanske inte ens det, se 5:2 KL) eller en massafordran plus säkerhet.

[110] Så även Lindskog s 187 f och 190. Jfr konkurslagskommitténs uttalanden i prop 1975/76:12 s 90 f och i SOU 1977:29 s 169.

arbetstagarna felaktigt påstå att de är arbetsskyldiga och därmed försöka få gratisarbete utfört. Jämför i viss mån de faktiska omständigheterna i AD 1982 nr 150. I vart fall bäddar regeln för förluster för den arbetstagare som på ett fullt förklarligt sätt arbetar vidare som tidigare.

2.2.6 Har konkursboet inträdesrätt?

I rättsfallet NJA 1979 s 253 fastslog HD att konkursboets inträde i arbetsgivarens/konkursgäldenärens avtal med arbetstagaren måste anses förutsätta *överenskommelse* mellan boet och arbetstagaren. Möjligen har också AD utgått ifrån detta i målen 1982 nr 143 och 1982 nr 150. Terminologin används emellertid där så inexakt att det är svårt att dra några säkra slutsatser.[111] Jag utgår här ändå ifrån att HD:s avtalskonstruktion är den rådande.

Avtal kräver ömsesidighet. Konkursboet har således ingen ensidig *rätt* att inträda i anställningsavtalet. Anledningen härtill kan nog utläsas av följande uttalande av HD i 1979 års rättsfall.[112]

> "Emellertid kan konkursboet träda in i anställningsavtalet som arbetsgivare i konkursgäldenärens ställe. Om så sker, blir arbetstagarens lönekrav för tiden därefter massafordran. Av 125 § konkurslagen följer att sådan fordran utgår med företräde framför konkursfordran. Massafordran omfattas å andra sidan inte av lönegarantin. Konkursboets inträde i anställningsavtal måste anses förutsätta överenskommelse mellan boet och arbetstagaren."[113]

HD förefaller här avvisa inträdes*rätt* för konkursboet därför att massafordringar inte omfattas av lönegarantin.[114] Och en massaborgenär kan ju bli utan betalning om boet är eller blir insolvent. Men konkursboet kan å andra sidan försättas i konkurs enligt 1:4 KL (= 193 § i 1921 års KL), varvid massafordringarna i konkursgäldenärens konkurs blir konkursfordringar i boets och därmed åter omfattade av lönegarantin. En av orsakerna till att regeln om konkursboets försättande i konkurs infördes var f ö just detta.[115] Att kräva samtycke av arbetstagarna för att

[111] I AD 1982 nr 143 sägs endast att konkursboet inträtt genom konkludent handlande (ref s 1131) men argumentationen tyder på att man utgått från ett krav på samtycke från arbetstagaren. I AD 1982 nr 150 är terminologin vacklande. I rubriken sägs knäckfrågan vara om boet ska anses "ha träffat ett anställningsavtal" med arbetstagaren. I domskälen anges först att frågan är om boet ska anses ha "trätt in i anställningsavtalet som arbetsgivare" och senare att frågan är om boet "ingått anställningsavtal" med arbetstagaren. AD förefaller inte själv vara helt klar över vilken konstruktion den tillämpar.

[112] Ref s 257.

[113] 125 § = 11:1 nya KL.

[114] Jfr Håstad, Sakrätt, 2 uppl s 268 not 8 och 278 (jfr dock numera 3 uppl s 318) samt Schmidt/Sigeman s 310 f.

[115] Se prop 1978/79:105 s 235, 237, 696 och 709 f, jfr Konkurs & Ackord s 177 f.

låta lönefordringarna bli massafordringar kan alltså inte motiveras utifrån en ren löneskyddssynpunkt.[116]

En något kuriös förklaring till att HD i NJA 1979 s 253 ändå uppställde ett krav på samtycke kan vara, att bestämmelsen om boets försättande i konkurs trädde i kraft först 1/1 1980, medan HD:s beslut är daterat 5/4 1979. Den äldre ordningen, som innebar att ett konkursbo inte kunde försättas i konkurs, skulle vidare tillämpas vid konkurser som inte beslutats före ikraftträdandet. Konkursen i NJA 1979 s 253 beslutades i december 1978.[117] Det är således helt klart att konkursbon inte kunde försättas i konkurs vid tiden för HD:s beslut och att nödlidande lönefordringar med massaställning inte kunde påräkna något lönegarantiskydd, annat än enligt en oviss analog tillämpning av LGL. Att konkursbon skulle kunna gå att försätta i konkurs fr o m 1/1 1980 torde HD svårligen kunnat förutspå, då initiativet till reformen kom först vid lagrådets sammanträde 31/1 1979. Lagrådets synpunkter fick gehör vid ett regeringssammanträde 8/2 1979.[118] Tilläggas kan att inget av de JustR som satt med i HD i 1979 års fall ingick i lagrådet i det aktuella lagstiftningsärendet.

Ifall AD krävt samtycke av arbetstagaren i 1982 nr 150, vilket som sagt är något osäkert, kan häremot invändas att arbetstagaren där var närstående till gäldenären och därmed på grund av 12 § 3 st FRL över huvud taget inte omfattad av förmånsrätt och lönegaranti. Att i ett sådant fall kräva samtycke innebär att arbetstagaren ska samtycka till att han får en massafordran i stället för en oprioriterad konkursfordran på lönen, vilket är mycket märkligt. Å andra sidan kan kanske tyckas konstigt att principerna för inträdesbedömningen är olika för olika arbetstagare. Upprepas kan här att AD i nyssnämnda mål ansåg att en närståendes lön för arbete under uppsägningstid i konkurs är en oprioriterad konkursfordran.

Finns det då något annat, mera hållbart skäl mot att tillåta en inträdes*rätt* för konkursboet?

Ett skäl kan vara att arbetstagaren å sin sida, som vi sett i avsnitt 2.2.4, förmodligen har uppsägningsrätt på grund av konkursen och att utrymmet för en inträdesrätt för boet i så fall ändå blir begränsat. Argumentet menar jag dock ändå inte vara särskilt övertygande. Merparten av de anställda i ett konkursföretag torde inte vara intresserade av att säga upp sig strax efter konkursutbrottet. Tvärtom hoppas man nog i det längsta på att få fortsatt anställning. Och att då ensidigt låta boet bestämma om inträde ska ske eller inte bör det inte finnas något att invända emot. Vill någon arbetstagare trots allt säga upp sig bör han ändå få göra det även om avtalet "upphöjs" till massaplanet. Från teknisk synpunkt slipper

116 Jfr Zethræus a a s 589 som tvärtom anser att arbetstagarna normalt har fördel av att boet inträder.

117 Se övergångsbestämmelsernas p 1 och p 2 t ex under 1921 års KL:s rubrik i 1985 års lagbok.

118 Se prop 1978/79:105 s 690 och 705.

man också att laborera med tre olika grunder för ett konkursbos massaansvar, nämligen ensidigt beslutat inträde i ett bestående avtal, överenskommelse om inträde i ett bestående avtal och ingående av ett nytt anställningsavtal. Som vi ska se i nästa avsnitt, om boets konkludenta inträde, står även avsevärda principiella och systematiska fördelar att vinna om man utgår ifrån en inträdesrätt för konkursboet. Framför allt slipper man konstruera partsviljor som saknar förankring i verkligheten.

Enligt HD i NJA 1979 s 253 uppkommer boets massaansvar vid ett inträde just vid inträdet: endast *lönefordringar som belöper sig på tiden därefter* blir alltså massafordringar.[119] Utgår vi från den avtalskonstruktion som är förhärskande uppkommer massaansvaret då när arbetstagaren och boet kommer överens om att boet ska inträda. Utgår man från den av mig förordade ordningen med en ensidig inträdesrätt, uppkommer boets ansvar när inträdesförklaringen ges. Åtminstone i de fall där inträdet sker i nära anslutning till konkursutbrottet, är det nog bättre att inträdet i stället får viss retroaktiv verkan från konkursutbrottet. Detta har jag förespråkat för hyra och arrende av fast egendom och nyttjanderätt till lös egendom (inkl immaterialrättslicens) ovan och gör det alltså även här. Särskilt när frågan om konkludent inträde ska bedömas, bör en sådan regel innebära att det blir betydligt enklare att ange den exakta tidpunkten för massaansvarets uppkomst. Generellt blir regelsystemet klarare och enklare om boets inträde får verkan fr o m konkursutbrottet. De lege ferenda bör denna regel vara att föredra.

Frågan om omfattningen av boets massaansvar *framåt i tiden* behandlas i avsnitt 2.2.8 nedan.

2.2.7 Konkludent inträde av boet

Som jag hoppas har framgått innebär inte arbetstagarens arbete under uppsägningstid i konkurs att konkursboet träder in med massaansvar för lönen. Självklart är å andra sidan att boet blir massaansvarigt om det uttryckligen sluter nya avtal med ny eller redan tidigare anställd personal och att detta kan göras när som helst under konkursen. För det fall konkursboet underlåter att säga upp arbetstagarna efter konkursutbrottet, anses det sedan gammalt även klart att boet efter en tid träder in i anställningsavtalen utan att någon uttrycklig förklaring krävs. Hur och när detta mera exakt sker har däremot varit oklart.

I NJA 1979 s 253 har HD som sagt slagit fast att boets inträde i princip kräver avtal mellan boet och arbetstagaren. Detta avtal kan komma till stånd även genom konkludent handlande, vilket från konkursboets

[119] Ref s 257, jfr även SOU 1969:5 s 149 vsp.

sida kan bestå i att boet fortsätter att utnyttja arbetstagarna för boets räkning utan att säga upp anställningsavtalen. Huruvida konkursboet ska anses ha trätt in får enligt HD bedömas efter förhållandena i den aktuella situationen. Detta har också understrukits i AD 1982 nr 143 (jfr även AD 1980 nr 143). Enligt HD måste vid bedömningen bl a beaktas den betydelse det har för arbetstagaren, att hans fordran omfattas av lönegarantin. Det sägs därvid åligga konkursförvaltaren att så snart omständigheterna medger ta ställning till frågan om uppsägning ska ske eller om boet ska inträda.

Hittills har sammanlagt tre mål kommit att bedömas av HD och AD i enlighet med de nyssnämnda principerna. Så här har detta gjorts:

NJA 1979 s 253. Arbetsgivaren försattes i konkurs 3/5 1975. Konkursen handlades till en början som fattigkonkurs men övergick genom beslut 22/7 1975 till ordinär konkurs. Boet sa upp det aktuella anställningsavtalet 7/8 1975, dvs 16 dagar efter beslutet om ordinär konkurshandläggning. Arbetstagaren, en arbetsledare, hävdade att konkursförvaltningens underlåtenhet att omgående efter övergången till ordinär konkurs säga upp honom medfört att han blivit anställd av konkursboet. Arbetstagarens lönekrav på grund av utfört arbete i konkursen skulle således betalas av boet som en massaskuld. Konkursförvaltaren invände att han av en representant för konkursbolagets styrelse fått uppgift om att den aktuelle arbetstagaren, som hade semester under juli månad, slutat hos bolaget och fått ny anställning hos ett bolag som drevs av den nämnde styrelserepresentanten. I början av augusti fick förvaltaren dock motsatt besked av samme person och sa då omgående upp arbetstagaren. Under de omständigheter som gällt kunde 16 dagar inte anses utgöra så lång tid att boet inträtt på grund av underlåten uppsägning. – Arbetstagarens talan lämnades utan bifall i alla tre instanser. *HD* framhöll att konkursförvaltaren först i slutet av sextondagarsperioden fått veta att arbetstagaren fortfarande kunde anses anställd hos konkursbolaget. Dittills hade förvaltaren haft befogad anledning att utgå från att arbetstagaren slutat och anställts hos det andra bolaget. Över huvud taget hade det enligt HD rått oklarhet om anställningsförhållandena, varför situationen inte hade varit sådan att förvaltarens underlåtenhet att säga upp arbetstagaren tidigare än som skett medfört att boet trätt in i avtalet.

I enlighet med sitt eget principuttalande är HD:s bedömning klart in casu-inriktad. De särskilda omständigheterna i målet gör att man inte generellt kan säga att ett konkursbo har två och en halv vecka på sig att genomföra uppsägningar. Noteras kan också, att fastän HD kräver överenskommelse för boets inträde så avser prövningen i det aktuella fallet endast *konkursboets* åtgärder. Arbetstagaren nämns över huvud taget inte. Kravet på samtycke från hans sida verkar således mest vara en teoretisk princip som HD själv i realiteten inte tar så hårt på.[120] Enligt min mening kan det särskilt i större konkurser heller knappast utredas, om varje enskild arbetstagare "nöjt sig" med en massafordran utan lönegaranti i den pågående konkursen eller inte. Det synes över huvud taget

[120] Jfr Schmidt/Sigeman s 310 f: "Att det *åtminstone i princip* ställs ett krav på att arbetstagaren samtyckt..."(min kurs).

vara olyckligt att bedöma frågan om konkludent inträde utifrån ett krav på överenskommelse, när det i realiteten inte föreligger några partsviljor, åtminstone inte på arbetstagarnas sida. Det kan vidare bero på tillfälligheter, om arbetstagarsidans intresse tillgodoses bäst genom en konkurs- eller en massafordran och då kan man tvingas intolka den (fiktiva) "partsavsikt" som ger den rimligaste rättsföljden. Bättre är i stället att direkt och öppet ange vad som i verkligheten avgjort målet.

Kravet på arbetstagarens samtycke till boets konkludenta inträde har av Zethræus nyligen analyserats på följande sätt.[121]

> "Rättspraxis synes bygga på föreställningen att arbetstagaren, om han inte uttryckligen tillkännager något annat, alltid önskar ingå anställningsavtal direkt med konkursboet för fortsatt arbete i verksamheten efter konkursutbrottet. Den omständigheten att han utan några särskilda förbehåll ställer sin arbetskraft till konkursboets förfogande skulle alltså vara att se som en konkludent viljeförklaring från hans sida syftande till anställningsavtal direkt med konkursboet. Den omständigheten att konkursboet fortsätter att utnyttja arbetstagaren i verksamhet för boets räkning kan givetvis vara uttryck för boets avsikt att få till stånd ett anställningsavtal direkt med arbetstagaren. Men ofta är nog detta inte fallet. Den avtalsrättsliga konstruktion på vilken rättspraxis bygger synes därför utgå från antagandet att arbetstagaren generellt vill ha till stånd anställningsavtal direkt mot konkursboet och bedöma boets eventuella passivitet med avseende på uppsägning utifrån hur arbetstagaren haft fog för att uppfatta denna. Om konkursboet dröjer längre än vad som är absolut nödvändigt med att deklarera sin avsikt att säga upp anställningsavtalen, skulle alltså arbetstagarna normalt ha fog för att uppfatta denna passivitet som uttryck för en önskan från konkursboets sida om att ingå anställningsavtal direkt med dem".

Det tilläggs även att arbetstagaren normalt har fördel av att fortsatt arbete sker med konkursboet som part och att antagandet om arbetstagarens generella avtalsavsikt därför inte är obefogad. Konkursboet har ju normalt tillräckliga medel för betalning av massaskulderna och, om så någon gång inte skulle vara fallet, gäller lönegarantin i boets konkurs.

För egen del instämmer jag i Zethræus' analys av domstolarnas avtalskonstruktion. Men om det nu är befogat att utgå ifrån att arbetstagarna normalt vill ha boet som arbetsgivare, och mot bakgrund av att lönegarantin gäller i boets konkurs, varför då inte helt släppa kravet på arbetstagarens samtycke för boets inträde? Då slipper man ju ifrån hela denna komplicerade konstruktion och kan utan att komma i konflikt med teorin ensidigt bedöma konkursboets åtgärder med utgångspunkt i ett uttalat rättspolitiskt ställningstagande, om hur avvägningen mellan arbetstagarens och borgenärskollektivets intressen ska gå till. Vill man få det hela att gå ihop systematiskt är det då också rekommendabelt att arbeta utifrån den positiva, ensidiga inträdes*rätt* för konkursboet som förordades i förra avsnittet. Frågan om konkludent inträde formuleras då rättsligen som ett spörsmål, om boets handlingar eller underlåtenheter, i

[121] Zethræus a a s 588 f.

första hand tillgodogörandet av arbetskraft utan föregående uppsägning, ska anses utgöra en konkludent inträdesförklaring.

Slutledet i nuvarande avtalskontruktion torde, som Zethræus anger, innebära att det ska bedömas om arbetstagaren haft fog för att uppfatta boets underlåtna uppsägning som att boet vill inträda. Som sagt blir det här i regel fråga om rena fiktioner, eftersom det enda unika kännetecknet på inträde i dessa sammanhang är rättsföljden massafordran. Om massafordringar på lön enligt gällande rätt kunnat uppkomma även då boet säger upp anställningsavtalet, skulle däremot arbetstagarens befogade uppfattning vara mera relevant. Boets fortsatta utnyttjande av arbetskraften skulle då redan isolerat sett tyda på inträdesavsikt. Idag kan boet emellertid fortsätta rörelsen i full skala och därvid utnyttja arbetskraften i flera månader *både* då uppsägning skett och uppsägningstid löper *och* då uppsägning inte skett och boet inträtt med massaansvar. Det enda som arbetstagaren då kan ha någon befogad uppfattning om vid fortsatt arbetet åt boet – eller vad som skiljer inträde från icke-inträde – är om boet sagt upp avtalet eller inte: om uppsägning skett kan lönekravet på grund av rättsreglerna inte bli massafordran. I motsatt fall blir samma krav massafordran vid fortsatt arbete åt boet. Utrymmet för en bedömning av arbetstagarens befogade uppfattning om boets avsikter är således mycket litet. Eftersom det som skiljer inträdet från icke-inträdet endast har sin grund i valet av juridisk-teknisk lösning, som i sin tur bestämts av förmånsrättens/lönegarantins konstruktion, blir det svårt att undvika att arbetstagarens befogade uppfattning blir liktydig med hans uppfattning *i rättsfrågan*. Jämför AD:s uttalanden om ombudsmannen T:s uppfattning i AD 1982 nr 143 strax nedan. Även denna konstighet kommer man ifrån om den olyckliga avtalskonstruktionen släpps.

Så till nästa fall om konkludent inträde:

AD 1982 nr 143. Ett större rederi ingående i den s k Johansson-gruppen på Tjörn i Bohuslän försattes i konkurs 20/1 1982. MBL-förhandlingar, uppsägningsvarsel och varselöverläggningar enligt 1974 års LAS hölls de närmsta månaderna efter konkursutbrottet. 26/5 1982 träffade konkursboet avtal med ett nybildat rederi om övertagande av verksamheten, inklusive all personal, med verkan från 1/5 1982. Under den beskrivna tidsperioden genomfördes inga uppsägningar. På grund av oklara partrederi- och bolagsförhållanden hade konkursförvaltningen svårigheter att avgöra vilka personer som för olika tider varit sysselsatta på konkursbolagets tio fartyg (och på 14 andra fartyg inom samma koncern). Boet gavs dock tillstånd av LSt:n att under avvecklingen av verksamheten betrakta alla anställda inom koncernen, som från en tid eller till en annan sysselsattes på konkursbolagets fartyg, såsom anställda hos bolaget från lönegarantisynpunkt. Lönerna under konkursen betalades således genom lönegarantin, fastän några uppsägningar inte ägt rum. Tvisten i målet gällde följaktligen inte de anställdas lönefordringar utan frågan, om konkursboet varit skyldigt att som massaskuld betala pensionsavgifter enligt kollektivavtal. Avgörande blev då indirekt om boet inträtt i anställningsavtalen.

De fackliga organisationerna hävdade att konkursboets avsikt från början varit inriktad på rekonstruktion och på att anställningarna skulle räddas. I samband

med uppsägningsvarslet hade boet lovat att inte verkställa uppsägningar, vilket heller inte skett. Varken de anställda eller facket hade haft en tanke på att pensionsavgifterna inte erlagts. Tvärtom hade de befäl som mönstrat på de fartyg som drevs av boet tillförsäkrats alla anställningsförmåner enligt kollektivavtalet. Boet hade således både i personalhänseende och som redare uppträtt som arbetsgivare. Sammanfattningsvis ansåg organisationerna att konkursboet genom konkludent handlande blivit bundet av avtalet genom rederiverksamhetens bedrivande, de uttalanden om rekonstruktionsavsikterna som gjorts vid konkursutbrottet, underlåtenheten att säga upp de anställda samt genom att boet i de enskilda tjänsteavtalens mönstringsvillkor åtagit sig att betala avgifterna.

Konkursboet klargjorde inledningsvis att syftet med konkursförvaltningens arbete varit att rekonstruera verksamheten (däremot givetvis inte konkursbolaget) så att denna inklusive personalen kunde överlåtas till någon utomstående. Boet hade vidare varit tvunget att fortsätta driften av fartygen tills en för borgenärerna acceptabel avyttring kunnat ske, vilket varit möjligt först sedan löpande långtidsavtal fullföljts. Boet poängterade att en snabb och total avveckling av verksamheten inte varit den enda lösningen utan att flera intressenter redan vid konkursutbrottet visat sitt intresse. Det hade inte heller varit möjligt att genomföra uppsägningar, då detta skulle ha medfört risk för att de anställda lämnat fartygen. Arbetstagarsidan hade också varit ense med boet om att avvakta med uppsägningar. Då samtliga anställda beräknades få anställning hos det nya bolaget var det befogat att avvakta med uppsägning, men konkursförvaltningen hade redan ett par dagar efter konkursutbrottet deklarerat sin avsikt att alla anställningar hos konkursbolaget skulle upphöra. Boet framhöll slutligen att LSt:n tillåtit utbetalning av lönegarantimedel, vilket inte kunnat ske om boet inträtt i anställningsavtalen.

AD uttalade först att boets uppsägningsvarsel inte hade någon betydelse för tvistefrågan, då det inte fullföljts genom uppsägningar. Tvärtom ansågs denna underlåtenhet tyda på "att konkursboet i realiteten valde att driva konkursbolagets rörelse vidare och alltså själv inträda som arbetsgivare."[122] Att boet från början varit inställt på att "driva rörelsen vidare i så att säga egen regi till dess rörelsen kunde övertas av någon annan" styrktes enligt domstolen av förvaltarens uppgifter några dagar efter konkursutbrottet, att han avsåg att rekonstruera "konkursbolaget". Att förvaltaren samtidigt framhöll att hans primära uppgift var att avveckla konkursboet innebar ingen motsägelse, menade AD, då det av 13:19 ABL följer att aktiebolag i konkurs måste upplösas. Även boets faktiska handlande talade för inträde: boet drev de tio fartygen i samma omfattning som tidigare, det använde konkursbolagets personalavdelning, av- och påmönstring skedde fortfarande under samma namn och med uppgift om att kollektivavtalet skulle gälla. Olika driftskostnader betalade boet som massaskulder. Det framgick dessutom av utredningen att de fackliga organisationerna tagit för givet att boet inträtt i och med att driften fortsatte. Särskilt intresse tillmättes ombudsmannen T:s uppfattning "att han för sin del fann det självklart att konkursboet hade inträtt som arbetsgivare när boet fortsatte att driva fartygen och att han mot den bakgrunden ställde frågan hur det kunde vara möjligt att lönegarantimedel användes för att betala befälets löner." AD uttalade avslutningsvis förståelse för konkursboets agerande och sa att det inte varit praktiskt möjligt att upphöra med driften av fartygen. Om konkursförvaltningen av sådana skäl väljer att driva rörelsen vidare och betala driftskostnaderna som massaskulder, måste den emellertid acceptera att inträda och betala lön etc som massaskuld. Genom sin inställning att driva rörelsen vidare i avvaktan på en rekonstruktion och också göra så utan att säga upp de anställda, ansåg AD sammanfattningsvis att konkursboet inträtt genom konkludent handlande. Pensionsavgifterna skulle alltså betalas som massagäld.

[122] För detta och följande citat, se ref s 1130 f.

Utgången är enligt min mening riktig. De skäl som AD anför finns däremot en del att anmärka mot. Till en början frågar man sig, varför AD så till den grad uppehåller sig vid omständigheter som skulle "tyda på" att konkursboet hela tiden avsett att driva verksamheten vidare i sikte på rekonstruktion. Boet förnekade ju aldrig i målet att det avsett att driva verksamheten vidare och sälja den igångvarande, vilket då det skedde innebar avveckling av konkursbolaget och konkursboet. Som jag utvecklat ovan är ett sådant handlingssätt på intet sätt unikt för inträdesalternativet. Ett fortsättande av verksamheten i full skala behöver alltså inte visa att konkursboet inträtt konkludent. Även då boet, som normalt görs, säger upp de anställda vid konkursutbrottet och förmår dem att fullgöra sin arbetsskyldighet under uppsägningstiden, kan boet ha samma syfte med vidaredriften, nämligen att tillgodogöra sig avkastningen av en driftsmässig enhet och sedan sälja den samlat. Enda skillnaden i detta fall är att uppsägning först skett. Jämför att övertagandet av verksamheten i AD 1982 nr 143 skedde redan fyra månader efter konkursutbrottet, förmodligen innan merparten av de anställdas uppsägningstider skulle ha löpt ut ifall uppsägning gjorts vid konkursutbrottet. Och nyanställning hade då kunnat ske hos det övertagande bolaget.

I förbigående kan man även fråga sig vad likvidationsbestämmelserna i 13:19 ABL har för betydelse för frågan om konkursförvaltarens skyldighet att avveckla konkursboet. Även om gäldenären varit en fysisk person hade väl *boet* måst avvecklas på grund av *konkurslagens* regler?

Enligt min mening kunde AD i 1982 nr 143 ha begränsat sina skäl till fem rader och sagt, att arbetstagarna fortsatt att arbeta efter konkursutbrottet och att uppsägning inte ägt rum under hela den tid om fyra månader som arbete utfördes för boets räkning. Boet bör därför anses ha inträtt, alldeles oavsett i vilket syfte rörelsens drevs vidare och i vilken omfattning detta skedde. AD torde emellertid – förutom de juridiskt innehållslösa resonemangen om att boet "i själva verket" valt vidaredrift "i så att säga egen regi" – följt NJA 1979 s 253 och sökt konstruera ett konkludent avtal. Domstolen blev då tvungen att utreda arbetstagarnas uppfattning. Eftersom lönegarantimedel utbetalats kunde det svårligen utredas om arbetstagarna arbetat under förutsättningen att boet inträtt eller tvärtom att lönefordringarna omfattades av lönegarantin i den pågående konkursen. Anmärkningsvärt är att AD då i stället tillmätte de fackliga organisationernas inställning betydelse, trots att dessa givetvis inte är prestationsskyldiga enligt anställningsavtal och deras konkludenta handlande eller befogade uppfattning knappast bör inverka på tvistefrågan. En intressant fråga är härvid hur AD hade bedömt tvisten, om några av de enskilda arbetstagarna hävdat att de arbetat enbart under förutsättningen att lönegarantin omfattade deras lön i den aktuella kon-

kursen. Skulle domstolen även då lyssnat på de fackliga organisationerna och intresset av att få ut pensionsavgifter, även om detta kan leda till att arbetstagare i konkursföretag kan bli tvingade att söka boet i konkurs för att få ut lönen och kanske stå utan lön den tid det tar innan boets konkurs beslutats?

Anmärkningsvärt är även att AD, såvitt framgår av referatet, fäste särskild vikt vid ombudsmannen T:s åsikt i *rättsfrågan*, om boet inträtt eller inte. Som jag nyss sa är det dock svårt att undvika detta på grund av den anammade avtalskonstruktionen. Ska man trots allt argumentera på denna punkt kan framhållas, att arbetstagarna mottog lönegarantimedel i konkursen, utan att de fackliga organisationerna reagerade på detta, trots att uppsägning inte skett. Detta talar närmast för att både arbetstagarna och organisationerna ansett lönekraven fortfarande vara konkursfordringar och att de varit införstådda med att boet inte inträtt. LSt:ns medgivande gällde f ö, såvitt jag kan förstå, att konkursbolaget skulle ses som arbetsgivare för all personal som vid någon tid arbetat på fartygen, trots vissa oklarheter om vem inom koncernen som egentligen var rätt arbetsgivare. Något medgivande till att betala ut lönegarantimedel för massafordringar förelåg däremot knappast, vilket bör innebära att myndigheten inte ansåg att boet trätt in i anställningsavtalen. Tillmäts fackets uppfattning betydelse bör rimligen även lönegarantimyndighetens inställning beaktas.

Jag går vidare med det tredje rättsfallet om konkludent inträde:

AD 1982 nr 150. Ett säreget fall. En arbetstagare, som på grund av närståenderegeln i 12 § 3 st FRL inte omfattades av lönegarantin och inte heller av LAS, hävdade att han inte hade rätt till uppsägningstid utan att avtalet upphört omedelbart vid konkursutbrottet. Då ett avtalslöst tillstånd således rådde innebar konkursboets åtgärd, att säga upp honom med fem månaders uppsägningstid och uppdra honom att under denna tid utföra arbete, att ett anställningsförhållande uppkommit med boet som sådant. Även om inte avtalet upphört omedelbart borde konkursförvaltaren ha sagt upp honom med omedelbar verkan. Då så inte skett skulle han ha lön av boet för arbetet under uppsägningstiden. I vart fall hade boet genom att dels uppdra åt honom att utföra arbete, dels bestrida hans bevakning av lönefordringen i konkursen med hänvisning till 100a § (5:2 nya) KL blivit betalningsansvarigt för det utförda arbetet. – *AD* fastslog att anställningsavtal inte utan vidare upphör vid konkurs och att arbetstagaren har rätt till uppsägningstid även om han inte omfattas av LAS. Att arbetstagaren i det aktuella fallet fått åtnjuta uppsägningstid medförde därför inte att boet ingått anställningsavtal med honom. Inte heller på annat sätt hade visats att ett anställningsförhållande uppkommit. När det gällde frågan om boet på annan grund blivit betalningsskyldigt sas det uttryckligen framgå av 12 § 1 st 2 p FRL, att en fordran för arbete under uppsägningstid är en konkursfordran. Att arbetstagaren är närstående och därför på grund av 100a § (5:2 nya) KL endast i begränsad utsträckning kan göra gällande lönefordran i konkursen och på grund av 12 § 3 st FRL inte är berättigad till förmånsrätt och lönegaranti, innebär inte att lönefordringen bli en massafordran.

Målet är enligt min mening rättdömt vad avser frågan om arbetstagarens rätt till uppsägningstid i konkurs oavsett LAS. Som jag argumenterat för ovan bör arbetstagaren emellertid få en massafordran i den mån hans lönefordran för arbete i konkursen inte omfattas av 12 § FRL och därmed inte heller lönegarantin. Särskilt anmärkningsvärt är att AD anger 12 § 1 st 2 p FRL som stöd för att lönefordringen är en konkursfordran i ett fall, där förmånsrätt och lönegaranti inte alls kan erhållas och när man vet, att orsaken till att en lönefordran för arbete under uppsägningstid i konkurs kunnat ses som en konkursfordran just är att den via 12 § FRL säkras med lönegaranti. Det finns naturligtvis inget stöd i 12 § FRL för att en lönefordran *som inte omfattas* av paragrafen är en konkursfordran. Det står ju faktiskt inte heller uttryckligen i 12 § FRL, att en lönefordran för arbete under uppsägningstid i konkurs är en konkursfordran, ens då fordringen omfattas av förmånsrätten och lönegarantin. För att komma till denna slutsats måste man även veta att löneförmånsrätten och lönegarantin endast gäller för konkursfordringar, vilket ju inte är någon naturnödvändighet. Det naturliga är snarare att arbete för boets räkning under konkursen ger en massafordran på lönen, jfr 41 § 2 st KöpL och de danska, norska och tyska reglerna om anställningsavtals behandling vid konkurs.

De hittills diskuterade fallen om konkludent inträde har gällt situationen, dels då konkursboet påstås ha inträtt i anställningsavtalet därför att det inte sagt upp avtalet strax efter konkursutbrottet, dels då boet visserligen sagt upp avtalet men lönen för arbetet i konkursen helt eller delvis faller utanför lönegarantin. Ett tredje fall är det *då konkursboet visserligen sagt upp arbetstagaren vid konkursutbrottet och lönegarantin täcker lönekravet för uppsägningstiden men arbetstagaren även därefter kvarstannar i arbete för boets räkning.*[123] I detta fall finns givetvis inte utrymme för någon inträdesrätt för boet, utan det fortsatta rättsförhållandet får anses grundat på ett nytt avtalsförhållande mellan boet och arbetstagaren på samma villkor som det tidigare. Här finns också starka skäl för att i arbetstagarens fortsatta arbete utan vidare intolka ett stående anbud om ingående av ett nytt anställningsavtal med konkursboet och att i boets mottagande av arbetsprestationen mycket snart inläsa en stillatigande accept.[124]

[123] Jfr de faktiska förhållandena i rättsfallet AD 1972 nr 12.

[124] Jfr konkurslagskommittén i prop 1975/76:12 s 90 och SOU 1977:29 s 169 samt Zethræus a a s 590. Se allmänt även Eklund s 216 ff.

2.2.8 Uppsägningsmöjligheterna efter ett inträde

Har konkursboet inträtt i konkursgäldenärens anställningsavtal med arbetstagaren eller har boet uttryckligen eller tyst ingått nytt anställningsavtal med denne, är den givna utgångspunkten att vanliga regler för anställningsavtal gäller mellan boet och arbetstagaren. När det gäller uppsägningsmöjligheter kan arbetstagaren sålunda när som helst säga upp ett tillsvidareavtal i enlighet med 4 § 2 st LAS, med iakttagande av avtalad uppsägningstid och/eller 11 § 1 st LAS. Boet kan säga upp ett sådant avtal vid arbetsbrist som är saklig grund enligt 7 § LAS. För fallet att massaansvaret uppkommit genom fortsatt arbete efter uppsägningstidens utgång i konkursen, ansågs i äldre rättspraxis att arbetstagaren inte fick tillgodoräkna sig anställningstiden hos konkursgäldenären vid beräkning av uppsägningstiden vid boets uppsägning från "massaplanet".[125] I linje med företagsöverlåtelseregeln i 4 § 2 p i 1974 års och 3 § 1 st 2 p i nu gällande LAS är regeln dock numera den motsatta:[126]

> *AD 1975 nr 75.* Konkurs utbröt 29/5 1974. Boet sa upp de anställda samma dag och träffade nya anställningsavtal "på samma villkor som gällt tidigare" med undantag för uppsägningstiden, som bestämdes till 14 dagar. Arbetstagarna tillförsäkrades dock på konkursfordransplanet samtidigt den uppsägningstid som boets uppsägning vid konkursutbrottet medfört. 30/8 1974 sa förvaltaren upp de nyanställda till 17/9 samma år. Lön utbetalades i tre fall till 30/9 och i ett fall till 30/11 1974. Arbetstagarna gjorde dock gällande löneanspråk för betydligt längre uppsägningstider. Som grund anfördes att de av boet anställts tills vidare och att 11 § 2 st LAS skulle tillämpas. Boet hävdade däremot att anställningarna gällt "visst arbete", nämligen avvecklingsarbete. *AD* fann inte boets påstående styrkt utan fastslog att anställningarna gällt tills vidare. Med hänvisning till LAS' motiv tillgodoräknades arbetstagarna sedan anställningstiden hos konkursgäldenären vid beräkningen av uppsägningstiderna vid boets uppsägning på massaplanet, vilket i det aktuella fallet resulterade i tider på mellan fem och tolv månader enligt LAS och kollektivavtal. Enligt AD "föranleder konkurssituationen inte till annat bedömande i detta fall, än att arbetstagarna bort komma i åtnjutande av de uppsägningstider som sålunda följer av lag och avtal."[127]

AD:s slutkläm förefaller betyda att boet efter ett inträde inte får säga upp de anställda med skälig uppsägningstid, utan att vanliga utomkonkursrättsliga regler är att tillämpa. Lokutionen "i detta fall" kan möjligen antyda ett visst utrymme för en skälighetsbedömning utifrån konkurssituationens särskilda krav, men detta är nog mindre sannolikt. Särskilt då boet slutit nya avtal med de anställda är en sådan skälighetsregel också svårmotiverad. Boet får här i stället försöka se till att sluta avtal på viss tid enligt 5 § LAS. Då boets massaansvar grundas på uttryckligt eller

[125] Se AD 1933 nr 114 och AD 1972 nr 12.

[126] Jfr prop 1973:129 s 66, 135 f och särskilt 235, Eklund s 84 not 61, Lunning s 84 samt Zethræus a a s 590.

[127] Ref s 609.

konkludent inträde i konkursgäldenärens avtal, kan däremot en rätt för boet att säga upp med skälig uppsägningstid diskuteras. Vid tillsvidareavtal finns kanske inget större behov av detta, men ett inträde i ett långvarigt visstidsavtal kan bli mycket problematiskt för boet utan en sådan regel. Här finns ju inte ens möjligheten att vid avvecklingen av boet säga upp avtalet på grund av arbetsbrist och därmed sätta en slutpunkt för massaansvaret vid utgången av uppsägningstid enligt 11 § 2 st LAS. Och jämkningsmöjligheterna är osäkra. Å andra sidan kan sägas att boet redan vid konkursutbrottet alltid kan säga upp visstidsavtal med skälig uppsägningstid och därmed helt undvika att inträda. Vid uppsägningstidens utgång får boet sedan försöka få till stånd ett nytt avtal som tidsmässigt är mera anpassat till boavvecklingens krav. Någon skälighetsregel synes därför inte tillräckligt motiverad i den här diskuterade situationen, särskilt om man betänker de olägenheter som regeln skulle kunna medföra för arbetstagaren.

2.2.9 Konkursboets överlåtelse av anställningskontrakten med verksamheten

I svensk arbetsrätt saknas lagregler om i vilken mån en arbetsgivare enligt ett anställningsavtal kan överlåta sina rättigheter och skyldigheter ("kontraktet").[128] Enligt allmänna regler om partsbyte i kontraktsförhållanden blir utgångspunkten då att arbetsgivaren inte får sätta någon annan i sitt ställe utan *arbetstagarens medgivande*. Att en överlåtelse av kontraktet i dessa sammanhang endast kommer ifråga då den görs ihop med den verksamhet där arbetstagaren är sysselsatt, torde inte göra någon skillnad härvidlag. Den i och för sig tänkbara analogin till 12:36 JB, 28 § URL och vissa andra immaterialrättsliga lagar, om rätt att på den penningpresterande partens sida utan samtycke överlåta kontraktet ihop med verksamheten, torde inte vara hållbar. Detta kan motiveras med det tillits- och förtroendeförhållande som anställningsförhållandet bygger på. Även om förhållandena kan variera kraftigt efter anställningens art måste utgångspunkten ändå vara, att arbetstagarens val av den som han önskar arbeta för bör respekteras. Om en överlåtelse trots detta sker utan att samtycke inhämtats, bör den utgöra ett väsentligt kontraktsbrott som ger arbetstagaren rätt att häva/frånträda anställningen med omedelbar verkan. De lege ferenda kan möjligen en mera nyanserad överlåtelseregel övervägas.

[128] Jfr däremot 28 § MBL ang kollektivavtal: ett sådant följer utan vidare med rörelsen till den nye innehavaren.

Går arbetstagaren med på en överlåtelse så upphör in dubio ändå inte *den överlåtande arbetsgivarens skyldigheter* i och med detta. Åtminstone i princip krävs enligt allmänna gäldenärsbytesregler ett särskilt medgivande för att överlåtarens kontraktsansvar ska upphöra och arbetstagaren således enbart ha att hålla sig till förvärvaren. I propositionen till MBL sägs nu visserligen, att överlåtarens förpliktelser mot arbetstagaren såtillvida upphör vid fortsatt arbete åt förvärvaren, som överlåtaren inte behöver betala lön för arbetet åt förvärvaren.[129] Men liksom Eklund anser jag att man av detta uttalande inte kan dra generella slutsatser om överlåtarens ansvar mot arbetstagaren. Klart bör visserligen vara, att förvärvaren och inte överlåtaren primärt ska betala lön efter överlåtelsen, men huruvida överlåtarens ansvar dessutom kvarstår gentemot arbetstagaren, som en extra säkerhet för denne, är en annan sak.[130] I den mån arbetstagaren inte av förvärvaren får ut minst den lön han skulle ha erhållit av överlåtaren, jfr 13 § LAS, kvarstår alltså en fordran på den senare.

Inom arbetsrätten råder enighet om att *förvärvarens åtagna ansvar* för löner (och andra förpliktelser enligt anställningsavtalet) in dubio inträder vid överlåtelsen, vilket som regel är lika med den avtalade tillträdesdagen.[131] Här avviker svensk rätt markant från ordningen enligt de danska och tyska rörelseöverlåtelselagarna.[132]

Om överlåtelsen sker utan att uppsägning av arbetstagaren först ägt rum, innebär det sagda att såväl överlåtaren som förvärvaren svarar fr o m överlåtelsen och endast den förre för tiden dessförinnan. Enligt Eklund bör överlåtarens kontraktansvar framöver i ett sådant fall ändock

[129] Prop 1975/76:105 s 377, jfr Schmidt/Sigeman s 144, Lunning s 86 och Eklund s 148.

[130] Jfr dock det något besynnerliga lönegarantimålet RH 1987:45, som bygger på ett motsatt antagande, vilket där enligt min mening ledde till helt onödiga problem. Jfr även Källström i SvJT 1984 s 981 f.

[131] Se t ex SOU 1975:1 s 340 f, Lunning s 86 och Schmidt/Sigeman s 144. En förutsättning för detta lär vara att överlåtelsen bragts till de anställdas kännedom.

[132] Jag utgår i texten från att det inte råder någon tvekan om att förvärvaren av verksamheten verkligen åtagit sig att överta anställningskontrakten. Att tvekan härom stundom kan råda är dock klart, jfr från senare tid AD 1985 nr 35 och RH 1987:45. Både AD och HovR:n anger att det blir fråga om en *ny anställning* mellan arbetstagaren och förvärvaren, fastän bägge rättsfallen avser situationen då det bestående anställningsavtalet inte sagts upp före överlåtelsen. Varför denna nyavtalskonstruktion tillgrips är svårförklarligt. Enligt gängse civilrättsligt synsätt uppkommer förhållandet mellan arbetstagaren och förvärvaren i ett sådant fall genom partsbyte i det redan bestående avtalsförhållandet. Det blir alltså inte fråga om att bedöma om nytt anställningsavtal kommit till stånd mellan arbetstagaren och förvärvaren, utan om dels förvärvaren gentemot arbetstagaren förpliktat sig att fullgöra den överlåtande arbetsgivarens skyldigheter, dels om arbetstagaren godtagit förvärvaren som ny motpart i det löpande avtalsförhållandet. Ska denna modell frångås bör det motiveras. Annars uppstår lätt begreppslig förvirring. Att det är fråga om nyanställning när förvärvaren av verksamheten övertar arbetstagare *som sagts upp* av överlåtaren är en annan sak.

anses upphöra med utgången av den uppsägningstid som löpt om uppsägning skett vid överlåtelsen.[133] Detta förefaller vara en vettig lösning. Det bör inte heller finnas något hinder mot att arbetstagarna helt avstår från det kvarstående anspråket mot överlåtaren.[134]

Enligt motiven till LAS kan en företagsöverlåtande arbetsgivare välja att säga upp anställningsavtalen på grund av arbetsbrist, vilken då är saklig grund enligt 7 § LAS.[135] De uppsagda arbetstagarna har sedan företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren enligt 25 § LAS. Normalt sett bör det dock inte finnas anledning att säga upp arbetstagarna vid en överlåtelse av rörelsen, utan helt enkelt (med arbetstagarnas samtycke) låta förvärvaren överta de löpande anställningsavtalen.[136] Används trots allt modellen med en överlåtelsen föregående uppsägning och nyanställning hos förvärvaren – uppsägning bör dock givetvis alltid ske för de arbetstagare som inte ska övergå till förvärvaren – är arbetstagarna självklart fria att lämna anställningarna vid uppsägningstidernas utgång oavsett om dessa löpt ut på tillträdesdagen eller inte. Sker åter nyanställning, eventuellt konkludent genom givande och tagande av fortsatt arbete, gäller som sagt företrädesregeln i 25 § LAS. Om uppsägningstid ännu löper då nyanställningen sker, följer av 13 § LAS att överlåtaren endast behöver utge uppsägningslön i den mån inte lika hög lön fås av den nye arbetsgivaren.[137]

Det nu sagda har avsett överlåtelse av anställningsavtal resp uppsägning och nyanställning i samband med överlåtelse av verksamheten (substansen, inkråmet) *i allmänhet*. I konkurssituationen betyder reglerna, som är dispositiva, följande.

1. *Konkursboet överlåter verksamheten och anställningsavtalen efter att ha inträtt*. Jag antar alltså först att arbetsgivarens konkursbo uttryckligen eller konkludent trätt in i anställningsavtalen en tid efter konkursutbrottet. Boet säljer sedermera verksamheten och anställningsavtalen till en ny ägare. Partsbytet kräver till en början arbetstagarnas samtycke. Om boet vill att massaansvaret för lönerna ska upphöra på köparens tillträdesdag bör arbetstagarna även ges tillfälle att godkänna detta. Görs det inte torde boet som sagt fortsätta att svara i vart fall fram till utgången av en fiktiv uppsägningstid, räknad från tillträdesdagen. Avvecklas boet före detta massaansvars upphörande, bör boet vara skyldigt att

133 Eklund s 150.

134 Så Källström i SvJT 1984 s 982, annorlunda Eklund s 150 ff pga 2 § LAS.

135 Prop 1973:129 s 235, jfr med kritik av att grunden angetts vara arbetsbrist, Eklund s 134 ff.

136 Så Källström i SvJT 1984 s 981 med kritik av Eklunds motsatta uppfattning på denna punkt.

137 Jfr Eklund s 139.

avsätta medel eller ställa säkerhet för den villkorliga massalöneskulden analogt med 13:13 ABL och 5:10 KL.

Lönerestantier från tiden före konkursen och tid i konkursen före boets inträde är konkursfordringar, säkrade med lönegaranti. Sådana behöver varken boet – annat än via 12 § FRL – eller förvärvaren stå för.

Visar det sig att boet inte på avtalat sätt fullgjort alla lönebetalningar fram till förvärvarens tillträdesdag, kan tänkas att de anställda tillgriper indrivningsblockad mot förvärvaren.[138] Även om förvärvaren inte svarar för dessa lönekrav kan han då bli tvungen att betala dem för att inte få avbrott i driften. Gentemot boet bör förvärvaren kunna hävda fel i köpeobjektet och kräva skadestånd, se 42 § KöpL (om köplagen nu alls ska tillämpas på köpet). Ersättningskravet är dock värdelöst om boet är eller blir insolvent. Frågan är om förvärvaren då i stället med framgång kan hävda, att hans betalning av boets löneskuld medfört ett övertagande av lönekravet som ger regressrätt mot boet, och att han därmed är berättigad att söka boet i konkurs samt i denna konkurs göra gällande förmånsrätt och lönegaranti enligt 12 § FRL resp 2 § LGL. I rättspraxis, se senast NJA 1973 s 286, har dock antagits att en frivillig betalare inte har regressrätt i ett sådant fall. Härför krävs i vart fall i princip en överlåtelse av fordringen till betalaren.[139] Förvärvaren av rörelsen gör således säkrast i – om han inte kan få arbetstagarna själva att söka boet i konkurs – att få till stånd en överlåtelse av lönekraven till sig. Observeras bör dock att en förvärvare i allmänhet av en lönefordran inte har rätt till lönegaranti, 11 § LGL.[140] Rörelseförvärvaren skulle således få nöja sig med sämsta allmänna förmånsrätt enligt 12 § FRL för sitt förvärvade krav. I den mån en interventionsbetalning – mot förmodan – skulle ge regress- och förmånsrätt, måste 11 § LGL rimligtvis utesluta lönegaranti även i detta fall, fastän 11 § LGL endast nämner *överlåtelse* av fordran, inte övertagande av fordran på grund av betalning.

Om det tvärtom är *förvärvaren* som inte kan eller vill göra rätt för sig för tid *efter* tillträdesdagen, och arbetstagarna väljer att inte söka honom i konkurs och häri utfå lönegaranti, är boet utan vidare skyldigt att betala arbetstagarnas löner i den mån boet på kontraktsrättslig grund kvarstår som massaansvarigt jämte förvärvaren. Att boet i detta fall mot förvärvaren kan göra gällande både regress- och förmånsrätt enligt 12 § FRL är klart. Betalar boet däremot *utan* att vara massaförpliktat härtill, krävs dock åter överlåtelse – nu till boet – för att boet ska erhålla regress- och förmånsrätt mot förvärvaren.

138 Jfr Eklund s 122 ff.

139 Se senast Eklund s 130 f med angiven rättspraxis och litteratur, särskilt Håstad, Tjänster utan uppdrag s 107 ff.

140 Se närmare om bestämmelsen Walin/Rydin s 137 f.

2. *Konkursboet överlåter verksamheten och anställningsavtalen då skälig uppsägningstid löper i konkursen.* Det normala förfaringssättet vid konkurs är att förvaltaren säger upp de anställda i anslutning till konkursutbrottet. Detta torde många gånger ske redan "för säkerhets skull", för att inte riskera massaansvar för lönerna, även då rekonstruktionsmöjligheten ännu står öppen. Under uppsägningstiden i konkursen är lönekraven konkursfordringar, säkrade med lönegaranti. Det innebär för det första att boet aldrig har något kvarstående kontraktsansvar efter överlåtelsen: när uppsägningstiden löper ut upphör allt ansvar på överlåtarsidan. Med hänsyn till att uppsägningstiderna är olika långa för olika arbetstagare, bör nyanställning hos förvärvaren sedan lämpligen ske med verkan från en gemensam tidpunkt någon tid före själva överlåtelseöverenskommelsen. Avräkningsregeln i 12 § 1 st 3 p FRL (jfr 13 § LAS) medför sedan att de lönegarantisäkrade anspråken i konkursen kan fås att upphöra samtidigt som förvärvarens ansvar inträder. AD har i flera rättsfall ansett att de uppsagda arbetstagarna hos konkursgäldenären har företrädesrätt vid nyanställning hos förvärvaren enligt 25 § LAS.[141]

3. *Konkursboet överlåter verksamheten och anställningsavtalen då varken inträde eller uppsägning skett.* Ibland förekommer det att en färdig rekonstruktionslösning står klar redan vid konkursutbrottet.[142] Verksamheten eller sammanhållna delar av den kan då tämligen omgående – om det inte redan skett före konkursen – övergå till en ny ägare, ofta ett nybildat bolag lett av personer med tidigare anknytning till konkursbolaget. Här blir det inte fråga om att boet ska inträda och heller inte att boet ska säga upp de arbetstagare som beräknas kunna övergå till det nya bolaget.

Är förvärvarens tillträdesdag t ex satt till dagen för konkursbeslutet eller någon vecka därefter, svarar han givetvis för lönerna från denna tidpunkt. Lönegarantin täcker eventuella restantier från tiden före konkursen. Detsamma gäller för tid i konkursen före tillträdesdagen, jämför att 12 § 1 st 1 p FRL endast sätter en gräns bakåt i tiden räknat från konkursansökan, däremot inte framåt mot tiden efter konkursansökan och konkursutbrott, fastän det alltså inte är fråga om uppsägningstid. Och då anställningsavtalet slutits före konkursen och boet inte trätt in, gäller att lönefordringen för denna tid *dels* kan göras göras gällande i konkursen enligt 5:1 KL, *dels* är en konkursfordran och därmed omfattad av 12 § FRL och lönegarantin. Om lönegaranti hunnit utbetalas för tid i konkursen före överlåtelsen, vilken tid förvärvaren sedan åtar sig att svara

[141] Se AD 1976 nr 18, 1977 nr 68 och 1979 nr 140 och närmare Zethræus i Festskrift till advokatsamfundet s 591. – Ang konkurrens utom konkurs mellan förvärvarens tidigare anställda och de nyanställda, se Eklund s 248 ff.

[142] Jfr Lindskog i Från advokatens verkstad s 309 f.

för, kan staten rikta sitt regressanspråk mot förvärvaren, som är att se som arbetsgivare (jämte överlåtaren/konkursgäldenären) i den delen. Alternativt kan staten av förvärvaren utkräva de belopp som inte får täckning via 12 § FRL i överlåtarens konkurs.

Det åtminstone teoretiska problemet med en kvarstående lönegarantisäkrad konkursfordran mot gäldenären, bemästras med hjälp av avräkningsregeln i 12 § 1 st 3 p FRL. Boets underlåtenhet att säga upp anställningsavtalen bör inte leda till konkludent inträde för det eventuellt kvarstående, överskjutande kontraktsansvaret, eftersom boet efter överlåtelsen inte längre självt drar nytta av arbetskraften. För arbetstagarna är det också bättre att detta ansvar täcks genom lönegarantin.

3 Arbetstagarens konkurs

Om anställningsavtalets behandling vid arbetstagarens konkurs ska jag fatta mig kort. Till en början finns givetvis inget utrymme för konkursboet att inträda i arbetstagarens ställe. Anställningen är personlig och kan inte övertas av någon annan. Detta gäller även om arbetet är så okvalificerat att det kan utföras av vem som helst.

Arbetstagarens konkurs ger heller inte arbetsgivaren någon särskild anledning att bryta avtalsförhållandet. Här skulle visserligen kunna tänkas undantagsfall, där den anställdes konkurs möjligen kan utgöra saklig grund för uppsägning, exempelvis om de anställdas solvens eller ekonomiska pålitlighet är en förutsättning för ett företags förtroende bland sina kunder. Måhända får dock arbetsgivaren i så fall nöja sig med att tills vidare, i avvaktan på konkurshandläggningen, avstänga arbetstagaren från arbetet, jfr i sammanhanget reglerna för domare och advokater i 4:1 2 st resp 8:2 2 st RB. Det kan också i samband med konkursen förekomma brottsliga handlingar, som gör att arbetsgivaren bör få säga upp avtalet, jfr 11:1 lagen (1976:600) om offentlig anställning, enligt vilken arbetstagare t o m kan avskedas, om han har begått brott som visar att han uppenbarligen är olämplig att inneha sin anställning. Brott är dock ingen följd av konkursen som sådan.

I regel löper anställningen således vidare oberoende av konkursen. Frågan blir då om borgenärerna kan komma åt lönen. Grundregeln i svensk konkursrätt är därvid enligt 3:3 KL, att utmätningsbar lön (liksom annan egendom) som tillfaller gäldenären under konkursen ingår i konkursboet. Lön är utmätningsbar först på förfallodagen, jfr 7:13 UB, vilket t ex innebär att förvaltaren inte kan sälja gäldenärens lönefordringar. (Man brukar väl uttrycka saken omvänt, dvs att oförfallen lön inte utmätningsbar därför att lönefordran inte kan överlåtas.) Inte heller på avlöningsdagen kan boet emellertid utan vidare lägga beslag på lönen. Enligt 3:4 1 st KL får gäldenären/arbetstagaren nämligen som beneficium behålla "lön och inkomst som vid utmätning jämställs med lön, om beloppet inte betalts ut vid konkursens början, samt inkomst av sådant slag som gäldenären förvärvar därefter. Detta gäller dock inte i den mån inkomsten, efter skatteavdrag, uppenbart överstiger vad som behövs för gäldenärens och hans familjs underhåll samt för annan underhållsskyldighet som gäldenären har."

Frågor om den närmare innebörden och tillämpningen av denna regel, om konkurrens om lönen i konkursen mellan olika exekutionsformer m fl löneexekutionsfrågor, saknas anledning att behandla i den här boken.

IX YTTERLIGARE NÅGRA AVTALSTYPER

1 Fastighetsköp

1.1 Köparens konkurs

I 4:26 JB ges regler om fastighetsköparens obestånd. De bygger i hög grad på de obligationsrättsliga reglerna om fastighetssäljarens befogenheter vid köparens betalningsdröjsmål. Härvid gäller i korthet att säljaren får *häva köpet* endast om förbehåll gjorts i köpehandlingen. Detta framgår indirekt av 4:25 2 st JB. Av 4:3–6 JB följer vidare, *att* ett sådant hävningsförbehåll (eller hävningsvillkor) måste ha intagits i köpehandlingen för att alls kunna åberopas, *att* hävningsförbehållet etc är giltigt utan någon särskild tidsbegränsning, *att* föreskrift i köpekontraktet om att köpebrev senare ska upprättas anses innefatta ett hävningsförbehåll *och att* upprättande av köpebrev (eller annan "ytterligare köpehandling") följaktligen gör att säljarens hävningsrätt går förlorad, om inte förbehållet upprepas i köpebrevet.[1]

Någon uttrycklig regel om *detentionsrätt* för säljaren, dvs en rätt att uppskjuta avträdet av fastigheten vid köparens dröjsmål, finns inte i JB. Däremot framgår av den dispositiva 4:13 JB, att säljaren blir skadeståndsskyldig om han "utan skäl" underlåter att avträda fastigheten. Grauers menar att en detentionsrätt för säljaren här framgår åtminstone indirekt: "Har inte köparen fått kredit har säljaren allt skäl att hålla inne sin prestation i avvaktan på betalning. Har säljaren och köparen upprättat köpebrev, är dock säljarens enda möjlighet att förhindra tillträdet,

[1] Se till det sagda SOU 1947:38 s 164 ff och 222, prop 1970:20 B I s 153 ff och 222 f, Westerlind s 284 ff, 301 ff och 419 ff, Bengtsson, Hävningsrätt s 313 ff, Rodhe, Obligationsrätt s 437 f, Hessler s 180 ff, Hellner II s 35 f och 40 ff samt Grauers s 51 ff och 102 ff. – Jag förutsätter att de förbehåll eller villkor som nämns i 4:4 2 st, 4:5, 4:25 2 st och 4:26 JB alla ger samma rättsverkningar ifråga om säljarens bevarade hävningsrätt, jfr SOU 1947:38 s 222, Westerlind s 419 och 424, Hessler s 182 ff, Grauers s 103 f, Rodhe, Sakrätt s 178 f och Hellner II s 35 f och 41. Jfr även NJA 1986 s 146 och NJA 1986 s 205. – Ang 4 kap JB:s närmast begreppsjuridiska terminologi om "köpets fullbordan och bestånd", se Hessler s 182 ff.

om detta inte redan skett."[2] I motiven sägs emellertid att detentionsrätt endast föreligger i den mån hävning kan ske, dvs då förbehåll gjorts. Om en ovillkorlig köpehandling utfärdats skulle säljaren alltså inte ha detentionsrätt vid köparens dröjsmål. Däremot sägs säljaren i köpehandlingen kunna göra tillträdesdagen beroende av att köparens prestation fullgörs. I så fall kan säljaren innehålla fastigheten tills köparen fullgjort.[3]

Säljaren torde även ha detentionsrätt så länge hävningsrätten är bevarad, även om inte detentionsrätt förbehållits vid sidan av hävningsrätt.[4]

Varför ska då detentionsrätt godtas endast när det finns hävningsrätt? Anta t ex att säljaren av förbiseende underlåtit att upprepa sitt hävningsförbehåll i köpebrevet enligt 4:6 JB. Varför skulle han då inte få innehålla fastigheten när köparen inte betalar?

I litteraturen synes man numera vara ense om att bristande detentionsrätt inte behöver vara en nödvändig konsekvens av bristande hävningsrätt.[5] Rodhe menar emellertid att en rätt att innehålla fast egendom är svår att passa in i systemet med inskrivning som grundval för rätt till fast egendom. (Jfr att säljarens innehållande av fastigheten inte utgör hinder mot full lagfart, se 20:7 12 p JB e contrario.) Å andra sidan kan framhållas att rättspraxis och även lagstiftaren godtagit att *köparen* får innehålla fastigheten tills vederlaget återbetalas då köpet av någon anledning återgår.[6] Även om Rodhe av samma skäl som nyss nämnts ställer sig lika avvisande till denna ordning, som till säljarens detentionsrätt, måste sägas att köparens rätt att innehålla fastigheten vid återgång talar för att också säljaren generellt bör ha detentionsrätt vid bristande betalning. Som Grauers antytt talar även ordalydelsen i 4:13 JB för detta.

Hellner anser att tesen om bristande detentionsrätt inte är ovedersäglig: att säljaren saknar hävningsrätt borde inte beröva honom andra påföljdsmöjligheter. De kategoriska nyare motivuttalandena får som konsekvens, att säljaren begår kontraktsbrott om han inte avträder fastigheten vid köparens betalningsdröjsmål när hävningsrätt saknas. Det tilläggs dock att frågan troligen är av liten praktisk betydelse, då det är sällsynt

[2] Grauers s 65, jfr s 99 med not 10.

[3] Se SOU 1947:38 s 199, jfr prop 1970:20 B I s 192 f och Westerlind s 362.

[4] Jfr t ex Rodhe, Obligationsrätt s 401 och densamme, Sakrätt s 180.

[5] Se Rodhe, Obligationsrätt s 401, densamme, Sakrätt s 179 f, densamme, Lärobok s 184, Hellner II s 38 f och Arnesdotter s 192 f.

[6] Se Rodhe, Obligationsrätt s 406, Sakrätt s 180, Lärobok s 185 (alla med vidare hänv) och prop 1970:20 B I s 184 f. I propositionen lämnas öppet vilken verkan denna detentionsrätt har mot *säljarens* borgenärer, medan Rodhe (Sakrätt a st) skriver att den knappast torde ha sådan verkan. Walin (Separationsrätt s 60) anser däremot att en mot säljarens borgenärer skyddad detentionsrätt *kan* förenas med inskrivningssystemet betr såväl fast egendom som skepp och luftfartyg.

att kontraktet saknar villkor om köpebrev eller att köpebrev utfärdas utan att säljaren får betalt eller uppställer villkor.[7]

Det sista uttalandet kan jag i och för sig instämma i. Det vanliga är väl att tillträdet sammanfaller med erläggande av slutlikviden, vilken i sin tur kvitteras genom utfärdande av köpebrev. Men ska verkligen den säljare som inte följer det tänkta normalmönstret lämnas rättslös? Jag tvivlar. Som framgått håller jag i stället med Grauers om att en detentionsrätt vid bristande betalning mycket väl kan inrymmas i 4:13 JB (jfr uttrycket "utan skäl"). Att köparen inte betalar är ett mycket gott skäl för säljaren att vägra avträda när andra remedier saknas. Att detentionsrätten inte framgår av köpehandlingen strider inte heller mot 4:3 JB, som endast tar sikte på återgångsfall.

En invändning mot en detentionsrätt i detta fall är att köpet kan förbli svävande om inte detentionsrätten är förenad med hävningsrätt. Detta får dock accepteras: det är viktigare att säljaren ges åtminstone något medel för att förmå köparen att betala än att regelsystemet i alla delar blir logiskt oantastligt. Och ett undantag från principen att endast säljare med giltiga förbehåll får häva är säkerligen inte förenligt med gällande rätt. Säljaren får de lege lata nöja sig med möjligheten att utmäta köpeskillingen hos köparen. Säljaren kan även lagsöka köparen om inte köpeskillingens erläggande är beroende av att avträde sker, däremot inte om betalningen är villkorad på detta sätt, se 1 § lagsökningslagen (1946:408).

Det hittills sagda har gällt det *obligationsrättsliga* förhållandet mellan säljare och köpare. 4:26 JB handlar däremot om en situation där tredje män på köparens sida definitionsmässigt kommer in i bilden, alltså *köparens insolvens*.[8] Av bestämmelsen framgår bl a att om köparen efter avtalsslutet gått i konkurs (eller i annat fall "funnits vara på sådant obestånd att han måste antagas icke kunna fullgöra sin betalningsskyldighet"), får säljaren häva köpet om inte efter tillsägelse betryggande säkerhet ställs för köpeskillingen. Hävningsrätten kräver dessutom att den allmänna förutsättningen för fastighetssäljarens rätt att häva föreligger, dvs att förbehåll gjorts i köpehandlingen. Vid hävning har säljaren rätt till skadestånd. Vid köparens konkurs är kravet en konkursfordran. Normalt blir det fråga förverkande av en lämnad handpenning, som ofta uppgår till 10 % av köpeskillingen. In dubio kan förmodligen ingen ersättning krävas därutöver.[9]

[7] Hellner II s 39. Jfr Grauers s 99 not 10 där det sägs att motivuttalandet inte har så stor praktisk betydelse, eftersom köpebrev oftast inte upprättas förrän vid tillträdet. Dock tilläggs att motivuttalandet ändå verkar tvivelaktigt.

[8] Ang 4:26 JB, se SOU 1947:38 s 227 ff, prop 1970:20 B I s 224 f, Westerlind s 422 ff, Hessler s 194 och 196 f, Hellner, Verkan av insolvens s 253 f, Hellner II s 42, Arnesdotter s 191 ff, 207 och 236 f, Rodhe, Sakrätt s 178 f och Grauers s 105.

[9] Se Olsen s 135 ff, särskilt 139 ff, Hellner II s 42 och Grauers s 105.

Konkurs är liksom i 39 § KöpL en omständighet som utan vidare ger säljaren rätt att kräva säkerhet vid äventyr av hävning. Lokutionen "han måste antagas" anger klart att det inte ska göras någon bedömning av konkursboets betalningsförmåga. Ur konkursboets synvinkel innebär det att boet måste ställa säkerhet för att få kvarstå vid köpet, om säljaren kräver sådan. Omvänt kan man säga att boet har en rätt att kvarstå vid köpet genom att ställa säkerhet: säljaren kan ju inte häva på grund av konkursen om han inte först krävt säkerhet. Säkerhet kan avkrävas boet även om inte tiden för säljarens avträde av fastighet är inne. Detta motiveras i förarbetena med att köparens utsikter att ställa säkerhet inte ökar med tillträdet såsom vid lös egendom. I stället är köpets "fullbordan" och erhållande av lagfart avgörande för möjligheterna att utnyttja fastigheten som kreditunderlag.[10]

I övrigt kan sägas att säkerhet givetvis inte får krävas om sådan redan är ställd. Motiven anger exemplet att vederlag erläggs genom revers med säkerhet i fastigheten.[11] Däremot torde inte en redan utgiven handpenning beskära säljarens rätt enligt 4:26 JB, om inte handpenningen täcker hela vederlaget. Enligt lagtexten ska ju säkerheten ställas "för köpeskillingen", vilket knappast kan tolkas så inskränkande som "skadeståndet efter hävning".

4:26 JB säger inget om innehållanderätt. I motiven anges det dock utan vidare vara klart, att säljaren får innehålla fastigheten där han har hävningsrätt på grund av anteciperad mora.[12] Då motiven uteslutande diskuterar 4:26 JB utifrån aspekten köparens anteciperade mora (fastän bestämmelsen som enda *ovillkorliga* och grundläggande förutsättning kräver obestånd hos köparen) måste uttalandet avse att den säljare som kan häva i den utsträckning som 4:26 JB anger också har innehållanderätt, dvs kan vägra att avträda fastigheten. Som framgått stämmer detta överens med vad som gäller vid köparens redan uppdagade betalningsdröjsmål.[13]

4:26 JB innehåller ingen föreskrift om att säljarens hävningsrätt är förenad med separationsrätt i köparens konkurs, fastän konkurs eller annat obestånd som sagt är en nödvändig förutsättning för regelns tillämplighet. Lagstiftaren har dock uppenbarligen utgått ifrån, att säljarens förbehåll inte bara ger hävningsrätt utan också rätt att återfå fastigheten om egendomen (mot vanligheten) avträtts före full betalning.[14] Liksom köpa-

10 SOU 1947:38 s 229.

11 A st.

12 A st, jfr prop 1970:20 B I s 224 och Westerlind s 424.

13 Jfr dock Hellner, Verkan av insolvens s 253 f, Hellner II s 253 och Arnesdotter s 192 f. Se däremot Rodhe, Sakrätt s 180.

14 Jfr Hessler s 194, Rodhe, Sakrätt s 179 och Hellner II s 64.

ren själv kan dock säkerligen köparens konkursbo vägra att avträda fastigheten tills utgivet vederlag, efter avdrag för skadestånd/handpenning, återlämnas.

Säljaren har alltså rätt att innehålla fastigheten och enligt 4:26 JB även häva köpet då förbehåll har (eller enligt 4:5 JB ska anses ha) avtalats. *Om inget förbehåll gjorts* utgår motiven från att säljaren inte har någon hävnings- eller innehållanderätt vid köparens obestånd. När det gäller hävningsrätten är detta förklarligt, eftersom en fastighetssäljares rätt att häva alltid kräver förbehåll, se 4:25 2 st JB. Men varför får inte säljaren vägra att avträda fastigheten vid köparens obestånd även om hävningsrätten gått förlorad? Varför ska säljaren t ex vara skyldig att låta köparens konkursbo överta fastigheten (och medverka till att köparsidan får lagfart, se 4:14 JB) utan att boet behöver betala något vederlag och säljaren hänvisas till att göra gällande sin fordran på (resterande) köpeskilling och på ränta som oprioriterad konkursborgenär? Frågan är nära besläktad med den ovan behandlade, om alla fastighetssäljare in dubio har detentionsrätt. I motiven till 4:26 JB sägs endast att hävningsrätt bara finns om förbehåll gjorts och att det därför inte föreligger tillräcklig anledning att ge säljaren "stoppningsrätt".[15]

Enligt min mening talar ännu starkare skäl för innehållanderätt vid köparens insolvens än för detentionsrätt i allmänhet. Visserligen är en invändning om avsaknad av avvecklingsmöjlighet genom hävning här tyngre än då köparen inte är på obestånd, eftersom utmätnings- och lagsökningsalternativen faller bort. Å andra sidan är säljarens vägran att avträda fastigheten i obeståndsfallet, kanske just därför, ännu mera berättigad än vid "vanligt" betalningsdröjsmål. Vid köparens obestånd och konkurs står det ju klart att han inte kommer att få betalt.

Viss kritik har också mött regleringen i 4:26 JB på denna punkt. Hellner skriver att de funktioner som en detentionsrätt kan ha, utöver att förbereda hävning, tydligen inte ansetts relevanta vid fastighetsköp:

> "Man hade visserligen kunnat tänka sig att för de – säkerligen opraktiska – fall där säljaren inte betingat sig rätt att häva, ge honom åtminstone en rätt att innehålla fastigheten när köparen kommit på obestånd. Men även om en sådan regel hade fullföljt ett skäl för stoppningsrätten enligt köplagen, hade den säkerligen varit opraktisk."[16]

Härtill kan följande sägas. Att ett fall är opraktiskt kanske motiverar att lagregler, som endast avser att reglera de vanligast förekommande fallen, inte behandlar fallet ifråga. Men den antagna opraktiskheten bör då knappast leda till en e contrario tolkning av lagregeln. Det opraktiska fallet bör kanske i stället anses ha lämnats öppet för bedömning enligt

[15] SOU 1947:38 s 228, jfr Westerlind s 424.

[16] Hellner, Verkan av insolvens s 254.

mera allmängiltiga obligationsrättsliga principer. Och principen om rätt att hålla inne prestation vid bristande eller föregripen bristande fullgörelse av motprestationen utgör då en mera allmängiltig princip än en tes om avsaknad av detentionsrätt/innehållanderätt i sådana lägen.[17] Föreskrivs inget särskilt i lag får alltså måhända antas, att detentionsrätt etc kan göras gällande i alla de fall, där det är *praktiskt möjligt för en part att innehålla sin prestation i syfte att pressa fram motprestationen*. Finns ingen regelrätt hävningsrätt får avtalsförhållandet kanske ändå anses hävt om inte fullgörelse kommer till stånd inom rimlig tid.

Arnesdotter är också kritisk mot regleringen i 4:26 JB. Hon menar att en avtalspart bör få innehålla sin prestation vid motpartens obestånd, oavsett om parten kan häva efter fullgörelsen av sin prestation, men bara under förutsättningen att hävningsrätten *inte* är förenad med separationsrätt.[18] Detta skulle för fastighetsköpets del innebära, att om säljaren uppställt förbehåll så får han inte innehålla fastigheten, eftersom hävningsrätten här är förenad separationsrätt. Om förbehåll inte avtalats skulle innehållanderätt däremot kunna utövas. De lege lata är rättsläget som framgått det omvända. Själv håller jag med Arnesdotter till hälften: Alla säljare av fast egendom bör få innehålla fastigheten vid köparens obestånd tills hans anspråk på full betalning är säkrat. Vid köparens *konkurs* blir det därefter en vidare fråga, om säkerhet eller massaansvar (eller säkerhet och/eller massaansvar) ska räcka för att boet ska få tillgång till fastigheten. Det kan dock ifrågasättas om en säljare som är separationssäkrad genom giltigt förbehåll (och ofta också uppburit rejäl handpenning) alls bör få några nya befogenheter vid köparens konkurs, se närmare strax nedan.

Rodhe har däremot, på grund av systemet med inskrivning som grundval för rätt till fast egendom, ställt sig skeptisk även till en sakrättsligt verksam detentionsrätt för fastighetssäljare utan hävningsrätt.[19] Beträffande en avtalad detentionsrätt som går längre än hävningsrätten framhålls att den kanske saknar verkan mot köparens borgenärer. Inskrivningssystematiska skäl anförs även här som skäl.[20]

17 Jfr t ex Rodhe, Lärobok s 180 ff och Hellner II s 343.

18 Arnesdotter s 192 f.

19 Sakrätt s 179 f.

20 Jfr däremot Walin, Separationsrätt s 57, som anser att inskrivningssystemen för skepp, skeppsbygge och luftfartyg inte hindrar att innehållanderättsreglerna 14, 15 och 39 § KöpL tillämpas även om köparen fått inskrivning utan förbehåll eller säljaren utfärdat villkorslös köpehandling. Inte heller bör köparens skydd mot *säljarens* borgenärer genom inskrivning enligt Walin beröva säljaren möjligheten att använda 39 § KöpL. Att säljaren är utsatt för betydande risker då köparen erhållit inskrivning sägs heller inte behöva hindra, att säljaren inte kan ha något att vinna genom att hålla inne egendomen för utfående av sin restfordran.

Även jag skulle kunna tänka mig att ett avtal om längre gående detentionsrätt än vad som svarar mot hävningsrätten enligt 4:26 JB är utan verkan mot köparens konkursborgenärer. Detta skulle emellertid i så fall bero på att 4:26 JB är tvingande till boets förmån på samma sätt som 39–41 §§ KöpL. Men då det som sagt får anses mycket tvivelaktigt om 4:26 JB bör tolkas e contrario, jfr t ex att inte ens en förbehållssäljares innehållanderätt nämns i lagtexten, är även en sådan slutsats osäker. Å andra sidan bör det vara klart, att ett *avtal om ovillkorlig hävningsrätt vid köparens konkurs*, för en säljare som kan åberopa ett giltigt hävningsförbehåll, utan vidare bör sakna verkan mot köparens konkursborgenärer.[21] Någon gräns för generositeten mot förbehållssäljaren – och omvänt den styvmoderliga behandlingen av motpartens borgenärer – får det trots allt finnas även vid fastighetsköp!

Motiven till 4:26 JB framhåller vidare att det saknades anledning att föreskriva motsvarigheter till 40 och 41 §§ KöpL eftersom hävningsrätt enligt 4:26 föreligger oberoende av om tillträdesdagen är inne. Beträffande konsumtionsregeln i 41 § 2 st KöpL sas dock att 4:27 2 st JB kunde användas analogt och att köparens konkursbo således inte kan "draga sig undan från köpet" om fastigheten inte kan återlämnas i väsentligen oförändrat skick.[22] Kort sagt ådrar sig alltså boet massaansvar för betalningen av köpeskilling (inträder konkludent), om inte den separerbara fastigheten kan återlämnas väsentligen oförsämrad. Någon säkerhet synes inte behöva ställas av boet utöver massaansvaret, då detta inte medges i 4:27 2 st JB. Slutsatsen är dock måhända osäker, då lagstiftaren inte tycks ha funderat närmare på frågorna om säljarens förhållande till köparens konkursbo.

Generellt är det också iögonfallande hur motivresonemangen till 4:26 JB ensidigt ser köparens insolvens utifrån säljarens skyddsperspektiv, dvs ensidigt utgår från synpunkten insolvens som ett slags typiserat antecipерat kontraktsbrott. Borgenärsintresset nämns inte med ett ord i motiven. Kontrasten mot Alméns nyanserade och avvägda diskussion i anslutning till 39–41 §§ KöpL är stor. I litteraturen har också sagts, att 4:26 JB till skillnad från köplagens insolvensregler i första hand konstruerats som en kontraktsrättslig regel.[23] Hellner menar t o m att 4:26 JB "uteslutande fungerar som en kontraktsmässig regel. Den skall ge säljaren möjlighet att häva i förtid och därigenom behålla (eller återfå) egendomen när det är sannolikt att köparen inte kommer att betala den, inte ge säljaren skydd mot köparens borgenärer. Detta tillgodoses av helt andra reg-

[21] Jfr kap II 5 (allmänt) och III 2.3 (köparens konkurs vid lös egendom) nedan.

[22] SOU 1947:38 s 230, jfr Westerlind s 426 och prop 1970:20 B I s 225.

[23] Se Hellner, Verkan av insolvenss 253 f, jfr densamme II s 64 och Arnesdotter s 236 f.

ler."[24] Förmodligen syftar Hellner här på de oskrivna reglerna, om att fastighetssäljarens förbehåll enligt 4:3 1 p, 4:4 2 p, 4:5 och 4:25 2 st JB utan vidare anses ha verkan mot tredje man på köparens sida. Men å andra sidan kan då sägas, att nämnandet av köparens konkurs i 4:26 JB utgör det närmsta lagstödet för att hävningsrätten verkligen är förenad med separationsrätt i köparens konkurs. Av samma skäl har jag också svårt att se varför 4:26 JB uteslutande skulle fungera som en kontraktsmässig regel: i och för sig nämns varken konkursboet eller borgenärsintresset i lagen eller i motiven och regeln är kanske i stora drag utformad som en regel om hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott. Men för hävning enligt 4:26 JB krävs ju, som nämnts, ovillkorligen att *obestånd* föreligger och i obeståndssituationer aktualiseras just tredjemansintresset. Observera också att konkurs *utan vidare* ger rätt att kräva säkerhet vid äventyr av hävning. Det är därför enligt min mening ohållbart att säga, att 4:26 JB skulle vara mindre "sakrättslig" än t ex 39 § KöpL och 12:31 JB. Som framgått menar jag därmed också att konkursboets rätt att kvarstå vid köpet genom att ställa säkerhet enligt 4:26 JB är tvingande till boets förmån.

Utgångspunkten för en diskussion om reglerna för fastighetetsköparens konkurs *de lege ferenda* är alltså kort sagt, att en förbehållssäljare ovillkorligen får kräva säkerhet av köparens konkursbo om säkerhet inte redan är ställd, 4:26 JB. Säkerheten ska avse hela den resterande köpeskillingen, inte bara skadestånd/handpenning, trots att säljaren i alla de fall som 4:26 JB handlar om redan har säkerhet i form av separationsrätt och dessutom analogt med 4:27 2 st JB får en massafordran på köpeskillingen om inte boet återlämnar fastigheten i väsentligen oförsämrat skick. Om säljaren däremot inte uppställt förbehåll, och därmed inte heller har någon separationssäkerhet i köparens konkurs, är det meningen att säljaren inte ska ha något skydd alls vid köparens konkurs.

De beskrivna reglerna gynnar i hög grad förbehållssäljaren på konkursborgenärernas bekostnad, medan det omvända förhållandet gäller då förbehåll inte avtalats. Enligt min mening bör de framtida konkursreglerna i viss mån utjämna skillnaden mellan de båda fallen. Som grundläggande princip bör gälla att alla säljare, oavsett om förbehåll uppställts eller inte, bör få innehålla fastigheten vid köparens konkurs. Ingen säljare bör alltså vara skyldig att avträda fastigheten utan att först ha fått klarhet i om kommer att få betalt. Detta är särskilt motiverat för den säljare som inte har en hävningsrätt förenad med separationsrätt.

När det därefter gäller frågan om hävningsrätt på grund av konkurs, kan sådan endast komma ifråga för förbehållssäljaren, om man inte är

[24] Hellner, Verkan av insolvens s 254.

beredd att göra ingrepp i det grundläggande systemet i 4:3 1 p, 4:4 2 st, 4:5, 4:6 och 4:25 2 st JB, vilket i och för sig intressanta ämne faller utanför den här boken att diskutera. Vid köparens konkurs bör då hävning få ske om boet inte inträder och åtar sig massaansvar för resterande betalning. Boet bör därutöver inte vara skyldigt att ställa säkerhet, då förbehållssäljaren ju redan har säkerhet i form av sin separationsrätt. Det kan t o m ifrågasättas om förbehållssäljaren ens bör få avkräva boet massaansvar, särskilt då han redan avträtt fastigheten före konkursen. Han kan ju ändå alltid separera fastigheten och göra sig betald för skadestånd ur den handpenning som oftast erläggs vid tillträdet ifall boet inte skulle visa sig erlägga resterande likvid. Jag menar ändock att massaansvar bör få avkrävas boet även i detta fall. Det kan ju tänkas att handpenning inte uppburits eller att skadorna på grund av återgången överstiger handpenningen samt förbehåll om ytterligare ersättning inte gjorts. Jämför även vad jag antagit gälla om en förbehållssäljarens rättigheter vid lösegendomsköparens konkurs,[25] och att fastighetssäljaren bör få innehålla en icke avträdd fastighet tills köparens konkursbo tar på sig massaansvar.

I lagtextform skulle det sagda, med även andra obeståndsfall än konkurs inkluderade, kunna uttryckas så här i en reviderad 4:26 JB:

> Har köparen sedan köpet slöts kommit på sådant obestånd, att det måste antas att han inte kommer att betala köpeskillingen i tid, får säljaren underlåta att avträda fastigheten tills köparen ställer godtagbar säkerhet eller, vid konkurs, konkursboet inträder i köpet.
>
> Är förvärvets fullbordan eller bestånd enligt köpehandlingen beroende av att köpeskillingen betalas, får säljaren även häva köpet om inte efter tillsägelse köparen ställer säkerhet enligt första stycket eller, vid konkurs, konkursboet inträder i köpet. Konkursboet ska anses ha inträtt i köpet, om boet avyttrat fastigheten eller förfogat över den så att den väsentligt försämrats eller nedgått i värde.
>
> Hävs köpet får säljaren kräva ersättning för skada.

Härutöver kan diskuteras om det inte, för det fall då säljaren inte har hävningsrätt på grund av förbehåll, behövs en föreskrift som säger, att köpet ska *anses hävt* (eller förfallet) om inte säkerhet ställs eller konkursboet inträder inom skälig tid enligt första stycket. (Lämpligare vore i och för sig att föreskriva hävningsrätt även här, men i så fall bör detsamma gälla också vid dröjsmål i allmänhet.) Dessutom bör reglerna i 20:7 JB lämpligen kompletteras med en trettonde punkt där det sägs, att lagfartsansökan ska förklaras vilande om förvärvaren är försatt i konkurs (eller är på obestånd) och fångesmannen utövar sin rätt att underlåta avträde enligt första stycket i den reviderade 4:26 JB. En säljare utan hävningsförbehåll har då all anledning att anmäla sitt innehållande till inskrivningsmyndigheten. I lagfartsärendet bör åtminstone konkursbon

[25] Se kap III 2.1 not 4.

utan vidare ha att styrka att innehållanderätt avvärjts genom betalning eller inträdesförklaring. En föreskrift härom kan intas i 20:5 JB. Möjligen kan även andra följdändringar i inskrivningsreglerna behövas.

Vid en generell konkursrättslig reglering om ömsesidiga avtal kan de föreslagna *konkurs*reglerna utan större ingrepp överföras till konkurslagen. Skrivningen får då göras ur konkursboets synvinkel, se modellen i kap III avsnitt 2.2 och i kap XI nedan.

Avslutningsvis ska en fråga som uppkom i *NJA 1984 s 113* kommenteras, nämligen om fordran på stämpelskatt är massa- eller konkursfordran då köparens konkursbo söker lagfart för dennes förvärv. I rättsfallet hade ett bolag som köpt, betalt och erhållit köpebrev för en fastighet underlåtit att söka lagfart inom föreskriven tid. Bolaget förelas vid vite att söka lagfart. Då bolaget gått i konkurs sökte förvaltaren lagfart för förvärvet. På grund av underlåten betalning av stämpelskatt verkställdes utmätning hos boet, som besvärade sig under åberopande av att fordringen var en konkursfordran. HovR:n framhöll att lagfarten beviljats efter ansökan av boet, att skyldigheten att betala stämpelskatt enligt den aktuella regeln i stämpelskattelagen inträtt när ansökan om lagfart beviljats samt att stämpelsskatten därför utgjort en nödvändig utgift för boet. På grund härav var det fråga om en massafordran, varför besvären lämnades utan bifall. HD upphävde däremot utmätningen på här ointressant grund, nämligen att exekutionstiteln inte var klar.

Lindskog menar att det bör vara ovidkommande att det är boet som söker lagfart, då det är fråga om ett lagfartspliktigt förvärv. Uppkomsttidpunkten för skyldigheten att betala stämpelskatt sägs också sakna absolut betydelse, eftersom fordringen kan anses ha förelegat som villkorad redan då det lagfartspliktiga och stämpelskattegrundande fånget gjordes. Betr argumentet att stämpelskatten är en nödvändig utgift, sägs att logiken i argumentet kan ifrågasättas och att bristande lagfart inte hindrar boet från att vidareförsälja fastigheten. Huruvida stämpelsskatten är en nödvändig utgift beror ju på om den är en massafordran eller inte. Vidare noteras att den som köper fastigheten av boet kan söka lagfart även på boets förvärv, se 20:4 JB, och att detta inte innebär att köparen blir ansvarig för stämpelsskatt på det tidigare förvärvet. Enligt Lindskog bör det avgörande vara att staten inte kan undandra sig skyldigheten att meddela lagfart för förvärvet, dvs inte har "stoppningsrätt", och att stämpelskatten därför inte bör vara massafordran.[26]

Enligt min mening bör man resonera så här: Utgångspunkten är att en definitiv skyldighet för *köparen/gäldenären* att söka lagfart uppkommer på den sista dagen av tremånadersfristen i 20:2 JB. Uppkomsten av denna gäldenärens skyldighet grundas dock ytterst på tidpunkten för förvärvets fullbordan, dvs normalt då köpebrev utfärdas. Med Lindskog kan då sägas att dagen för utfärdandet av köpebrevet är den tidpunkt då stämpelskattefordringen bör anses ha uppkommit i 5:1 KL:s mening. Därmed är dock bara sagt att fordringen får göras gällande i konkursen: det har endast dragits en gräns mot fordringar som inte kan göras gällande i konkursen. Gränsdragningen mellan massa- och konkursfordran återstår. Här bör det avgörande vara *om konkursboet är skyldigt att under massaansvar söka lagfart.* Endast om sådan skyldighet *inte* föreligger då köpet fullbordas, men boet ändå väljer att söka lagfart, bör stämpelskatten vara massafordran.

[26] Se för det sagda Lindskog s 195 f med noter.

Vad gäller då om boets skyldighet att söka lagfart? Att boet bör vara skyldigt att söka lagfart då det väljer att kvarstå och fullborda köpet i ett läge, som motsvarar den situation som 4:26 JB reglerar, bör till en början vara klart. Boet har här frivilligt valt att kvarstå vid köpet i stället för att avstå från fastigheten och förorsaka hävning. Boet har därmed självständigt utlöst skyldigheten att söka lagfart, se 20:2 2 st 1 p JB. Stämpelskatten bör i sådant fall vara massafordran. Men vad gäller om gäldenären själv före konkursen utlöst skyldigheten att söka lagfart genom att erlägga full betalning och utverka köpebrev? Är då boet som sådant förpliktat att söka lagfart?

Enligt 20:1 JB ska den som förvärvat fast egendom *med äganderätt* söka lagfart. Och "äganderätt" förvärvas enligt 20:2 2 st 1 p och 4:6 JB normalt då köpebrev utfärdas. Reellt sett ligger häri att säljarens hävningsrätt och hans skydd mot köparens borgenärer då upphört. I det här diskuterade fallet är det uppenbarligen så, att gäldenären själv fått säljarens hävnings- och separationsrätt att upphöra före konkursen genom att betala och därigenom se till så att köpebrev utfärdas. "Äganderätten" kan sägas ha övergått på köparen/ gäldenären. Konkursboet har härefter endast omhändertagit egendomen för konkursborgenärernas räkning, jfr 1:1 KL. Boet behöver inte heller vidta någon särskild åtgärd för att inte äganderätten ska "gå tillbaka" till säljaren: det finns inte kvar någon separationsförsedd hävningsrätt som behöver avvärjas. Egendomen ingår definitivt i konkursboet. Slutsatsen härav bör bli att konkursboet inte som sådant är skyldigt att söka lagfart enligt 20:1 JB: boet kan underlåta detta utan att riskera vitespåföljd på massaplanet. Väljer boet ändå att söka lagfart så får det tåla att betala stämpelskatt som massafordran. Jämför att boet väljer att ingå nya avtal under konkursen. För förpliktelser knutna till dessa avtal blir boet givetvis massaansvarigt.

I äldre, dock ännu inte övertrumfad rättspraxis, har emellertid konkursförvaltaren ansetts skyldig att söka lagfart på gäldenärens förvärv, se NJA 1913 s 380. I doktrinen har antagits att regeln gäller i vart fall då fastigheten säljs i sådan ordning att lagfart måste skaffas för att förvärvaren ska få lagfart.[27] Detta måste (förenklat sagt) ske i alla fall utom då fastigheten säljs på exekutiv auktion för en panthavares räkning, se 20:9 JB. Med Lindskog kan häremot anföras, att den som köper fastigheten av boet kan söka lagfart både för sitt eget och föregående förvärv, 20:4 JB, utan ökad stämpelskattebelastning. Det är alltså på intet sätt nödvändigt för boet att söka lagfart för att kunna få fastigheten såld, och boet bör då få göra vad det anser bäst ang lagfart i det enskilda fallet. Den ovan gjorda analysen av 20:1 och 20:2 JB bör m a o stå sig: boet bör inte anses skyldigt att söka lagfart, varför stämpelskatteskyldighet bör föreligga om boet ändå gör det.

I UB-kommentaren sägs, utan ifrågasättande av boets skyldighet att söka lagfart på gäldenärens förvärv, att boet inte bör bli stämpelskatteskyldigt då fånget skett före konkursen men boet sökt lagfart. Just att fånget skett före konkursen anges rimligen vara det avgörande.[28] Jag har svårt se varför detta skulle vara rimligare än motsatsen om premissen är att boet som sådant vid vite kan förpliktas att söka lagfart.

[27] Se Welamson, Konkursrätt s 630 f och Walin/Gregow/Löfmarck s 389, båda med hänv.

[28] Walin/Gregow/Löfmarck a st.

1.2 Säljarens konkurs

Den sakrättsliga utgångspunkten vid fastighetssäljarens konkurs är att köparen uppnår skydd redan då en giltig köpehandling upprättas. Regeln saknar positivt stöd i lag eller rättspraxis men anses ändå obestridlig.[29] Att köparen inte erhållit lagfart, tillträtt fastigheten eller erhållit köpebrev före säljarens konkurs saknar alltså betydelse för frågan om köparens separationsrätt till fastigheten.[30] Utrymmet för *ett val* för säljarens konkursbo mellan att inträda och att avstå från gäldenärens fastighetsförsäljningsavtal är därmed mycket litet. Finns det bara ett giltigt avtal är ju boet tvunget att avträda fastigheten – om avträde inte redan hunnit ske före konkursen – mot utfående av eventuellt återstående vederlag. Gör inte köparen rätt för sig så kan dock boet givetvis göra gällande samma rätt som säljaren/gäldenären att innehålla fastigheten, häva köpet och kräva skadestånd om förbehåll gjorts. Hävs i ett sådant fall köpet, blir boet skyldigt att utge uppburen betalning mot återfående av rådigheten till fastigheten. Boet kan avräkna sin skadeståndsfordran på köparens återbetalningskrav.

Om säljaren inte avträtt fastigheten före sin konkurs, är boet som sagt massaansvarigt att avträda på avtalad dag. Detta är just innebörden av att köparen har separationsrätt. Men vad innebär sakrättsskyddet i övrigt?

Såvitt jag förstår måste skyddet även innebära, att konkursboet är förpliktat att fullgöra säljarens skyldighet att utfärda köpebrev då köparen erbjuder avtalsenlig slutlikvid. Däremot torde boet inte vara massaansvarigt att medverka till att köparen får lagfart genom att söka lagfart på säljarens/gäldenärens förvärv när detta saknas.[31] Vid boets vägran får köparen i första hand använda sig av 20:4 JB.

När det gäller frågan om *boets felansvar* torde gälla motsvarande principer som vid lösöreköpsäljarens konkurs.[32] Har köparen tillträtt fastigheten före konkursen är det till en början givet att alla köparens felanspråk är konkursfordringar. Köparen kan dock göra prisavdrag även mot boets krav på betalning, 5:15 1 st KL. Även då boet avträder fastigheten i konkursen bör detsamma gälla. Skadeståndskrav på grund av fel är även här konkursfordran. Köparen kan visserligen häva köpet enligt 4:19 JB även under konkursen, men detta innebär inte att han får ett massakrav

[29] Se SOU 1960:25 s 525 ff, SOU 1968:64 s 85 f, SOU 1973:22 s 260 f, Hessler s 247 ff (jfr 260 ff), prop 1980/81:8 s 454 f, Walin/Gregow/Löfmarck s 165, Göranson, Traditionsprincipen s 410 ff, Rodhe, Sakrätt s 204 ff, Hellner II s 63 och Grauers s 199 f.

[30] Ang lagfartens eventuella presumtionsverkan för konkursgäldenärens äganderätt (jfr 4:24 UB), jfr Grauers s 230, Håstad, Sakrätt s 110 och Rodhe, Sakrätt s 247 och 252.

[31] Jfr Welamson, Konkursrätt s 630.

[32] Se kap III 3.9.2 (B) ovan.

på utfående av erlagd betalning. Och skadeståndsfordringen är som sagt en konkursfordran.

Samma principer gäller för köparens anspråk på grund av *dröjsmål*. Säljarens/gäldenärens dröjsmål med avträdet eller med medverkan till att köparen får full lagfart ger visserligen köparen rätt till vanliga påföljder, se 4:13–14 JB, men ersättningsanspråk är bara konkursfordringar.

Utrymme för en egentlig valrätt för konkursboet torde endast finnas ifall konkursen inträffar efter det att giltigt avtal ingåtts men innan köpeobjektet i sin helhet är avtalsenligt färdigställt för avträde.

Om köpet förutom mark innefattar byggnader som säljaren åtagit sig att uppföra, men som inte färdigställts vid konkursutbrottet, är boet inte skyldigt att fullborda byggena. Även om köparen har separationsrätt till fastigheten (inkl tillbehör) redan i och med avtalet, innebär det alltså inte att han kan tvinga boet att utföra positiva prestationer i konkursen. Vad separationsrätten omfattar är m a o fastigheten sådan den är på konkursdagen. Varor som ännu inte blivit tillbehör och tjänster betr byggarbetet är lös egendom. (Varorna kan i och för sig vara sålda till samme fastighetsköpare och traditionskravet undantagsvis vara uppfyllt, men det är en annan sak.) Föreligger inte hävningsgrundande dröjsmål från säljarens sida före konkursen, kan boet då välja att fullfölja byggnadsåtagandena och hela fastighetsförsäljningen mot (resterande del av) avtalat vederlag. Det bör därvid räcka att boet tar på sig massaansvar utan att ställa ytterligare säkerhet om vederlaget ska erläggas först vid köparens tillträde. En analogi med 4:26 JB är här knappast hållbar, utan 40 § KöpL:s modell synes rimligare. Liksom vid en byggnadsentreprenörs konkurs är dock boet kanske skyldigt att prestera bevisning som gör att köparen kan lita på att avtalet kommer att fullgöras kontraktsenligt. Om sådan bevisning läggs fram bör köparen inte genom att omedelbart utöva sin separationsrätt få hindra att boet inträder. Köparens rätt att kräva fullgörelse är ju inte mera långtgående vid säljarens konkurs än annars. Han får m a o avvakta med att "kräva ut" fastigheten tills den avtalade tillträdesdagen kommer. Om kontraktsbrott kan anteciperas mot boet dessförinnan, men efter att boet förklarat sig inträda, får köparen givetvis häva och kräva skadestånd som massafordran. Boet får då naturligen – liksom säljaren själv fått i motsvarande situation – behålla fastigheten men måste återlämna uppburen betalning. Även då boet redan "från början" vägrar att färdigställa köpeobjektet kan köparen på vanligt sätt välja mellan hävning och/eller skadestånd eller krav på fullgörelse. Hävnings- och skadeståndspåföljderna leder då bara till dividendanspråk medan fullgörelsekravet är förenat med separationsrätt till fastigheten inklusive "halvfärdiga" byggnader. I sistnämnda fall kan köparen på boets vederlagskrav räkna av sina fordringar på grund av bristerna i köpeobjektet.

Den mycket köparvänliga regeln om sakrättsligt skydd redan genom avtalet kompenseras i viss mån av att fristerna för återvinning av gäldenärens fastighetsförsäljningar inte räknas från avtalet utan från lagfartsansökan, se 4:4 KL.[33]

[33] Se närmare Hessler s 249, Rodhe, Sakrätt s 207 och 264 f, Walin, Materiell konkursrätt s 149 f samt Lennander, Återvinning s 73 ff och 90 f.

2 Köp av enkla fordringar och immaterialrätter

I kapitel III har jag behandlat köp av lös egendom, till vilken kategori även enkla fordringar (eller fordringar som inte anses kunna kan vara föremål för besittning i egentlig mening) och immaterialrätter är att hänföra. Vad som sas i kapitel III var emellertid i första hand inriktat på materiell lösegendom. De särlösningar som kan övervägas för icke besittningsbar egendom ska därför i korthet behandlas här. Beträffande *upplåtelse* av immaterialrätt, se kapitel VII. Endast överlåtelse av "äganderätt" till immaterialrätt diskuteras i det följande.[1] Med detta menas de grundläggande rättigheterna såsom upphovsrätt (de ekonomiska befogenheterna), patenträtt, varumärkesrätt, mönsterrätt, kretsmönsterrätt etc, däremot inte överlåtelse av licensrätt, förlagsrätt eller annan nyttjanderätt till någon av de grundläggande rätterna.

2.1 Köparens konkurs

I den moderna litteraturen kan man på detta område skönja två olika ideologier i frågan om *säljarens möjligheter till skydd mot köparens borgenärer*.[2] Walin skriver i Separationsrätt 1975 beträffande egendom, för vilken denuntiation är en förutsättning för köparens skydd mot säljarens borgenärer, dvs bl a *enkla fordringar*, att detsamma borde gälla som i de fall då denuntiationen ska gälla som surrogat för tradition. Walin hänvisar härvid till sin framställning om säljarens skydd mot köparens borgenärer vid köp av lösöre som finns upplagt hos tredje man.[3] Han framhåller där först att det inte är givet att en denuntiation till tredje man gör att säljaren förlorar sitt sakrättsliga skydd mot köparens borgenärer bara därför att denuntiationen skyddar köparen mot säljarens borgenärer. Denuntiation kan ju tänkas ske så snart avtal slutits och innan köpeskillingen betalts. Denuntiationen kan vidare vara försedd med förbehåll, som eventuellt framgår av en kopia av köpeavtalet som tillställs tredje man. Detta hindrar inte att köparen blir skyddad mot säljarens borgenärer och kan enligt Walin inte heller antas beröva säljaren innehållanderätt enligt 14, 15 eller 39 § KöpL. Denuntiationen sägs i

[1] Jfr Rodhe, Sakrätt s 1.

[2] Klargörande rättspraxis saknas.

[3] *Separationsrätt s 58 jfr 54–56.*

princip inte vara annat än "en underrättelse om det rättsläge som inträtt genom köpet". Är det köparen som denuntierar kan ju inte tredje man lita på att denuntiationen anger att förbehåll gjorts, möjligen med undantag för fallet då kopia av köpekontraktet bifogas. Härav följer att köparens denuntiation inte utan vidare kan förplikta tredje man att utge varan till köparen: en depositarie kan ju inte utan kontroll hos säljaren lämna ut egendomen bara därför att en köpare anmäler sitt förvärv. Är det däremot säljaren som denuntierar, kan det enligt Walin förmodas att han anger vilka förbehåll som gäller för överlåtelsen. Och tredje man kan ha fog för att utgå från detta: innehåller inte säljarens denuntiation något förbehåll (och är köparen inte skyldig att förete dokument) kan han alltså lämna ut varan till köparen. Tredje man torde dock inte utan att riskera skadeståndsskyldighet få nonchalera en contraorder från säljaren.[4] Resonemanget utmynnar i följande slutsats.[5]

> "Rätten att hålla godset inne är ett köpevillkor ex lege, och det saknas anledning anta att just det villkoret skulle upphöra att gälla genom denuntiation från köparens sida. Men inte heller denuntiationen från säljaren sida synes böra medföra förlust av nämnda rätt. Om det efter att säljaren förbehållslöst denuntierat tredje man inträffar någon sådan kalamitet som enligt 39 § köplagen ger säljaren rätt att trots lämnad kredit hålla godset inne, synes säljaren följdriktigt böra kunna hindra att tredje mannen, om han alltjämt innehar godset, utger det till köparen."[6]

[4] Att tredje man i ett visst läge trots denuntiation inte får lämna ut egendomen till köparen innebär givetvis inte att han utan vidare får lämna ut den till säljaren. Jfr i nästa avsnitt betr köparens skydd mot säljarens borgenärer.

[5] Separationsrätt s 55.

[6] I Rodhe, Sakrätt s 183 vid not 42 sägs däremot den rådande uppfattningen vara, att en säljare av gods som innehas av tredje man har detentionsrätt bara tills tredje man erhållit underrättelse om överlåtelsen. Någon distinktion mellan säljarens och köparens denuntiation antyds inte. Hänvisning görs till Hessler s 100 f och 241, där hänv sägs ske till HD:s motivering i NJA 1949 s 164, och till Walin, Separationsrätt s 33 och dennes kommentar till skuldebrevslagen s 165 f. Samtliga Rodhes hänvisningar är såvitt jag kan se irrelevanta. De angivna sidorna hos Hessler och Walin avser uppenbarligen endast köparens skydd mot *säljarens borgenärer* vid försäljning av lösöre (och värdepapper) som finns hos tredje man, jfr i stället Hessler s 187 ff, där den omvända situationen inte alls berörs, och den ingående diskussionen hos Walin, Separationsrätt s 55 f, som Rodhe förbigår. I 1949 års rättsfall hade en person (U) sålt en båt till en annan (B) som i sin tur sålt den vidare till en tredje (A). Båten kvarblev hos U, som sedermera denuntierades av A. Denuntiationen innehöll ett medgivande för B att tills vidare använda båten. Sedan båten utlämnats till B ansågs utmätning hos denne kunna ske oberoende av A:s rätt. Rättsfallet är enligt min mening utan intresse för frågan om säljarens skydd mot köparens borgenärer vid överlåtelse av lösöre som finns hos tredje man: det gällde ju den omvända situationen. Att den ursprunglige säljaren U lämnade ut båten till B efter A:s underrättelse om sitt förvärv kan man bortsett härifrån ändå inte dra några slutsatser av, då ju denuntiationen innehöll det nämnda meddelandet. Den möjliga motsatstolkningen att U utan vidare hade kunnat lämna ut båten *till A* om denuntiationen varit "ren" är inte heller övertygande: att B då inte kan förfoga över båten betyder ju inte att U får och är skyldig att lämna ut den till A, jfr Walin a a s 56. – Almén (§ 39 vid not 114 ff) skriver att åtminstone så länge den person som omedelbart besitter godset inte fått kännedom om köparens rätt, lär säljaren kunna förbjuda besittaren att utge godset.

Överfört till enkla fordringar innebär det refererade, att varken säljarens eller köparens denuntiation medför att säljaren slutgiltigt förlorat möjligheten att hindra sekundogäldenären att betala ut fordringsbeloppet till köparen eller hans konkursbo, om inte utbetalning hunnit ske då säljaren önskar stoppa den.[7] Reglerna i 39 och 40 §§ KöpL skulle härmed kunna tillämpas på i princip samma sätt som vid lösöre.

När det gäller icke besittningsbar egendom, för vilken denuntiation saknar betydelse för köparens skydd mot säljarens borgenärer, vilket ju bl a antas vara fallet vid överlåtelse av *immaterialrätt*, menar Walin att 14, 15, 28 och 39 §§ KöpL i princip bör vara tillämpliga.[8] Eftersom fysisk besittning inte krävs för köparens sakrättsliga skydd, sägs konsekvensen böra kräva att inte heller en bevarad hävningsrätt för säljaren fordrar att han har fysisk besittning till det sålda. I stället borde det rättsliga tillträdet vara avgörande, "dvs den dag då köpet enligt kontrahenternas mening skall vara ovillkorligt och köparen får förfoga över egendomen." Det tilläggs att man tämligen fritt torde få pröva om säljaren ska anses ha kvar hävningsrätt eller bör antas ha avstått därifrån, varvid ett eventuellt skriftligt avtal naturligtvis sägs vara grundläggande för bedömningen.

Något krav på att hävnings- eller återtagandeförbehåll faktiskt ska ha avtalats synes Walin inte anse behövligt, jämför däremot 28 § 2 st KöpL (och 4:25 2 st JB). Detta torde också innebära, att säljaren i princip alltid skulle kunna göra en insolvent köpares eller hans konkursbos åtkomst av eller fortsatta förfogande över immaterialrätten beroende av att avtalat vederlag till fullo erläggs eller att säkerställelse/inträde sker. Särskilt som gränsen mot *upplåtelse* många gånger kan vara mycket svårdragen när det gäller immaterialrätt, förefaller ståndpunkten enligt min mening realistisk och praktiskt förnuftig.

Rodhe har emellertid i sakrättshandboken utvecklat en annorlunda syn på dessa frågor.[9] Efter att ha betecknat rättsläget som mycket oklart säger han bl a beträffande vad jag här kallar *enkla fordringar*[10], att då besittningsöverföring inte kommer ifråga ger 28 och 39 §§ KöpL ingen hjälp: "Valet synes alltså stå mellan att redan avtalet bringar överlåtelseobjektet inom räckhåll för förvärvarens borgenärer och att först denun-

[7] Jfr i sammanhanget att en neutral denuntiation från köparen visserligen gör att sekundogäldenären inte längre kan betala med befriande verkan till säljaren (se 29 § SkbrL) men att detta inte utan vidare innebär att sekundogäldenären blivit skyldig att betala till köparen. Först om köparen företer köpekontrakt eller det är säljaren som denuntierar inträder normalt sådan skyldighet. Jfr Tiberg s 47 ff och Helander s 472, 483 och 512.

[8] Se Separationsrätt s 58 jfrd med 57 f, som i första hand tar sikte på byggnad på annans mark.

[9] Sakrätt s 191–193.

[10] Se om begreppen enkel fordran och öppen fordran a a s 11 not 38 med hänv.

tiationen har denna effekt."[11] Någon motivering till varför endast dessa två lösningar skulle komma ifråga ges inte. Angående *immaterialrätt* framhålls på liknande sätt att det saknas en motpart att denuntiera och att någon annan lösning därför knappast kommer ifråga än att "överlåtaren blir oskyddad mot förvärvarens borgenärer redan i och med avtalet."[12] En sådan lösning anges dock skapa ett påtagligt praktiskt behov för en kreditsäljare att genom hävningsförbehåll uppskjuta denna effekt. Ett förbehåll skulle i denuntiationsfallet (dvs bl a vid enkla fordringar) även kunna skydda säljaren mot att köparen berövar honom hävningsrätten genom sin denuntiation. Rodhe är emellertid tveksam till om det för här diskuterad egendomen över huvud taget är möjligt att göra hävnings- eller ägarförbehåll med verkan mot köparens borgenärer.

Walin har i andra upplagan av UB-kommentaren (1987) kommenterat Rodhes synpunkter.[13] I stället för att som Rodhe anta att överlåtaren blir oskyddad om han inte gjort särskilt förbehåll i de fall, då förvärvaren blir skyddad redan genom avtalet, skriver Walin nu att det är "mera rimligt anta att förvärvaren inte får bättre rätt än avtalet ger honom och att avtalet som ett naturale negotii innebär att färvärvarens rätt är beroende av att han fullgör avtalet. Måhända bör detsamma gälla vid annan överlåtelse av rättighet som inte kan bli föremål för tradition men då denuntiation krävs för köparens skydd."

Uttalandet bekräftar i stort sett uppfattningen i Separationsrätt tolv år tidigare. Tillämpat på försäljning av immaterialrätt innebär det således, att säljaren utan särskilt förbehåll har rätt att häva köpet och återfå ensamrätten till den immateriella egendomen då köparen själv eller hans konkursbo inte fullgör motprestationen. Rättsläget skulle m a o utan vidare vara analogt med det som allmänt gäller vid upplåtelse av egendom och vid överlåtelse av lösöre som inte utlämnats och vid materiell egendom som utlämnats med förbehåll. Ur den här bokens synvinkel innebär Walins ståndpunkt, att utrymmet för en valrätt för fordrings- och immaterialrättsköparens konkursbo mellan att inträda och att avstå från gäldenärens avtal principiellt sett blir lika stort som i de just nämnda fallen. En generell regel om innehållanderätt vid parts konkurs skulle också kunna utnyttjas av fordringssäljaren, medan en modell med konkursboets inträde vid äventyr av den solventa partens hävning kunde tillämpas för immaterialrättssäljaren. Rodhes lösning innebär däremot att

[11] A a s 191 f.

[12] A a s 192.

[13] Walin/Gregow/Löfmarck s 142 not 1. Även Gregow och Löfmarck för väl anses stå för synpunkterna, se förordet. Rodhe har å sin sida förbisett Walins synpunkter i Separationsrätt (1975), jfr Sakrätt s 191, där det sägs att frågan om överlåtarens skydd mot förvärvarens borgenärer för bl a enkla fordringar och immaterialrätt inte alls synes ha diskuterats i nyare doktrin.

dessa principer kan tillämpas först om särskilt förbehåll gjorts och anses kunna få sakrättslig effekt för det aktuella egendomsslaget, vilket de lege lata ger ett tämligen oklart och osäkert rättsläge. I fordringsfallet uppkommer därtill problem att bedöma om en neutral denuntiation av köparen ska övertrumfa ett av säljaren uppställt hävningsförbehåll eller om förbehållet alltid ska skydda säljaren. Jämför även bedömningen av köpavtal som föreskriver att köparen får denuntiera sekundogäldenären först sedan säljaren kvitterat full betalning. Om denuntiationslösningen ändå väljs, bör det enligt min mening starkt ifrågasättas om inte motsvarande krav som i 1936 års pantlag bör ställas på köparens denuntiation: först då det är säljaren som denuntierar eller köparen kan uppvisa köpekontrakt kan ju köparen normalt kräva ut betalningen från sekundogäldenären. Man kan säga att köparen först då kan råda över den överlåtna egendomen.[14] Det synes naturligt att knyta upphörandet av säljarens stoppningsrätt till samma tidpunkt. Om uppkomsten sekundogäldenärens skyldighet att prestera till köparen däremot inte sammanfaller med säljaren förlust av sakrättsligt skydd mot köparens borgenärer så kan det läget uppkomma, att säljaren saknar tredjemansskydd samtidigt som sekundogäldenären kan vägra att betala till köparen och att säljaren, som givetvis önskar "stoppa" betalningen, kanske ändå måste höras för kontroll av om köparen är rätt borgenär och om något hävningsförbehåll gäller. Det verkar emellertid konstigt om egendomen definitivt skulle anses ha övergått till köparens bo samtidigt som säljaren genom upplysning till sekundogäldenären med stöd av legitimationsregler och skadeståndssanktion reellt sett kan förhindra att denne betalar till köparen.

Återvänder vi till *immaterialrätterna* anser jag det allmänt vara välgörande, om man inte till nya områden sprider den förmodligen på föråldrade tankesätt grundade tesen, att hävningsrätt endast föreligger då naturaprestationen ännu inte utgetts eller förbehåll gjorts. Och om denna princip ändock skulle anses sakligt välgrundad för materiell egendom såsom lösöre – t ex därför att köparen ändå kan ha disponerat över sådan egendom då hävning görs gällande eller därför att egendomen före exekution ändå kan ha sammanblandats med annan liknande eller därför att egendomen annars kan vara svår att individualisera eller identifiera[15] – är den knappast välgrundad för immaterialrätter. Inget av de nyssnämnda argumenten är särskilt träffande när det gäller denna egendomstyp, som ju i princip alltid är omedelbart återställbar och inte i

[14] Jfr Helander s 512.

[15] Jfr Håstad, Sakrätt s 154 och Bergström i Festskrift till Rodhe s 26 f (båda med hänv). För äldre resonemang, se Almén § 28 vid not 112 ff. Se även Almén, rubriken till lagen vid not 13, där det rent allmänt sägs att köplagens rättssatser torde kunna tillämpas på överlåtelse av patenträtt.

egentlig mening kan "försvinna" genom förfoganden av olika slag. Då överlåtelser av immateriell egendom av naturliga skäl regelmässigt "fixeras" i detaljerade kontrakt, där avtalsobjektet noggrannt beskrivs och identifieras, är den vidare förhållandevis lätt att individualisera och särskilja från annan. Även då det får anses föreligga en reell överlåtelse och inte en upplåtelse (licens) kvarstår ofta, även efter det att en rejäl engångssumma erlagts, ett kontinuerligt "kvardröjande" royaltyanspråk för överlåtaren. Gränsdragningen mot licensupplåtelse kan stundom bli intrikat. Att i sådana fall i stället bedöma avtalet som en upplåtelse är å andra sidan krystat om det bara är upplåtelsens hävnings- och separationsrättsliga fördelar man är ute efter. I förhållandet mellan parterna finns f ö ofta goda skäl att välja överlåtelsen framför licensen. Men den funktionella likheten bör ändå medföra att den rättsliga gränsdragningen inte tillåts spela en alltför avgörande roll.

Allt detta *sammantaget* talar enligt min mening för den tes som Walin hävdar, alltså att en överlåtare av immaterialrätt in dubio bör anses ha kvar hävningsrätten vid förvärvarens betalningsdröjsmål och konkurs, oavsett om hävningsrätten särskilt förbehållits eller inte. Vid konkurs bör förvärvarens bo följaktligen ha att inträda och fullgöra gäldenärens prestation för att undgå hävning och "separation". Regler motsvarande 28 § 2 st KöpL och 4:25 2 st JB är inte ändamålsenliga för detta egendomsslag och bör därför avvaras.

2.2 Säljarens konkurs

En förvärvare av upphovsrätt[16], patenträtt, varumärkesrätt, mönsterrätt etc anses vinna skydd mot överlåtarens borgenärer genom avtalet.[17] En immaterialrättssäljares konkursbo är således (om inte återvinning kommer ifråga) utan vidare skyldigt att respektera köparens förvärv och det oavsett om säljaren gjort hävningsförbehåll etc. Har inte full betalning erlagts kan dock boet givetvis, liksom säljaren själv kunnat, på avtalade villkor kräva in återstoden. Gör sig köparen skyldig till kontraktsbrott får boet häva och återfå immaterialrätten i samma utsträckning som säljaren. Även köparen får naturligen även vid säljarens konkurs häva enligt

[16] Obs att upphovsrätt redan pga av förbudet i 42 § URL inte kan tas i anspråk av boet om konkurs öppnats hos upphovsmannen själv. I en förvärvares konkursbo ingår däremot egendomen, men om denne i sin tur överlåtit upphovsrätten kommer hans bo ändå inte åt egendomen (om inte återvinning kan ske), eftersom den nye förvärvaren uppnår borgenärsskydd redan genom avtalet. Jfr Hessler s 255 och närmare om 42 § URL i kap VII 3.1 ovan

[17] Se Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s 224 f, Hessler s 255, Walin, Separationsrätt s 45 f, Rodhe, Sakrätt s 216 och SOU 1985:10 s 43 f.

vanliga regler vid säljarsidans kontraktsbrott, t ex om konkursboet vägrar att fullgöra väsentliga, till överlåtelseavtalet knutna biförpliktelser avseende vidareutveckling, kontroll och service. Sådana förpliktelser omfattas inte utan vidare av sakrättsskyddet, utan kan utan risk för uppkomst av massakrav bli föremål för boets val mellan inträde/avstående. Faran för boet består "endast" i att köparen kan tänkas häva överlåtelseavtalet på grund av det partiella avtalsbrottet.

Vilka rättsverkningar som in dubio inträder vid hävning av ett immaterialrättsköp i ett sådant och liknande lägen är redan rent kontraktsrättsligt oklart. Begrunda följande färska hovrättsfall!

SveaHovR 1987–06–18 (avd 2, DT 30, T 1112/85). K köpte av S upphovsrätten till ett antal datorprogram avseende ekonomiska rutiner för större företag. I överlåtelseavtalet åtog sig S att utföra vissa konsulttjänster. Det träffades även ett samarbetsavtal rörande försäljning, installation och underhåll av programmen. På grund av S:s bristande fullgörelse av konsulttjänsterna förklarade sig K efter en tid häva avtalet och yrka köpets återgång samt skadestånd och vite. S accepterade hävningsförklaringen. Efter att S förklarat sig inte kunna återbetala vad K utkrävt försattes S i konkurs på K:s ansökan. Konkursboet sålde sedan datorprogrammen till tredje man. K gjorde i målet gällande att boets försäljning utgjort upphovsrättsintrång, eftersom upphovsrätten till programmen låg kvar hos K tills köpeskillingen återbetalades, jfr 57 § 1 st KöpL. S:s konkursbo hävdade däremot att upphovsrätten genom hävningen (eller åtminstone genom S:s accepterande av den) gått tillbaka till S och att boets försäljning därför var rättsenlig. – K fick rätt både i TR:n och HovR:n. HovR:n framhöll först att en immateriell rättighet övergår redan genom avtalet, då det inte finns något att tradera eller någon att denuntiera. Härav följde att avtalets innehåll i första hand var avgörande för rättighetens övergång från säljare till köpare. Detsamma ansågs gälla vid återgång. I det aktuella fallet kunde detta dock inte ge någon ledning. Domstolen fick då anledning att ta ställning till vad som skulle gälla i avsaknad av uttrycklig överenskommelse:

"Vid hävning gäller som huvudprincip att prestationerna är avhängiga av varandra. Om någon av parterna inte kan fullgöra sina respektive skyldigheter utgör detta en omständighet som ger motparten rätt att inhibera den till hävningen knutna rättsföljden. Detta innebär att en part som utnyttjat denna rätt kan hindra att hävningen fullföljs, vilket i sin tur medför att någon återgång av köpet överhuvud inte kommer till stånd. Mot bakgrund av denna princip framstår det som naturligt att i brist på uttrycklig överenskommelse tolka rättsförhållandet mellan parterna så att äganderätten till datorprogrammen i fråga skall återgå först då köpeskillingen återbetalats. – För denna ståndpunkt talar också att det inte är rimligt att anta att en köpare av en immateriell rättighet, som tvingas häva köpet på grund av säljarens kontraktsbrott, i allmänhet skulle vara villig att låta rättigheten återgå till säljaren utan att denne återburit köpeskillingen. I förevarande fall synes också parterna själva från början ha uppfattat rättsförhållandet mellan dem på detta sätt."

Konkursboet ansågs således ha gjort intrång i K:s rätt.

Även om jag inte helt kan instämma i HovR:ns skäl så anser jag att utgången är riktig. Liksom HovR:n menar jag att det inte skulle vara rimligt om köparen vid säljarens kontraktsbrott, vilket kanske förorsakats av säljarens insolvens, genom hävningsremediet skulle gå miste om den köpta egendomen och få en klart sämre ställning än om hävning inte

skett. Vid säljarens konkurs skulle han på grund av sin fullt berättigade hävningsåtgärd definitivt gå miste om såväl immaterialrätten som köpeskillingen. En sådan lösning bör inte komma ifråga.

I övrigt kan sägas att parterna i målet tydligen var överens om att en eventuell köparens rätt mot säljaren motsvarande 57 § 1 st KöpL utan vidare står sig också mot säljarens borgenärer, vilket förmodligen också står i samklang med gällande sakrätt.[18] Det innebär i sin tur att den situation som förelåg i hovrättsfallet är helt analog med den, då immaterialrättssäljarens konkursbo utnyttjar sin rätt att vägra fullfölja säljarens biförpliktelser och köparen på grund härav häver överlåtelseavtalet. Om boet sedan inte återlämnar betalningen kan köparen, om utgången i hovrättsfallet följs, behålla immaterialrätten.

Vad som nu sagts harmonierar väl med Walins och min egen uppfattning om säljarens ställning vid immaterialrätts*köparens* konkurs.

Vid försäljning av *enkla fordringar* uppkommer köparens borgenärsskydd då antingen han själv eller säljaren formlöst denuntierar sekundogäldenären om försäljningen, 31 § 1 st SkbrL.[19] Några frågor om stoppningsrätt för köparen och valrätt för konkursboet torde inte uppkomma då denuntiation skett. Har denuntiation däremot inte skett före säljarens konkurs, kan de vanliga frågorna för den här boken åtminstone i princip bli aktuella att bedöma:

> *Schematiskt exempel:* K har för 10 000 kr köpt en fordran mot U om 12 000 kr. Då det återstår fyra månader innan U ska betala går S i konkurs innan U denuntierats och köpeskillingen erlagts. S:s konkursbo kan då välja att inträda i avtalet, eventuellt se till att U denuntieras och kräva in vederlaget på 10 000 kr. Alternativt kan boet välja att avstå från att inträda och när förfallodagen kommer driva in fordringen mot U eller också sälja den till tredje man. Enligt 8:14 KL ska gäldenärens utestående fordringar i första hand drivas in. Utestående fordran i exemplet är väl främst fordringen på U, men 8:14 KL kan ändå knappast binda förvaltaren i valet mellan att inträda eller avstå från avtalet med K.

[18] Jfr Rodhe, Sakrätt s 189 f med hänv.

[19] Se närmare Hessler s 253, Walin a a s 37 f (jfr i viss mån även s 54–56), Håstad, Sakrätt s 201 ff och Rodhe a a s 214 f. Jfr även Helander s 436 ff och Göranson, Traditionsprincipen s 387 ff.

3 Sysslomansavtal

3.1 Huvudmannens konkurs

Innan reglerna om verkan av huvudmannens konkurs på *kommissionsavtalet* behandlas bör reglerna i 31–37 och 39 §§ KommL nämnas. Till säkerhet för sina fordringar på huvudmannen ges både försäljnings- och inköpskommissionären till en början panträtt i de huvudmannens varor som han innehar. Har kommissionären lämnat ifrån sig dessa kan han i stället förfoga över utestående fordringar på tredje man. I princip kan man säga att han även här har panträtt. Vid huvudmannens obestånd har kommissionären såväl passiv som aktiv stoppningsrätt motsvarande 39 och 41 §§ KöpL, se 37 § KommL. Kommissionären kan även göra gällande retentionsrätt i mottagna prover m m, 39 § KommL. Motsvarande säkerhetsrätter har handelsagenter, 74 och 75 §§ KommL. Handelsresande har retentionsrätt i prover m m, 87 § KommL.

47 § 1 p KommL föreskriver att kommissionärens uppdrag *ska anses förfallet* då huvudmannen försätts i konkurs.[1] Någon uppsägning är alltså inte behövlig utan avtalet upphör utan vidare. Kommissionären har rätt till ersättning för sin förlust på grund av att avtalet upphör i förtid, 51 § 3 st 2 p. Kravet är en konkursfordran och kan inte avtalas bort före konkursen, 51 § 4 st. Kommissionären kan också på samma sätt som utom konkurs göra gällande ersättningskrav för förlorade investeringar, se 52 §. Även då avtalet förfallit kan kommissionären givetvis göra gällande sin säkerhetsrätt enligt ovan, 49 §. Såvitt det kan ske utan väsentlig kostnad eller olägenhet, är kommissionären vidare även vid huvudmannens konkurs skyldig att enligt 48 § vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda huvudmannen/konkursboet mot förlust. Enligt motiven är konkursboet då (som sådant) skyldigt att ersätta kommissionären för vad han tvingats utge.[2] Vad som i detta stycke sagts om kommission gäller även för handelsagentens och handelsresandens uppdrag, 76 och 87 §§ KommL.

[1] 47 § 2 p KommL och andra godtrosregler till följd av 3:2 (gamla 21 §) KL kommer inte att beröras i det följande, se i stället SOU 1970:75 s 231 f och Walin, Materiell konkursrätt s 270.

[2] NJA II 1914 s 266, jfr Hasselrot, Sysslomannaskap s 86 f, SOU 1970:75 s 232 hsp och Walin a st.

Skälen till regeln om automatiskt upphörande vid huvudmannens konkurs anges i motiven vara, att kommissionären lika lite som huvudmannen själv ska kunna avhända boet egendom eller ingå avtal som ger rätt till betalning i konkursen.[3] 47 § KommL är således i viss mån uppställd till boets skydd.[4] Vill boet å andra sidan fortsätta att anlita kommissionären, sägs i motiven att boet måste förnya uppdraget:[5]

> "Någon skyldighet att handhava uppdraget för konkursboets räkning har icke ansetts kunna åläggas kommissionären ens om han åtagit sig detsamma för bestämd tid och denna vid konkursens utbrott ännu ej gått till ända. Det skulle nämligen vara obilligt emot kommissionären, om han, som kanske åtagit sig uppdraget på grund av sin kännedom om kommittentens yrkesskicklighet, skulle behöva fortsätta därmed, sedan affärens ledning kommit i andra händer."

Detta är uppenbarligen det tunga argumentet för 47 § KommL:s lösning: uppdraget ansågs normalt bygga på kommissionärens förtroende för huvudmannens särskilda egenskaper, vilket uteslöt en inträdesrätt för huvudmannens konkursbo. I litteraturen har man dock inte varit övertygad om att denna synpunkt kräver att avtalet *automatiskt* måste upphöra. Rodhe menar t ex att avvägningen mellan konkursförvaltningens påtagliga behov av att fritt kunna ordna med boets ekonomiska angelägenheter och sysslomannens förlitan på huvudmannens person kunde tillgodoses genom en ömsesidig rätt att frånträda avtalet. Skillnaden mellan denna lösning och KommL:s sägs dock i praktiken vara liten.[6]

Vid *sysslomansavtal utanför KommL:s område* anses det också ovisst om avtalet utan vidare upphör vid huvudmannens konkurs. Detta antas visserligen gälla då avtalet avser egendom eller förmögenhet eller mera allmänt är av ekonomisk karaktär men förmodligen inte annars, dvs då det är fråga om ett mera renodlat immateriellt uppdrag. I de senare fallen skulle sysslomannen normalt ändå ha uppsägningsrätt, antagligen med omedelbar verkan.[7] Frågorna har i modern tid dock inte övervägts särskilt ingående för de många olika uppdragstyper som förekommer, varför de angivna lösningarna får sägas stå på rätt lös grund.

[3] NJA II 1914 s 262.

[4] Jfr 23 § AvtL. – Uttalandet att kommissionären inte ska kunna avhända boet egendom kan knappast – även om det ser så ut m h t kontexten – avse fallet, då kommissionären före konkursen slutit avtal med tredje man men varan finns kvar hos kommissionären. I det läget anses nämligen tredje man ha separationsrätt (se Undén s 124, Hessler s 243, Walin, Separationsrätt s 31 f, Håstad, Sakrätt s 195 f och Rodhe, Sakrätt s 211 not 30). Att kommissionären (mot avtalat vederlag) i huvudmannens konkurs tillgodoser det skyddade anspråket och då får en fordran på provision finns inget att erinra mot.

[5] NJA II 1914 a st.

[6] Rodhe, Obligationsrätt s 737, jfr Lärobok s 305.

[7] Se Hasselrot HB VII s 1458 ff, densamme, Sysslomannaskap s 84 ff, Rodhe a st:n, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 156, Tiberg, Mellanmansrätt s 29 och Hellner II s 188 och 256.

Regeln om automatiskt upphörande antas bl a gälla för *mäklaravtal*, i vart fall om avtalet avser fastighet.[8] Det innebär givetvis inte, lika lite som vid kommission, att mäklarens rätt till provision (för det fall hans anvisning leder till avtal) faller bort om huvudmannens konkurs inträffar *efter* det att mäklaren fullgjort sitt arbete och avtalet alltså i princip är avvecklat. Detta gällde för återkallelserättens verkan mellan de ursprungliga parterna och bör gälla även vid huvudmannens konkurs.[9] En annan fråga är om provisionskravet är en konkurs- eller en massafordran när boet utnyttjar mäklarens anvisning:

NJA 1981 s 801. Ett industriaktiebolag hade uppdragit åt en mäklare att sälja en fastighet mot 3 % provision på försäljningssumman. Efter att köpare anvisats gick bolaget i konkurs, varvid konkursboet slutförde pågående förhandlingar och sålde fastigheten till den anvisade köparen. Mäklaren krävde ut provisionen som massafordran, vilket boet bestred i första hand på den grunden, att avtalet (och tydligen då också provisionskravet) upphört, i andra hand därför att fordringen endast var en konkursfordran som förelåg som villkorad redan före konkursen. – *TR:n* menade att mäklaren inte hade rätt till ersättning mot boet, eftersom mäklaravtalet upphört genom konkursen. Konkursförvaltarens påtagliga och berättigade intresse av att efter eget gottfinnande kunna ordna boets ekonomiska angelägenheter (jfr Rodhes formuleringi), och avsaknaden av rättsligt stöd för mäklaravtals fortbestånd vid konkurs, anfördes som skäl. (Om TR:n ansåg att provisionsfordringen kunde göras gällande som en konkursfordran är oklart.) – *HovR:n* framhöll däremot att den omständigheten, att begagnandet av en anvisning kan leda till provisionsanspråk, innebar en så obetydlig inskränkning i konkursförvaltarens fria handhavande av förvaltningen, att det inte förelåg tillräckliga skäl för att utan direkt lagstöd anse mäklaravtal förfallet vid uppdragsgivarens konkurs. Avtalet kunde således göras gällande mot "konkursboet". Mäklaren hade rätt till provision på grund av försäljningen. Men även om provisionsfordringen blivit ovillkorlig först genom boets försäljning, förelåg den väsentliga grunden redan före konkursen då anvisningen lämnades. Fordringen hade m a o uppkommit före konkursen och utgjorde "således" inte en massafordran. En domare var *skiljaktig* och anförde att fordringen visserligen ytterst grundades före konkursen då mäklaren fullgjort sitt uppdrag. Boets försäljning var dock en avgörande förutsättning för fordringens uppkomst och utgjorde därför den väsentliga grunden för uppkomsten. Då fordringen inte uppkommit före konkursen ansågs den heller inte kunna göras gällande däri. Boet skulle "därför" utge provisionen. – *HD* skrev att mäklaren före konkursen fullgjort allt vad som ålåg honom och att återstående förutsättning för rätten till provision endast var att fastigheten blev såld till anvisad köpare. I detta läge kunde inte uppsägning ske med verkan att provisionsrätten gick förlorad. Och konkursen kunde inte heller medföra denna effekt. Men även om ovissheten om mäklaren skulle bli berättigad att uppbära provision eller inte undanröjdes först efter konkursbeslutet, var provisionsfordringen enligt HD "i sådan väsentlig mån grundad på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade mäklarbolagets tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktären av massafordran."[10] En domare

[8] Se SOU 1981:102 s 91 och Tiberg a a s 104.

[9] Jfr dock den smärre begreppsförvirring som på denna punkt förelåg i det nedan refererade rättsfallet NJA 1981 s 801. – Ang mäklares rätt till provision, se 15 och 16 §§ lagen (1984:81) om fastighetsmäklare (FML) och SOU 1981:102 s 127 ff, jfr Tiberg a a s 102 ff och Hellner II s 179 f.

[10] Ref s 806.

(JustR Höglund) var skiljaktig i sak och ansåg att provisionsanspråket uppkom först genom boets försäljning till den anvisade köparen som en direkt följd av förvaltarens åtgärder. Mäklaren skulle således inte ha kunnat bevaka någon fordran mot gäldenären, utan fordringen måste ses som en massafordran mot boet. En sådan lösning kunde enligt Höglund synas innebära en oskälig förmån för mäklaren i förhållande till övriga borgenärer, då provisionen förtjänats genom arbete före konkursen och det kan bero på slumpen att försäljning sker först efter konkursbeslutet. Och boet kunde ju inte häva mäklarens rätt till provision om det ville fullfölja de förhandlingar om försäljningen som påbörjats före konkursen. Å andra sidan kunde boet fritt hindra att provisionsrätten uppkom genom att underlåta att sälja till den anvisade köparen. För mäklaren innebar konkursen enligt Höglund "en ny risk" för att försäljningen skulle utebli och därmed även provisionen.

Enligt min mening är utgången i rättsfallet helt riktig.[11] Däremot anser jag att de skäl som åberopas till stöd för den, men även och kanske framför allt de skäl som anförs för motsatt lösning, till stora delar är irrelevanta. Liksom i (det i kap VII analyserade) rättsfallet NJA 1966 s 241 menar jag, att domstolarna på ett olyckligt sätt allmänt bedömer när borgenärens fordran ska anses ha uppkommit vid gäldenärens konkurs, när det för ett meningsfullt ställningstagande krävs en uppdelning mellan (1) frågan om gränsen mellan konkursfordringar och fordringar som inte kan göras gällande i konkursen och (2) frågan om gränsen mellan konkursfordringar och massafordringar.[12]

Det är *den förstnämnda* gränsdragningen som ska bedömas direkt enligt 5:1 KL (gamla 100 §) KL: fordringen måste ha uppkommit före konkursen, annars får den inte göras gällande. Därvid anses räcka att den väsentliga grunden för fordringen förelåg vid konkursutbrottet. Provisionsfordringen i 1981 års rättsfall grundades på avtal och slutfört arbete före konkursen. Den var endast suspensivt villkorad av att försäljning till anvisad köpare kom till stånd. Att suspensivt villkorliga fordringar kan göras gällande i konkursen står utom all diskussion. Det framgår uttryckligen av 5:1 2 st och 5:10 (gamla 136 §) KL. Vidare anses 5:1 KL utgöra ett komplement till regeln i 3:1 KL (20 §), om gäldenärens rådighetsförlust till egendom som ingår i boet. Anspråk som grundas på åtgärder som gäldenären vidtar i strid med 3:1 KL ska således inte få göras gällande i konkursen (med undantag för godtrosfall enligt 3:2) enligt 5:1 KL.[13] I mäklarrättsfallet förelåg ingen risk för att gäldenären själv (eller mäklaren, jfr ett av skälen för 47 § KommL) skulle komma åt egen-

[11] Så även Håstad, Sakrätt s 317 och Lindskog s 170, däremot inte Walin, Materiell konkursrätt s 24 not 4 ("utgången svårförståelig och mindre rimlig"). Jfr utan kommentarer även Hessler i SvJT 1983 s 201, Gregow i SvJT 1984 s 304 samt Tiberg a a s 104.

[12] Den andra frågan uttrycks möjligen bättre om den formuleras som en fråga, om när en konkursfordran *övergår till att bli* en massafordran. – En tredje fråga är gränsen mellan fordringar som inte kan göras gällande i konkursen och massafordringar, men denna fråga torde sällan vålla problem.

[13] Se Welamson, Konkursrätt s 441 f, densamme, Konkurs s 116 f och Håstad, Sakrätt s 313 f.

domen i strid med 3:1 KL. Sammantaget fanns det alltså ingen som helst anledning till varför mäklaren inte skulle få bevaka en konkursfordran på provision, villkorad av att försäljning till den anvisade köparen kom till stånd. (Hade försäljning inte kommit till stånd då utdelning skulle företas, skulle avsättning fått ske enligt 5:10 KL om det inte framstått som osannolikt att den anvisade försäljningen alls skulle bli av.) De i HovR:n och HD skiljaktiga domarnas motsatta åsikt på denna punkt är således svårförståelig.

Den andra gränsdragningen, alltså den mellan konkurs- och massafordran som var aktuell i NJA 1981 s 801, bör sedan avgöras helt oberoende av den första. Här gäller det att bedöma om det från sak- och konkursrättsliga utgångspunkter är motiverat att borgenären får ett massaanspråk mot boet, alldeles oavsett om anspråket i 5:1 KL:s mening kan anses ha uppkommit före konkursen eller inte.[14] Då mäklaren i 1981 års fall helt fullgjort sin prestation före konkursen, fanns det till en början aldrig anledning att fråga sig om konkursboet inträtt i avtalet i egentlig mening. Ett sådant (konkludent) inträde kommer endast ifråga om prestationerna inte på någondera sidan är fullständigt fullgjorda vid konkursutbrottet och boet därmed kan få något vederlag som motprestation för massaansvaret.[15] En sådan bedömning hade kunnat ske om mäklaren inte anvisat köpare före huvudmannens konkurs. Hade anvisning då skett till boet borde 41 § KöpL (jfr 37 § KommL) kunnat tillämpas analogt på så sätt, att mäklaren fått en villkorlig massafordran på provision som blivit ovillkorlig då boet valde att utnyttja anvisningen. Även frågan om avtalet upphört genom konkursen hade då fått substans motsvarande en innehållanderätt. Nu hade emellertid mäklaren som sagt fullgjort sin prestation före konkursen. Det blev då fråga om ren tillämpning av vanliga sakrättsliga regler. Och då mäklaren inte sett till att säkra sin villkorliga provisionsfordran med pant, borgen, företagsinteckning, kvittningsläge etc (och återtagandeförbehåll här inte kommer ifråga), saknades anledning att inte bedöma provisionsanspråket som vilken annan oprioriterad fordran som helst.[16]

Vad har det då för betydelse att redan huvudmannen/gäldenären själv utan några som helst rättsliga påföljder fritt kunde underlåta att sälja fastigheten till just den anvisade köparen?

[14] Jfr Håstad a a s 314 och Walin, Materiell konkursrätt s 24 not 4 första st mot slutet.

[15] Jfr det helt analoga danska mäklarfallet *UfR 1978.781*, där mäklaren inte heller fick en massafordran på provision, bl a därför att regeln om konkursboets rätt att inträda i ömsesidigt förpliktande avtal inte ansågs tillämplig då mäklaren anvisat köpare redan före den kritiska tidpunkten. Se om fallet Munch s 359 och Lindskog s 170.

[16] Jfr Håstad, Sakrätt s 317 som jämställer det hela med läget då en säljare levererat en vara på kredit (utan förbehåll måste väl tilläggas) och Lindskog s 170 där det bl a sägs anvisningen skedde på kredit utan att någon separationsrätt fanns.

Anta att avtalet i stället inneburit att huvudmannen varit skyldig att sälja till anvisad köpare när mäklaren väl fullgjort sitt arbete.[17] Mäklaren skulle då alltid haft ett krav på provision (eller motsvarande skadestånd), alltså även om huvudmannen inte fullföljde den anvisade försäljningen.[18] Boet skulle emellertid lika lite som i NJA 1981 s 801 därmed varit skyldigt att följa anvisningen. En annan sak är att boets vägran då utan vidare gett mäklaren rätt att göra gällande en konkursfordran på ersättning, trots att hans anvisning inte följts.

Det sagda visar att omständigheten, att skyldigheten som sådan att utge provision uppstår först efter konkursutbrottet, saknar betydelse för frågan om gränsen mellan konkurs- och massafordran. Att borgenären inte ens har en fordran på konkursgäldenären om inte villkoret uppfylls, kan m a o inte utgöra ett argument för att boet ska bli massaansvarigt om det uppfyller villkoret. Att fordringen *över huvud taget* kan sägas uppkomma först under konkursen (jfr Höglunds resonemang) bör alltså göra varken från eller till för besvarande av frågan om uppkomsten av massaansvar för boet. Man kan också säga att frågan om borgenärens konkursfordran är villkorlig eller ovillkorlig saknar all betydelse för frågan om en massafordran uppkommit.

Det som här sagts i anslutning till NJA 1981 s 801 ska som antytts inte i första hand ses som en kritik mot just HD-majoritetens skäl. Möjligen kan sägas att det varit värdefullt med några fler argument i den egentliga tvistefrågan än framhållandet av att "enbart den omständigheten", att boet utnyttjade mäklarens anvisning inte gör fordringen till en massafordran då uppdragit fullgjorts före konkursen.

Till sist vill jag framhålla att NJA 1981 s 801 på ett avgörande sätt skiljer sig från förlagsmålet NJA 1966 s 241 därigenom, att mäklaren definitivt och förbehållslöst *överlåtit* sitt arbetsresultat (jfr entreprenad) till sin motpart, medan författarna i 1966 års fall endast *upplåtit* nyttjanderätt och därmed kan sägas inte helt ha fullgjort sin prestation.[19]

3.2 Sysslomannens konkurs

Som en bakgrund till reglerna om konkursens verkan på *kommissionsavtalet* som sådant, bör även här några "kringliggande" regler till den solvente partens – här huvudmannens – skydd nämnas. Viktigast bland dessa är väl reglerna i 53 § KommL, om att kommissionären aldrig för-

[17] Jfr betr s k ensamrättsuppdrag: 15 § 3 st FML och SOU 1981:102 s 157.

[18] Jfr Lindskog s 170: mäklaren hade ingen *separationsrätt* som innebar att han kunde blockera försäljningen till den anvisade köparen.

[19] Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 164 f ang negativa förpliktelser.

värvar äganderätt till varor som huvudmannen lämnat honom till försäljning eller till varor som inköpts från tredje man. Huvudmannen har alltså alltid anspråk på separationsrätt till varor hos kommissionären, i den mån tredje man inte i egenskap av köpare eller säljare uppnått resp bevarat sakrättsligt skydd till egendomen.[20] Kommissionärens plikt att hålla mottagna varor avskilda (10 §) stärker värdet av huvudmannens anspråk på separation, som ju i enlighet med specialitetsprincipen inte kan få framgång om huvudmannens egendom sammanblandats med kommissionärens egen. Huvudmannen är vidare skyddad därigenom, att han vid kommissionärens konkurs med förbigående av konkursboet alltid direkt kan kräva tredje man, 57 § KommL. Man kan alltså säga att huvudmannen har separationsrätt också till kundfordringarna i kommissionärens konkurs, jfr 7:23 KL.[21] Mellanmannens konkurs ger däremot inte tredje man rätt att rikta fordringsanspråk mot huvudmannen, 56 § KommL. Kommissionären är redovisningsskyldig för pengar som han handhar i uppdraget. Ofta är han även skyldig att hålla medlen avskilda.[22] Lagen om redovisningsmedel stärker huvudmannens skydd till medel genom att under vissa förutsättningar ge honom separationsrätt även om sammanblandning skett. Enligt 60 § 2 st KommL ska också tredje mans betalning till kommissionärens konkursbo av förvaltaren redovisas till huvudmannen, jfr 7:23 KL.

Av 47 § KommL framgår nu att kommissionärens uppdrag utan vidare ska anses förfallet då han går i konkurs. Huvudmannen har sedan som konkursfordran rätt till ersättning för förlust enligt 51 § 3 st 2 p. Kommissionärens konkursbo har däremot inte (i motsats till kommissionären då avtalet upphör i andra fall) rätt till ersättning för förlorade investeringar, se 52 § 2 st 1 p.

I motiven ges en rad olika skäl för förfalloregeln.[23] *För det första* sägs konkursen särskilt vid handelskommission avsevärt försvåra kommissionärens utövande av sitt uppdrag: tredje man anges inte vara villig att ingå avtal med en person som är i konkurs, åtminstone inte om inte omedelbar fullgörelse sker. *För det andra* framhålls risken för huvudmannen att kommissionären sammanblandar varor eller pengar med boets övriga tillgångar. Tankegången synes vara att sådan huvudmannens egendom, som kommissionären erhåller för nya affärer under konkursen, på grund av konkursen löper ökad risk att sammanblandas med kommissionärens

[20] Se NJA II 1914 s 272 ff och, för ingående diskussion av huvudmannens contra tredje mans separationsanspråk, Håstad, Sakrätt s 194 f med noter och hänv.

[21] Fordringar på tredje man kan inte heller utmätas för kommissionärens skulder (om inte kommissionären har panträtt i fordringen), 61 § KommL.

[22] Se t ex SOU 1984:85 s 60 f.

[23] Se NJA II 1914 s 262 ff. Jfr även Rodhe, Obligationsrätt s 737 f, SOU 1970:75 s 231 f, Hellner, Verkan av insolvens s 257 f och densamme II s 256.

konkursdrabbade förmögenhet. Argumentet verkar inte särskilt övertygande. Hur som helst ansågs de båda nu anförda skälen gott och väl duga för att motivera en särskild återkallelserätt för huvudmannen vid kommissionärens konkurs. Men en återkallelserätt ansågs inte tillräcklig. Till stöd för en förfallolösning anfördes därför, *för det tredje*, att det kan dröja någon tid innan huvudmannen får kännedom om konkursen och får tillfälle att återkalla uppdraget. Därför uppställdes samma regel som vid huvudmannens konkurs. Möjligen utgjorde enhetligheten redan i sig ett outtalat skäl härför.[24]

De hittills refererade argumenten avser uppenbarligen i första hand att avvisa konkursgäldenärens/kommissionärens *egna* eventuella anspråk på att få fullfölja uppdraget. Till stöd för upphöranderegeln fastslog utredningen emellertid härefter utan vidare, *för det fjärde*, att konkursboet inte mot huvudmannens vilja har rätt att överta uppdraget och inte heller utnyttja kommissionärens rätt till självinträde:[25]

> "Lika litet som kommissionären, när /huvudmannen/ gjort konkurs, kan tvingas handhava uppdraget för hans konkursbo, bör i här förutsatta fall kommissionärens konkursbo kunna tilltvinga sig att få handhava detsamma."

Däremot framhölls att konkursförvaltningen torde ha både rätt och plikt att enligt 48 § KommL vidta nödvändiga åtgärder för att skydda huvudmannen mot förlust. Boet sas vara massaansvarigt att vidta sådana åtgärder, jfr 17 § KommL. Liksom för kommissionären själv gäller denna skyldighet endast i den mån åtgärderna kan vidtas utan väsentlig kostnad eller olägenhet, varvid enligt motiven till 48 § hänsyn "naturligtvis" ska tas till om de varor som finns hos kommissionären utgör tillräcklig säkerhet för kostnaderna.[26]

Några egentliga sakskäl mot en inträdesrätt för konkursboet framgår inte av det hittills sagda. Lagrådet menade dock att det var klart att "konkursboet icke kan inträda i det på förtroende till kommissionärens person grundade förhållandet mellan honom och /huvudmannen/."[27] Att *kommissionärsavtalet bygger på ett personligt förtroendeförhållande* mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren skulle således vara orsaken till avsaknaden av inträdesrätt för den senares konkursbo.

Betr kommissionärens död uttalar motiven däremot, något inkonsekvent, att uppdraget inte alltid upphör. Visserligen skulle detta normalt gälla vid civil kommission och över huvud taget "när sakkunskap eller andra personliga egenskaper hos kommissionären kunna antagas hava varit för /huvudmannen/ bestämmande vid valet av kommissionär. Men vid vanlig handelskommission är det ofta mera till firman än till

[24] Jfr Hellner, Verkan av insolvens s 258.
[25] NJA II 1914 s 263.
[26] A a s 265 f.
[27] A a s 263.

firmainnehavaren som hänsyn tages, och merkantil uppfattning går därför snarast i den riktningen, att kommissionsförhållandet äger bestånd, om rörelsen fortsättes av den avlidnes arvingar."[28] Resonemanget är såvitt jag förstår lika träffande vid kommissionärens konkurs, men där ger alltså 47 § KommL en regel om omedelbart upphörande.

Enligt hänvisning i 76 och 87 §§ KommL upphör även *handelsagentens* och *handelsresandens* uppdrag vid dennes konkurs.[29] (Även övriga regler i samband med upphörandet gäller.) Lagrådet ansåg visserligen att det i dessa fall var mer ändamålsenligt med en uppsägningsrätt för huvudmannen och att det då i enkelhetens intresse inte mötte något hinder att ha samma regel vid kommissionärens konkurs. Depchefen avvisade dock en sådan ordning.[30] För kommissionsfallet sas inte mera än att det är fördelaktigare för huvudmannen om han slipper att företa en särskild återkallelse, varvid erinrades om att tredje man enligt 55 § KommL (i ursprunglig lydelse) aldrig kunde åberopa god tro om kommissionärens konkurs. Se däremot dagens 55 § 2 st 2 p KommL, som via 3:2 KL ger tredje man ett visst godtrosskydd.

För *sysslomansavtal utanför KommL:s område* är rättsläget något ovisst. I den äldre litteraturen menade Hasselrot att sysslomannens konkurs inte medför automatiskt upphörande av avtalet, om det inte var fråga om ett uppdrag som berör huvudmannens ekonomi och som inte kan utföras av en person i konkurs, t ex inkasseringsuppdrag. I övrigt hävdades att konkursen borde ge huvudmannen rätt att genom återkallelse häva avtalet. Det skulle nämligen strida mot avtalets naturliga förutsättningar att en syssloman skulle ha anspråk på att få fortsätta uppdraget efter att hans "personliga förhållanden" förändrats på grund av konkursen. Eftersom det inte syntes möjligt att ha olika regler får de båda angivna fallen, då gränserna mellan kategorierna är flytande, förespråkade dock Hasselrot generellt hävningsrättsalternativet.[31] Hasselrots diskussion avser uppenbarligen endast gäldenärens *eget* anspråk på att få fullfölja uppdraget, inte konkursboets.

Även senare har antagits att lösningen med ett automatiskt upphörande inte torde gälla utanför KommL:s område, i vart fall inte för andra än rent ekonomiska uppdrag.[32] Även för uppdrag som faller under KommL har Hellner skrivit, att en uppsägningsrätt för huvudmannen kunde tyckas bättre motsvara intresseläget.[33] Beträffande mäklaravtal har dock,

28 A st.

29 Se även 93 § KommL för s k platsförsäljare.

30 Se närmare NJA II 1914 s 263–265.

31 Hasselrot HB VII s 1462 f och densamme, Sysslomannaskap s 90.

32 Se Rodhe, Obligationsrätt s 737 f, jfr möjligen även Lärobok s 305, Bengtsson, Särskilda avtalstyper s 156, Tiberg, Mellanmansrätt s 29 och Hellner II s 188 och 256.

33 Hellner, Verkan av insolvens s 258.

visserligen med tvekan, antagits att uppdraget förfaller vid mäklarens konkurs.[34] Numera kan väl 5 § 1 st 1 p och 6 § FML, om att mäklaren inte kan erhålla registrering hos LSt (resp registreringen återkallas) om han är i konkurs, åberopas som stöd i varje fall för en återkallelserätt.

3.3 Kommissionslagskommitténs förslag

Som kanske framgått har regeln om avtalets automatiska upphörande vid kommissionsparternas och andra uppdragsavtalsparters konkurser långt ifrån ansetts självklar och är heller inte vedertagen. Särskild vid sysslomannens konkurs har en uppsägnings- eller återkallelserätt för huvudmannen synts lämpligare. Däremot har egentligen inte någon i litteraturen pläderat för en rätt för konkursborgenärerna att ta över uppdraget och således även beskära den uppsägningsrätt som i och för sig kan antas vara befogad med hänsyn till konkursens verkningar för kommissionären/sysslomannen själv. Detta kan bero på att någon klar distinktion mellan vad Hellner benämnt personliga uppdrag och företagsuppdrag inte gjorts,[35] och därmed inte heller mellan de fall där det föreligger ett påtagligt personligt förtroendeförhållande mellan parterna och andra fall. En del av de äldre resonemangen, bl a de som förs i KommL:s motiv (jfr dock samma motivs framsynta diskussion om verkningarna av kommissionärens död), förefaller utgå från att huvudmannen och hans uppdragstagare är fysiska personer som rent faktiskt kan fortsätta att verka även om de går i konkurs. Att bedömningen blir en annan då parterna är företag bör vara klart. Det är också framför allt i dessa fall som konkursboets affärsmässiga intresse av ett bevarat uppdragsförhållande aktualiseras. Här är det idag knappast hållbart att utan vidare och generellt avvisa en rätt för boet att inträda och överta fullgörelsen av avtalet.

I kommissionslagskommitténs delbetänkande Handelsagentur och kommission (SOU 1984:85) har, vad jag förstår, liknande överväganden styrt utformningen av förslagets regler för parternas konkurser. Innan dessa presenteras bör framhållas, att kommissionslagen i förslaget omarbetats och förenklats så att handelsagenturavtalen, på grund av deras i praktiken dominerande ställning, satts i förgrunden och att kommissionsreglerna (för i första hand varaktiga uppdrag) i huvudsak framgår genom hänvisningar till agentreglerna.[36] Reglerna om rättsförhållandet mot

[34] Se SOU 1981:102 s 91 och Tiberg, Mellanmansrätt s 104.

[35] Se Hellner II s 175 f.

[36] Självständiga handelsresande och platsförsäljare har inordnats bland handelsagenterna medan anställda dylika uteslutande ska regleras av arbetsrättsliga regler, se SOU 1984:85 s 85 f.

tredje man (nuvarande 53–64 §§) behandlas i ett andra betänkande som inom kort ska framläggas.

I förslagets 27 § står följande.[37] (Genom hänvisning i 47 § ska samma regler gälla för varaktiga kommissionsavtal.)

> En part får häva ett agenturavtal om medkontrahenten inte uppfyllt sina avtalsenliga förpliktelser och detta förhållande är av väsentlig betydelse för honom.
>
> Vardera parten får frånträda agenturavtalet i förtid om vägande skäl påkallar detta. Med vägande skäl avses att förutsättningarna för avtalets fullgörande i det särskilda fallet väsentligt rubbats till följd av omständighet såsom sjukdom, konkurs, nedläggning eller annan genomgripande förändring av verksamheten, införsel- eller utförselförbud eller annat ingripande av myndighet.
>
> Hävning eller frånträdande i förtid skall ske utan oskäligt uppehåll sedan parten måste antas ha fått kännedom om det som åberopas. Gör parten inte detta förlorar han sin rätt att häva eller frånträda i förtid.

Av motiven framgår att frånträdande ska ha omedelbar verkan. I 28 § 2 st 2 p stadgas att part som frånträtt avtalet vid den andra partens konkurs har rätt till ersättning för sin förlust. För agenten/kommissionären är rätten tvingande, 28 § 3 st. 31 § motsvarar dagens 48 § KommL om plikt för sysslomannen att vidta åtgärder för att skydda huvudmannen från förlust.

Rätten att frånträda avtalet på grund av motpartens konkurs har alltså inlemmats bland reglerna om rätt att frånträda "på grund av vägande skäl". Konkurs är därmed inte redan i sig frånträdandegrund, utan det måste tydligen bedömas om konkursen i det enskilda fallet väsentligt rubbat förutsättningarna för avtalets fullgörande. I specialmotiven framhålls det här:[38]

> "Frågan gäller i vilken utsträckning inträffad konkurs ger medkontrahenten rätt att frånträda avtalet i förtid eller vilken rätt konkursboet har att fortsätta avtalsförhållandet genom att inträda i detta. Vid avtal i allmänhet är konkursboet aldrig förpliktat att inträda i gäldenärens avtal, men har trots detta ofta en tvingande rätt att inträda. Ett undantag från denna tvingande rätt att inträda är de fall där avtalet är grundat på ett personligt förtroendeförhållande. Agenturavtal bygger i regel på ett personligt förtroendeförhållande. Detta får till följd att inträdesrätt oftast inte föreligger vid agenturavtal. Man bör dock inte förhindra inträdesrätt vid avtal som inte bygger på ett personligt förtroendeförhållande. Medkontrahentens rätt att förhindra konkursboets inträde får bedömas i enlighet med regeln om rätt att frånträda på grund av vägande skäl."[39]

[37] SOU 1984:85 s 16 f.

[38] A bet s 143.

[39] Jfr franchiseutredningens likartade skrivning i motiven till förslaget till franchisinglag (SOU 1987:17 s 216, jfr 63 f ang förekomsten av avtalsvillkor om hävningsrätt vid franchisetagarens konkurs): "Ett annat typfall då franchisegivaren i regel bör ha rätt att säga upp franchiseavtalet med omedelbar verkan är i fall av franchisetagarens konkurs. Vid avtal i allmänhet är konkursboet aldrig förpliktat att inträda i gäldenärens avtal, men har trots detta ofta en tvingande rätt att inträda. Ett undantag från denna tvingande rätt att inträda är de fall där avtalet är grundat på ett personligt förtroendeförhållande. Franchiseavtalet bygger i regel på ett sådant förhållande. Detta får till följd att inträdesrätt oftast inte föreligger vid franchiseavtal." Uppsägningsrätten vid konkurs inordnas även här under

Enligt min mening är förslagets reglering på denna punkt förnuftig och ändamålsenlig, låt vara att det kan diskuteras om reglerna för båda parternas konkurser utan närmare överväganden bör ges exakt samma utformning. Särskilt kan väl inträdesrätt ifrågasättas vid huvudmannens konkurs, men regeln ger ju å andra sidan utrymme för flexibilitet. Möjligen bör det i lagtexten än tydligare markeras, att konkurs och annan där uppräknad omständighet inte utan vidare ger rätt till fränträdande, utan att en konkret bedömning ska göras också dessa fall.

uppsägningsgrunden "vägande skäl". Utredningen torde anse att motsvarande regel bör gälla vid franchisegivarens konkurs, se a bet s 172.

4 Försäkringsavtal

4.1 Försäkringstagarens konkurs[1]

Enligt 28 § försäkringsavtalslagen (FAL) får försäkringsbolaget[2] inte åberopa förbehåll som säger att försäkringen ska upphöra vid försäkringstagarens konkurs eller obestånd. För skadeförsäkring gäller ett undantag. Här kan försäkringsbolaget förbehålla sig uppsägningsrätt med 14 dagars uppsägningstid.

I motiven sägs att förbehåll om upphörande vid försäkringstagarens konkurs kan leda till obilliga resultat men att detta inte motiverar att sådana villkor helt underkänns vid skadeförsäkring.[3] Visserligen kan försäkringsbolaget alltid säga upp avtalet vid bristande premiebetalning, men om premien ska betalas i efterskott kunde det vara av vikt för bolaget, att inte behöva invänta förfallodagen utan i stället få fränträda i förtid. För vissa avtal, t ex om avbrottsförsäkring, ansågs konkursen även kunna utgöra en rubbning i de förhållanden på vilka avtalet byggt.

28 § FAL ger inga "nya" befogenheter på grund av konkursen. Avtalet löper vidare som tidigare om ett tillåtet förbehåll inte görs gällande. Konkursboet torde inte utan uttryckligt åtagande bli massaansvarigt för premiebetalningen men får givetvis tåla att försäkringsbolaget säger upp avtalet vid dröjsmål enligt vanliga regler. I litteraturen har Hult redan på 30-talet framhållit att det är mycket ovanligt att premien erläggs i efterskott, men att uppsägning med 14 dagars uppsägningstid ändå generellt godtas vid skadeförsäkring. Förklaringen till detta sägs vara att 28 § 2 p inte i första hand är motiverad av hänsyn till försäkringsbolagets intresse av att slippa ifrån ansvar när det osäkert att premien kommer att erhållas, utan främst av att obeståndet ökar risken för att försäkringsfall kommer att inträffa.[4]

[1] Betr tysk rätt kan här hänvisas till Kohler-Gehrig, Der Versicherungsvertrag im Konkurs des Versicherungsnehmers (1983).

[2] Termen "försäkringsbolag" används här i stället för FAL:s "försäkringsgivare", jfr att endast försäkringsaktiebolag (med visst undantag) får bedriva försäkringsrörelse, se 1 § lagen (1982:713) om försäkringsrörelse, och att termen försäkringsbolag används i konsumentförsäkringslagen (1980:38).

[3] NJA II 1927 s 404 f.

[4] Hult, Föreläsningar s 208 f, jfr Hellner, Verkan av insolvens s 259.

Enligt min mening kan undantagsregeln för skadeförsäkring starkt ifrågasättas. Vid företagsförsäkring avseende t ex brand, olyckor, inbrott eller avbrott i driften på grund exempelvis av tekniska fel i maskiner (exempelvis om ett restaurang- eller livsmedelsföretags frysdiskar stannar), saknas anledning till varför inte konkursboet bör få inträda och överta försäkringen. Detsamma kan sägas om ett gäldenärsföretags transportförsäkringar. Försäkringstagarens konkurs innebär här knappast någon skillnad vad gäller risken för att försäkringsfall kommer att inträffa. Det är t ex svårt att se på vilket sätt konkurs skulle medföra ökad fara för brand, jfr Hults argument ovan.

Härtill kan läggas att konkursförvaltaren torde vara skyldig att hålla egendomen i boet försäkrad.[5] Sägs gäldenärens försäkringar upp måste förvaltaren således teckna nya, i vart fall i den utsträckning det behövs för boavvecklingen. Jämför i sammanhanget även 54 § FAL om försäkring av tredje mans, t ex pant- eller företagshypotekshavares, intresse.

Det sagda talar närmast för att boet vid skadeförsäkring bör ges rätt att inträda enligt en nyanserad regel liknande 27 § 2 st i förslaget till ny kommissionslag. Försäkringsbolaget bör alltså ovillkorligen få häva först då boet avstår från att inträda. Även om en inträdesrätt kanske skulle sakna betydelse i många fall, torde den i vissa fall åtminstone vara av kompletterande värde.

I *konsumentförsäkringslagen* (KFL) ges inga särskilda regler om försäkringstagarens obestånd eller konkurs. Det närmaste man kommer ämnet är en regel om försäkringsbolagets förtida uppsägningsrätt vid försäkringstagarens (eller den försäkrades) grova pliktförsummelse eller vid "andra synnerliga skäl", 18 § 1 st KFL. Motiven nämner dock inget om regelns tillämpning vid obestånd eller konkurs.[6] I 3 § KFL står att försäkringsvillkor som jämfört med bestämmelserna KFL är till nackdel för försäkringstagaren (eller annan ersättningsberättigad) är utan verkan mot denne. Anta nu att gäldenären är en fysisk person och konsument med en hemförsäkring där det står att försäkringen ovillkorligen upphör vid hans konkurs. Är detta villkor giltigt enligt KFL? Gör det någon skillnad om det föreskrivs uppsägningstid på 14 dagar?

Uppenbart är väl att dessa villkor i och för sig ger försäkringsbolaget en mera långtgående rätt att häva/säga upp avtalet än vad som omedelbart följer av KFL:s regler. Men kan man verkligen säga att villkor om hävningsrätt etc vid konkurs är till nackdel för konsumenten jämfört med bestämmelserna i KFL, när denna lag inte direkt reglerar konkursfrågorna?

[5] Jfr 7:12 KL, Welamson, Konkursrätt s 364, densamme, Konkurs, 7 uppl s 118, Konkurs & Ackord s 103.

[6] Se NJA II 1980 s 95 ff.

Av 1 § 3 st FAL framgår nu vidare, att FAL inte är tillämplig på försäkringar som avses i KFL, dvs bl a hemförsäkring till konsument. Innebär detta att den tvingande 28 § 2 p FAL, om att villkor om uppsägning vid konkurs är giltigt endast om uppsägningstid på 14 dagar avtalats, helt saknar betydelse? Är regleringen verkligen så bakvänd att villkor om omedelbart upphörande vid konkurs är giltiga i konsumentförhållanden men inte i andra fall, eftersom FAL inte är tillämplig och KFL inte reglerar konkursfrågor?

I motiven till ändringarna i 1 § 3 st FAL till följd av KFL ges svar på frågorna.[7] Där sägs att 1 § 3 st FAL inte hindrar att FAL kan få indirekt betydelse även i fall som i princip ska bedömas uteslutande enligt KFL:[8]

> "Sålunda kan tvingande bestämmelser i lagen, som saknar motsvarighet i konsumentförsäkringslagen, ge anledning till ingripande från försäkringsinspektionen mot försäkringsvillkor som står i strid mot bestämmelserna. En sådan bestämmelse är 28 § försäkringsavtalslagen, som rör förbehåll om att försäkringen skall upphöra om försäkringstagaren försätts i konkurs eller annars kommer på obestånd. Saknas i en fråga bestämmelser både i konsumentförsäkringslagen och i försäkringsvillkoren är det vidare inte uteslutet att en föreskrift i försäkringsavtalslagen kan tillämpas analogt eller i varje fall tillmätas betydelse vid en skönsmässig bedömning."

Lagrådet höll med om uttalandet om analog tillämpning.[9] Ett villkor om att hemförsäkringen omedelbart ska upphöra vid försäkringstagarens/konsumentens insolvens eller konkurs skulle alltså kunna föranleda ingripande av försäkringsinspektionen, även om 1 § 3 st FAL klart anger att 28 § 2 p FAL inte är tillämplig. Är inget avtalat om konkursen verkan på avtalet torde analogt av 28 § FAL indirekt följa, att försäkringsbolaget inte har någon uppsägningsrätt. Och ett hävningsförbehåll motsvarande 28 § 2 p FAL torde i vart fall som utgångspunkt vara giltigt även vid konsumentavtal. Sammantaget får sägas att 1 § 3 st FAL och 3 § (och 4 § e contrario) KFL i dessa fall ger något missvisande besked. FAL är ju i realiteten uppenbarligen avsedd att tjäna som utfyllande rätt såväl i lagens tvingande som i dess dispositiva delar. Detta borde då uttryckligen ha skrivits ut.

Enligt min uppfattning är det slutligen inte heller rimligt att försäkringsbolaget kan förbehålla sig uppsägningsrätt med 14 dagars uppsägningstid vid konsumentens obestånd. Försäkringsbolaget bör även i konsumentförhållanden få nöja sig med de vanliga reglerna om uppsägning vid betalningsdröjsmål. Beneficieliknande skäl kan anföras till stöd för detta, jfr 5:1 5 p och 6 p UB om beneficium för hyresrätt och bostadsrätt

[7] NJA II 1980 s 150.

[8] A st.

[9] A a s 151. Jfr däremot Petrén (a st), som efterlyste en fullständig samordning mellan den nya lagen och FAL.

där gäldenären stadigvarande bor samt uppsägningsskyddet mot såväl konkursbo som hyresvärd enligt 12:31 1 st resp 12:31 3 st e contrario för bostadshyresgäst som tillträtt sin lägenhet före konkursen. Det kan väl också ifrågasättas om en normaldyr premie till hemförsäkringen inte omedelbart omfattas av gäldenärens penningbeneficium. Men redan det faktum att premien i regel betalas årsvis eller halvårsvis i förskott räcker för att avvisa en uppsägningsrätt motsvarande 28 § 2 p FAL.

4.2 Försäkringsbolagets konkurs

Vid försäkringsbolagets konkurs bör först uppmärksammas de bolagsrättsliga reglerna om bolagets upplösning och likvidationsskyldighet då konkursen avslutas utan resp med överskott, se 14:19–20 försäkringsrörelselagen (1982:713, LFR), vilka exakt motsvarar 13:19–20 ABL. Enligt 14:21 LFR kan försäkringsinspektionen vidare förordna ett allmänt ombud som medkonkursförvaltare, och enligt 14:23 LFR får inga nya försäkringar meddelas under konkursen. För ett konkursdrabbat försäkringsbolag som meddelar annan försäkring än personförsäkring för längre tid än tio år, ska försäkringsinspektionen dessutom på försäkringstagarnas vägnar utse ett ombud med uppgift att iaktta och förvalta den panträtt, som försäkringstagarna enligt 7:11 LFR har i sådana obligationer och andra värdehandlingar, vilka bolaget är skyldigt att på särskilt kvalificerat sätt hålla avskilda. Ombudet ska se till att varje försäkringstagare har panträtt i de pantsatta värdehandlingarna i förhållande till den andel i premiereserven (se 7:1 LFR) som belöper på hans fordran. Om s k särskild administration vid livförsäkring, se strax nedan.

Vid försäkringsbolagets konkurs får man i övrigt (som antytts) skilja mellan skadeförsäkring och livförsäkring. Vid *skadeförsäkring* kan försäkringstagaren säga upp avtalet med omedelbar verkan. Gör han inte det så upphör avtalet ändå att gälla tre månader efter konkursbeslutet, 26 § 1 mom FAL. Då avtalet upphör kan skadestånd göras gällande som konkursfordran, 26 § 3 mom. Inträffar försäkringsfall under konkursen innan avtalet upphört, kan ersättningsbeloppet i och för sig krävas ut men även i detta fall endast som konkursfordran, 26 § 1 mom 3 p. Också vid obestånd som inte lett till konkurs får försäkringstagaren säga upp avtalet, men där ges det insolventa försäkringsbolaget möjlighet att efter anmaning ställa betryggande säkerhet för avtalets fullgörande, 26 § 2 mom.

De beskrivna reglerna hade sin förebild i *dels* en regel om sjöförsäkring i sjölagen (240 § i ursprunglig lydelse) där det stod, att uppsägning kunde ske vid konkurs eller annan insolvens om inte betryggande säkerhet ställdes på anfordran, *dels* en regel i 1903 års försäkringsrörelselag

(60 §) som föreskrev detsamma för försäkringsaktiebolags konkurs. Möjligheten för konkursboet att avvärja uppsägning genom säkerställande avskaffades 1917. Dessutom fanns i sistnämnda lagrum en regel om automatiskt upphörande motsvarande 26 § 1 mom FAL. Tiden var där satt till ett år efter konkursen början.[10]

I motiven till 26 § FAL och dess föregångare framhålls att försäkringsbolagets insolvens och konkurs gör att den trygghet som försäkringstagaren avsett att få genom försäkringen rubbas resp bortfaller.[11] Och försäkringstagaren tvingas då i allmänhet att ta en försäkring på annat håll. Om försäkringstagaren inte utnyttjar sin uppsägningsrätt, anges å andra sidan att avvecklingen av konkursboet kan fördröjas för lång och ibland obestämd tid. Därför uppställdes regeln om automatiskt upphörande inom viss tid. Försäkringstagarens uppsägningsrätt sas vara av särskild stor betydelse om en premie ska betalas under tremånadersfristen. Vid insolvens utom konkurs ledde en avvägning mellan parternas intressen till regeln om möjlighet att avvärja uppsägning genom säkerställelse. Enligt Hult kan säkerheten t ex bestå i att ett annat och solvent försäkringsbolag garanterar det insolventa bolagets förpliktelser.[12]

Med Hellner kan konstateras att 26 § FAL bygger på antagandet, att försäkringsverksamheten snabbt (inom tre månader) ska avvecklas då ett försäkringsbolag går i konkurs.[13] Även om det i Sverige i stort sett helt saknas erfarenhet från försäkringsbolagskonkurser, bör ändå kunna sägas att antagandet verkar orealistiskt. Om ett större försäkringsbolag gör konkurs blir det väl i första hand fråga om att överlåta hela eller delar av verksamheten inklusive försäkringsstocken till andra försäkringsbolag. Försäkringstagarna bör nu visserligen ändå ha en möjlighet att omedelbart säga upp sina försäkringar, men det synes inte ändamålsenligt med en regel om att alla försäkringsavtal automatiskt upphör inom tre månader. Även om tremånadersregeln i praktiken säkerligen inte skulle åberopas av någondera sidan om en rekonstruktions- och överlåtelselösning låg inom räckhåll, bör regeln enligt min mening ändå tas bort. Rättsreglerna bör inte försvåra rekonstruktioner. För att underlätta boavvecklingen behövs knappast regler av denna typ. Boet är ändå inte massaansvarigt för försäkringsfall under tremånadersfristen. Och vill man undvika att avsevärda konkursfordringar uppkommer, bör i stället konkursboet tilläggas *uppsägningsrätt* med förslagsvis tre månaders

[10] Se härtill och för det följande NJA II 1904 s 46 f och NJA II 1927 s 399 ff. Jfr Hult, Föreläsningar s 201 f och 204 f samt Hellner, Verkan av insolvens s 258.

[11] Jfr Brækhus s 166 som ser 26 § FAL som ett utslag av en princip om insolvens som en relevant bristande förutsättning. Se även Munch s 347.

[12] A a s 204.

[13] A st.

varsel. En annan sak är att boet borde bli massaansvarigt att betala ut ersättning analogt med 41 § 2 st KöpL om premien inbetalas till boet och försäkringsfall sedan inträffar.

Konsumentförsäkringslagen innehåller inga bestämmelser om försäkringsbolagets obestånd, och 26 § FAL är inte direkt tillämplig på konsumentförsäkringar, se 1 § 3 st FAL. I motiven till sistnämnda lagrum sägs dock att bl a 26 § FAL kan tillämpas analogt om det saknas bestämmelser i försäkringsvillkoren.[14] Att försäkringsvillkoren skulle ha någon betydelse i konkursfallet är emellertid föga troligt, i vart fall om de ger konkursboet en klart sämre rättsställning än vad som följer av 26 § FAL.[15]

Jag övergår nu till att behandla försäkringsbolagets konkurs vid *livförsäkring* (och annan personförsäkring på minst fem år, se 1:5 LFR).[16] Enligt speciella regler i 14:25–28 LFR ska då en *särskild administration* inträda för att tillvarata livförsäkringstagarnas rätt, i den mån dessa har panträtt i försäkringsbolagets särskilt avskilda värdehandlingar (se 7:11 och 7:4 LFR). Administrationsboet förvaltas av försäkringsinspektionen, som för försäkringstagarnas räkning genast ska ta hand om samtliga värdehandlingar, i vilka försäkringstagarna har panträtt. Därmed övergår alla rättigheter och skyldigheter enligt försäkringsavtalen på administrationsboet. Värdehandlingarna ska sedan värderas och beloppet av de s k försäkringstekniska skulderna (främst premiereserven) beräknas. Täcker inte värdet av värdehandlingarna (dvs panten) de nämnda skulderna, kan administrationsboet göra gällande en konkursfordran på överskjutande belopp.

Försäkringsinspektionen ska härefter inleda underhandlingar med andra svenska försäkringsbolag som kan vara villiga att överta livförsäkringarna. Finner inspektionen att ett anbud kan antas ska inspektionen på visst sätt kungöra anbudet och lämna en jämförande redogörelse för övriga anbud samt förelägga försäkringstagarna att inom viss tid anmäla erinringar mot anbudet. Inspektionen ska sedan med eget utlåtande överlämna ärendet till regeringen för avgörande. Då ett godkänt regeringsbeslut registrerats upphör administrationsboets förpliktelser enligt försäkringsavtalen. Samtidigt uppkommer det övertagande försäkringsbolagets ansvar.

Har inte hela försäkringsbeståndet överlåtits inom två från konkursutbrottet, ska försäkringsinspektionen anmäla detta till regeringen, som då förordnar om fortsatt administration eller om avveckling av administrationsboet. I det senare fallet meddelar regeringen behövliga föreskrifter

[14] NJA II 1980 s 150.

[15] Jfr Eklund/Hemberg under 26 § (s 59): "Paragrafen är *icke tvingande* i vidare mån än som betingas av bestämmelsernas konkursrättsliga natur."

[16] Se till det följande NJA II 1904 s 126 ff, Hult a a s 202 f och prop 1948:50 s 380 ff.

för avveckling och fördelning. Avslutningsvis föreskrivs (i 14:28 LFR) bl a, att av de livförsäkringsbelopp som förfallit till betalning *före* konkursbeslutet ska så mycket utbetalas, som skulle ha utbetalats om konkursen inte inträffat. Av de försäkringsbelopp som förfaller *under* administrationstiden, får däremot innan administrationen avslutats endast betalas ut så mycket som försäkringsinspektionen anser kunna utbetalas utan att övriga livförsäkringstagares rätt försämras. Visar det sig efteråt att för stort belopp utbetalats ska återbetalning inte ske.

Avsikten med de nu beskrivna särreglerna är givetvis att skydda livförsäkringstagarnas rätt till långsiktigt insatta medel (premiereserven), och förhindra att konkursen leder till en upplösning av försäkringsavtal som kan vara svåra att på motsvarande villkor erhålla på annat håll. Samtliga försäkringar ska därför om möjligt överföras till ett annat solvent och i övrigt godtagbart försäkringsbolag. Det bör observeras att administrationsboet, förutom samtliga livförsäkringsavtal, endast omfattar sådan egendom som kan vara föremål för den särskilda panträtt som försäkringstagarna ges i 7:11 LFR. Försäkringsbolagets övriga egendom, såsom fastigheter och annan lösegendom, ingår på vanligt sätt i bolagets konkursbo. Man kan alltså säga att livförsäkringsbolags egendom vid konkurs delas upp i två förmögenhetsmassor, administrationsboet och konkursboet. I ett nyligen lagt betänkande har emellertid föreslagits att panträttskonstruktionen i LFR, såsom varande opraktisk och otidsenlig, ska tas bort och ersättas av allmän förmånsrätt i all försäkringsbolagets egendom med prioritet omedelbart före 10 § FRL. Det allmänna ombudet enligt 14:24 LFR resp försäkringsinspektionen enligt 14:25 LFR blir då satt att bevaka den allmänna förmånsrätten för försäkringstagarnas räkning.[17]

Till sist bör kanske sägas att det särskilda administrationsförfarandet aldrig lär ha tillämpats i praktiken. Jag har här ändå lämnat en förhållandevis utförlig redogörelse, då den särskilda administrationen utgör en ganska udda och tekniskt intressant konstruktion.[18]

[17] Se SOU 1986:8 s 13 f, 33 f och 299 ff.

[18] Också för personförsäkringar meddelade av s k understödsföreningar ges vissa särskilda lagregler, se 60 och 61 (jfr 54–56) §§ lagen (1972:262) om understödsföreningar.

5 Associationer

5.1 Medlems konkurs

Då en bolagsman i ett handelsbolag försätts i konkurs är huvudregeln enligt 2:27 HBL, att bolaget genast ska *träda i likvidation*. Härifrån görs två undantag. Enligt det första får bolagsmännen, för den händelse någon av dem skulle gå i konkurs, avtala att en bolagsman eller hans rättsinnehavare ska *utträda* ur bolaget i stället för att bolaget likvideras. Rättsinnehavaren konkursboet är dock inte bundet av avtalet om boet inte självt biträtt detta, 2:29 HBL. Avtalet hindrar alltså inte boet från att framtvinga likvidation men ger å andra sidan boet en möjlighet att utträda (och därigenom få ut det avtalade lösenbeloppet) som annars inte funnits.

Det andra undantaget står i 2:30 HBL: Konkursboet kan *uteslutas* om de övriga bolagsmännen är ense härom. Boet ska då erhålla ett lösenbelopp som kan antas motsvara vad boet skulle ha fått om bolagsskifte i stället ägt rum. Boet kan kräva säkerhet för att konkursgäldenärens ansvar för bolagets förpliktelser inte tas i anspråk i större omfattning än vad som blivit fallet om bolagsskifte ägt rum. Uteslutningsalternativet kan med giltig verkan mot boet avtalas bort av bolagsmännen före konkursen.

Via hänvisningar i 3:1 och 4:7 2 st HBL är de beskrivna reglerna för handelsbolag tillämpliga också för kommanditbolag resp enkla bolag.[1]

Skälet till att bolagsmans konkurs är likvidationsgrund är framför allt att bolagsförhållandet antas bygga på bolagsmännens personliga egenskaper och affärsskicklighet.[2] Bolagsmannens ekonomiska ställning är också av betydelse med hänsyn till det personliga ansvaret för bolagets skulder.[3] Dessutom måste konkursboet kunna frigöra bolagsmannens andel i bolagsförmögenheten.

[1] Nial anser att bolagsmans konkurs även i s k tyst bolag torde vara likvidationsgrund, se Handelsbolag s 430.

[2] Se NJA II 1980 s 452 och 473, Nial a a s 220, Rodhe, Obligationsrätt s 738 och densamme, Lärobok s 305.

[3] Argumenten är väl inte särskilt träffande vid en kommanditdelägares konkurs, jfr reglerna i 3:4, 3:6, 3:7 och 3:11 HBL men även här är alltså konkursen likvidationsgrund. Jfr Nial a a s 345 f men även NJA II 1980 s 485 med argumentation för regeln att substitutionsförbudet i 2:2 via 3:1 HBL även gäller för kommanditdelägare.

Likvidationsregeln är tvingande, liksom regeln om boets obundenhet av utträdesavtal. Den senare regeln omöjliggör enligt motiven att en bolagsman till nackdel för sitt framtida konkursbo avtalar, att han själv eller en annan bolagsman vid konkurs ska utlösas för ett belopp som understiger resp överstiger vad konkursboet erhållit om bolaget i stället likviderats.[4]

Om konkursboet i en handelsbolagsmans konkurs står kvar och deltar i likvidationen, menar Nial att boet blir massaansvarigt mot tredje man för de förpliktelser som bolaget drar på sig under likvidationen. Boet sägs inte enbart kunna dra nytta av sitt deltagande i likvidationen utan måste även svara för uppkommande förpliktelser. Detta anges vara särskilt tydligt när rörelsen fortsätts, jfr 2:33 HBL.[5] Själv instämmer jag utan vidare i Nials uttalande för det fall då boet enligt HBL:s regler verkligen kan välja mellan att delta i likvidationen och något annat alternativ, t ex då utträdesavtal enligt 2:29 HBL slutits före konkursen. Men anta att något sådant avtal inte ingåtts och uteslutningsregeln i 2:30 HBL avtalats bort. Då återstår endast likvidationsalternativet. Men å andra sidan kan boet alltid avstå från sin rätt i likvidationen och även vägra att ge sitt samtycke till vidaredrift om sådan anses alltför riskabel, se 2:31 1 st HBL. Nials slutsats är kanske därför generellt riktig.

I *aktiebolag* och *ekonomiska föreningar* är medlemmarnas personliga och ekonomiska förhållanden inte av så stor betydelse för associationen. Konkursen är därför inte likvidationsgrund.[6] För den särskilda bolagsformen *partrederi* sägs i 54 § 2 st 3 p SjöL, att rederiet på en redares begäran omedelbart ska upplösas, om en medredare är ur stånd att fullgöra sina förpliktelser som redare. Medredarens konkurs får antas göra regeln tillämplig. Enligt 55 § SjöL kan den konkursdrabbade redaren/konkursboet i stället lösas ut.

5.2 Associationens konkurs

Frågan om associationens konkurs' verkningar på associationen aktualiserar problem av ett principiellt annorlunda slag än de som den här boken behandlar. För fullständighetens skull ska här ändå lämnas en kort redogörelse för reglerna. Någon diskussion om de rättspolitiska skälen för dem går jag dock inte in på i detta sammanhang.

[4] NJA II 1980 s 473, jfr Nial a a s 280. Tilläggas kan att en bolagsman in dubio inte anses ha rätt att utträda ur bolaget, se Nial a a s 237.

[5] Nial a a s 280.

[6] Se Nial, Associationsrätt s 296.

Ett enkelt bolag är ingen juridisk person, 1:4 HBL. Bolaget kan alltså inte gå i konkurs. För handelsbolag och kommanditbolag ges regler om bolagets konkurs i 2:44 2 st (jfr 3:1) HBL: avslutas konkursen utan överskott är bolaget upplöst i och med avslutandet, dvs då tingsrätten fastställt konkursutdelningen i enlighet med utdelningsförslaget, 11:18 KL. Avslutas konkursen med överskott ska bolaget träda i likvidation. 2:44 2 st HBL är tvingande, vilket ändå inte anses hindra att bolagsmännen efter konkursen kommer överens om fortsatt verksamhet, om ett föreliggande överskott "erbjuder en lämplig grundval" för detta.[7]

Principen om att konkursens slut medför upplösning av associationen (eller utlöser likvidationsskyldighet) gäller även för aktiebolag, se 13:19–20 ABL, för ekonomiska föreningar, 11:19–20 föreningslagen, för ideella föreningar (utan lagstöd) och generellt även för andra och särskilda slag av bolag och föreningar.[8] Som exempel kan här nämnas reglerna i 14:19–20 försäkringsrörelselagen, 10:19–20 bankaktiebolagslagen (1987:618), 6:18–19 sparbankslagen (1987:619), 9:19–20 föreningsbankslagen (1987:620), 60 och 61 §§ lagen (1972:262) om understödsföreningar, 65 § bostadsrättslagen (1971:479), 16 § lagen (1975:417) om sambruksföreningar, 6 § finansbolagslagen (1980:2) och 4 § aktiefondslagen (1974:931).[9]

Reglerna i 13:19–20 ABL, som tjänat som förebild för flertalet av de nämnda lagrummen, föreskriver närmare bestämt, att om aktiebolagets konkurs avslutas utan överskott så är bolaget upplöst när konkursen avslutas. Finns överskott så ska bolagsstämman inom en månad från konkursens avslutande besluta att bolaget ska träda i likvidation. Om stämman inte fattar ett sådant beslut ska rätten enligt 13:4 ABL (på anmälan av PRV, styrelsen, styrelseledamot, VD, aktieägare, borgenär eller annan vars rätt kan vara beroende av att det finns någon företrädare för bolaget) förordna att bolaget ska träda i likvidation. Hade bolaget trätt i likvidation redan innan det försattes i konkurs, ska likvidationen fortsättas om konkursen avslutas med överskott. Under konkursen företräds bolaget/konkursgäldenären av den styrelse och VD (eller de lividatorer) som fanns då konkursen beslutades. ABL:s vanliga regler om rätt att avgå, entledigande och nytillsättning gäller dock naturligen även under

[7] Nial, Handelsbolag s 280 f (jfr 318 f) och NJA II 1980 s 485.

[8] Se härtill och för det följande t ex Nial, Associationsrätt s 297 och 299, Kedner/Roos s 270 ff, Nial i SvJT 1983 s 626 f och, för äldre rätt, Sandberg, Om bolags konkurs (1893) s 88 ff.

[9] Betr aktiefondslagen kan här även nämnas reglerna 39–45 §§, enligt vilka fondförvaltningen vid fondbolags konkurs omedelbart ska tas över av s k förvaringsbank (jfr 26–29 §§) som har att överlåta denna till annat fondbolag eller upplösa fonden. Överlåtelse kräver bankinspektionens medgivande. Reglerna liknar även i övrigt försäkringsrörelselagens bestämmelser om särskild administration.

konkursen. Härutöver ges vissa regler om underrättelse och registrering av konkursens öppnande och avslutande. Med konkursens avslutande jämställs dess nedläggning och avskrivning.

6 Rena kreditavtal, pant och borgen

6.1 Kredittagarens konkurs

De generella *norska* reglerna i 7 kap LFD är enligt motiv och doktrin inte tillämpliga på renodlade kreditavtal där gäldenären är kredittagare. En bank som gett gäldenären ett kreditlöfte anses alltså inte skyldig att uppfylla detta mot boet, även om löftet i och för sig är obligationsrättsligt bindande.[1] Och om exempelvis bankgaranti ställts för en entreprenads kontraktsenliga fullgörande, menar Brækhus att entreprenörens konkursbo inte kan kräva att garantiförhållandet ska fortsätta så att banken också tvingas garantera boet när boet träder in i entreprenadavtalet. En annan sak sägs vara att banken ofta torde vara intresserad av att boet träder in och banken därigenom undgår den förlust som kan uppkomma om arbetena avbryts. Banken kommer därför ändå ofta att medverka i en eller annan form.[2] Gäldenärens insolvens ses i dessa fall som en relevant bristande förutsättning för kreditgivarens resp borgensmannens bundenhet.

Inte heller de motsvarande *danska* reglerna antas vara tillämpliga i dylika fall. Enligt Munch är den allmänna uppfattningen att rättsförhållandets natur gör, att kredittagarens konkursbo inte kan kräva att ett vid konkursutbrottet ännu inte utbetalat lån utbetalas ens om boet ställer säkerhet.[3] Inte heller om lånet redan är utbetalt och säkrat med (icke återvinningsbar) pant är panthavaren bunden av 7 kap DKL. För det fall ett utbetalat lån är osäkrat, skriver Munch att kreditgivaren i princip är obunden av 7 kap DKL:s regler därför att han redan fullgjort sin prestation. Om åter ett osäkrat lån inte har utbetalats före konkursen, sägs kreditgivaren däremot redan ha ådragit sig den risk som följer med konkursen. Frågan om reglerna i 7 kap DKL är tillämpliga anges dock bara vara av praktisk betydelse då pant utgetts. Annars är det svårt att tänka sig att boet skulle vilja inträda i avtalet och som sådant ådra sig skyldighet att betala tillbaka lånet. Även Munchs slutsats blir då att boet inte bör kunna inträda på grund av rättsförhållandets beskaffenhet.

1 Se NOU 1972:20 s 313 hsp och Brækhus s 166.

2 Brækhus a st.

3 Se härtill och för det följande Munch s 349 f, jfr Gomard s 66.

Vad som sagts i Norge och Danmark gäller förmodligen även i Sverige. Vad först gäller ett kreditlöfte, t ex om ett penninglån, är detta helt baserat på kredittagarens förmåga att återbetala lånet. Går kredittagaren i konkurs faller förutsättningarna för löftet. Detsamma gäller då lånet redan utbetalats före konkursen och krediten vid konkursutbrottet tekniskt sett kan sägas bestå i anstånd med återbetalning. Man kan säga att kreditgivaren här har ett ränteintresse av att krediten ska avvecklas på ordinärt sätt genom återbetalning på avtalade tidpunkter, inte genom att en ställd pant måste tas i anspråk. Finns ingen pant (eller annan realsäkerhet) bör det vara än tydligare att lånet omedelbart förfaller till betalning vid kredittagarens konkurs. Har kreditens bestånd i avtal gjorts beroende av uppsägning bör detta dock gälla även vid konkurs.

Mot det nu sagda kan emellertid invändas, att 39 § KöpL talar för att kredittagarens konkursbo bör kunna rädda avtalet genom att ställa säkerhet också i här diskuterade fall. Är betryggande säkerhet ställd för hela krediten skulle boet då kunna utnyttja denna utan att säkerställa kredittagaren ytterligare. En medkontrahent i ett "vanligt" ömsesidigt förpliktande kontraktsförhållande får ju tåla att boet på detta sätt övertar fullgörelsen även då ett väsentligt kreditmoment innefattas. Särskilt svårt är det att se någon avgörande skillnad mellan ett varaktigt kreditavtal som avbetalningsköp (eller finansiell leasing) å ena sidan och ett varaktigt kreditavtal som penninglån (eller kontokredit) å den andra. Jämför att en modern kreditlagstiftning som KKrL jämställer lån och betalningsanstånd. I praktiken kan det också vara svårt att dra någon sakligt hållbar gräns mellan kontraktsrätt i traditionell mening och krediträtt. Anta t ex att gäldenärsföretaget löpande får kredit eller betalning genom kontinuerlig pantsättning (inkl säkerhetsöverlåtelse) resp omsättningsöverlåtelse av sina kundfordringar till ett factoringbolag. Eller anta att gäldenären i egenskap av hyresvärd (eller leasegivare) pantsatt eller överlåtit sina framtida hyresfordringar. Om den traditionella uppdelningen mellan kontrakts- och krediträttsliga avtal här upprätthålls, borde det leda till att konkursboet kan överta och fullfölja avtalsförhållandet med factorn i omsättningsöverlåtelsefallet jämlikt 39 och 40 §§ KöpL, medan pant-/säkerhets-/kreditfallet skulle falla utanför och avtalet förfalla. En sådan åtskillnad verkar konstlad, särskilt om man betänker att en finansiell leasetagares konkursbo anses kunna inträda i leasingavtalet. Och de finansiella momenten vid leasingkredit och factoringkredit är identiska.

Enligt min mening bör det således inte vara orimligt att anta, att konkursboet åtminstone vid löften om kortfristig kredit bör kunna inträda enligt 39 och 40 §§ KöpL:s modell. Vid långfristig kreditgivning, vilken bör vara baserad på en mera ingående och långsiktig bedömning av före-

tagets livskraft och avkastningsförmåga, synes förfallolösningen däremot mera befogad.

Kan då boet för egen del utnyttja de *borgens- eller garantilöften* som säkrar gäldenärens fullgörelse av sina förpliktelser? I Norge har detta som framgått avvisats även i de fall, där konkursboet har rätt att inträda och fullgöra den förpliktelse som löftet avser, t ex då bankgaranti ställts för en entreprenads kontraktsenliga fullgörande. Enligt min mening kan den avvisande inställningen ifrågasättas just i sådana fall.[4] Observeras bör att entreprenörens konkursbo normalt inte har rätt till s k partiellt inträde och att boet därmed måste svara för fullgörelsen fullt ut när det träder in. Det är därför svårt att se varför inte också banken bör vara skyldig att fortsätta svara i samma utsträckning som beställaren anses få tåla att boet inträder som entreprenör. Det är ju samma byggprojekt det är fråga om före och efter konkursutbrottet och i regel samma personer som utför arbetet. Och boets kontraktsansvar förutsätts som sagt vara lika omfattande som gäldenärens. Först om boet bestämmer sig för att inte inträda i entreprenaden bör borgenslöftet därför falla. Om konkursen i det enskilda fallet medför icke oväsentligt ändrade förhållanden bör dock borgensmannen generellt befrias från ansvaret. Detta är dock ingen konsekvens av konkursen som sådan.[5]

6.2 Kreditgivarens konkurs

Anta att företaget B lovat företaget A att låna ut 100 000 kr på sex månader mot viss ränta. Innan lånet utbetalats går B i konkurs. Pengarna ingår då i B:s konkursbo. A får nöja sig med att göra gällande sina anspråk som konkursfordran.[6] Det bör emellertid inte finnas något hinder mot att B:s konkursbo uppfyller kreditlöftet och betalar ut lånet, om boet härigenom anser sig få god avkastning på pengarna, jfr 40 § KöpL.

Om lånet redan har utbetalats före konkursen uppkommer frågan om boet har rätt att bryta avtalet och omedelbart återkräva hela lånesumman. Teoretiskt kan man här resonera enligt två modeller. Enligt den första ses penningutlåningen (försträckningen) som en upplåtelse av B:s egendom till A:s fria nyttjande under viss tid mot avtalat vederlag. Penningbeloppet sägs då inte ha "sålts" till A utan endast upplåtits med

[4] Jfr den näraliggande diskussionen i kap IV 4.2.1 om en byggnadsbeställares konkursbo eventuellt har inträdesrätt i ett byggnadskreditiv då boet väljer att inträda i det entreprenadförhållande som kreditivet är avsett att utnyttjas för.

[5] Ang gäldenärsbyte vid borgen i allmänhet, se Walin, Borgen s 86 med not 22 och s 133 f.

[6] Jfr Hessler s 309 f och Munch s 350.

återbetalningsskyldighet.[7] Vidare kan sägas att det faktum att äganderätten genom utbetalningen gått över till låntagaren, i den meningen att långivaren inte har separationsrätt i låntagarens konkurs, inte bör utgöra något sakligt argument för att låntagaren ska vara skyddad i långivarens konkurs: begreppsjuridiska resonemang kan man bortse ifrån. I stället kan anföras att det näraliggande saklånet (och åtminstone tidigare även saklegan) inte ens genom traditionen anses kunna uppnå borgenärsskydd. Varför ska lån av pengar (och annan upplåtelse av fungibel egendom) behandlas annorlunda?

Enligt den andra modellen, som är den gällande rättens, anses äganderätten ändock gå över till låntagaren i och med utbetalningen. Härefter har långivaren och hans borgenärer endast "en fordringsrätt" på återbetalning.[8] För denna lösning kan till en början åberopas i stort sett samma skäl som för specialitetsprincipen i allmänhet.[9] När det gäller just kreditgivarens konkursbos anspråk på att omedelbart få lånet förfallet och återbetalt kan väl sägas, att kredittagarens intresse av att kunna lita på att de investeringar han företagit (eller planerar att företa) med hjälp av det upplånade kapitalet inte går tillspillo, med svårförutsebara följdverkningar även för andra intressenter, är betydligt starkare än långivarens konkursborgenärers betalningsintresse. Här om någonsin kan man med verkligt fog tala om ett starkt samhälleligt intresse av en skyddad omsättning: pengar, lånade eller inte, är ju betalningsmedlet nummer ett. Och att potentiella investerare tryggt kan erhålla och behålla kredit är grundläggande för samhällsekonomin. Långivarens konkursbo kan dessutom utan större svårigheter överlåta rätten enligt kreditavtalet ("omsätta krediten") och därmed ändå snabbt få in likvida medel.

När pengarna utbetalats är låntagaren således sakrättsligt skyddad mot långivarens borgenärer. Boet får liksom gäldenären själv nöja sig med att inhösta ränta och amorteringar på före konkursen avtalade villkor eller överlåta fordringen. I Danmark har Munch tillagt att regeln 61 § DKL, om boets rätt att säga upp varaktiga avtal med sedvanligt eller rimligt varsel, i vart fall inte är direkt tillämplig i detta fall, då gäldenären här fullgjort sin förpliktelse före konkursen.[10] Låntagaren torde inte heller å sin sida ha någon särskild rätt att på grund av kreditgivarens konkurs säga upp avtalet och återbetala lånet i förtid. Har låntagaren lämnat konkursgäldenären pant så har han visserligen anspråk på sepa-

[7] Jfr resonemanget hos Rodhe, Obligationsrätt s 165 och Bergström i Festskrift till Rodhe s 23 och 28 f.

[8] Se Hessler s 306 f (dock utan saklig motivering), jfr Munch s 350.

[9] Se härom Undén s 60 ff, Hessler s 37 ff och Håstad, Sakrätt s 142 ff.

[10] Munch s 350.

ration av panten, men liksom utom konkurs får låntagaren återkräva panten endast mot avtalsenlig återbetalning av lånet.

X SAMMANFATTNING OCH UTVÄRDERING

1 Inledning

Avsikten med denna bok angavs i kap I 4 vara att *dels* genom en utförlig undersökning avhjälpa något av osäkerheten om innehållet i gällande rätt vid olika avtalstyper, *dels* kritiskt granska regelsystemet i dess helhet samt *dels* överväga och försöka utarbeta ett enhetligt regelsystem för rättsområdet. I detta kapitel ska nu reglerna sammanfattas och utvärderas med kritiska ögon. Först sker en utförlig sammanfattning avtalstyp för avtalstyp, där varje delavsnitt avslutas med kritiska synpunkter. Avsnitt 3 anger vilka gemensamma nämnare som kan urskiljas bland reglerna för de skilda typerna. I avsnitt 4 görs slutligen några allmänna reflexioner över dagens regelsystem samt övervägs lagstiftningsbehovet. Kap XI skisserar hur en generellt upplagd lagstiftning kan utformas.

2 Sammanfattning och kritik

2.1 Köp av lös egendom

2.1.1 Sammanfattning

Uttryckliga lagregler för *köparens konkurs* finns i 39–41 §§ KöpL. Då tiden för fullgörelsen av någondera sidans prestation ännu inte är inne då konkurs beslutas, kan säljaren fråga köparens konkursbo om boet vill inträda i avtalet. Om boet inte ger positivt besked utan oskäligt uppehåll

så får säljaren häva köpet, 40 § KöpL. Eftersom säljaren inte får häva utan att först fråga boet om det vill inträda så innebär regeln, att boet har obetingad rätt att välja mellan att inträda i avtalet och att avstå därifrån. Inträder boet får säljaren en massafordran på betalningen. Avstår boet får säljaren som sagt häva och enligt en oskriven regel göra gällande en konkursfordran på skadestånd.

Har kreditköp avtalats och är tiden för avlämnande inne då konkurs beslutas får säljaren innehålla varan eller, om den avsänds, hindra att den ges ut. Boet kan avskära innehållandet genom att ställa betryggande säkerhet för betalningen. Säljaren får anmana boet att ofördröjligen ställa sådan säkerhet. Görs det inte så får säljaren häva och kräva skadestånd som konkursfordran. Ur konkursboets synvinkel betyder det att boet har rätt att kvarstå vid avtalet om det ställer säkerhet på säljarens förfrågan.

Angivna regler innebär således, kort sagt, att köparens konkursbo har rätt att fullfölja avtalet med säljaren genom att inträda eller ställa säkerhet även i situationer, där säljaren inte har avtalsenlig rätt att påfordra omedelbar betalning eller utöva detentionsrätt enligt ordinära regler. Har kontantköp ingåtts och är tiden för prestationsutbytet inne vid konkursbeslutet, kan reglerna i 14 och 15 §§ KöpL f ö användas på vanligt sätt. Säljaren är då i regel inte i behov av någon särskild säkringsåtgärd från boets sida: pengar luktar inte. 39 och 40 §§ KöpL anses vidare kunna användas så, att säljaren först kan kräva att boet inträder och sedan, på leveransdagen, ställer säkerhet (om inte betalning ska ske samtidigt med leverans). Boet behöver dock aldrig förklara sig inträda eller ställa säkerhet på eget initiativ utan kan avvakta säljarens förfrågan.

I köplagen föreskrivs slutligen, i 41 §, att om säljaren utger varan till köparens konkursbo (utan att först ha avkrävt boet inträdesförklaring eller säkerhet) så har han rätt att återkräva varan om inte boet betalar eller, vid kreditköp, förklarar sig inträda i avtalet och, på säljarens anmodan, ställer säkerhet. Har boet förfogat över varan så att den inte kan återställas väsentligen oförändrad ska boet anses ha inträtt i avtalet.

I övrigt saknar köplagen regler om köpavtals behandling vid konkurs. En mycket viktig men oreglerad sak är att konkursboets rättigheter enligt 39–41 §§ KöpL torde vara *tvingande* till boets förmån. I enlighet med den principiella uppfattning som jag hävdade i kap II 5 ses konkursboets rätt att fullfölja gäldenärens avtal som en särskild konkursrättsligt motiverad befogenhet för borgenärerna (tredje man), vilken rätt inte kan berövas dem genom avtal mellan den blivande konkursgäldenären och hans motpart: regler av sakrättslig karaktär är tvingande enligt allmänna

principer. Två parter kan inte genom avtal sinsemellan beröva en tredje part hans rätt.

I vilken närmare bestämd utsträckning konkursboets rätt är tvingande är något osäkert. Klart bör vara att avtal om ovillkorlig hävningsrätt för säljaren, och avtal om automatiskt upphörande, vid köparens konkurs är utan verkan mot boet. Däremot är det inte uteslutet att avtal om rätt att kräva säkerhet i större utsträckning än 39 § KöpL medger är giltigt, om skyldigheten inte är så betungande för boet att dess möjlighet att fullfölja avtalet i praktiken får anses bortavtalad. Avtal om längre gående återkravsrätt än 41 § KöpL föreskriver är säkerligen alltid utan verkan mot köparens konkursbo. Detsamma gäller i princip för avtal som ger säljaren en bättre innehållanderätt vid köparens konkurs än vad 39 § KöpL tillåter.

För avtalsvillkor som ger säljaren ovillkorlig hävningsrätt, inte bara vid köparens konkurs utan även vid dennes betalningsinställelse, öppnande av ackordsförhandling eller på annat sätt ådalagda insolvens eller föregripna bristande fullgörelseförmåga, gäller följande. Om klausulen utnyttjats innan köparen gått i konkurs är boet bundet av hävningen: avtalet kan inte återupplivas av boet om inte återvinning av hävningen kan komma ifråga enligt 4:5 KL. Vi rör oss här fortfarande inom ramen för dispositiv kontraktsrätt. Om hävning med stöd av insolvensklausulen inte skett före konkursen så följer däremot av konkursreglernas tvingande karaktär, att hävning (och innehållande) endast får ske under de förutsättningar som för konkursfallet anges i 39 och 40 §§ KöpL. Huruvida hävningsgrunden anges vara köparens redan före konkursen dokumenterade obestånd eller konkursen som sådan saknar betydelse. Inte heller antecipering av dröjsmål före konkursen bör utan vidare kunna åberopas som hävningsgrund mot konkursboet. Detta följer av att säljaren inte längre med tillräcklig säkerhet kan säga att ett hävningsgrundande dröjsmål kommer att uppkomma sedan köparen gått i konkurs och konkursboet trätt i hans ställe. Och om hävningsgrunden inte längre föreligger får säljaren givetvis inte häva. Först måste boet ges en chans att rädda avtalet i enlighet med 39 och 40 §§ KöpL. Vanliga regler om dröjsmål och anteciperat dröjsmål gäller däremot mot boet under konkursen liksom mot andra rättssubjekt. Det är en annan sak.

Om reellt dröjsmål uppkommer efter konkursbeslutet gäller inga särskilda regler: boet får tåla kontraktsbrottspåföljder på vanligt sätt. Om hävningsrätt i stället uppkommit på grund av gäldenärens betalningsdröjsmål före konkursen men hävningsförklaring inte avgetts, kan diskuteras om hävning får ske utan att boet först getts möjlighet att inträda eller ställa säkerhet. I Norge har boets rätt att inträda i detta fall företräde framför säljarens hävningsrätt enligt en särskild lagregel, medan

motsatsen gäller i Västtyskland och förmodligen även i Danmark. För svensk del menar jag att starka skäl talar för att boets rätt de lege lata bör ha företräde, även om det inte finns någon uttrycklig särregel i den svenska lagstiftningen. De lege ferenda anser jag att den norska regeln, som säger att endast kontraktsbrott som inte står i ett direkt samband med gäldenärens insolvens får åberopas som hävningsgrund mot boet, bör övervägas att införas i en framtida svensk lagstiftning. Betalningsdröjsmål före konkurs skulle då normalt inte ge hävningsrätt mot boet.

I köplagen regleras inte heller frågan om köparens konkursbo vid avtal med successiv eller kontinuerlig leveransskyldighet kan inträda partiellt, med verkan fr o m konkursutbrottet, och hänvisa säljaren/leverantören till en konkursfordran på betalning för redan före konkursen utgivna varor. I Norge finns sådan rätt föreskriven i den nya konkurslagstiftningen både för köp med successiv leverans för avtal om en löpande prestation till gäldenären, t ex abonnemangsavtal för el, gas, vatten, telefon etc. Dansk rätt utgår i stort sett från samma regler även om den ovan nämnda regeln, om att "gammal" hävningsrätt bevaras mot boet, står i en viss motsatsställning till detta. I gällande tysk rätt har köparens konkursbo inte rätt till partiellt inträde vid avtal om successiv leverans, vilket torde hänga samman med att ett sådant avtal rent civilrättsligt anses utgöra ett enhetligt rättsförhållande, som i princip inte är uppdelbart i enskilda poster. För avtal av abonnemangskaraktär om leverans av el, gas och liknande har i rättspraxis utvecklats snillrika men tämligen invecklade regler till boets skydd. Samspelet med civil- och offentligrättsliga regler om monopolleverantörers kontraheringsplikt till normalpris är tydligt.

I Sverige finns ingen klargörande rättspraxis i frågan om partiell inträdesrätt. Doktrinen ger ett visst stöd för att köparens bo har sådan rätt. Själv pläderar jag, med stöd av sak- och konkursrättsliga principer och den ändamålsbestämning som gjordes i kap II 7, att en köpares och abonnents konkursbo bör anses ha rätt till partiellt inträde enligt gällande rätt. För en form av elleveransavtal fanns tidigare ett visst lagstöd för detta. Offentligrättsliga och konkurrensrättsliga regler kan vidare i vissa fall vara till hjälp för ett konkursbo som befinner sig i en utpressningssituation gentemot en rättslig eller faktisk monopolist, men en konkursrättsligt grundad rätt till partiellt inträde torde vara av betydligt större praktiskt värde för konkursbon i allmänhet.

41 § 2 st KöpL anger som sagt att köparens konkursbos förfogande över en i konkursen mottagen vara, så att den inte kan återställas väsentligen oförändrad, innebär att boet inträtt i köpet, dvs att boet som sådant ådragit sig betalningsansvar. Även andra omständigheter kan föranleda att sådant konkludent inträde får anses ha ägt rum. I kap III 2.9

och 2:10 har undersökts vilken betydelse boets betalningar till säljaren typiskt sett bör ha i olika situationer och vad ömsesidig passivitet med att utöva befogenheterna enligt 39–41 §§ KöpL har för verkan. För slutsatser i olika typfall hänvisas till de nämnda avsnitten.

Några särskilda regler för *säljarens konkurs* ges inte i köplagen. Reglerna för köparens konkurs är dock i stor utsträckning analogt tillämpbara. Säljarens konkursbo torde således ha rätt att vidbliva avtalet genom att inträda eller ställa säkerhet analogt med 40 och 39 §§ KöpL, om inte säljarens prestation undantagsvis har en sådan individuell eller personlig prägel, att det får anses uteslutet att ett konkursbo övertar fullgörelsen. Också andra invändningar kan föreligga mot en analog tillämpning, bl a då avtalet innehåller garantiutfästelser som går utöver boets förutsedda livslängd. Konkursboet bör dock även i sådana fall normalt kunna fullfölja säljarens avtal, då boet bör vara skyldigt att avsätta medel för framtida garantifall och andra villkorliga förpliktelser om det inte framstår som mycket osannolikt att garantifallet kommer att inträffa. Svårigheter kan föreligga att beräkna med vilket belopp avsättning ska ske, men ett skönsmässigt uppskattat belopp med utgångspunkt från varans fulla pris bör ofta kunna godtas.

I övrigt uppkommer motsvarande frågor vid säljarens konkurs som vid köparens, såsom om och i vilken utsträckning reglerna är tvingande till boets förmån, om före konkursen uppkommen hävningsrätt kan göras gällande mot konkursboets vilja att fullfölja avtalet, om partiell inträdesrätt fr o m konkursutbrottet föreligger och om vilka omständigheter som konstituerar konkludent inträde av boet. De grundläggande principerna är i allt väsentligt desamma som vid köparens konkurs, vilket bl a beror på att reglerna om sakrättsligt skydd i stora drag är kongruenta: såväl för säljarens anspråk på betalning som för köparens anspråk på att få varan krävs i huvudfallet tradition för uppnående av skydd mot motpartens borgenärer. Däremot kan principernas tillämpning leda till en del särskilda problem vid säljarens konkurs, främst beroende på att gäldenären här åtagit sig en naturaprestation.

Eftersom säljarens konkursbos rätt att kräva en ömsesidig fortsättning av gäldenärens avtal inte är riktigt lika kategorisk som köparen konkursbos motsvarande rätt, blir till en början frågan om de tvingande reglernas räckvidd mera oklar. Detta innebär dock inte att den principiella utgångspunkten skulle vara någon annan: avtal som ger den solventa parten – här köparen – ovillkorlig hävningsrätt vid den insolventa partens – säljarens – konkurs saknar materiell betydelse för frågan om boet har rätt att fullfölja avtalet via inträde eller säkerställande. I den mån sådan rätt för konkursboet inte anses föreligga i ett visst fall, därför att säljarens prestation förutsätter en personlig insats av honom själv, så kan

man i och för sig säga att hävningsklausulen är verksam mot boet. Men köparen hade i ett sådant fall haft rätt att häva även om ingen hävningsklausul uppställts. Klausulen saknar m a o självständig betydelse. En annan sak är att klausulen kan ha bevisverkan för att säljarens prestation verkligen är av sådant slag, att boet inte bör anses ha rätt att överta fullgörelsen enligt den tvingande regeln.

Även i frågan, om före konkursen uppkommen hävningsrätt kan åberopas som hävningsgrund mot boet, blir bedömningen något svårare vid säljarens konkurs. Här gäller det framför allt att avgöra, om dröjsmål med avlämnandet och fel i varor avlämnade före konkursen grundar hävningsrätt mot boet i samma utsträckning som mot gäldenären. Svårigheten ligger i att dessa typer av kontraktsbrott typiskt sett inte har samma självklara samband med insolvens som betalningsdröjsmål, jfr presumtionsreglerna i 2:8 och 2:9 KL. I norsk rätt får köparen också här ovillkorligen häva om kontraktsbrottet före konkursen stod i ett direkt samband med det obestånd som ligger till grund för konkursen. Detta antas i motiven betyda att hävningsgrunden fel normalt *kan* göras gällande mot boets vilja att inträda i avtalet. Vid leveransförsening kan man knappast säga vilken huvudregeln är. För svensk del har jag slutit att en regel liknande den norska inte gäller. Det torde vara väl djärvt att för kontraktsbrott med naturaprestation de lege lata hävda motsvarande ståndpunkt som för betalningsdröjsmål. De lege ferenda bör däremot motsatsen övervägas. I kap III 4 har jag också undersökt vilka resultat en regel som den norska skulle få i några typfall, särskilt då den sammanställs med vanliga civilrättsliga regler om hävningsrättens omfattning vid partiellt kontraktsbrott, se för köp med successiv leverans 22 och 46 §§ KöpL. I stort sett står de båda regelsystemen i harmoni med varandra. Resultaten synes också bli fullt rimliga.

Också frågan om och i vilken utsträckning boet har partiell inträdesrätt är mera svårbedömd vid säljarens konkurs än vid köparens. Till skillnad från pengar är varor, även om de levereras i poster, långt ifrån alltid fysiskt uppdelbara. En delning kan också innebära att värdet av delarna blir betydligt lägre än värdet av hela varan. Trots dessa betänkligheter torde partiell inträdesrätt som grundprincip kunna åberopas också av säljarens konkursbo. Undantag bör dock gälla då köparen skulle lida en icke endast obetydlig skada genom att boet bara fullgör de leveranser som det självt får betalt för i konkursen. I den nya norska konkurslagstiftningen har detta konkretiserats så, att konkursboet har rätt till partiellt inträde om inte endera sidans prestation är odelbar eller på grund av sambandet mellan de enskilda delarna bör betraktas som en enhet. Det blir i stort sett fråga om samma bedömning som enligt den särskilda förfångsregeln i 22 och 46 §§ KöpL. Motsvarande konkursrätts-

liga regel antar jag gälla också Sverige, i vart fall vid avtal om successiv leverans. Innebörden härav är främst att boet vid inträde endast blir skyldigt att leverera sådana varor som köparen inte betalt i förskott före konkursen och att boet vid inträde inte blir ansvarigt för fel eller dröjsmål hänförliga till gäldenären. Då partiellt inträde medges bör köparen inte heller tillåtas avräkna boets leveranser på sina krav på att få ut redan före konkursen betalda varor.

En annan viktig fråga är om säljarens konkursbos fordringar på betalning för leveranser som boet väljer att fullgöra kan bortkvittas mot köparens konkursfordringar. Enligt min mening bör en sådan kvittning inte vara tillåten. Boets val att inträda bör i kvittningshänseende ge samma rättsverkningar som då boet sluter nya avtal under konkursen. Och fordringar som boet får i nya avtalsförhållanden kan inte kvittas bort mot konkursfordringar. I annat fall skulle kvittningsborgenären gynnas på ett sätt som strider mot utdelnings- och prioritetsreglerna i 11:1 KL och FRL. Rättsfallet NJA 1916 s 154 utgör dock ett visst stöd för motsatt lösning än den som jag förespråkar. Jag menar emellertid att detta gamla rättsfall inte bör binda dagens domstolar vid bedömningen av kvittningsfrågan, särskilt som de processuella ramarna för målet talar för att HD inte tagit ställning till frågan om kvittning med konkursfordringar är tillåten då konkursboet får motfordringar vid utnyttjande av en *ensidig inträdesrätt*. 1916 gick boets talan endast ut på att boet och köparen ingått *nytt avtal*, vilket inte kunde styrkas. Boet förlorade därför målet.

De sista avsnitten i kap III diskuterar vilka omständigheter som in dubio bör anses leda till att säljarens konkursbo inträder genom konkludent handlande. Till en början antas 41 § KöpL vara analogt tillämplig vid säljarens konkurs. Detta bör bl a innebära att säljarens konkursbo får anses ha inträtt då det mottar betalning av köparen och inte återlämnar den på dennes återkrav. En näraliggande fråga är om säljarens konkursbos stillatigande fullgörelse av säljarens tillverkning och/eller leverans av en före konkursen beställd vara bör ses som ett konkludent inträde. Svaret bör vara att boet i sådana fall bör anses ha inträtt i den mån boet enligt de sakrättsliga reglerna inte var skyldigt att fullgöra tillverkningen eller leveransen. Och eftersom svensk rätt som huvudregel för köparens skydd mot säljarens borgenärer kräver, att varan överlämnats i köparens omedelbara besittning, blir resultatet i normalfallet att konkursboet bör anses ha inträtt då det fullgör säljarens åtagande. Detta bör bl a betyda att boet blir ansvarigt för de fel som visar sig behäfta den utgivna varan.

2.1.2 Kritik

Den kritik man kan rikta mot rådande regler för köp av lös egendom gäller först och främst utformningen av lagreglerna. 39–41 §§ KöpL utgör ett redaktionellt mycket svårtillgängligt och tekniskt väl komplicerat regelsystem. Konkursfallet bör för klarhetens skull brytas ut till en självständig reglering i ett särskilt lagrum. Från kronologisk synpunkt borde 40 § komma före 39 §. Att reglernas tvingande karaktär inte framgår av lagtexten är vidare otillfredsställande, särskilt då det i 1 § sägs att lagens alla stadganden om säljarens och köparens rättigheter och skyldigheter är dispositiva. Begränsningen till säljaren och köparen utesluter visserligen den senares konkursbo, men då boets rättigheter endast utgör en spegelbild av säljarens, kan 1 § ändå ge anledning till tvekan.

Som jag framhållit tidigare är köparens konkursbos skyldighet att ställa säkerhet enligt 39 § KöpL sakligt tvivelaktig. Detta gäller särskilt som säljaren ofta först kan tillförsäkra sig en massafordran på betalningen via 40 §. Det borde räcka att säljaren får en massafordran även vid kreditköp. Först då boets egen solvens och därmed sammanhängande betalningsförmåga kan ifrågasättas, på det sätt som 39 § idag anger, bör säkerhet få krävas, jfr mitt avslutande förslag vid diskussionen av det preliminära departementsförslaget till ny köplag.[1] Att ge säljaren rätt till både säkerhet och massafordran innebär ett dubbelt säkrande av en konkursborgenär som rimmar illa med den konkursrättsliga grundprincipen om likabehandling. Dessutom innebär regleringen att en del av gäldenärens begränsade tillgångar oftast i onödan binds upp och inte kan utnyttjas optimalt för mera produktiv kredit.

En annan brist är att det idag inte framgår av lagtexten om en förbehållssäljare har de befogenheter som anges i 39 § KöpL. Enligt min mening bör förbehållssäljaren inte få innehålla varan och häva om köparboet inte ställer säkerhet. Han bör få nöja med att boet inträder. Idag bör ett sakrättsligt giltigt förbehåll anses utgöra "betryggande säkerhet" vid tillämpning av 39 § 1 p in fine.

Reglerna i 39–41 §§ KöpL är ofullständiga på många punkter. Frågorna om partiell inträdesrätt och om eventuell "kvardröjande" hävningsrätt (på grund av kontraktsbrott före konkursen) besvaras t ex inte. Men framför allt ges ju inga som helst regler för säljarens konkurs. Orsaken till detta kan knappast motiveras rationellt. Bristen kommer också att föreslås åtgärdad i den proposition till ny köplag som inom kort läggs, se kap III 3.2 ovan med ingående diskussion och egna förslag i anslutning till det preliminära departementsförslaget.

[1] Se kap III 2.2 in fine.

Generellt måste till köplagsreglernas försvar sägas, att en obligationsrättslig lagstiftning för köp inte kan och bör befatta sig med svårbedömda problem av konkursrättsligt slag, såsom frågorna om partiell inträdesrätt, "kvardröjande" hävningsrätt, konkludenta inträden utöver 41 § 2 st KöpL, kvittning och avräkning m fl följder av konkursboets inträde. Dessa frågor har sin uppenbara plats i konkurslagen. Jag återkommer till ett konkursrättsligt lagförslag i kap XI. För köplagens del får jag hänvisa till mina tidigare förslag till nya regler för köp, se kap III 2.2 och 3.2 in fine. Enligt min mening bör det i köplagen räcka med tämligen kortfattade bestämmelser som endast anger de grundläggande reglerna vid konkurs. För mera utförliga besked bör hänvisas till bestämmelser i konkurslagen.

2.2 Entreprenad

2.2.1 Sammanfattning

Allmän lagstiftning om entreprenadavtal saknas som bekant i Sverige. En dominerande ställning intar i stället standardavtalet "Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader" (AB 72). AB 72 ger både beställaren och entreprenören ovillkorlig hävningsrätt vid motpartens konkurs. Huvudfrågan är om denna hävningsrätt verkligen gäller mot parternas konkursbon eller om dessa i stället har en tvingande rätt att kräva en ömsesidig fortsättning av avtalsförhållandet i analogi med 39 och 40 §§ KöpL.

Den principiella utgångspunkten är naturligen densamma som vid köp: hävningsklausulerna saknar materiell rättsverkan mot konkursbona, men om de överensstämmer med gränserna för boets tvingande rätt (eller ligger inom ramarna för de avvikelser från de tvingande reglerna som kan accepteras) så kan man ändå säga att klausulerna är giltiga.

Beträffande *beställarens konkurs* är det tämligen klart att hans konkursbo har rätt att, i analogi med köplagens regler, inträda och kräva att arbetet fullgörs mot återstående vederlag. Boet torde även vara skyldigt att ställa säkerhet om entreprenören kräver det. Klausulen om entreprenörens ovillkorliga hävningsrätt kan här utan vidare lämnas utan avseende.

Liksom vid köparens konkurs menar jag vidare att beställarens bristande betalning eller säkerställande före sin konkurs inte kan göras gällande som hävningsgrund mot boets vilja att inträda, men att detta sak-

nar betydelse om boet inte har rätt till partiellt inträde. I dansk, norsk och tysk rätt har partiell inträdesrätt generellt avvisats vid entreprenad. Själv har jag dock svårt att se varför inte beställarens konkursbo skulle ha rätt till detta på motsvarande sätt som köparens bo i vart fall vid arbete på löpande räkning. Enligt min mening behöver beställarboet i detta fall således varken betala eller ställa säkerhet för arbete utfört före konkursen.

Vad som konstituerar konkludent inträde av beställarens konkursbo är något osäkert. Klart bör vara att principen i 41 § 2 st KöpL är analogt tillämplig och att beställarboet efter en kortare tid inträder om det utan reservationer mottar fortsatt arbete under konkursen, i den mån boet inte kan visa att entreprenören nöjde sig med att arbeta mot en konkursfordran på vederlaget. Även i övrigt torde diskussionen om konkludenta inträden vid köparens konkurs mutatis mutandis vara överförbar till beställarens konkurs vid entreprenad.

Vid *entreprenörens konkurs* är den grundläggande frågan, om boet över huvud taget får kräva en ömsesidig fortsättning av avtalsförhållandet i strid mot AB 72:s hävningslösning, svårbesvarad. Motsvarande fråga har varit föremål för åtskillig diskussion i dansk, norsk och tysk rätt. I Västtyskland har BGH nyligen fastslagit att det dominerande standardavtalets ovillkorliga hävningsregel för byggentreprenörens konkurs är giltig mot entreprenörens konkursbo. Detta motiveras bl a med att entreprenörens personliga egenskaper är så viktiga, att boet inte bör få fullgöra entreprenadarbetena mot beställarens vilja. Genom konkursen rubbas vidare det förtroendeförhållande som avtalet bygger på, och en likviderad rörelse sägs inte i full utsträckning kunna uppfylla entreprenörens garantiansvar för fel. I Norge anges däremot, både i det dominerande standardavtalet och i förarbetena till de nya konkursreglerna, att entreprenörens konkursbo har rätt att inträda i avtalet om boet förmår visa, att det har tillräckliga ekonomiska och kompetensmässiga resurser för att fullgöra arbetena avtalsenligt. I Danmark ges inget entydigt svar. Omständigheterna i det enskilda fallet, såsom hur långt arbetena fortskridit, torde ofta bli avgörande.

För svensk del har jag i kap IV 4.3.1 pläderat för en liknande regel som i Norge. Rättsläget är emellertid mycket osäkert, och det är inte omöjligt att de svenska domstolarna skulle komma fram till att AB 72:s ovillkorliga hävningsregel här är förenlig med tvingande svensk rätt.

Under förutsättning att entreprenörens konkursbo har viss inträdesrätt uppkommer motsvarande frågor, t ex om partiell inträdesrätt, om konkludent inträde och om kvittning mellan boets vederlagskrav och konkursfordringar, som vid säljarens konkurs. Frågan om entreprenörboet har partiell inträdesrätt besvaras, i den mån inträdesrätt alls före-

ligger, nekande i de tre undersökta utländska rättssystemen. Problemet gäller framför allt om boet vid inträde ådrar sig ansvar också för fel, brister och dröjsmål hänförliga till arbeten som gäldenären/entreprenören utfört (eller borde ha utfört) före konkursen. Som huvudregel torde i Sverige gälla, att entreprenörens bo saknar rätt till partiellt inträde därför att en uppdelning mellan arbeten utförda före och arbeten utförda efter konkursutbrottet här är mindre lämpligt och praktiskt svårhanterligt, särskilt vid byggentreprenad. I princip bör dock frågan i varje enskilt fall kunna bedömas i analogi med förfångsregeln i 22 och 46 §§ KöpL, jfr den norska § 7–4 st 2 LFD.

När det gäller kvittning med konkursfordringar på boets vederlagskrav för eget utfört arbete bör, liksom vid säljarens konkurs, detta aldrig vara tillåtet beträffande inkonnexa konkursfordringar. Grundas beställarens fordran på det entreprenadavtal som boet trätt in i, bör kvittning alltid medges i de fall där boet inte har rätt att inträda med verkan fr o m konkursutbrottet. Bägge fordringarna står då mellan beställaren och boet som sådant. Om boet får inträda partiellt och beställarens fordran har sin grund i gäldenärens arbete före konkursen, t ex om den avser vite på grund av gäldenärens förseningar, så bör kvittning däremot inte kunna ske.

Angående konkludent inträde torde samma grundprinciper gälla vid entreprenörens konkurs som vid säljarens. Detta innebär bl a att entreprenörens konkursbos stillatigande fullföljande av pågående arbeten bör betyda att boet efter en tid träder in. Vid större entreprenörskonkurser är en viss generositet mot boet påkallad. En mängd entreprenader kan vara i full gång vid konkursutbrottet. Konkursförvaltaren bör då ges en viss respit att undersöka hur långt arbetena fortskridit, hur gynnsamt respektive avtal är etc. När den första ofta hektiska inledningsfasen i konkursen är över bör dock boet som sagt anses ha inträtt om arbetena faktiskt fullföljs.

Då entreprenörens konkursbo inte väljer att inträda i avtalet och beställaren häver anger AB 72 (8:7), att beställaren ska ha rätt att mot skälig ersättning ta över eller förhyra hjälpmedel, material och varor som finns inom arbetsområdet. Entreprenörssidan skulle också vara skyldig att medverka till att beställaren får överta träffade avtal angående material, varor och underentreprenader mot viss ersättning. I kap IV 4.3.6 har undersökts i vad mån dessa regler binder entreprenörens konkursbo och i vad mån boets krav på ersättning i enlighet med klausulen kan kvittas bort mot beställarens konkursfordringar.

Svaret blir generellt att boet inte är bundet av klausulen i annan utsträckning än vad som följer av vanliga sakrättsliga och tvingande regler om vad som ingår i ett konkursbo. Och kvittning med konkursfordringar

bör bara medges om boets motfordringar uppkommer till följd av åtgärder som boet är sakrättsligt skyldigt att fullgöra. När det gäller den avtalade rätten att överta eller förhyra varor och material måste till en början traditionskravet vid överlåtelse vara uppfyllt, vilket det i ett löpande entreprenadförhållande i regel inte är, jfr NJA 1945 s 400. Om hyra av lös sak inte ens anses kunna uppnå borgenärsskydd, vilket idag är oklart, kan en rätt till förhyrning för beställaren aldrig gälla mot boet. Entreprenadmaskiner, byggnadsställningar, byggbodar och andra hjälpmedel tillhör hela tiden entreprenören och ingår utan vidare i hans konkursbo. Har hjälpmedlen leasats eller köpts på avbetalning och inte betalats fullt, kan leasegivaren resp avbetalningssäljaren utöva sin separationsrätt om inte entreprenörens konkursbo inträder i leasingavtalet/-avbetalningsköpet. I vilket fall som helst är konkursboet inte bundet av AB 72:s övertagandeklausul. Detsamma gäller om skyldigheten att medverka till att beställaren får ta över avtalen med underleverantörer och underentreprenörer. I kvittningshänseende innebär det att vederlags- eller ersättningskrav som boet får, till följd av att beställaren ändå övertar eller förhyr egendomen, inte kan kvittas bort mot beställarens eventuella konkursfordringar, oavsett om de senare är avtalskonnexa eller inte. Situationen är fullt jämförbar med den då boet sluter nya avtal i konkursen.

2.2.2 Kritik

Eftersom det inte finns några direkt tillämpliga lagregler eller klargörande prejudikat om entreprenadavtals behandling vid konkurs så är det, frånsett den närmaste analogikällan 39–41 §§ KöpL:s brister, framför allt otillfredsställande att det viktigaste standardavtalet AB 72 ger en direkt missvisande bild av rättsläget vid parternas konkurser. Rätten att inträda i avtalet skulle, om AB:s regler följdes, helt vara berövad konkursbona. Särskilt vid beställarens konkurs är AB:s reglering anmärkningsvärd, då analogin till 39 och 40 §§ KöpL här är tämligen given.

I avvaktan på en allmän konkursrättslig reglering skulle det vara önskvärt om konkursreglerna i 8:1 3 p och 8:2 2 p AB 72 reviderades i riktning mot de tvingande regler som angetts i kap IV. Visserligen bör det utan vidare vara så att AB:s konkursklausuler saknar verkan mot endera partens konkursbo, men då inte ens den tvingande karaktären hos köparboets rätt framgår av köplagen, och konkursbonas rätt vid entreprenad endast framgår via analogier därifrån, kan konkursbonas situation vid entreprenad i praktiken ändå vara ganska besvärlig gentemot en motpart som gör gällande ovillkorlig hävningsrätt med stöd av AB:s regler. Kon-

kursbonas behov av att till sitt stöd kunna åberopa direkta och klargörande bestämmelser torde vara stort. En revision av AB:s konkursklausuler vore mot denna bakgrund av värde tills de behövliga och tvingande lagreglerna införts.

2.3 Hyra och arrende

2.3.1 Sammanfattning

Nyttjanderättshavarens konkurs. Lagregler för nyttjanderättshavarens konkurs vid olika arrende- och hyresformer återfinns idag i 8:17–18 och 9:30 resp 12:31 JB. Då *egendomen inte tillträtts före konkursen* gäller i korthet följande. Både vid lokal- och bostadshyra får hyresvärden säga upp avtalet med omedelbar verkan om han inte inom en vecka efter anfordran erhåller sådan säkerhet för att avtalet fullgörs att han skäligen kan nöja sig. Konkursboet kan inte avvärja uppsägning genom att "bara" förklara sig inträda. Motsvarande regler gäller vid bostads-, anläggnings- och lägenhetsarrende, medan upplåtaren av ett fiskearrende inte får någon särskild rätt att säga upp avtalet på grund av konkursen. Vid jordbruksarrende har upplåtaren ovillkorlig uppsägningsrätt med omedelbar verkan. Vid alla arrende- och hyresformer utom bostadshyra, där hyresgästens samtycke krävs, har även konkursboet en lagstadgad uppsägningsrätt med omedelbar verkan. Underlåtenhet med att utöva denna uppsägningsrätt leder inte till att boet inträder i avtalet. Då avtalet sägs upp får upplåtaren göra gällande en konkursfordran på skadestånd.

Ifall *konkursen inträffar efter tillträdet* gäller till en början att konkursboet har uppsägningsrätt i samma utsträckning som då konkursen inträffar före tillträdet. Vid hyra ska JB:s vanliga uppsägningstidsregler tillämpas, medan arrendeavtal alltid upphör på den fardag (14 mars) som inträffar närmast sex månader efter boets uppsägning. Under uppsägningstiden är upplåtarens vederlagsfordringar och andra krav inte massafordringar utan konkursfordringar. Boet måste dock fullgöra avtalsenligt för att inte förverkande och avhysning ska ske. Boets underlåtenhet att utnyttja uppsägningsrätten innebar inte att massaansvar uppkommer. Å andra sidan är upplåtarens avtalsgrundade konkursfordringar säkrade med särskild förmånsrätt enligt 5 § 1 p FRL i den egendom som kan omfattas av företagshypotek. Förmånsrätten är dock begränsad till belopp motsvarande tre månaders hyra eller ett års arrendeavgift och avser "lägenhet eller jord som var avsedd för verksamheten".

Det innebär att upplåtaren ibland kan vara skyldig att under flera månader fortsätta prestera utan att vara tillförsäkrad massafordran, ställd säkerhet eller förmånsrätt.

Upplåtaren har emellertid i vissa fall särskild uppsägningsrätt på grund av konkursen. Vid lokalhyra och jordbruksarrende får han sålunda säga upp avtalet om inte säkerhet ställs inom en månad efter anfordran eller konkursboet inom samma tid förklarar sig inträda i avtalet eller, när nyttjanderätten får överlåtas, överlåtelse sker. Sägs avtalet upp gäller liksom vid boets uppsägning JB:s regler om uppsägningstid, vilket innebär att mycket långa uppsägningstider ofta måste iakttas. För ett ettårsavtal om hyra av lokal gäller t ex alltid nio månaders uppsägningstid vid uppsägning i konkurs. Under uppsägningstiden är boet inte som sådant ansvarigt för betalning av vederlag och andra nyttjanderättshavarens skyldigheter i den meningen, att kraven inte är massaanspråk. Boet måste visserligen, liksom under uppsägningstid efter egen uppsägning, betala löpande hyra eller arrendeavgift för att undvika förverkande, men upplåtarens ersättningskrav för förlorade hyresintäkter etc är bara konkursfordringar. Detsamma gäller för tid i konkursen mellan förverkande och vräkning. Enligt klara förarbetsuttalanden från 1970 kan konkursboet inte inträda i avtalet genom konkludent handlande. Samma år avskaffades en lagregel med motsatt innebörd.

För bostadshyra, bostadsarrende, anläggningsarrende, lägenhetsarrende och fiskearrende ges inga lagregler om uppsägningsrätt för upplåtaren då konkursen inträffar efter tillträdet. Vid bostadshyra kan detta förklaras av vederlagsförbudet i 12:65 JB: eftersom egendomen juridiskt sett saknar förmögenhetsvärde så är den konkursfri egendom, varför det fortsatta hyresförhållandet under konkursen egentligen inte berör konkursboet annat än indirekt, vid beneficieprövning av gäldenärens boendekostnader. I de övriga fallen kan nyttjanderätten i princip ingå i konkursboet som förmögenhetsmassa. Detta torde alltid gälla i så måtto att boet är berättigat att kräva att avtalet ska fullföljas på ömse sidor. När så sker utgår lagmotiven ifrån att upplåtaren är skyldig att fortsätta upplåta sin egendom utan att kunna göra anspråk på massafordran eller särskild säkerhet och ofta inte heller på förmånsrätt. Inte heller i dessa fall får boets underlåtna uppsägning till följd att massaansvar uppkommer. Några reella sakskäl till stöd för denna ordning, vilken avsevärt avviker från de teser som i kap II angetts vara grundläggande, har inte anförts.

De regler som nu sammanfattats medför att t ex en lokalhyresgästs konkursbo sällan har anledning att inträda i ett hyresavtal för rörelselokaler, eftersom avtalet ändå kan upprätthållas under avsevärd tid. Ifall

inträde av boet trots allt kommer till stånd, uppkommer dock även vid hyra och arrende frågor om omfattningen av boets massaansvar.

Från vilken tidpunkt boet ansvarar när det inträder är idag något oklart. Själv har jag förespråkat att ansvaret alltid ska räknas fr o m konkursbeslutet, men det riktiga svaret kan de lege lata lika gärna vara dagen för boets inträdesförklaring. Det är t o m osäkert om partiellt inträde alls kan ske. Inte heller är det klarlagt om boet kan ovillkorligen vräkas på grund av gäldenärens bristande hyres- eller arrendebetalning före konkursen. Själv anser jag att boet inte bör kunna vräkas på grund av gäldenärens försummelser, om inte avtalet på grund härav definitivt upphört redan före konkursen.

I svensk rätt har förmodligen inte nyttjanderättshavarens konkursbo rätt att säga upp avtalet med förkortad, skälig uppsägningstid när det en gång trätt in. Motsatsen gäller i Danmark, Norge och Västtyskland.

Frågan om konkursboets möjligheter att överlåta hyres- eller arrenderätten är praktiskt viktig. Vid lokalhyra och jordbruksarrende är en överlåtelse av nyttjanderätten ett alternativ (vid sidan av säkerställande och inträde) för boet att avvärja upplåtarens uppsägning i det fall då konkursen inträffar efter tillträdet. Överlåtelsen förutsätter att de vanliga reglerna om rätt till överlåtelse av hyres- och jordbruksarrenderätt är uppfyllda, se 12:32 och 36 resp 9:31 JB. För hyresrätt i förvärvsverksamhet gäller därvid att överlåtelse kan ske utan hyresvärdens samtycke men med hyresnämndens tillstånd, om överlåtelsen sker ihop med en försäljning av verksamheten till en förvärvare som övertar denna. Tillstånd ska ges om inte värden har befogad anledning att motsatta sig överlåtelsen. Har gäldenären innehaft lägenheten mindre än tre år krävs dock synnerliga skäl.

Flera svårbedömda problem uppkommer med rådande regler om överlåtelse som uppsägningsavvärjande omständighet vid jordbruksarrende och lokalhyra. En oklar fråga är om det för avvärjande av uppsägning enligt 12:31 3 st JB räcker att konkursboet sökt tillstånd hos hyresnämnden enligt 12:36 JB inom en månad från värdens anfordran eller om tillståndet måste föreligga inom fristen eller om en överlåtelse, villkorad av nämndens framtida tillstånd, inom fristen duger. Eller är 12:36 JB kanske inte alls tillämplig då boet vill överlåta enligt 12:31 3 st 3 p JB? Lagtextens lokution "i enlighet med avtalet" tyder möjligen på det.

Själv har jag inga säkra svar på de ställda frågorna men konstaterar, efter granskning av lagstiftningsärendet, att det fristående överlåtelsealternativet i 9:30 och 12:31 JB kan ha tillkommit genom ett rent misstag vid departementsbehandlingen. Hur som helst bör det enligt min mening räcka att tillstånd söks inom enmånadsfristen för att värden inte ska få säga upp.

En annan väsentlig överlåtelsefråga är hur ansvaret för nyttjanderättshavarens förpliktelser fördelar sig mellan boet och förvärvaren och om upplåtaren kan kräva förvärvaren på sådana skulder som boet självt inte behöver erlägga enligt konkursrättsliga regler. Enligt 12:38 2 p JB svarar förvärvaren av en hyresrätt jämte överlåtaren in dubio för tiden före överlåtelsen. Innebär det att förvärvaren är skyldig att betala ogulden hyra för tiden före konkursen, även om boet inte är skyldigt att göra det enligt en regel om partiell inträdesrätt fr o m konkursutbrottet? Även här är svaret osäkert i gällande rätt. Enligt min mening bör 12:38 JB tolkas så att boet som sådant anses vara "överlåtare" då överlåtelse sker efter att boet inträtt i hyresavtalet. Förvärvaren bör då bara svara för sådana förpliktelser som var massaskulder i konkursen. Och om boet har rätt till partiellt inträde kan hyresvärden således inte kringgå denna regel till boets skydd genom att kräva att förvärvaren betalar skulderna från tiden före konkursen. Om boet däremot överlåter hyresrätten utan att först ha inträtt i avtalet så bör överlåtelsen anses ske för gäldenärens räkning, eftersom hyresvärdens krav här endast är konkursfordringar. Om 12:38 2 p JB har sin motsvarighet vid arrende, vilket jag antagit, bör detsamma gälla där. Uppkommer förvärvarens kontraktsansvar rent obligationsrättsligt först vid överlåtelsetidpunkten, svarar boet givetvis bara i samma utsträckning.

Upplåtarens konkurs. Vid fastighetsupplåtarens konkurs är utgångsläget ett helt annat än vid nyttjanderättshavarens. Det beror på att nyttjanderättshavaren här generellt är sakrättsligt skyddad mot konkursboet redan genom avtalet. Boet har alltså inte rätt att genom uppsägning eller på annat sätt beröva honom rätten att få nyttja. När boet sedermera ska sälja fastigheten, antingen i exekutiv ordning eller under hand, kan dock nyttjanderätten falla. Men även i detta läge har nyttjanderättshavaren numera ett tämligen gott sakrättsskydd, se 7:11 ff JB och 12:25 ff UB.

Konkursboet har alltså inte rätt att säga upp nyttjanderättshavaren. Omvänt saknar denne särskild uppsägningsrätt om han tillträtt före konkursen. Har nyttjanderättshavaren inte tillträtt före konkursen har han rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan och göra gällande en konkursfordran på skadestånd, 8:16 och 12:30 JB. Uppsägning måste ske inom en månad från det att nyttjanderättshavaren fick kännedom om konkursen. Hävs, nedläggs eller avskrivs konkursen, eller kommer inte fastighetsförsäljning till stånd av annan orsak, får inte uppsägning ske därefter. Skälet till uppsägningsrätten framgår av begränsningarna av den, nämligen att nyttjanderättshavarens förhållandevis utsatta ställning vid försäljning ansetts motivera att han inte ska behöva flytta in, inrätta

sig och börja betala vederlag (normalt i förskott) om han ändå inom kort måste flytta.

Regeln om sakrättsligt skydd mot konkursboet redan genom avtalet, samt nyttjanderättshavarens avsaknad av uppsägningsrätt efter tillträdet, innebär normalt att frågan om konkursboet har inträdesrätt inte aktualiseras. Boet är ju utan vidare tvunget att låta nyttjanderättshavaren fortsätta nyttja egendomen. För positiva biförpliktelser såsom reparations- och underhållsskyldighet kan inträdesfrågan ändå bli aktuell. Dessa förpliktelser omfattas i princip inte av det sakrättsliga skyddet för själva nyttjanderätten och boet är inte automatiskt skyldigt att fullgöra dem. Boet torde däremot ha inträdesrätt. Men boet saknar förmodligen många gånger anledning att inträda, eftersom nyttjanderättshavaren inte har uppsägningsrätt och hyror eller arrendeavgifter därför ändå kommer att flyta in som tidigare. Vill boet undvika minskade intäkter, orsakade av att nyttjanderättshavaren gör avdrag på vederlaget eller häver på grund det bristande underhållet etc, kan boet ändock ha skäl att inträda.

En anslutande fråga är om boet genom konkludent handlande kan inträda i avtalet med massaansvar för biförpliktelserna och i så fall när detta bör anses ha ägt rum. Enligt mening bör boet endast inträda konkludent då det väljer att söka åtgärda brister, fullgöra underhåll etc men gör det på ett sätt som leder till ersättningsanspråk för nyttjanderättshavaren. Massaansvaret bör inte omfatta bristande underhåll före konkursen, men frågan är de lege lata osäker.

Två andra frågor är dels om boets krav på vederlag för nyttjande i konkursen kan avräknas på före konkursen erlagt förskottsvederlag, dels om boets krav på vederlag för konkurstid kan kvittas bort mot nyttjanderättshavarens konkursfordringar. Här bör gälla, att avräkning (i snäv mening) får ske om konkursboet inte hade någon valrätt om avtalet skulle fullföljas eller inte och boet i det enskilda fallet inte inträtt med ansvar fr o m konkursbeslutet. Eftersom nyttjanderättshavaren har sakrättsskydd mot boet så har boet ingen sådan valrätt vad gäller nyttjanderättshavarens anspråk på att få nyttja. Valrätt och teoretiskt utrymme för partiellt inträde finns däremot för biförpliktelsernas del, varför avräkning mot den häremot svarande delen av vederlaget kan ifrågasättas. Praktiska skäl talar dock starkt för att godta avräkning fullt ut.

I kvittningssituationen bör motsvarande principer gälla. Stöd för att kvittning medges ger rättsfallet NJA 1957 s 197.

2.3.2 Kritik

Nyttjanderättshavarens konkurs. En ingående och heltäckande kritiskt granskning av gällande regler för nyttjanderättshavarens konkurs har redan presterats i kap V, se främst det de lege ferenda-inriktade avsnitt 2.3. Se också sammanfattningar i lagtextform i kap V 2.3.4.7 och 2.3.6.

Kärnan i mina förslag är att ordningen med konkursboets ofta långvariga icke massaansvariga nyttjande av upplåtarens egendom avskaffas. Efter dansk, norsk och i viss mån även tysk förebild bör upplåtaren i stället alltid kunna göra avtalets fortsättning beroende av att konkursboet inträder med massaansvar fr o m konkursutbrottet. Om inte boet förklarar sig inträda inom en månad efter upplåtarens förfrågan, bör denne alltid få uppsäga avtalet med omedelbar verkan. För lokaler och arrendeställen där näringsverksamhet bedrivs förordas att upplåtaren utan vidare får massafordringar på vederlag, dels under den tid då konkursboet överväger hur det ska förfara, dels fram till den senare tidpunkt då boet efter ett negativt inträdesbesked ställer lokalerna eller arrendestället till upplåtarens disposition, längst till den tidpunkt då boet vräks i enligt 16 kap UB:s regler. Om boet faktiskt fortsätter att nyttja egendomen eller underlåter att föranstalta om åtgärder för utrymning bör boet, även om det gett upplåtaren ett negativt inträdesbesked, inom en kortare tid anses ha inträtt genom konkludent handlande.

Säkerställande- och överlåtelsealternativen i 8:18, 9:30 och 12:31 JB föreslås generellt avskaffade. Även då konkursen inträffar före tillträdet bör boet ha inträdesrätt. Boet bör vidare endast kunna överlåta nyttjanderätten mot upplåtarens vilja att säga upp avtalet då boet först trätt in i avtalet. Överlåtelse i konkurs bör alltså endast kunna ske från "massaplanet" om inte upplåtaren går med på något annat. Överlåtelserätten som sådan bör däremot vid lokalhyra utvidgas just för konkursfallet, i riktning mot vad som idag stadgas för konkursöverlåtelse av bostads- och lägenhetsarrenderätt, se 10:7 3 st och 11:7 JB – "till annan med vilken jordägaren skäligen kan nöjas".

Upplåtarens konkurs. Någon allvarligare kritik kan knappast riktas mot rådande regler vid upplåtarens konkurs. Mest otillfredsställande är helt enkelt att det i stort sett saknas lagregler som ger besked i någondera riktningen, t ex om boet har inträdesrätt, om partiellt inträde går för sig och om boet kan ådra sig massaansvar för biförpliktelser genom passivitet eller konkludent handlande.

På ett par punkter har jag i kap V 3.3 argumenterat för vissa lagändringar. Då nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd mot ny fastighetsägare idag är förhållandevis gott även före tillträdet, och inte skiljer sig särskilt mycket från skyddet för tillträdda nyttjanderätter, så menar jag

att uppsägningsrätten enligt 8:16 och 12:30 JB bör avskaffas. Vidare bör nyttjanderättshavarens avräknings- och kvittningsmöjligheter i upplåtarens konkurs begränsas i borgenärernas intresse av att kunna erhålla rimlig avkastning på fastigheten under konkursen. En för konkursfallet skärpt motsvarighet till dagens avräknings- och kvittningsbegränsande regler i 7:17 JB och 12:47 UB, vilka endast gäller mot ny fastighetsägare, har därför föreslagits i kap V 3.3.2.

2.4 Hyra av lös sak

2.4.1 Sammanfattning

I kap VI har undersökts vilka regler som gäller vid parternas konkurser vid olika typer av hyra av lös sak. I första hand har jag skrivit om finansiell leasing. Inledningsvis analyserades i korthet gränsen mellan sådana avtal och avbetalningsköp. I enlighet med gängse uppfattning blev slutsatsen och utgångspunkten för fortsättningen, att finansiell leasing, med eller utan optionsrätter, är en avtalstyp av eget slag eller en särskild typ av hyra av lös sak. Därmed är inte köplagens regler för köparens konkurs direkt tillämpliga vid leasetagarens konkurs. I stället får analogier sökas från främst reglerna för köp och hyra av fast egendom. Inte heller kan reglerna om köparens separationsrätt vid säljarens konkurs tillämpas vid leasing.

Hyrestagarens konkurs. I standardavtalen för finansiell leasing föreskrivs genomgående att leasegivaren har rätt att uppsäga avtalet med omedelbar verkan vid leasetagarens insolvens och konkurs. Då leasetagarens konkursbo bör anses ha motsvarande, tvingande rätt att kräva en ömsesidig fortsättning av avtalsförhållandet, som köparens och lokalhyresgästens konkursbo, saknar dessa hävningsklausuler verkan mot leasetagarens konkursbo. Hur boets övertagande av avtalet närmare bestämt går till är dock något oklart, då köplagens och hyreslagens regler här ger uttryck för delvis motstridiga principer.

Går leasetagaren i konkurs *före avlämnandet* av objektet bör konkursboet enligt min mening ha rätt att inträda i avtalet analogt med 40 § KöpL. Ett krav på säkerhet i analogi med 12:31 2 st JB förefaller inte motiverat om leasegivaren har separationsrätten i behåll och uppbär leasingavgiften i förskott per leasingperiod. Då konkursen inträffar *efter avlämnandet* får ledning i första hand sökas i 12:31 3 st JB, som behandlar fallet då lokalhyresgästens konkurs inträffar efter tillträdet. Lease-

tagarens konkursbo bör alltså ha rätt fullfölja avtalet om det antingen ställer säkerhet eller inträder. Inträdet bör ha verkan fr o m konkursbeslutet, liksom vid köp och hyra, och leasetagarens betalningsdröjsmål före konkursen bör inte kunna åberopas som hävningsgrund mot boet.

Ett avtal om finansiell leasing är definitionsmässigt ouppsägbart under en basperiod på mellan två och sju år. Om ett konkursbo, som ofta har en betydligt kortare livslängd, träder in i avtalet kan detta förhållande leda till problem, om boet inte kan erhålla leasegivarens samtycke till en förtida avveckling av avtalsförhållandet.

Tre lösningar på detta problem har jag diskuterat i kap VI 2.3.3, nämligen för det första att konkursboet ges en särskild rätt att säga upp avtalet efter att inträde skett, för det andra att boet ges rätt överlåta leasetagarens rättigheter och skyldigheter enligt avtalet ("kontraktet") och, för det tredje, att boet ges rätt att köpa leasingobjektet. Inget av alternativen kan med säkerhet sägas vara förenligt med gällande svensk rätt. Den särskilda uppsägningsrätten återfinns i dansk och norsk rätt men knappast i svensk. Däremot kan ifrågasättas om inte leasetagarens bo har en tvingande rätt att i strid med standardavtalens föreskrifter överlåta leasingrätten till en ny leasetagare som leasegivaren skäligen bör få nöja sig med. Enligt min mening är det mycket möjligt att detta är den dispositiva regeln i ett varaktigt och av personliga förhållanden ringa färgat avtalsförhållande som finansiell leasing. I analogi med modellen i 10:7 och 11:7 JB kan hävdas att överlåtelseregeln är tvingande just vid konkurs. Angående den tredje lösningen, den om köprätt för boet, kan sägas att avbetalningsköplagarna ger regler som medger köparen rätt att lösa varan genom förtida betalning av avbetalningsskulden. Åtminstone vid finansiella leasingavtal med köpoptionsrätt för leasetagaren bör det i vissa fall finnas möjlighet för konkursboet att med stöd av 36 § AvtL göra gällande en motsvarande rätt att i förtid köpa objektet till det diskonterade beloppet av återstående leasingavgifter under basperioden. Särskilt då boet saknar speciell uppsägningsrätt och kanske även överlåtelserätt, kan det befinna sig i situationen att leasingobjektet oundgängligen behövs för boavvecklingen samtidigt som boet inte har någon möjlighet att stå kvar avtalstiden ut, kanske för fyra-fem år ytterligare.

En viktig anslutande fråga är om leasetagarens konkursbos fortsatta nyttjande av leasingobjektet ska anses innebära att boet inträtt i avtalet genom konkludent handlande. En analogi från 41 § 2 st KöpL leder till en sådan slutsats, medan analogin från hyres- och arrendereglerna ger motsatt resultat. Enligt min mening bör lokalhyresreglerna i första hand ligga till grund för analogier till leasing i läget då avtalsobjektet avlämnats före konkursen, och den senare lösningen torde därför ligga närmare till hands enligt gällande rätt. Svaret är dock mycket osäkert.

Om leasetagarens konkursbo inte väljer att inträda eller ställa säkerhet får leasegivaren häva. Leasegivaren kan sedan återta objektet och göra gällande skadestånd och olika kostnader i samband med återtagandet som konkursfordringar. Boet torde vara skyldigt att hålla egendomen tillgänglig för hämtning och, om det behövs för att hindra värdeförstöring, vårda egendomen. För nödvändiga åtgärder kan boet förmodligen kräva ersättning. Kravet bör leasegivaren inte kunna kvitta bort mot sina nyssnämnda konkursfordringar. Leasingkontrakten ger leasegivaren rätt att vid hävning kräva skadestånd med ett belopp som ofta ska motsvara 75 % av återstående leasingavgifter under basperioden utan avräkning eller diskontering. När klausulerna läggs till grund för bevakning i leasetagarens konkurs kan boet givetvis, liksom leasetagaren själv kunnat utom konkurs, hävda att beloppet ska jämkas enligt 36 § AvtL, om leasegivaren vid klausulens tillämpning överkompenserats på ett sätt som är oskälig gentemot leasetagaren. En jämförelse får då göras med de dispositiva reglerna om skadeståndsberäkning vid kontraktsbrott och de tvingande uppgörelsereglerna för det funktionellt näraliggande avbetalningsköpet. Till skillnad från särskilt tysk rätt, där BGH i stor utsträckning ogiltigförklarat leasingkontraktens förfallo- och kombinerade skadeståndsklausuler, har HD såvitt bekant ännu inte avdömt något rättsfall om leasingklausulerna contra 36 § AvtL. I såväl dansk, norsk som tysk rätt kan boet också med stöd av tvingande konkursrättsliga regler i rätt stor utsträckning bestrida bevakning av större skadestånds- eller vitesbelopp efter hävning vid konkurs än den reella skadan intill det positiva intresset. Det är tveksamt om något liknande gäller i Sverige, särskilt då rätten till skadestånd för den solventa parten inte föreskrivs i konkurslagen utan i spridda och i princip dispositiva lagprodukter för olika avtalstyper. Avgörande för bedömningen bör visserligen vara, om den avtalade ersättningen i realiteten endast kommer ifråga vid hävning i konkurs, dvs att boet ges sämre rätt än gäldenären till nackdel för borgenärskollektivet, men i avsaknad av klargörande lagregler får ersättningsklausulerna måhända exklusivt bedömas enligt vanliga civilrättsliga jämknings- och ogiltighetsregler, i den mån återvinning inte kommer ifråga.

Uthyrarens konkurs. Här gäller först att avgöra om nyttjanderätten är sakrättsligt skyddad mot konkursborgenärerna. Traditionellt anses "saklega" inte alls kunna uppnå sakrättsskydd, men stödet för detta är klent. Endast ett referatmål från 1905 avseende utmätning och ett svårtolkat notisfall från 1917 avseende skyddet mot ny ägare kan anföras. Idag är man i litteraturen i stort sett ense om att åtminstone ekonomiskt betydelsefulla nyttjanderätter, såsom t ex finansiell leasing, borde kunna uppnå skydd. Oenighet råder däremot om detta kräver lagstiftning eller inte. Själv har jag, i likhet med Walin, i kap VI 3.2.1 pläderat för att en

leasetagare redan idag bör uppnå skydd mot leasegivarens konkursbo i och med besittningstagandet och att samma regel bör gälla mot ny ägare. Undantag kan diskuteras vid exekutiv försäljning, där skyddet nog bör vara beroende av en bedömning av om objektet kan säljas till ett betydligt högre pris utan än med det bestående nyttjanderättsavtalet. Skulle denna bedömning utfalla till nyttjanderättshavarens nackdel borde konkursboet vara skyldigt att erbjuda denne att lösa objektet till marknadspris. Sistnämnda regel kan troligen förespråkas först de lege ferenda.

Särskilt då avtalet innehåller köpoptionsrätt för leasetagaren bör sakrättsskydd för leasetagaren vara motiverat, bl a därför att redan köpoptionsrätten sedd för sig antas vara skyddad genom traditionen av den sak som optionen gäller. Och om optionsrätten är skyddad men inte nyttjanderätten, skulle boet genom återtagande kunna hindra leasetagarens fortsätta nyttjande men samtidigt tvingas respektera och förbehålla dennes rätt att i framtiden få välja att köpa. Detta vore en egendomlig ordning som undviks om helheten medges skydd.

Liksom vid nyttjanderätt till fast egendom omfattar sakrättsskyddet endast själva huvudanspråket på att få nyttja objektet, däremot inte positiva förpliktelser på vård, tillsyn, reparationer etc. Inte heller blir uthyrarens konkursbo utan vidare massaansvarigt för dessa "obligatoriska" förpliktelser då avtalet löper vidare i konkursen. Då utrymmet för en valrätt för boet mellan inträde och avstående alltså i princip är omvänt proportionellt mot förekomsten och omfattningen av sakrättsligt skydd för den solventa partens anspråk, blir analysen av inträdesfrågorna i hög grad olikartad beroende på vilken sakrättslig regel som antas gälla. Men oavsett om nyttjanderätt till lös sak kan erhålla skydd eller inte så menar jag att konkursboet har inträdesrätt då objektet avlämnats före konkursen. Har avlämnande inte skett är frågan mera tveksam. Som framgått får boets inträde särskilt stor betydelse för nyttjanderättshavaren om sakrättsskydd inte antas föreligga, eftersom han då får en massafordran som han annars inte har på såväl anspråket på att få nyttja som på eventuella positiva anspråk. Vid finansiell leasing ligger dock inga nämnvärda biförpliktelser på leasegivaren. I fall där underhållsplikt etc föreligger och vederlaget betalas i förskott kan diskuteras om inte upplåtarens bo är skyldigt att ställa säkerhet utöver massaansvaret. Säkerheten kan lättast etableras genom att ändra betalningssättet från förskott till efterskott.

Enligt min mening bör även redarens konkursbo ha inträdesrätt i ett tidscerteparti, om boet kan visa att det har tillräcklig kapacitet för fullgörelsen. Därtill får måhända krävas att redaren hade rätt att överlåta kontraktet. En större skiljedom meddelad i Stockholm 1984, i samband

med den s k Johansson-gruppens konkurser, förefaller utgöra ett visst om än svagt stöd för denna uppfattning.[2]

Om sakrättsskydd kan erhållas kan frågorna om partiell inträdesrätt, "kvardröjande" hävningsrätt för nyttjanderättshavaren, särskild uppsägningsrätt för boet, konkludent inträde, kvittning med konkursfordringar och avräkning på förskottsvederlag etc bedömas på motsvarande sätt som vid nyttjanderätt till fast egendom, se 2.3.1 ovan.

2.4.2 Kritik

Hyrestagarens konkurs. Jag har redan i kap VI 2.3.6 framfört ett flertal kritiska synpunkter på rättstillståndet vid nyttjarens konkurs, vartill hänvisas. Kort bör här upprepas att rättsläget är oklart på många punkter. Det är t ex osäkert om konkursboet måste ställa säkerhet för att få fortsätta avtalsförhållandet, om boet kan inträda partiellt med verkan fr o m konkursutbrottet, om boets fortsatta nyttjande bör anses utgöra konkludent inträde, om boet genom överlåtelse eller lösen kan avlasta sig ett långvarigt massaansvar etc. Orsaken till osäkerheten är, förutom förhållandet att det saknas lagregler för leasing och annan hyra av lös sak, att de främsta analogikällorna 39–41 §§ KöpL och 12:31 JB i flera frågor ger uttryck för motstridiga principer. Det är i dessa regler också svårt att med säkerhet säga vad som är huvudprinciper och vad som är undantag som motiverats av särskilda förhållanden för avtalstypen.

Standardkontraktens ovillkorliga hävningsregel ger vidare, liksom vid entreprenad, en missvisande bild av vad som gäller enligt de visserligen oklara med ändå i princip tvingande konkursreglerna. Även här vore det önskvärt med en revision av kontrakten tills de behövliga lagreglerna införts. De sakligt mest tillfredsställande reglerna för leasing och annan hyra av lös sak bör erhållas, om det regelsystem som jag föreslagit före hyra och arrende av fast egendom görs tillämpligt också på nyttjanderätt till lösa saker.

För förslag till särskilda regler om lösningsrätt för leasetagarens konkursbo, se utförligt kap VI 2.3.6.

Uthyrarens konkurs. Här är det först och främst otillfredsställande att man inte med acceptabel säkerhet kan säga om nyttjanderätt till lös sak, eller vissa typer därav, kan uppnå borgenärsskydd genom tradition.[3] Då reglerna om avtalets fortsättning under uthyrarens konkurs i hög grad är avhängiga av vilken sakrättslig regel som gäller, blir det därmed också svårt att fastslå vilka regler som råder i det obligatoriska förhållandet.

[2] Se härom kap VI 3.2.4.2 vid not 40 ff.

[3] Jfr nyligen Håstad i SvJT 1988 s 255.

Men även om man bortser från den sakrättsliga oklarheten är rättsläget förhållandevis svårbedömt, bl a därför att de regler som ligger närmast till hands för analogier, 39–41 §§ KöpL och 12:30–31 JB, här är ganska svårapplicerade. Visserligen torde grundprinciperna i dessa lagregler, jfr kap II 3 och 4 ovan, i stort sett kunna tillämpas vid uthyrarens konkurs, men hur reglerna ser ut i detalj kan inte fastställas med något större mått av säkerhet. Behovet av klargörande lagregler synes sammantaget vara stort.

2.5 Förlagsavtal och patentlicensavtal

2.5.1 Sammanfattning

I kap VII skrev jag om förlagsavtals och patentlicensavtals behandling vid parternas konkurser. Diskussionen bör i stora delar vara överförbar till näraliggande avtalstyper, t ex upphovsrättslicens för datorprogram.

Förläggarens och licenstagarens konkurs. I Sverige saknas särskilda lagregler för denna situation. Däremot stadgas i tysk lagstiftning angående förläggarens konkurs, att författaren ovillkorligen får häva avtalet om konkursen inträffar innan mångfaldigandet av verket påbörjats. Om mångfaldigandet påbörjats har förläggarens konkursbo rätt att välja mellan att inträda i förlagsavtalet och att avstå därifrån. Väljer boet att inte inträda och betala royalty som massaskuld återgår förlagsrätten omedelbart till författaren. Inneliggande boklager hos förläggaren ingår då visserligen i konkursboet men eftersom förlagsrätten återgått till författaren saknar boet rätt att sprida böckerna. Boet får i detta läge antingen makulera exemplaren, söka komma överens med författaren om spridning eller sälja dem till denne i avräkning på ett eventuellt skadeståndskrav. Om boet däremot väljer att inträda i förlagsförhållandet, med massaansvar för royaltybetalning och andra förläggarförpliktelser, kan boet såväl fortsätta producera som sälja exemplar.

För patentlicensavtal ges inga motsvarande särregler. Analogt med konkursrättsliga regler för hyra och arrende har dock licensgivaren omedelbar hävningsrätt om licenstagaren inte fått tillgång till uppfinningen före sin konkurs. Då sådan tillgång erhållits har både boet och licensgivaren uppsägningsrätt med den för arrende gällande uppsägningstiden om minst sex månader eller kanske, om mycket lång uppsägningstid avtalats, med kortare skälig uppsägningstid. Den lagstadgade

uppsägningstiden kan med giltig verkan avtalas bort. Under uppsägningstiden är boet massaansvarigt.

I Danmark finns inga särregler för de här behandlade avtalen. De generella reglerna för ömsesidigt förpliktande avtal torde i princip vara tillämpliga, men i vilken utsträckning avtalens särskilda karaktär föranleder avvikelser är något oklart. I rättsfallet UfR 1983.545H hade förlagsrätt upplåtits för produktion och försäljning av grammofonskivor och kassettband. Avtalet sas upp före förläggarens konkurs. Inget hade avtalats om vad som skulle hända med färdiga exemplar efter uppsägning. Konkursboet sålde de exemplar som låg i lager och upplåtaren krävde en massafordran på royalty, alternativt skadestånd, för försäljningen. Denne anförde att exemplaren ännu vid försäljningen hade omfattats av hans ensamrätt till spridning enligt 2 § URL. Eftersom avtalet upphört redan före konkursen förutsatte försäljningen därför särskilt samtycke, vilket inte inhämtats. Försäljningen utgjorde därför upphovsrättsintrång. Boet påstod häremot att spridningsrätten konsumerats före försäljningen, jfr 23 § URL. Højesteret fann att upphovsrättsintrång inte skett. Grunden för detta torde ha varit antingen att domstolen ansåg spridningsrätten konsumerad redan genom tillåtelsen till mångfaldigande i försäljningssyfte eller också att uppsägningen före konkursen visserligen hade verkan mellan parterna på lagerexemplaren, och att spridningsrätten således kvarstått mot gäldenären själv, men däremot inte gentemot tredje man, konkursboet.

I Norge gäller att förläggarens och licenstagarens konkursbo har inträdesrätt på vanligt sätt om inte annat följer av i första hand motpartens intresse av personlig fullgörelse eller av sekretess. Har produktionen inte påbörjats blir boet vid inträde massaansvarigt fr o m konkursdagen. Har produktionen däremot påbörjats före konkursen, och har det då företagits investeringar av betydelse, får författaren/licensgivaren endast en konkursfordran på royalty då konkursboet fortsätter produktionen eller säljer redan före konkursen framställda varor. Bara om den solventa parten utför positiva prestationer efter konkursutbrottet får han en massafordran.

I Sverige har i rättsfallet NJA 1966 s 241 måhända gjorts en liknande bedömning. Här blev konkursboet inte skyldigt att betala royalty som massaskuld då boet sålde böcker enligt ett förlagsavtal som ännu bestod vid försäljningen. Eftersom författarna i målet inte gjorde gällande att de hade rätt att häva och återfå förlagsrätten om boet inte trädde in i avtalet, och författarna inte heller påstod att avtalet automatiskt upphört på grund av konkursen, så är dock prejudikatvärdet av fallet enligt min mening mycket begränsat från såväl upphovsrättslig, sakrättslig som "inträdesrättslig" synpunkt.

Själv har jag argumenterat för att följande regler, som ligger nära de tyska, bör anses gälla de lege lata. Vid förlagsavtal får författaren ovillkorligen häva om inte mångfaldigandet av verket påbörjats före konkursen. På liknande sätt får licensgivaren häva om inte licenstagaren företagit investeringar av betydelse före konkursen. Avtal om ovillkorlig hävningsrätt vid nyttjarens konkurs kan i motsvarande mån göras gällande mot boet. Har mångfaldigandet påbörjats/investeringar av betydelse lagts ned så har boet däremot rätt att träda in och fullfölja avtalet. Avtal om hävningsrätt eller automatisk upplösning är här utan verkan mot boet. Genom inträdet blir boet massaansvarigt för royaltybetalning och andra avtalsförpliktelser fr o m konkursdagen. Vägrar boet att inträda så kan författaren/licensgivaren häva och i princip separera sin upplåtna immaterialrätt. Fortsätter boet ändå produktionen så innebär det intrång i ensamrätten.

Vad gäller då om boet bara säljer ut exemplar/alster som är färdigställda på konkursdagen? Måste boet även här inträda med massaansvar? Enligt min åsikt måste boet i vart fall ta på sig betalningsansvar för royaltyn, även om boet kanske inte bör bli ansvarigt för övriga avtalsförpliktelser, dvs inte inträder i egentlig mening. Det bör i princip inte vara någon skillnad mellan produktions- och försäljningsfallet därför att någon sådan skillnad inte är hållbar från vare sig upphovsrättslig, kontraktsrättslig eller sakrättslig synpunkt. Att boet tvingas betala en mindre del av försäljningsintäkten som royalty till upplåtaren är inte heller på något sätt oskäligt eller orimligt och leder inte till något oacceptabelt avbräck för borgenärskollektivet.

När boet inträtt uppkommer frågan om omfattningen av boets massaansvar framåt i tiden. I förlagsförhållanden torde boet endast vara massaansvarigt för den upplaga som boet färdigställer eller säljer ut i konkursen men inte för några fler. Vid patentlicens finns ofta inte liknade naturliga periodiseringsmöjligheter. Licenstagarens bo kan då de lege lata endast utnyttja vanliga obligationsrättsliga regler om uppsägningsrätt vid varaktiga avtal i samma utsträckning som utom konkurs. De lege ferenda torde finnas behov av regler om särskild uppsägningsrätt för boet efter inträde.

Boets möjlighet att överlåta förlags- eller licensrätten är av stor ekonomisk betydelse för borgenärerna. I den mån upplåtaren inte har ovillkorlig hävningsrätt enligt det ovan sagda, torde konkursbona analogt med 9:30 och 12:31 3 st JB kunna överlåta den upplåtna rätten, som ett alternativ till inträde, i den mån överlåtelse alls är tillåten utan upplåtarens samtycke. (Har boet först inträtt är det givet att överlåtelse alltid får ske i minst samma utsträckning som utom konkurs.) Den klara huvudregeln är därvid att överlåtelse av förlagsrätt och immaterialrätts-

licens kräver samtycke av upplåtaren. Förlagsrätt (och annan upphovsrättslicens, mönsterrättslicens, växtförädlarrättslicens samt datorchipslicens) för dock alltid överlåtas tillsammans med en överlåtelse av hela eller delar av rörelsen. För patentlicens (och varumärkeslicens) finns ingen motsvarande rörelseregel. Sker överlåtelse gäller in dubio för alla de nämnda avtalstyperna, att förvärvarens ansvar för fullgörelsen uppkommer vid överlåtelsetidpunkten medan överlåtarens ansvar kvarstår om inte upplåtaren uttryckligen eller konkludent gått med att det ska upphöra. Ifall boet avvecklas innan förvärvaren fullgjort alla sina förpliktelser mot upplåtaren, torde konkursförvaltaren därför vara skyldig att avsätta medel för det kvarstående ansvaret (den villkorliga skulden) till upplåtaren. Detta gäller i princip både då boet överlåter efter att ha inträtt och då överlåtelse sker från "konkursfordransplanet". En annan sak är att avsättning i det senare fallet kan undvaras om det står klart att upplåtarens konkursfordran inte får någon utdelning i konkursen.

Förläggarens eller licenstagarens bo bör slutligen ådra sig massaansvar genom konkludent handlande såväl då det påbörjar och fullföljer produktionen som då det endast säljer ut inneliggande exemplar eller varor. För det sistnämnda läget får de lege lata, trots allt, en viss reservation göras med hänsyn till utgången i NJA 1966 s 241.

Författarens och licensgivarens konkurs. Upphovsrätt (endast de ekonomiska befogenheterna i 2 § URL avses) är enligt 42 § URL inte åtkomlig för exekution hos den ursprunglige skaparen/upphovsmannen själv. Hos personer eller företag som förvärvat upphovsrätten är den däremot åtkomlig på i princip samma sätt som annan lös egendom. Detta gäller i full utsträckning för patent- och mönsterrätt medan varumärkesrätt inte kan utmätas men däremot ingå i konkurs. I den utsträckning immaterialrätt kan bli föremål för exekution så får frågan om sakrättsligt skydd stor betydelse. Rätt stor enighet råder i litteraturen om att licensrätt (och i förekommande fall förlagsrätt) uppnår borgenärsskydd redan genom avtalet. För skyddet mot ny innehavare (och ny licenstagare) torde motsvarande gälla enligt prioritetsprincipen: den som först slutit giltigt avtal med upplåtaren vinner. Sakrättsskyddet innebär i konkursfallet att licensgivarens bo inte har rätt att genom uppsägning eller annan åtgärd beröva licenstagaren rätten till nyttjande. Däremot är inte boet skyldigt att fullgöra positiva förpliktelser såsom information om tekniska förbättringar, underhåll av uppfinningen, service, utbildning av personal etc. En annan sak är att boets underlåtenhet att fullgöra dessa skyldigheter kan betyda att avtalet blir ointressant för licenstagaren eller utgör kontraktsbrott som ger honom rätt till hävning eller avdrag på vederlaget.

En valrätt för konkursboet kommer således ifråga endast avseende biförpliktelser. Vad som sagts om inträdesfrågorna och anslutande problem för upplåtarens konkurs för hyra av lös sak (för fallet att sakrättsskydd antas föreligga) och fastighet gäller mutatis mutandis även vid licensgivarens konkurs.

2.5.2 Kritik

Den största bristen på detta rättsområde är utan tvekan den totala avsaknaden av klargörande lagregler. Särskilt för de ofta förekommande licensavtalen av olika slag är den rättsosäkerhet som följer härav besvärande. Knappast i någon enskild fråga går det att ge ett säkert svar. Problemen vid konkurs försvåras av att den immaterialrättsliga lagstiftningen med få undantag inte innehåller några rent kontraktsrättsliga regler som kan ligga till grund för konkursbedömningen. Även brister i de lagregler som finns, t ex att upphovsrättslagen kallar upplåtelse för överlåtelse, kan ge anledning till missförstånd och förvirring. Visserligen kan man, medelst en noggrann analys på basis av allmänna kontraktsrättsliga, konkursrättsliga och sakrättsliga principer samt analogier från främst 39–41 §§ KöpL och 12:31 JB, komma fram till innehållsmässigt i stort sett tillfredsställande regler. Men det säger sig självt att det på den vägen är svårt att med praktiskt användbar precision fastslå vad som exakt gäller. Förutsebarheten blir det inte mycket bevänt med.

I avtalspraxis brukar så gott som alltid intas upplösnings- eller ovillkorliga hävningsklausuler för konkursfallet. Ofta föreskrivs samma regler för båda parters konkurser. Liksom vid andra avtalstyper är det viktigt att framhålla att dessa klausuler saknar materiell rättsverkan mot konkursboet, i den utsträckning boet har rätt att kräva en ömsesidig fortsättning av avtalsförhållandet enligt tvingande rätt. Och boet bör i normalfallet anses ha sådan rätt om det tar på sig massaansvar och, vid nyttjarens konkurs, produktionen igångsatts. Att konkursklausulerna är ömsesidiga innebär inte att de blir rättvisare mot parternas konkursbon.

Vid *förläggarens/licenstagarens konkurs* har rättsfallet NJA 1966 s 241 tidigare tillagts alltför stor betydelse, vilket i och för sig är förklarligt när det i övrigt saknas handfasta rättskällor. Generellt har vidare förlagsavtalen, i enlighet med URL:s terminologi, analyserats som ett överlåtelsefall fastän det, åtminstone från kontraktsrättslig och sakrättslig synpunkt, endast är fråga om en upplåtelse av egendom för nyttjande på motsvarande sätt som vid licens. Detta har framför allt inneburit att den sakrättsliga utgångspunkten enligt min mening varit felaktig.

Av de olika detaljfrågorna bör särskilt nämnas den om konkursboets möjligheter att överlåta upphovsrätts- och patentlicens utan motpartens samtycke. Enligt gällande dispositiva lagregler är dessa möjligheter mycket begränsade, se 28 § URL och 43 § PatL. Enligt min mening kan här övervägas införande av regel som säger att boet får överlåta licensrätten till en ny licenstagare med vilken licensgivaren skäligen får nöja sig. (Möjligen är en liknande regel försvarbar även utom konkurs). För att få någon praktisk betydelse bör regeln vara tvingande till konkursboets förmån. Se för närmare argumentation kap VII 2.2.6 ovan. Vid licenstagarens konkurs torde också finnas ett behov av en särskild regel om uppsägningsrätt för boet efter att det inträtt med massaansvar, jfr kap VII 2.2.5 mot slutet.

Vid *upplåtarens konkurs* är det först och främst otillfredsställande att inte frågan om sakrättsligt skydd säkert kan besvaras med stöd av lag eller rättspraxis. Även om skydd idag antas uppkomma genom avtalet förefaller skydd genom registrering hos PRV vara att föredra de lege ferenda, jfr 101 § 2 st PatL där det helt nyligen införts en regel om att licensrätt gäller mot panthavare om licensavtalet slutits före ansökan om registrering av pantavtalet.[4]

2.6 Anställningsavtal

2.6.1 Sammanfattning

De svenska reglerna om anställningsavtalets behandling vid *arbetsgivarens konkurs* har i svensk rätt under lång tid utvecklats i rättspraxis, se från modern tid främst NJA 1963 s 331, 1967 s 260, 1971 s 31, 1975 s 444, 1979 s 253, 1985 s 50 samt AD 1982 nr 143 och 150. I korthet gäller följande.

Konkursboet har rätt att säga upp avtalet med skälig uppsägningstid. Vad som är skälig uppsägningstid bestäms, i princip oberoende av enskilt anställningsavtals och kollektivavtals uppsägningstidsregler, med hänsyn till anställningens art och längd. Med arbetets art menas främst hur kvalificerat arbetet är och hur betydelsefullt det är för gäldenärsföretaget. Minimiskyddet i anställningsskyddslagen måste förmodligen respekteras av konkursboet. Däremot kan den skäliga uppsägningstiden vara längre än vad som föreskrivs i 11 § LAS. Även om anställningsav-

[4] Se prop 1987/88:4 s 18–20.

talets och kollektivavtalets uppsägningstider som sagt inte är bindande för boet så tjänar dessa naturligen som utgångspunkt för bedömningen. Enligt HD och motiven till 12 § FRL ska anställningsavtalets uppsägningstid godtas om inte särskilda skäl talar emot det.

Även då arbetstagaren uppsagts (eller själv sagt upp sig) *före* konkursen kan han i konkursen förmodligen inte göra gällande uppsägningstid och betalningsrätt för längre tid än vad skälighetsregeln medger. Å andra sidan har konkursboets uppsägning endast verkan i konkursen. Efter densamma kan arbetstagaren i princip kräva ersättning för vanlig uppsägningstid eller för resterande delen av en bestämd avtalstid, vilket kan ha betydelse då arbetsgivaren är en fysisk person eller juridisk person som mot vanligheten "överlever" konkursen.

Även arbetstagaren torde ha särskild rätt att säga upp sig med skälig uppsägningstid vid arbetsgivarens konkurs, även om det inte finns något direkt stöd för detta vare sig i lag eller rättspraxis. Frågan saknar betydelse från ren löneskyddssynpunkt och generellt vid tillsvidareavtal. För en visstidsanställd men goda möjligheter till en annan anställning kan dock motsatsen gälla.

Under uppsägningstiden i konkursen är lönefordringar och andra fordringar på grund av anställningen konkursfordringar och inte massafordringar även då arbete sker för boets räkning. Lönefordringarna etc under den skäliga uppsägningstiden är emellertid säkrade genom den statliga lönegarantin, dock högst för sex månader. Lönegarantin omfattar också fordringar som inte förfallit till betalning tidigare än ett år innan konkursansökningen gjordes, se 12 § FRL och 2 § LGL. Avser före konkursen förfallna fordringar uppsägningstid så gäller förmodligen den allmänna skälighetsregeln men däremot inte sexmånadersgränsen. 12 § FRL är här något oklar. Lönegarantin är maximerad till tolv basbelopp enligt lagen om allmän försäkring, vilket för närvarande innebär ca 300 000 kr före skatt. För utbetalda medel har staten en regressrätt som är förenad med allmän förmånsrätt i arbetsgivarens konkurs. Förmånsrätt är också av direkt betydelse för den arbetstagare som har lönefordringar som överstiger tolv basbelopp. Lönegarantin finansieras genom en arbetsgivaravgift som uppgår till 0,2 % av avgiftsunderlaget.

Om arbetstagarens fordran överstiger tolv basbelopp, den skäliga uppsägningstiden är längre än sex månader eller arbetstagaren är närstående till konkursgäldenären på sätt som anges i 12 § 3 st FRL så kan lönegaranti (och i de två senare fallen även förmånsrätt) utebli. I rättspraxis har antagits att arbetstagarens fordran under uppsägningstid i konkurs är en konkursfordran även i dessa fall. Detta betyder dock säkerligen inte att han utan vidare skulle vara arbetsskyldig, utan han kan

kräva att konkursboet inträder med massaansvar. Möjligen kan också säkerhet krävas.

Om inte konkursboet inom en kortare tid efter konkursutbrottet säger upp anställningsavtalet så inträder boet i avtalet om det fortsätter att ta arbetskraften i anspråk, se NJA 1979 s 253, AD 1982 nr 143 och 150. Boets inträde har i dessa rättsfall ansetts förutsätta arbetstagarens uttryckliga eller konkludenta medgivande, trots att massafordringarna i arbetsgivarens konkurs omfattas av lönegarantin om boet försätts i konkurs. Konkursboet har alltså ingen ensidig rätt att inträda i anställningsavtal. Frågan när en konkludent överenskommelse om boets inträde i avtalet ska anses ha skett bedöms efter förhållandena i det konkreta fallet. Enligt HD i NJA 1979 s 253 måste därvid beaktas betydelsen av att arbetstagaren omfattas av lönegarantin. (Detta synes dock AD inte ha gjort i rättsfallet AD 1982 nr 150.) Så snart omständigheterna medger måste förvaltaren besluta om boet ska inträda i eller säga upp anställningsavtalen.

Efter att boet trätt in finns det inte någon särskild konkursrättsligt grundad rätt att säga upp avtalet. Vanliga regler om uppsägning av tillsvidareavtal vid arbetsbrist eller andra sakliga skäl kan dock givetvis användas även av boet. Vid en sådan uppsägning ska anställningstiden hos gäldenären medräknas då uppsägningstiden beräknas.

Då konkursboet önskar överlåta anställningskontrakten med verksamheten krävs arbetstagarnas samtycke enligt allmänna regler. Kan inte alla anställningar övergå så kan boet uppsäga på grund av arbetsbrist. De uppsagda arbetstagarna har sedan företrädesrätt då förvärvaren nyanställer. Vid överlåtelse svarar förvärvaren in dubio för lönerna fr o m tillträdesdagen, medan överlåtarens ansvar i princip kvarstår tills arbetstagarna, eventuellt konkludent, medgett att det upphört. Kanske upphör dock överlåtarens ansvar alltid vid utgången av en fiktiv uppsägningstid, räknad från överlåtelsen/tillträdesdagen.

Om boets överlåtelse sker efter att det trätt in i anställningsavtalen torde förvaltaren senast vid den slutliga boavvecklingen vara skyldig att avsätta medel för den villkorliga massalöneskulden. Sker överlåtelsen då skälig uppsägningstid löper så har boet i normalfallet inget kvarstående löneansvar, eftersom lönen under uppsägningstiden, och för tiden dessförinnan, är en konkursfordran som är säkrad med lönegaranti. Om boet slutligen överlåter anställningskontrakten utan att ha vare sig inträtt eller uppsagt så täcker lönegarantin även här eventuella restantier från tiden före och under konkursen före tillträdesdagen. En efter överlåtelsen kvarstående konkursfordran mot gäldenären bemästras med hjälp av avräkningsregeln i 12 § 1 st 3 p FRL, jfr 13 § LAS.

Vid *arbetstagarens konkurs* blir inte uppsägnings- och inträdesfrågorna aktuella för konkursboet. Inte heller har arbetsgivaren någon särskild rätt att uppsäga avtalet. Problemet är i stället i vilken utsträckning borgenärena kan lägga beslag på lönen.

2.6.2 Kritik

Redan i kap VIII 2.2 har jag på en del punkter kritiserat rådande konkursregler för anställningsavtalen.[5] Förutom det faktum att klara lagregler saknas för de inte alldeles lättillgängliga uppsägnings- och inträdesreglerna som sådana – dessa bör lagfästas, 12 § FRL reglerar ju bara förmånsrätten och indirekt lönegarantin och är dessutom oklart skriven – så menar jag *att* det åtminstone teoretiska kravet på arbetstagarnas samtycke för konkursboets inträde bör avskaffas, *att* reglerna i stället bör utgå från en inträdesrätt för konkursboet *och att* denna rätt bör kunna utövas genom såväl en uttrycklig som konkludent viljeförklaring från boets sida. Därmed slipper man till stor del komplicerade och konstruerade avtalsbindningsresonemang samt erhåller systematisk överensstämmelse med inträdesmekanismen vid andra avtalstyper, se närmare i kap VIII 2.2.6–7. Och om boet blir insolvent omfattar lönegarantin i boets konkurs massafordringarna i gäldenärens.

I samband med en sådan reform kan diskuteras om arbetstagarna alltid och ovillkorligen bör få säga upp sig på grund av konkursen som sådan. Jämför de danska reglerna, enligt vilka arbetstagaren får häva först om de genom konkursen förändrade förhållandena ger honom särskild anledning därtill, t ex då arbetet väsentligt ändrar karaktär. Inte heller uppsägningsrätt med sedvanligt eller rimligt varsel torde tillerkännas honom. Uppsägning kan dock ske även i konkurs om personförändringen på arbetsgivarsidan är sådan att den kan åberopas enligt allmänna regler.[6] I Norge har arbetstagaren däremot alltid uppsägningsrätt med en månads varsel, men regeln synes mera ha uppställts av rättstekniska skäl än på grund av att den ansetts sakligt nödvändig.[7] I gällande tysk rätt ges bägge sidor uppsägningsrätt på grund av konkursen som sådan, men enligt 1985 års insolvensrättsförslag får endast insolvensförvaltaren särskild uppsägningsrätt i reorganisationsförfarandet. En enskild arbetstagare som har ett berättigat intresse av förtida besked, t ex om han är i färd med att söka ny anställning, kan dock begära att det sätts ut en frist inom vilken förvaltaren måste meddela om

[5] Endast arbetsgivarens konkurs avses i det följande.
[6] Se kap VIII 2.1.1 inledningsvis.
[7] Se kap VIII 2.1.2 inledningsvis.

han tänker utöva sin uppsägningsrätt. Ges inget besked så förlorar boet uppsägningsrätten. (I det föreslagna likvidationsförfarandet, som ska tillgripas då det står klart att det enda alternativet är en nedläggning av verksamheten, ges däremot – naturligen – bägge sidor uppsägningsrätt.)[8]

En fullt acceptabel svensk motsvarighet borde vara, att arbetstagarna får säga upp sig först då konkursförvaltaren inte inom en kortare tid förklarar att boet trädar in i anställningsavtalen. Då boet inte träder in bör arbetstagarna kunna utgå ifrån att det sannolikt inte kommer till stånd någon rekonstruktion av verksamheten. Och arbetstagarnas rätt att säga upp sig enligt allmänna arbetsrättsliga regler kvarstår givetvis även under arbetsgivarens konkurs. Vid ändrade förhållanden kan givetvis även 36 § AvtL användas på vanligt sätt.

Det gällande regelsystemets grundkonstruktion kan vidare övervägas att ändras oavsett om arbetstagarna ges uppsägningsrätt på grund av konkursen som sådan eller inte. Idag är de svenska reglerna i huvudsak uppbyggda så, att konkursboet måste säga upp anställningsavtalen för att undvika inträde med massaansvar (medelst konkludent överenskommelse) och att lönefordringar för arbete i konkursen före uppsägningen och under uppsägningstiden är konkursfordringar säkrade med lönegaranti. Staten (lönegarantifonden) har sedan regressrätt förenad med allmän förmånsrätt. Denna grundsystematik kan jämföras med modellerna i Danmark, Norge och Västtyskland.[9]

I *Danmark* kan arbetstagaren fråga boet om det avser att inträda och häva om inte positiva besked ges inom skälig tid. Om boet *inom* 14 dagar efter konkursutbrottet självmant förklarar att det inte avser att inträda så undviker boet massaansvar. Lönen för de 14 dagarna är en konkursfordran säkrad med lönegaranti, i den mån inte arbetstagarna faktiskt utfört arbete åt boet: i så fall är lönen massafordran. Om boets förklaring om icke-inträde kommer *senare* än 14 dagar efter konkursutbrottet så är lönen alltid massafordran t o m boets förklaring. Om boet väntar längre så kan arbetstagaren fråga om inträde och häva enligt det först sagda. Dessutom riskerar boet att inträda i avtalet om det inte avger någon förklaring och de anställda fortsätter att utnyttjas. Boet kan efter att ha inträtt säga upp avtalet med sedvanligt eller rimligt varsel. Om boet inte uttryckligen förklarar sig avstå från att inträda och inte utnyttjar arbetskraften torde boet anses ha avstått från att inträda. Lönegarantin omfattar fordringar som förfallit sex månader före konkursen, den konkursfordran för 14 dagar i konkursen som nyss nämndes samt skadestånd i samband med uppsägning eller hävning. Statens regressanspråk har all-

[8] Se kap VIII 2.1.3 t o m det första packade stycket.

[9] Se avsnittshänv i de tre föregående noterna.

män förmånsrätt. Under konkursen i övrigt är lönefordringarna massafordringar (som inte omfattas av lönegaranti).

Också i *Norge* kan arbetstagaren kräva att boet inom skälig tid ger besked om det avser att inträda.[10] Såväl boet som arbetstagaren kan säga upp med en månads varsel. Om boet förklarar sig avstå från att inträda inom 14 dagar inträder boet inte automatiskt. Lönen från konkursutbrottet till förklaringen är ändå en massafordran. Försummas fristen inträder boet i avtalet men kan därefter säga upp den anställde med "sedvanemessig" eller en månads uppsägningstid. Lönegarantin omfattar lönefordringar som förfallit inom sex månader före konkursutbrottet, däremot aldrig fordringar som avser konkurstid: sådana är alltid massafordringar. Statens regress på lönegarantin har allmän förmånsrätt.

I *Västtyskland* har som sagt båda sidor uppsägningsrätt med uppsägningstid. Uppsägningsrätten kan utnyttjas hur sent som helst under konkursen utan några andra följder än att boets massaansvar, som uppkommer automatiskt fr o m konkursutbrottet, blir långvarigare. Om t ex uppsägning sker tre månader efter konkursutbrottet med tre månaders uppsägningstid, blir boet således massaansvarigt för sex månaders lön. Lönegaranti utgår för de sista tre månaderna före konkursen. För månad 4–6 före konkursen får arbetstagaren en massafordran av andra klassen. För månad 7–12 före konkursen ges han allmän förmånsrätt. Statens regress på lönegarantin har allmän förmånsrätt. Enligt 1985 års insolvensrättsförslag får som sagt endast förvaltaren uppsägningsrätt då reorganisationsmöjligheten ännu står öppen. Liksom idag blir all lön under förfarandet massafordran. Samtliga allmänna förmånsrätter och massafordringar av andra klassen föreslås avskaffade, även förmånsrätten för regresskravet för utbetalda lönegarantimedel. Alla fordringar från tiden före insolvensförfarandet blir således oprioriterade. Lönegarantin bevaras dock för tre månaders lön före förfarandet. Vid massabrist omfattar lönegarantin lön för en månad före boets offentliggjorda insolvens.

Det som framför allt skiljer det svenska systemet från de utländska är att konkursboet i Sverige inte behöver betala lön som massaskuld för arbete under konkursen om de anställda sägs upp i anslutning till konkursutbrottet. Det arbete som boet tillgodogör sig betalas i stället av staten/lönegarantifonden, dvs ytterst av alla företagare som betalar arbetsgivaravgift. Detta ger boet konkurrensfördelar som är högst tvivelaktiga. Dessutom gynnas konkursalternativet framför rekonstruktion genom ackord eftersom lönegaranti endast utbetalas vid konkurs. Rekonstruktion genom konkurs är bl a därför mycket vanligare än ackord.[11]

[10] Med norsk rätt avses de i NOU 1972:20 föreslagna lagreglerna, jfr kap VIII 2.1.2 inledningsvis.

[11] Se t ex SIND 1985:7 s 115 och 139 f.

Som framhållits ovan[12] behöver boets uppsägning med det rådande systemet vidare inte alls betyda att förvaltaren gett upp möjligheterna till en rekonstruktion av verksamheten. Eftersom uppsägningstiderna är långa kan rörelsen drivas vidare i full skala även i detta fall. Och även om genomförandet av uppsägningar kan medföra risk för att arbetstagarna ser sig om efter annat arbete så innebär ändå det faktum, att en uppsägning leder till att boet slipper att stå för lönekostnaderna för den fortsatta driften, att förvaltaren nästan alltid väljer och bör välja uppsägning framför inträde. I samband med uppsägningen kanske förvaltaren då i stället går ut med försäkringar om att anställningarna ska bevaras och så småningom kan övergå i samband med en försäljning av rörelsen.

Med den konstruktion som finns idag har alltså inte alternativen inträde och uppsägning den innebörd som man skulle kunna ha anledning att förvänta. Om arbete åt boet liksom i dansk, norsk och tysk rätt alltid gav arbetstagaren en massafordran skulle detta förhållande till stor del rättas till. Det stod då inte så mycket att vinna på att välja uppsägning i stället för inträde. Om boet dessutom gavs särskild uppsägningsrätt efter att inträde skett (jfr de danska och norska reglerna), vilket skulle få betydelse främst vid långvariga visstidsavtal, blev det än mindre skäl för boet att inte träda in vid fortsatt drift. Dessutom är det som sagt, utifrån synpunkten illojal konkurrens, välkommet att borgenärerna får stå för det arbete som de får nytta av vid fortsatt drift.

Nyligen har Anna Moberg föreslagit att arbete åt boet bör ge en massafordran på lönen.[13] Hon menar till en början att boet liksom idag bör inträda i egentlig mening om det underlåter att säga upp anställningsavtalen. Också när boet säger upp men fortsätter att utnyttja arbetstagarna bör boet bli massaansvarigt, däremot inte om de uppsagda arbetstagarna inte utnyttjas av boet. Alla löner under konkursen skulle ändå förskotteras via lönegarantin. I de fall lönen är massafordran får då staten regressrätt mot boet som sådant, medan regressen för lön under uppsägningstid då arbete inte utförts skulle vara en oprioriterad fordran. Den allmänna förmånsrätten för regressanspråket för sistnämnda fordran föreslår Anna avskaffad.

Som skäl för förslagen anges bl a *att* massaansvar för utnyttjad arbetskraft bättre överensstämmer med principerna vid andra avtalstyper, *att* boet bara bör betala för arbete som det tillgodogör sig, *att* problemet med illojal konkurrens avhjälps, *att* rekonstruktioner genom ackord utan konkurs understöds och *att* massafordringar på lön enligt 14:18 KL kan tas ut ur företagshypoteksegendom, vilket bör leda till att bankerna bevakar sin kredit bättre. Detta är önskvärt bl a därför att olönsam drift

[12] Se främst kap VIII 2.2.7 i anslutning till AD 1982 nr 143.

[13] Se Moberg i SvJT 1988 s 114–116 och 122 f samt Håstad i SvJT 1988 s 231 f.

idag pågår alltför länge innan rekonstruktionsåtgärder vidtas, vilket ofta lär bero på att bankerna ger kredit in i det sista i förlitan på goda realsäkerheter.[14] För lönegarantifonden sägs det hela gå ungefär jämt ut.

Håstad anför på liknade sätt att lönefordringarna under konkursen bör bli massafordringar då boet tillgodogör sig arbete men inte annars.[15] Improduktiva lönefordringar bör vara oprioriterade och betalas över lönegarantin som ett slags arbetslöshetsunderstöd och regressanspråket blir också oprioriterat. Även förmånsrätten för förfallen lön före konkurs föreslås avskaffad i den mån lönen omfattas av lönegarantin, dvs när det i realiteten är fråga om en förmånsrätt för lönegarantifondens regresskrav. För anspråk som överstiger lönegarantins tak förordas däremot förmånsrätt för 1–2 månaders lön före konkursen.

Själv håller jag som framgått i huvudsak med Moberg och Håstad. Boet bör självt betala för arbete som det tillgodogör sig under konkursen. Statens ansvar för betalning för sådant arbete bör i princip avskaffas. (En annan fråga är om staten av praktiska skäl ändå ska förskottera alla löner, se nedan.) Vidare är det knappast så viktigt att lönegarantifonden får god utdelning på regresskrav som är konkursfordringar att förmånsrätt bör vara motiverad. Detta gäller för anspråk såväl grundade före som under konkurs. Jämför även det tyska insolvensrättsförslaget lösning, där alla allmänna förmånsrätter inklusive förmånsrätten för regressen på lönegarantin rensats bort. Enligt min mening bör det i Sverige inte bevaras någon löneförmånsrätt alls. Lönefordringar från tiden före konkursen som överstiger lönegarantins tak bör "utrotas" genom en generös beloppsgräns för lönegarantin för lönefordringar som inte förfallit tidigare än sex månader före konkursen.[16]

Bör då dagens grundläggande uppsägnings- och inträdesmekanism bevaras med de angivna principerna inordnade? En tyskinspirerad variant är att boet alltid blir automatiskt massaansvarigt fr o m konkursdagen men när som helst kan säga upp avtalet med LAS' minimitider och på så sätt väsentligen begränsa lönekostnaderna till produktivt arbete. Skadestånd för bortfallet av den lön som hade erhållits om bestämd avtalstid eller vanlig uppsägningstid iakttagits blir då en konkursfordran som omfattas av lönegaranti. Ett annat alternativ är att som i Norge ålägga boet skyldighet att inom en kortare tid meddela arbetstagarna om det avser att träda in i avtalen eller inte. Försummas fristen inträder boet fullt ut men kan härefter alltid säga upp avtalen med ett kortare varsel än enligt allmänna regler. Då boet meddelar att det inte

[14] Jfr särskilt SIND 1985:7 s 150 ff.

[15] Håstad i SvJT 1988 s 231 f.

[16] Jfr lönegarantiutredningens förslag om nedkortning av tiden till lönefordringar som förfallit senare än sex månader före konkursen, se DsA 1983:15 s 15 och 49–65.

avser att träda in kan arbetstagarna *antingen* ges rätt att frånträda med omedelbar verkan och bevaka lönegarantisäkrat skadestånd (jfr t ex 40 § KöpL) *eller* ges uppsägningsrätt med skäligt varsel *eller* så kan man tänka sig att skälig uppsägningstid automatiskt börjar löpa vid utgången av fristen eller från den tidigare tidpunkt då boets ställningstagande föreligger.

Slutligen har vi dagens modell, enligt vilken boet inträder om förvaltaren inte säger upp anställningsavtalen inom en kortare tid efter konkursutbrottet. Sägs avtalen upp löper skälig uppsägningstid. På motsvarande sätt som enligt de andra modellerna skulle boet under uppsägningstiden bli massansvarigt för utnyttjad arbetskraft medan lön för improduktiv del av uppsägningstiden betalas via lönegarantin i den mån inte avräkning enligt 12 § 1 st 3 p FRL ska ske. I den klara systematikens intresse bör därtill alla lönefordringar för tiden från konkursutbrottet till boets uppsägning eller inträde alltid vara massafordringar. I den delen får presumeras att arbete kommit boet till godo.

Vilken av de anförda modellerna som väljs bör delvis bero på hur det framtida regelsystemet för ömsesidiga avtals behandling vid konkurs kommer att vara uppbyggt generellt sett. Men anställningsavtalen är så speciella att smärre avvikelser utan vidare bör kunna accepteras, jfr särreglerna i de tre utländska regelssystemen. En annan synpunkt är att man inte bör göra större ingrepp i gällande och inarbetade regler än nödvändigt. Dessutom är det önskvärt att konkursreglerna så långt möjligt överensstämmer med huvudprinciperna inom arbetsrätten och anställningskontraktsrätten i allmänheten. Detta talar för att dagens modell, med boets uppsägning av anställningskontrakten som alternativ till inträde, behålls med de angivna nyordningarna angående vad som är konkurs- och massafordran och vad lönegarantin ska stå för. Hur det hela bör uttryckas i lagtext återkommer jag till i kap XI nedan.

Enligt Anna Mobergs förslag ska lönegarantin som framgått förskottera alla löner under uppsägningstiden i konkursen, oavsett om de är massa- eller konkursfordringar, alltså oavsett om de avser utfört arbete eller inte. För denna lösning talar det starka skälet, att arbetstagarna bör få ut lönen på förfallodagen under uppsägningstiden även då boet har svårigheter att snabbt få fram likvida medel, vilket ofta lär vara fallet särskilt i början av konkursen.[17] Genom att lönegarantin förskotterar lönen oavsett om den är konkurs- eller massafordran så påverkas inte heller arbetstagarna av tvister om huruvida lönen eller delar av den ska hänföras till den ena eller andra kategorin. Detta avgörs ju först sedan arbetstagarna fått sitt och staten riktar regresskrav mot boet. Å andra sidan kan hävdas att garantiutbetalningar för massafordringar innebär en

[17] Se SOU 1986:9 s 112 f.

onödig rundgång på pengar i de fall då boet är i stånd att betala uppsägningslönerna för utfört arbete allt eftersom de förfaller. Det finns dock inget som hindrar att förvaltaren betalar lönen med boets medel utan att först underrätta länsstyrelsen. I sammanhanget bör nämnas att lönegarantiutredningen föreslagit att konkursförvaltaren i framtiden, dels självständigt ska få pröva vilka lönefordringar som omfattas av garantin, dels ska kunna begära att medlen utan föregående prövning eller skriftligt underlag ska tillställas honom för utbetalning till arbetstagarna då lönebetalningar är nära förestående.[18] Redan idag lär det vara vanligt att förvaltaren vänder sig till länsstyrelsen och kräver förskott och sedan står för löneutbetalningarna under hela konkurstiden, fastän dagens lönegarantiregler endast medger utbetalning direkt till arbetstagarna efter myndighetens prövning.[19] Sammantaget synes det sålunda lämpligast att lönegarantimedel för alla uppsägningslöner snabbt och formlöst tillställs förvaltaren för betalning till arbetstagarna.

När staten återkräver utlagda medel blir det med denna ordning nödvändigt att i efterhand klart kunna konstatera vilka uppsägningslöner som är konkursfordringar och vilka som är massafordringar. Anta t ex att boet sagt upp fem anställda med sex månaders uppsägningstid. Två av dem utför arbete för boet under fyra och en halv månad, två av dem under tre månader och två dagar och en under 27 dagar. För att säkra bevisning om vad som är konkurs- och vad som är massafordran måste förvaltaren tydligen noga hålla reda på när respektive arbetstagare upphört att arbeta för boets räkning. I den kommande lönegarantiförordningen kan lämpligen föreskrivas skyldighet för förvaltaren att till länsstyrelsen i efterhand lämna in en förteckning över det arbete som utförts för boets räkning. För kontroll av att förvaltarens uppgifter är riktiga kan man tänka sig att arbetstagarna attesterar förvaltarens uppgifter.

2.7 Köp av fastighet, enkel fordran och immaterialrätt

2.7.1 Köp av fastighet

Köparens konkurs. En fastighetssäljare får häva vid köparens dröjsmål endast om hävningsförbehåll intagits i köpehandlingen. Föreskrift om att köpebrev ska upprättas anses som ett sådant förbehåll. Utfärdas köpebrev utan att förbehållet upprepas däri är hävningsrätten följaktligen för-

[18] Se SOU 1986:9 s 116–122, 221–223 och 234 f.

[19] Se a bet s 114 och Konkurs & Ackord s 256 f.

lorad, se närmare 4:3–6 och 4:25 2 st JB. Säljarens rätt att häva vid köparens konkurs enligt 4:26 JB bygger på samma principer: endast om ett förbehåll ännu gäller då köparen går i konkurs får säljaren häva och separera fastigheten ur boet. Först måste dock köparens konkursbo uppmanas att utan oskäligt uppehåll ställa betryggande säkerhet för köpeskillingen. Regeln innebär ur boets synvinkel, på samma sätt som 39 § KöpL, att köparens konkursbo har ovillkorlig rätt att fullfölja avtalet om det ställer säkerhet på säljarens begäran. Att boet ställer säkerhet betyder inte att det inträtt i avtalet: boet svarar endast med den ställda säkerheten och är inte skyldigt att inträda. Boet har å andra sidan ingen rätt att förekomma hävning genom att förklara sig inträda utan att ställa säkerhet. Säkerhet får givetvis inte krävas om betryggande säkerhet redan är ställd före konkursen, jfr att 4:26 JB även gäller vid obestånd som inte lett till konkurs förutsatt att obeståndet lett till att köparen "måste antagas icke kunna fullgöra sin betalningsskyldighet". Utgiven handpenning är inte betyggande säkerhet om den inte täcker hela eller resterande del av vederlaget.

Om konkursboet inte ställer säkerhet inom skälig tid efter säljarens krav så får denne som sagt häva köpet, separera fastigheten och även kräva skadestånd som konkursfordran intill det positiva intresset. Normalt blir det bara fråga om förverkande av lämnad handpenning. Förbehållssäljaren har detentions- eller innehållanderätt i samma utsträckning som han har hävningsrätt. Detta gäller både i och utom konkurs.

4:26 JB torde vara tvingande till köparens konkursbos förmån enligt samma principer som gäller för konkursboets rätt att fullfölja avtal vid andra avtalstyper. Avtal som ger förbehållssäljaren bättre hävnings- och/eller innehållanderätt än vad 4:26 JB medger, t ex avtal om ovillkorlig hävningsrätt, är således utan verkan mot boet.

Om konkursboet förfogat över fastigheten så att den inte kan återlämnas till förbehållssäljaren väsentligen oförsämrad anses boet ha inträtt i köpet genom konkludent handlande enligt 4:27 2 st JB analogt, jfr 41 § 2 st KöpL.

Det hittills sagda har således gällt det vanligaste fallet då säljaren förbehållit sig hävningsrätt tills full betalning erlagts. Om säljaren försummat att göra förbehåll vid utfärdande av köpebrev eller av annan orsak inte har hävningsrätten i behåll så har han heller inte någon hävningsrätt vid köparens konkurs, 4:26 JB e contrario. Det är ovisst om säljaren åtminstone har rätt att vägra avträde (om det inte redan skett) vid köparens dröjsmål och obestånd. Lagmotiven säger att detta inte är tillåtet. Systematiken i 4 och 20 kap JB talar också för ståndpunkten. Å andra sidan talar 4:13 JB för en detentionsrätt. Här står att säljaren blir skadeståndsskyldig om han "utan skäl" underlåter att avträda i rätt tid. Sär-

skilt i konkurssituationen vore det oskäligt mot säljaren om han under skadeståndsansvar skulle vara tvingad att avträda fastigheten: det står ju här klart att han inte kommer att få betalt. Enligt min mening bör en säljare som inte kan åberopa förbehåll ha rätt att innehålla fastigheten såväl vid betalningsdröjsmål i allmänhet som vid köparens obestånd och konkurs. En sådan rätt passar visserligen inte riktigt in i JB:s systematik – köpet kan t ex förbli svävande när det inte finns hävningsrätt samtidigt som utmätning och lagsökning inte hjälper då köparen är insolvent – men det får man "bjuda på" för att inte stötande resultat ska uppkomma. För säljaren är det ju ändå bättre med en halvdan påtryckningsmöjlighet än att inte ha någon rätt alls vid köparens dröjsmål och konkurs.

Säljarens konkurs. Fastighetsköparen uppnår sakrättsligt skydd redan vid upprättande av giltig köpehandling även om inte tillträde skett eller lagfarts sökts vid konkursutbrottet. Regeln framgår inte av lag eller rättspraxis men anses ändå obestridlig. Denna sakrättsliga utgångspunkt innebär att spörsmålet om konkursboets inträde och därtill anknytande frågor inte aktualiseras. I stället blir det fråga om att precisera innebörden av den sakrättsliga regeln. Nämnas bör också att fristerna för återvinning inte som brukligt är räknas från den tidpunkt då sakrättsskyddet uppkommer, dvs från köpehandlingens upprättande, utan från lagfartsansökan, 4:4 KL.

Kritik. Köparens konkurs. Den grundläggande regleringen i 4:3–6 och 4:25 2 st har Hessler tidigare utförligt kritiserat på ett mycket träffande sätt.[20] Det säregna systemet uppbyggt på förbehåll, köpebrev, köps "fullbordan och bestånd" etc kan till en början kritiseras som varande onödigt komplicerat och dunkelt. Det bör gå att mera rakt på sak skriva ut vad som avses. Det borde också vara en självklarhet att förekomsten av hävningsrätt vid köpardröjsmål klart kan utläsas ur lagen i stället för indirekt via skadeståndsbestämmelsen 4:25 2 st JB. Reglerna vid köparens konkurs är i stort sett endast en konsekvens av det grundläggande systemet.

Materiellt sett anser jag, som framgått, att det är otillfredsställande – om det nu verkligen förhåller sig så som lagmotiven anger – att en säljare som inte kan åberopa hävningsförbehåll måste lämna ifrån sig fastigheten till en insolvent köpare eller dennes konkursbo även om han inte får betalt. Särskilt i konkursfallet bör en innehållanderätt här lagfästas, se mitt förslag till ändring av 4:26 JB i kap IX 1.1 mot slutet.

Enligt min mening saknas vidare skäl för att förbehållssäljaren ska få avkräva köparens bo säkerhet för köpeskillingen, då säljaren redan har säkerhet i form av sin separationsrättsförsedda hävningsrätt. Liksom vid köp av lös egendom bör det räcka med att konkursboet inträder i köpet

[20] Se Allmän sakrätt s 182 ff.

med massaansvar för betalningen. Detta bör gälla oavsett om förbehåll gäller eller inte. Då förbehåll inte gäller och avträde inte skett bör avtalet därtill anses hävt om inte konkursboet inom viss bestämd tid, t ex en månad efter konkursutbrottet, förklarar sig träda in. En liknande regel får i så fall uppställas vid köpardröjsmål i allmänhet. Vissa följdändringar i inskrivningsreglerna bör då komma till stånd.

Säljarens konkurs. Den sakrättsliga regeln bör lagfästas och ändras så att dagen för lagfartsansökan blir det avgörande momentet, jfr 19 § SjöL angående förvärv av skepp och skeppsbygge. Övertygande kritik mot den rådande ordningen har tidigare framförts av i första hand Hessler, till vilken här hänvisas.[21]

2.7.2 Köp av enkel fordran och immaterialrätt

Köparens konkurs. Rättsläget är här oklart eftersom reglerna i 39–41 §§ KöpL främst är tillskurna för lösa saker och därför inte utan noggrann analys kan medges tillämpning vid icke besittningsbara egendomsslag. I svensk litteratur har Rodhe menat att en säljare av en *enkel fordran* definitivt förlorar möjligheten att "stoppa" den sålda men inte fullt betalda fordringen då sekundogäldenären denuntieras. Något annat skäl än att denna regel gäller i förhållandet mot tredje man på säljarens sida ges inte.[22] Själv håller jag i stället med Walin om att fordringssäljaren bör ha möjlighet att stoppa sekundogäldenärens utbetalning till köparen eller dennes bo så länge det är fysiskt möjligt, även om sekundogäldenären utan förbehåll denuntierats om fordringsförsäljningen.[23] Denna lösning stämmer bättre överens med legitimationsreglerna och man undviker att lägen uppkommer där säljaren passivt tvingas åse hur pengar, som han faktiskt kunnat hindra sekundogäldenären från att betala ut, inflyter i köparens konkursbo. Med denna lösning kan säljaren i princip innehålla sin prestation och häva avtalet enligt motsvarande modell som 39 och 40 §§ KöpL uttrycker.

Även vid försäljning av patenträtt, upphovsrätt (befogenheterna enligt 2 § URL) eller annan *"äganderätt" till immaterialrätt* finns på liknande sätt två tänkbara modeller. Rodhe antar att säljaren blir oskyddad mot köparens konkursbo redan genom avtalet, medan Walin anser att säljaren in dubio alltid kan häva och få igen immaterialrätten om inte köparen eller hans bo gör rätt för sig. Själv anser jag även här att Walins mo-

21 A a s 248 f och 262–264, jfr även Rodhe, Sakrätt s 205–207 och Göranson s 413 f.

22 Se Sakrätt s 191.

23 Se Walin, Separationsrätt s 58 (jfr 54–56) och Walin/Gregow/Löfmarck s 142 not 1. Se närmare kap IX 2.1.

dell är den riktiga och att den förbehållsmodell som 28 § 2 st KöpL och 4:25 2 st JB anger således inte är tillämplig. För närmare argumentation, se kap IX 2.1 mot slutet.

Säljarens konkurs. En köpare av en *enkel fordran* uppnår som bekant sakrättsligt skydd då sekundogäldenären denuntieras, 31 § SkbrL. Om denuntiation skett finns inget utrymme för valrätt för konkursboet. I motsatt fall är grundmekanismen i 40 § KöpL i princip tillämplig, se exempel allra sist i kap IX 2.2. En köpare av en *immaterialrätt* anses erhålla sakrättsligt skydd redan i och med avtalet. Säljarens konkursbo är således alltid skyldigt att respektera köparens förvärv. Om avtalet hävs av köparen därför att säljarens bo inte fullgör avtalade biförpliktelser, vilka inte omfattas av sakrättsskyddet och vilka boet inte som sådant är skyldigt att fullgöra, är det något oklart om köparen har rätt "innehålla" immaterialrätten jämlikt 57 § KöpL eller om den omedelbart går tillbaka till säljarsidan. Rättsfallet SveaHovR 1987–06–18 (avd 2, DT 30, T 1112/85) stöder det första alternativet, vilket jag anser vara det riktiga. Lösningen harmonierar med vad jag antagit gälla vid köparens konkurs.

Någon annan *kritik* kan knappast riktas mot reglerna för köp av enkla fordringar och immaterialrätter än att de till stor del är oskrivna och osäkra. Särskilt för immaterialrätterna förefaller rättsosäkerheten vara betydande. En förhållandevis enkel och naturlig åtgärd borde vara att, såsom nyligen skett för förvärvad *panträtt* till patent, införa lagregler om sakrättsligt skydd för immaterialrättsköparen via registrering hos PRV.

2.8 Sysslomansavtal, associationer, kreditavtal och försäkringsavtal

2.8.1 Sysslomansavtal

47 § KommL stadgar att uppdraget förfaller vid såväl huvudmannens som kommissionärens konkurs. Skadestånd kan göras gällande som konkursfordran i bägge fallen. Samma regler gäller för handelsagenters och handelsresandes avtal. Vid *huvudmannens konkurs* är rätten till skadestånd tvingande till kommissionärens förmån. Här kan han också göra gällande en konkursfordran på ersättning för förlorade investeringar, på samma sätt som utom konkurs. Till säkerhet för sina fordringar kan kommissionären använda de säkerhetsrätter som anges i 31–37 och 39 §§ KommL. Kommissionären är vidare skyldig att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda huvudmannens konkursbo

mot förlust. För vad han tvingats utge får kommissionären en massafordran på boet.

Förfalloregeln har vid huvudmannens konkurs främst motiverats med att kommissionären inte ska kunna avhända boet egendom eller ingå avtal till skada för boet (jfr 23 § AvtL) och att boet inte bör ha inträdesrätt därför att avtalet bygger på huvudmannens yrkesskicklighet och på kommissionärens förtroende för huvudmannens särskilda egenskaper. I litteraturen har man dock inte varit övertygad om att detta kräver att avtalet automatiskt måste upplösas. För sysslomansavtal som inte faller under KommL anses det också ovisst om principen i 47 § KommL gäller. Visserligen har denna antagits gälla vid uppdragsavtal som avser egendom eller som är av ekonomisk karaktär men inte vid immateriella uppdrag som inte knyter an till fysiska föremål. Här skulle sysslomannen i stället ha uppsägningsrätt, antagligen med omedelbar verkan. Frågan har dock inte analyserats närmare.

Regeln om automatiskt upphörande har i litteraturen bl a ansetts tillämplig på mäklaravtal. Liksom vid andra avtal är denna typ av regler endast relevanta då avtalet ännu vid konkursutbrottet är ömsesidigt ofullgjort. Bara i detta läge finns också utrymme för en inträdesrätt för konkursboet. I NJA 1981 s 801 fick en mäklare således inte en massafordran på provision då huvudmannens konkursbo sålde en fastighet till den köpare som mäklaren anvisat före konkursen.

Vid *sysslomannens konkurs* ger KommL som sagt samma upphöranderegel som vid huvudmannens. Även här måste den sakrättsliga kontexten beaktas, se 53 § ff KommL. Viktigast är att huvudmannen har separationsrätt till varor hos kommissionären i den mån inte tredje man erhållit sakrättsligt skydd. Detsamma gäller i princip för utestående fordringar hos kommissionären. Skälet till att boet inte har inträdesrätt är enligt lagmotiven att avtalet är grundat på ett personligt förtroendeförhållande. Dödsboet ansågs däremot kunna ta över avtalet vid en handelskommissionärs död, därför att huvudmannen vid handelskommission sas lägga mer vikt vid "firman" än vid firmainnehavaren. För sysslomansavtal utanför KommL:s område är det osäkert om avtalet förfaller vid huvudmannens konkurs eller om huvudmannen har uppsägningsrätt.

I kommissionslagskommitténs delbetänkande *SOU 1984:85* har regeln i 47 § KommL föreslagits avskaffad i en ny lag om handelsagentur och kommission. Vardera parten får, enligt en allmän regel, frånträda avtalet om det påkallas av vägande skäl. Med vägande skäl avses att förutsättningarna för avtalets fullgörande i det konkreta fallet väsentligt rubbats till följd av omständighet såsom sjukdom, konkurs, nedläggning eller annan genomgripande förändring av verksamhet m m. Konkurs är alltså inte redan som sådan skäl för frånträdande om inte förutsättningarna för

avtalets fullgörande väsentligen rubbas på grund av den. I motiven sägs att agenturavtal i regel bygger på ett personligt förtroendeförhållande och att inträdesrätt för parternas konkursbon därmed oftast inte föreligger. Inget hindrar dock att boet inträder i motsatt fall.

Enligt min mening är kommitténs förslag i stort sett bra även om det tydligare i lagtexten borde klargöras att konkurs inte som sådan är frånträdandegrund. Det sägs inte heller i lagtexten att boets rätt är tvingande fastän motiven anger att så är fallet.

2.8.2 Associationer

Enligt 2:27 HBL ska ett handelsbolag genast träda i likvidation då en *bolagsman* går i konkurs. Motsvarande gäller för kommenditbolag och enkla bolag, 3:1 resp 4:7 2 st HBL. Skälen för regeln är att bolaget anses bygga på bolagsmännens personliga egenskaper och affärsskicklighet. Eftersom bolagsmännen är personligt och solidariskt ansvariga för bolagets skulder är även deras ekonomiska ställning av betydelse, jfr dock att även en kommanditdelägares konkurs är likvidationsgrund.

Likvidationsregeln är tvingande. Konkursboet är inte heller bundet av ett avtal som säger att bolagsmannen eller hans rättsinnehavare, t ex konkursboet, ska utträda ur bolaget i stället för att bolaget likvideras, se uttryckligen 2:29 HBL. Om uteslutning i stället för likvidation, se 2:30 HBL.

En *associations* konkurs som avslutas utan överskott utlöser likvidation eller likvidationsskyldighet.

2.8.3 Rena kreditavtal

Kredittagarens konkurs. Ett kreditlöfte förfaller in dubio vid kredittagarens konkurs. Löftet bygger väsentligen på dennes återbetalningsförmåga. Konkursboet har inte inträdesrätt. Samma regel torde gälla då ett lån utbetalats till kredittagaren före konkursen. Förutsättningarna för krediten är att kredittagaren är solvent. Om kreditens bestånd i avtal (t ex bankformulär) gjorts beroende av uppsägning torde detta dock gälla också vid konkurs. Det innebär inte att boet har inträdesrätt. I en vissa fall av kortfristig kreditgivning kan det dock ifrågasättas om inte konkursboet bör kunna inträda i kreditavtalet analogt med 39 och 40 §§ KöpL.

Konkursboet har normalt inte heller rätt att för egen del utnyttja de borgenslöften som säkrar gäldenärens riktiga fullgörelse av sina förplik-

telser. Om emellertid konkursboet har rätt att inträda och med fullständigt massaansvar fullgöra den avtalsförpliktelse som borgenslöftet avser, t ex då bankgaranti ställts för en entreprenads kontraktsenliga färdigställan, är det enligt min mening fullt rimligt att boet kan kräva att banken fortsätter att svara i samma utsträckning som beställaren av entreprenaden får tåla att boet inträder som entreprenör. Borgensansvaret bör falla först då boet bestämt sig för att inte inträda i entreprenadavtalet.

Kreditgivarens konkurs. Om gäldenären lovat B att låna denne en summa pengar mot viss ränta, men inte utbetalat beloppet före sin konkurs, är det sakrättsliga utgångsläget att kreditgivaren inte har rätt att få ut pengarna. Detta hindrar inte att kreditgivarens konkursbo uppfyller kreditlöftet och betalar ut lånet i analogi med 40 § KöpL. Om lånet är utbetalt före konkursen är låntagaren däremot sakrättsligt skyddad. Boet har ingen särskild rätt att säga upp lånet till omedelbar återbetalning utan får nöja sig med att successivt kräva in ränta och amorteringar på före konkursen avtalade villkor. Inte heller torde låntagaren ha någon särskild rätt att på grund av konkursen återbetala lånet i förtid. Om konkursgäldenären mottagit pant så har pantsättaren separationsrätt, men rätten får utövas endast då lånet återbetalas avtalsenligt.

2.8.4 Försäkringsavtal

Försäkringstagarens konkurs. I 28 § FAL sägs att avtal om att försäkringen ska upphöra vid försäkringstagarens obestånd eller konkurs är ogiltigt. Vid skadeförsäkring för dock försäkringsbolaget förbehålla sig uppsägningsrätt med 14 dagars uppsägningstid. Grunden för detta anges i motiven vara att det kan vara av betydelse för försäkringsbolaget att få säga upp i förtid om premien betalas i efterskott och att konkursen i vissa fall kan rubba de förutsättningar som avtalet byggt på. I litteraturen har tillagts att konkursen ökar risken för att försäkringsfall kommer att inträffa.

Enligt min mening är regeln för skadeförsäkring diskutabel. Konkursboet bör här kunna inträda i avtalet ungefär i samma utsträckning som kommissionslagskommittén föreslagit för agent- och kommissionsavtal, t ex vid vissa typer av företagsförsäkring. Jämför att förvaltaren torde vara skyldig att hålla egendomen i boet försäkrad. Angående konsumentförsäkringar, se närmare i kap IX 4.1.

Försäkringsbolagets konkurs. Vid livförsäkring gäller här mycket speciella regler om s k särskild administration i 14:25–28 försäkringsrörelselagen, se kap IX 4.2 mot slutet. Vid skadeförsäkring får försäkrings-

tagaren säga upp avtalet med omedelbar verkan, 26 § FAL. Görs det inte så upphör avtalet ändå tre månader efter konkursbeslutet. Inträffar försäkringsfall under denna tid är ersättningskravet en konkursfordran. Vid uppsägning får försäkringstagaren göra gällande skadestånd som konkursfordran. Skälet till uppsägningsrätten är givetvis att den trygghet som försäkringstagaren eftersträvat faller bort i och med konkursen. Tremånadersregeln har motiverats med att avvecklingen av boet inte får fördröjas under lång tid. Se viss kritik av regeln i kap IX 4.2 vid not 13.

3 Några gemensamma nämnare

3.1 Inledning

Vilka generella slutsatser kan man nu dra av de just sammanfattade reglerna för de olika avtalstyperna? Går det att ställa upp några klara huvudprinciper? Ja, de gällande lagreglerna och fåtaliga prejudikaten uppvisar en tämligen splittrad bild. De särskilda kraven vid varje avtalstyp synes lagstiftaren ha försökt tillgodose utan att någon allvarligare ambition att tillskapa enhetlighet funnits. Redan inom ramen för JB:s hyres- och arrenderegler, där man idag hittar de utförligaste reglerna, ges en provkarta över ett flertal olika lösningsmodeller. Generaliseringar till ledning för andra avtalstyper blir därmed vanskliga. Lägger man därtill att köplagens regler bygger på delvis andra principer, rättspraxis för anställningsavtalen på ytterligare andra och de övriga lagreglerna är av begränsat allmänt intresse, så har man fångat problemen i ett nötskal.

Följande översikt över dagens lagregler, med utgångspunkt från konkursboets intresse av att så förmånligt som möjligt kunna tilltvinga sig en fortsättning av gäldenärens avtal, torde utgöra en bra illustration av det sagda.

Det bästa alternativet för boet är att få fortsätta avtalsförhållandet *utan massaansvar och utan att behöva vidta någon särskild åtgärd* för att säkra motparten. En sådan möjlighet har i lagmotiven motsatsvis ansetts följa av 8:18 1 st JB och 11 § FiskL vad gäller bostads-, anläggnings-,

lägenhets- och fiskearrendatorns konkurs då denna inträffar efter tillträdet.

Boet har vidare rätt att "rädda" gäldenärens avtal genom att företa en obligationsrättsligt tillåten *överlåtelse* av avtalet (rättigheter och skyldigheter) i två fall, nämligen vid nyttjanderättshavarens konkurs vid jordbruksarrende och lokalhyra då egendomen tillträtts, 9:30 1 st 2 p resp 12:31 3 st 3 p JB

Konkursboet har *inträdesrätt* (utan skyldighet att ställa säkerhet) i tre fall, nämligen dels vid köparens konkurs enligt 40 § KöpL (konkursen inträffar innan tiden för fullgörelse av någondera sidans prestation är inne), dels vid jordbruksarrendatorns konkurs enligt 9:31 1 st 2 p JB (konkurs då tillträde skett) och dels vid lokalhyra i motsvarande läge, se 12:31 3 st 2 p JB.

Rätt för boet att kvarstå vid gäldenärens avtal genom att *ställa säkerhet* återfinns i 39 § KöpL (kreditköparens konkurs då tiden för avlämnande är inne), 4:26 JB (fastighetsköparens konkurs då förbehåll gjorts), 8:18 1 st JB (bostads-, lägenhets- och anläggningsarrendatorns konkurs då konkursen inträffar före tillträdet) och 12:31 2 st JB (hyresgästens konkurs före tillträdet). Dessutom finns denna rätt för boet även då nyttjanderättshavarens konkurs vid lokalhyra och jordbruksarrende inträffar efter tillträdet, men här kan boet i stället använda det åtminstone på kort sikt mindre betungande alternativet att inträda i avtalet utan att ställa säkerhet.

Kreditköparens bo kan också sägas ha rätt att kvarstå vid gäldenärens avtal genom att både förklara sig *inträda och ställa säkerhet*, genom att på säljarens anmodan först inträda enligt 40 § KöpL och därefter, på förfallodagen, ställa säkerhet enligt 39 § KöpL (om säljaren kräver det).

Enligt övriga lagregler saknar boet rätt att upprätthålla avtalet i egentlig mening. Men då *uppsägningstid löper* har boet i realiteten en värdefull rätt att under begränsad tid fullfölja avtalet utan att behöva ta på sig massaansvar eller ställa säkerhet. En sådan möjlighet finns under ibland avsevärd tid då motparten vid jordbruksarrende och lokalhyra uppsäger avtalet efter att boet avstått från att ställa säkerhet, inträda eller överlåta enligt det tidigare sagda. Samma möjlighet finns då boet i samma läge *självt* säger upp avtalet, se 8:17 och 12:31 1 st JB. Den skäliga uppsägningstiden vid arbetstagarens eller boets uppsägning av anställningsavtal innebär samma möjlighet. En viss motsvarighet finns också i 26 § 1 mom FAL som säger att avtal om skadeförsäkring upphör med tre månaders fördröjning vid försäkringsbolagets konkurs.

Till sist finns det några bestämmelser som inte ger boet någon respit mot motpartens vilja nämligen, dels då *motparten har ovillkorlig hävningsrätt* (se 9:30 1 st 1 p JB – jordbruksarrendatorns konkurs före tillträdet,

8:16 och 12:30 JB – jordägarens/fastighetsägarens konkurs vid alla typer av arrende och hyra då konkursen inträffar före tillträdet och 26 § 1 mom FAL – försäkringsbolagets konkurs vid skadeförsäkring), dels då *avtalet upphör automatiskt* vid konkursutbrottet (47 § KommL och 2:27 HBL).

Trots den rätt brokiga skaran av olikartade lagregler torde man ändå med stöd av de mera centrala reglerna kunna slå fast vissa någorlunda tillförlitliga grundregler för rättsområdet, se nästföljande avsnitt. Jag avstår där från att tynga framställningen med hänvisningar till tidigare kapitel och till alla de olika lagrum som resonemanget bygger på och som angetts ovan.

3.2 Grundläggande frågor

Huvudprincipen i gällande rätt torde vara att en avtalsparts konkursbo har *rätt att överta fullgörelsen* av dennes avtal. Undantag gäller dock i de fall där gäldenärens prestation förutsätter en väsentlig personlig fullgörelse från hans egen sida eller då avtalet innefattar personligt samarbete med gäldenären eller allmänt då avtalet bygger på ett personligt förtroendeförhållande mellan parterna. Invändningarna gör sig gällande då gäldenärens prestation går ut på annat än betalning.

I de fall då boet har rätt att prestera i stället för gäldenären måste boet, om motparten kräver det, i regel *ställa säkerhet* för sin kommande fullgörelse eller *inträda i avtalet* med massaansvar för gäldenärens förpliktelser. Säkerhet får idag avkrävas boet då motparten saknar rätt att återta (separera) sin prestation efter fullgörelsen och inte heller har sakrättsligt skydd för sitt anspråk på att få ut motprestationen samt utger sin prestation i förskott. Boet torde möjligen kunna avkrävas säkerhet även då rätt för motparten att återta prestation föreligger, om motparten inte redan utgett prestationen före konkursen. Har motparten utgett återkravbar egendom före konkursen, har boet måhända generell rätt att inträda utan att ställa säkerhet, men kanske gäller detta bara då boet presterar i förskott. Ska prestationerna utges Zug-um-Zug eller gäldenären prestera i förskott, får motparten vid äventyr av hävning/uppsägning kräva att boet inträder i avtalet (utan att dessutom kunna avkräva boet säkerhet). Om boets prestation i detta fall utgörs av en enstaka penningprestation föreligger dock ingen särskild rätt för motparten att avkräva boet säkerhet eller massaansvar då tiden för fullgörelsen är inne vid konkursutbrottet. Om gäldenärens förpliktelser är mycket omfattande och kapitalkrävande, t ex vid byggentreprenad, kan motparten förmodligen alltid kräva att boet såväl inträder med massaansvar som ställer be-

tryggande säkerhet för fullgörelsen. Ofta är dock boet i dessa fall redan enligt avtalets ordinära regler skyldigt att ställa säkerhet för riktig fullgörelse. I så fall får motparten nöja sig med att boet inträder med massaansvar även för den avtalsenliga förpliktelsen att ställa säkerhet.

Den solventa parten torde generellt vara berättigad att, där det är fysiskt möjligt, *innehålla sin prestation* tills boet inträder, ställer säkerhet eller, vid enstaka penningprestationer, omedelbart fullgör gäldenärens förpliktelse enligt det nyss sagda. Undantag gäller möjligen för en fastighetssäljare som inte kan åberopa ett giltigt förbehåll, men goda skäl talar även här för att innehållanderätt bör anses föreligga. Om inte boet på anfordran företar någon av de nyssnämnda åtgärderna, kan den solventa parten *häva avtalet* om den bristande (eller föregripna bristande) fullgörelsen är ett avtalsbrott som grundar hävningsrätt enligt reglerna för det aktuella avtalet. Vid hävning kan motparten kräva en *konkursfordran på skadestånd* uppgående till det positiva intresset.

Vid långvariga nyttjanderättsavtal, där nyttjanderättshavaren *inte tillträtt* egendomen före sin konkurs, är boets rätt att fullfölja avtalet diskutabel, se undantaget för jordbruksarrende i 9:30 1 st 1 p JB (jfr däremot 8:18 1 st och 12:31 2 st JB för andra arrendetyper och hyra). För oreglerade fall kan tänkas att lösningen för jordbruksarrende generellt gäller vid mycket långvariga nyttjanderättsavtal som innefattar icke obetydliga personliga moment och där nyttjanderätten (rättigheter och skyldigheter) inte alls eller endast i liten utsträckning för överlåtas utan motpartens samtycke. Jämför vad som i kap VII 2.2.3.1 i ett motsvarande läge antytts gälla för förlags- och licensrätt. Detsamma gäller möjligen vid avtal om finansiell leasing.

Kan man i övrigt konstatera några *generella skillnader mellan reglerna för varaktiga och momentana avtal*? En skillnad skulle kunna vara att den solventa parten vid varaktiga avtal endast får säga upp avtalet att upphöra efter *uppsägningstid* då boet underlåter att inträda eller ställa säkerhet. Denna ordning gäller vid nyttjanderättshavarens konkurs vid arrende och hyra då tillträde skett före konkursen. Något liknande emellertid inte antas gälla vid andra varaktiga avtal. En sak är att avtalet kan föreskriva att uppsägningstid ska gälla vid uppsägning på grund av kontraktsbrott eller insolvens, men boets vägran att inträda eller ställa säkerhet är annars att se som ett anteciperat kontraktsbrott som ger den solventa parten hävningsrätt/uppsägningsrätt med omedelbar verkan. JB:s regel kan förklaras av att upplåtaren här i viss utsträckning har säkerhet på grund av förmånsrätten enligt 5 § 1 p FRL, jfr på motsvarande sätt lönegarantins funktion vid arbetsgivarens konkurs.

En annan fråga är *om konkursboet har särskild uppsägningsrätt vid varaktiga avtal*. Även detta föreskrivs för nyttjanderättshavarens konkurs vid

hyra och arrende, 8:17 och 12:31 1 st JB. Som flera gånger påpekats i denna bok så innebär inte konkursboets underlåtenhet att utnyttja uppsägningsrätten att boet inträder i avtalet. Boets uppsägningsrätt får i första hand uppfattas som en rätt som gör det möjligt för boet att hindra uppkomsten av stora bevakningsbara vederlagskrav. Även 26 § 1 mom FAL, om att avtal om skadeförsäkring upphör inom tre månader vid försäkringsbolagets konkurs, har detta syfte. Vid anställningsavtal har arbetstagarens konkursbo uppsägningsrätt med skälig uppsägningstid, men härav kan man knappast dra några allmängiltiga slutsatser, eftersom boets uppsägning i första hand fyller funktionen att hindra boet från att inträda i avtalet och samtidigt utlösa tillämpningen av lönegarantilagen. Sammantaget är det mycket tveksamt om boet har särskild uppsägningsrätt i oreglerade fall.[24] Tilläggas kan att en eventuell uppsägningsrätt för boet inte kan bryta det skydd som en nyttjanderättshavare har enligt sakrättsliga regler.

I anslutning till det sistnämnda kan man omvänt fråga sig, om *en nyttjanderättshavare som inte är sakrättsligt skyddad* i sitt nyttjande har ovillkorlig hävningsrätt vid upplåtarens konkurs. Stöd för detta ger 8:16 och 12:30 JB. Hävningsrätten har motiverats med det svaga sakrättsliga skydd som en nyttjanderättshavaren hade mot ny ägare av fastigheten då regeln tillkom 1907. Huruvida bristande sakrättsskydd motiverar att boet inte har rätt att fullfölja nyttjanderättsupplåtares avtal i andra fall, t ex vid hyra av lös sak om skydd inte antas kunna etableras, är oklart. I kap VI 3.2.4.1 ovan har jag pläderat för att bristande sakrättsskydd endast bör ge motparten ovillkorlig hävningsrätt då avlämnande inte skett före konkursen.

Har slutligen ett konkursbo alltid *rätt att överlåta ett varaktigt avtal stället för att inträda eller ställa säkerhet* där en överlåtelse är obligationsrättsligt tillåten? Sådan rätt ges nyttjanderättshavarens konkursbo vid jordbruksarrende och lokalhyra enligt 9:30 1 st 2 p och 12:31 3 st 3 p JB. Enligt min mening kan boet göra gällande motsvarande rätt även i oreglerade fall då motparten före konkursen gett sitt samtycke till överlåtelse eller överlåtelse får ske utan samtycke tillsammans med rörelsen eller delar därav, se t ex 28 § URL för förlagsrätt och annan upphovsrättslicens. En förutsättning måste dock vara att överlåtelse kommer till stånd inom skälig tid, jfr JB:s frist på en månad. De lege ferenda har jag i kap V 2.3.4.9 och 2.3.5.2 föreslagit att den fristående överlåtelserätten enligt de båda JB-lagrummen avskaffas. Boet bör enligt min mening endast kunna "rädda" avtalet genom att inträda. Efter ett inträde kan överlåtelse sedan ske i den mån rätt därtill alls föreligger.

[24] Hellner II s 259 antar dock att boet har uppsägningsrätt vid varaktiga avtal. Förutom JB:s och FAL:s regler hänvisas till ett av syftena bakom 47 § KommL och till 2:27 HBL.

3.3 Särskilda frågor

3.3.1 Inträde genom passivitet och konkludent handlande

Konkursboets och motpartens fullständiga *passivitet* med att utöva de särskilda rättigheter som konkursen kan ge dem leder inte till att konkursboet får anses ha inträtt i avtalet. Den solventa partens underlåtenhet att utöva hävningsrätt eller uppsägningsrätt har inte heller sådan verkan. På boets sida gäller detsamma för underlåtenhet att i tid ge besked om sina avsikter på motpartens förfrågan.

Konkursboets underlåtenhet att säga upp ett varaktigt avtal där sådan rätt finns torde heller aldrig i sig innebära att boet får anses ha trätt in avtalet. Vid anställningsavtal leder arbetsgivarens konkursbos underlåtenhet att inom en kortare tid säga upp de anställda till att boet får anses ha slutit konkludent avtal om inträde i gäldenärens avtal, men härför krävs dessutom att boet fortsätter att ta i anspråk arbetskraft. Det är alltså inte fråga om ett rent passivitetsfall.

Tillgodogörande av motpartens prestation under konkursen medför massaansvar för en varuköpares konkursbo enligt 41 § 2 st KöpL. Lagen uttrycker detta med att boet inte "kan draga sig från köpet undan". Rent språkligt betyder det att boet inträtt i avtalet i egentlig mening. Men om 41 § 2 st KöpL medför att boet genom förfogande över en post i ett löpande leveransförhållande blir ansvarigt att betala även de övriga är ändå osäkert, då köplagens regel i första hand tar sikte enkla köp med "momentan" leverans. Möjligen får lagrummet endast anses uttrycka en regel om betalningsansvar för sådant som utnyttjas eller förbrukas och inget mer. Principen i 41 § 2 st KöpL är säkerligen tillämplig vid konkurs hos andra betalare i momentana avtalsförhållanden. Den bör gälla t ex vid entreprenadbeställarens konkurs och även vid fastighetsköp – här kan den liknande regeln i 4:27 2 st JB tillämpas analog.

Vid nyttjanderättshavarens konkurs vid hyra och arrende gäller däremot *motsatt princip*: varken fortsatt nyttjande eller underlåten uppsägning leder till massaansvar. Detsamma har jag antagit gälla i liknade fall, såsom vid finansiell leasing av lös sak då avlämnande skett före leasetagarens konkurs. Då objektet levereras till boet under konkursen är analogin till 41 § 2 st KöpL mera näraliggande. Vid immaterialrättsupplåtelser är det svårt att slå fast vad som gäller. Jag har i kap VII 2.2.7 antagit att en förläggares konkursbos påbörjande och fortsatta mångfaldigande av exemplar och en patentlicenstagares konkursbos igångsättande och fortsättande av produktionen bör innebära inträde. Detsamma

gäller då boet utnyttjar den upplåtna rättigheten genom försäljning av exemplar, men utgången i rättsfallet NJA 1966 s 241 talar, även om fallets principiella räckvidd enligt min mening är mycket begränsat, för motsatt lösning.

Förfogandeprincipen i 41 § 2 st KöpL har jag antagit gälla i ungefär samma utsträckning *då konkursboet mottar betalning.*

Konkursboets fullgörelse av naturaprestationer bör i princip alltid innebära inträde i gäldenärens avtal om boet inte är sakrättsligt skyldigt att fullgöra prestationen. Den angivna regeln bör gälla såväl vid säljares, tjänstepresterandes som upplåtares konkurser. Frågan om när boet anses ha inträtt blir således i hög grad beroende av vilken sakrättslig regel som gäller.

Om den nyss angivna principen kan tillämpas även vid betalares konkurs är mera tveksamt. Här saknar frågan om boets inträde betydelse för betalning som boet fullgör. Frågan är i stället om boet blir massaansvarigt för kommande prestationer, dvs vara kontraktsrättsligt bundet att betala för ytterligare naturaprestationer. Jag har i kap III 2.9 antagit att boet ådrar sig sådant ansvar, men frågan är svårbedömd.

Boets tillgodogörande av motpartens prestation under uppsägningstid eller upphörandetid torde aldrig innebära att inträde sker eller att massaansvar för det utnyttjade uppkommer, jfr reglerna för hyresgästers, arrendatorers och arbetsgivares konkurs. Boets fortsatta tillgodogörande av motpartens prestation *efter* uppsägningstidens utgång innebär däremot säkerligen att ett konkludent nytt avtal mycket snart anses komma till stånd.

Sammanfattningsvis måste sägas att frågan när boet typiskt sett bör anses ha inträtt i gäldenärens avtal är mycket svår att generellt besvara enligt gällande rätt. Särskilt köplagens och JB:s motsatta lösningar angående boets förfogande över motpartens prestation gör att tveksamheten i de oreglerade fallen blir stor. Mycket vore vunnet om två förhållandevis enkla huvudregler tillämpades, nämligen (1) att boets icke endast obetydliga tillgodogörande av motpartens prestation in dubio bör medföra inträde och (2) att boet bör anses ha inträtt då det fullgör sådana prestationer som boet inte vara sakrättsligt skyldigt att fullgöra. Ren passivitet bör inte betyda att boet inträtt.

3.3.2 Partiellt inträde

För frågan om konkursboet kan begränsa sitt ansvar vid inträde till sådana prestationer som boet självt mottar i konkursen eller som avser tiden efter konkursutbrottet saknas i Sverige lagregler. En försiktig bedömare

skulle kanske då säga att sådan rätt aldrig kan göras gällande. Med hänsyn till den grundläggande sak- och konkursrättsliga principen (jfr ändamålsbestämningen i kap II 7), att ett konkursbo inte behöver fullgöra förpliktelser som inte erhållit sakrättsligt skydd, menar jag dock att en sådan åsikt är ohållbar. Här liksom i övrigt inom ämnesområdet måste det till en syntes mellan de ibland motstridiga sak- och obligationsrättsliga principerna.

Frågan om partiell inträdesrätt uppkommer vid avtal om successiva eller upprepade prestationer och vid varaktiga avtal. Jag har i undersökningen antagit att sådan rätt i första hand gäller vid en i huvudsak *betalande* avtalsparts konkurs, främst i löpande leverans- och abonnemangsförhållanden för el, gas, vatten, telefon och liknande. Detsamma bör dock gälla även vid varuköparens konkurs och vid entreprenadbeställarens konkurs vid avtal på löpande räkning. Vid varaktiga avtal bör boet i princip alltid anses ha rätt att begränsa sitt massaansvar till tiden efter konkursutbrottet, t ex vid leasing, licensavtal och hyra av lokal. I sistnämnda fall blir frågan idag sällan aktuell i sin rena form, eftersom boet ofta kan kvarstå vid avtalet under lång uppsägningstid utan massaansvar. Vid anställningsavtal har boet i princip rätt till partiellt inträde, men här är situationen något speciell på grund av lönegarantin för konkursfordringar.

Vid en *naturapresterande* parts konkurs är frågan om partiellt inträde svårare, eftersom gäldenärens prestation inte alltid såsom pengar kan uppdelas. Vid köp med successiv leverans torde ändock säljarboet få inträda partiellt i enlighet med förfångsregeln i 22 och 46 §§ KöpL. Huruvida en motsvarande befogenhet kan godtas vid andra naturapresterande parters konkurser är tveksamt. Vid byggentreprenörens konkurs bör en partiell inträdesrätt som klar huvudregel vara utesluten.

En given konsekvens av en regel om partiell inträdesrätt är, att motparten inte bör få *häva avtalet* på grund av bristande fullgörelse av sådana gäldenärens förpliktelser som boet inte som sådant är skyldigt att fullgöra. Även vid andra avtal än sådana som avser successiva eller varaktiga prestationer kan diskuteras om motparten ovillkorligen får häva avtalet på grund av gäldenärens kontraktsbrott före sin konkurs om inte hävning skett före konkurs. I norsk rätt får hävning i ett sådant fall endast ske om kontraktsbrottet stod i ett direkt sammanhang med gäldenärens insolvens. Regeln tar framför allt sikte på betalningsdröjsmål före konkurs. Det är kanske ohållbart att påstå att en liknande regel gäller i Sverige, men den har i vart fall goda skäl för sig, se närmare kap III 2.5.5–6 ovan.

3.3.3 Uppsägningsrätt för boet efter inträde

Ett konkursbo som inträtt i ett varaktigt avtal har inte vid någon avtalstyp extraordinär rätt att säga upp avtalet med kortad eller skälig uppsägningstid i syfte att begränsa massaansvaret efter boavvecklingens krav. Motsatsen gäller i dansk, norsk och tysk rätt. Visserligen föreskrivs i svensk rätt uppsägningsrätt vid hyra och arrende av fast egendom, 8:17 och 12:31 1 st JB, men denna rätt avser uppenbarligen endast situationen då boet inte trätt in i avtalet. Detsamma gäller för arbetsgivarens konkursbos rätt att säga upp anställningsavtal med skälig uppsägningstid. Det svenska rättstillståndet är här otillfredsställande. Särskilt för avtal som är ouppsägbara, t ex om finansiell leasing, finns behov av en särskild uppsägningsregel

3.3.4 Kvittning mot konkursboets vederlagsfordringar

I dagsläget är det något oklart om de penningfordringar som konkursboet erhåller då det fullgör en naturaprestation enligt ett bestående avtal kan kvittas bort mot den solventa partens konkursfordringar. I rättsfallet NJA 1916 s 154 godtogs kvittning då en säljares konkursbo krävde betalt för en leverans som boet fullgjort, men det är ovisst hur mycket som kan utläsas av fallet, eftersom konkursboet i målet endast hävdade att nytt avtal ingåtts med köparen, vilken boet inte kunde styrka. Boet förlorade målet. I NJA 1957 s 197 tilläts på liknade sätt kvittning mellan en hyresvärds konkursbos vederlagskrav för nyttjande under konkursen och hyresgästens konkursfordringar.

Kvittning bör inte medges om konkursboet kan vägra att fullgöra den naturaprestation som ger upphov till boets vederlagskrav, dvs då motparten inte har sakrättsligt skydd.[25] Har motparten sakrättsligt skydd för motprestationen bör kvittning få ske eftersom boet inte hade någon annat val än att tillgodose det skyddade anspråket. Boet har här samma skyldighet som gäldenären hade att utge motprestationen, varför hinder mot kvittning inte bör föreligga, se 5:15 KL. Principen kan tillämpas vid alla avtalstyper.

[25] Jfr Lindskog s 64 ff om kvittningens säkerhetsfunktion och kvittningsförväntan som kriterium för kvittningsrätt i sakrättsliga situationer.

4 Avslutande kommentarer

Ett av syftena med den här boken har varit att göra en övergripande undersökning av innehållet i gällande rätt för de viktigaste enskilda kontraktstyperna i avsikt att utröna, om det är möjligt och lämpligt att utforma enhetliga lagregler om konkursboets befattning med gäldenärens avtalsförpliktelser. Den svenska lagberedningen lär, för knappt tjugo år sedan, ha avvisat en sådan tanke därför att förhållandena vid olika avtalstyper ansågs alltför olikartade för att kunna regleras av enhetliga regler.[26] Också i Danmark och Norge sa man att generella regler kan visa sig vara oanvändbara för en eller flera avtalstyper eller leda till oskäliga resultat i enstaka fall, men behovet av klargörande och allmängiltiga principer ledde ändå till att man införde en generellt upplagd lagstiftning, inkluderande ett par särregler för några särskilda avtalstyper.

I Sverige var Hellner i sin undersökning 1976 tveksam till om det var möjligt att införa generella regler.[27] Att lagstiftaren inte ens "funnit det möjligt" att uppställa gemensamma regler för nyttjanderätt till fast egendom angavs tala emot att sådana kunde tillskapas.

Den förevarande undersökningen visar enligt min mening att generella regler mycket väl bör kunna utformas för åtminstone de vanligast förekommande avtalstyperna. Visserligen uppvisar de befintliga *lagreglerna* en ganska splittrad bild: endast med stor möda är det idag möjligt att med utgångspunkt från dessa abstrahera fram enhetliga principer med användbar substans. Redan i de helt grundläggande frågorna ger den existerande lagstiftningen ibland uttryck för divergerande lösningar på samma frågor för olika avtalstyper. Regelsystemet är på flera punkter inkonsekvent

Att det förhåller sig på detta sätt torde endast i mindre utsträckning bero på att de faktiska förhållandena är så olika att lagreglerna på grund härav måste se olika ut. Undersökningen bekräftar och understryker i stället vad Hellner antog för drygt tio år sedan, nämligen att det är

[26] Se NOU 1972:20 s 309 hsp, jfr SOU 1970:75 s 55 hsp.

[27] Hellner, Verkan av insolvens s 261 f.

osannolikt att olikheterna helt kan motiveras rationellt.[28] Med Hellner kan sägas att om att skillnaderna delvis beror på att de spridda lagreglerna sällan skrivits från ett övergripande perspektiv. Det faktum att konkursreglerna intagits i lagprodukter för olika kontraktstyper har nog bidragit till att den konkursrättsliga synvinkeln ofta försummats. Med ett kontraktsrättsligt perspektiv är det naturligt att skriva regler som går ihop med systematiken i den aktuella lagstiftningen för avtalstypen och att i denna kontext se konkursen som en omständighet jämställd med kontraktsbrott mot vilken parterna är i behov av särskilt skydd.

Mot denna bakgrund förvånar det inte att t ex reglerna för olika typer av nyttjanderätt till fast egendom skiljer sig åt: det torde inte ha funnits någon verklig ambition att försöka få till stånd generaliseringar. Om sådan ambition förelegat synes den i vart fall ha varit sekundär.

Man kan nog också påstå att de kontraktsrättsliga lagskrivarnas intresse av att ge regler som tar hänsyn till konkursborgenärernas intresse av en gynnsam avveckling av gäldenärens verksamhet och företagsrekonstruktion inom ramen för konkurs varit liten. Inte heller detta är dock ägnat att förvåna, då konkurslagstiftningen tidigare, ända fram till det senaste decenniet, intog en mycket restriktiv hållning till frågan om fortsatt drift av rörelse under konkurs, jfr kap II 2 ovan.

Bristen på enhetliga principer för många avtalstyper ger upphov till stor osäkerhet om vad som gäller särskilt i de oreglerade fallen. Det är inte lätt att veta vad som gäller om den ena analogikällan säger si och den andra så. Ofta väger skälen för den ena eller andra lösningen tämligen jämt. Om tvist uppkommer är då den naturliga vägen för parterna givetvis att förlikas, vilket gör att förhoppningar om framväxt av en klargörande rättspraxis kommer på skam.

Osäkerheten på området blir särskilt stor när man ska ge sig i kast med att besvara olika detaljfrågor, därför att inte ens de grundläggande principerna är klarlagda, t ex om säljarens konkursbo har partiell inträdesrätt, om en hyresvärd kan avhysa lokalhyresgästens konkursbo på grund av försummad hyresbetalning före konkursen, om licenstagarens konkursbo blir massaansvarigt om det säljer licenstillverkade produkter, om ett naturapresterande konkursbos vederlagskrav kan kvittas mot konkursfordringar, om byggentreprenörens konkursbo saknar inträdesrätt på grund av det långvariga felansvaret, om leasetagarens konkursbo ådrar sig massaansvar genom en tids fortsatt nyttjande etc, etc. Mängder av frågor saknar säkra svar och dagens lagregler ger som sagt inte mycken principiell vägledning i de oklara fallen. Lägg därtill att konkursreglerna ändock måste anses tvingande.

[28] A a s 261.

Det är uppenbart att behovet av klargörande lagregler är stort på detta rättsområde.[29] Åtskilliga av de svårbesvarade frågor som behandlats i denna bok uppkommer dagligdags vid företagskonkurs. Det kan inte vara rimligt att man nästan i varje uppkommande fall ska tvingas till intrikata analogiresonemang med utgångspunkt från lagregler som bygger på olika principer. Enhetliga lagregler skulle skapa betydligt fastare underlag för önskvärda förhandlingslösningar,[30] och parterna skulle på ett helt annat sätt än idag kunna förutse hur en domstolstvist skulle utfalla om saken ställdes på sin spets.

Ovan refererades de invändningar som kan riktas mot generella lagregler för många olikartade avtalsförhållanden; sådana tar inte hänsyn till speciella fall som reglerna inte passar för. I Danmark och Norge har man därför föreskrivit undantag från de tvingande generella reglerna då ett visst konkret avtalsförhållandes "beskaffenhed" resp "egenart" föranleder det, se 53 § DKL och § 7–1 LFD.[31] I Sverige har Hellner menat att denna modell här inte skulle vinna gillande och att det skulle leda till alltför stor rättsosäkerhet att bedöma gränserna för de tvingande reglerna enligt denna. Häremot har Gomard invänt att valet står mellan att få begränsad vägledning via allmänna regler eller att "stå på helt bar bund" i alla de fall där avtalstypen varken är lagreglerad eller behandlad i en modern och utförlig monografi. Finns inga allmänna regler måste köplagens regler 'i et vist omfang' tillämpas analogt, och osäkerheten om rättsläget blir då inte mindre än enligt allmänna regler som ska tillämpas om inte annat följer av avtalets beskaffenhet.

Gomards synpunkter är träffande. Därmed inte sagt att man i Sverige bör följa den dansk-norska uppläggningen med en allmän undantagsregel med hänsyn till avtalets särskilda beskaffenhet, se nästa kapitel.

[29] Jfr Hellner, Verkan av insolvens s 261 f, Håstad, Sakrätt s 302 och densamme i SvJT 1988 s 249 och 260.

[30] Jfr Håstad i SvJT 1988 s 249.

[31] Se härtill betænkning nr 606/1971 s 120 f, Munch s 348 f, NOU 1972:20 s 309 f och Ot prp nr 50(1980–81) s 177.

XI LAGFÖRSLAG

En generell lagstiftning om konkursboets befattning med gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal bör utgå från de grundläggande principer som angavs i kap II ovan. Den allmänna utgångspunkten för lagreglerna bör alltså vara, *att* avtal inte automatiskt förfaller vid en parts konkurs, *att* motparten inte automatiskt får ett massaanspråk på motprestationen *och att* motparten därmed inte ska behöva prestera under konkursen utan att vara tillförsäkrad avtalsenlig fullgörelse av motprestationen.

Reglerna bör i sin helhet vara tvingande till konkursboets förmån, och det bör vara konkursboet som har bestämmanderätten om avtalet alls ska fullföljas. Den solventa parten ska å andra sidan inte genom boets beslut att fullfölja avtalet åsamkas ytterligare förlust eller olägenhet av betydelse utöver vad han gjort om avtalet inte fullföljts. Regleringen bör också stå i harmoni med reglerna om innehållanderätt i den nya köplag som inom kort kommer att införas. Dessa ger inga uttryckliga regler just för konkursfallet. Inte heller bör de svenska reglerna avvika alltför mycket från de danska och norska. Det bör dock inte, genomgående föreskrivas undantag från de generella reglerna när detta föranleds av ett visst avtalsförhållandes särskilda egenart. I stället bör, om behov av avsteg från de allmänna normerna anses föreligga, i anslutning till varje enskild regel uttryckligen anges i vad mån jämkningar är tillåtna. Den förevarande undersökningen torde visa att likartade regler i stor utsträckning ändå kan appliceras på många olika avtalstyper, trots att det ibland kan finnas avsevärda skillnader mellan avtalens och avtalsförpliktelsers karaktär och även för den sakrättsliga kontexten.

Reglerna kan lämpligen inplaceras som ett nytt sista avsnitt i 1987 års konkurslags tredje kapitel, som behandlar "Verkningar av konkurs", strax efter reglerna om konkursboet övertagande av pågående rättegångar men före återvinningsreglerna.[1] Det nya avsnittet bör rubriceras "Avtal vid konkurs" och innehålla följande regler.

Konkursboets inträdesrätt

11 § Konkursboet har rätt att inträda i de ömsesidigt förpliktande avtal som gäldenären ingått.

Boet får dock inte inträda om gäldenärens prestation är av utpräglat personlig karaktär eller avtalet bygger på ett personligt förtroendeförhållande som rubbas genom konkursen. Boet får inte

[1] Motsvarande regler bör även införas för ackord, men jag begränsar mig här, liksom i boken i övrigt, till konkursfallet.

heller inträda om det i annat fall finns starka skäl att anta att boet inte förmår att uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet.

Motparten får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda och, då anledning därtill förekommer, visar att boet har förmåga att uppfylla avtalet.

Bestämmelsen anger boets grundläggande och tvingande (se 19 § nedan) rätt att inträda i gäldenärens avtal. Sådan rätt bör finnas vid i princip alla typer av avtal som inte faller under undantagsreglerna i andra stycket. Första meningen i detta stycke avser fall där gäldenären åtagit sig naturaprestationer av utpräglat personlig karaktär, t ex ett tillverkningsåtagande som är beroende av fackkunskaper som gäldenären men inte boet besitter. Avtal som normalt bygger på ett personligt förtroendeförhållande är t ex agentavtal, kommission och andra uppdragsavtal, samarbetsavtal och bolagsavtal.[2] Skrivningen i andra styckets andra mening är nästan identisk med den som återfinns i 61 § (stoppningsregeln) i den kommande köplagspropositionen, se kap III 2.2 ovan. Med boets förmåga avses både att boet har tillräcklig ekonomisk kapacitet och att det förfogar över den kompetens som är nödvändig för att fullgöra avtalsenligt. Regeln bör t ex vara användbar i en byggentreprenörs konkurs, jfr kap IV 4.3.1 ovan. Som framgår av förslagets tredje stycke måste boet i detta fall ges skälig tid att lägga fram en utredning som visar att boet har den erforderliga förmågan, t ex att förvaltaren tillförsäkrat sig om den kvalificerade personalens fortsatta medverkan. Motsvarande kan gälla vid boets inträde på redarsidan i ett certepartiförhållande. Viktigt är att framhålla, att ställande av säkerhet, t ex bankgaranti för kontraktssumman eller för skadestånd vid framtida hävning, inte räcker. Vad boet ska visa är att förmåga finns och kommer att finnas för att uppfylla avtalet in natura enligt sitt innehåll. Kan boet inte det ska motparten lika lite här som vid kontraktsbrott utom konkurs behöva nöja sig med att endast ta en säkerhet i anspråk.

Konkursboets inträdesrätt bör kunna utövas både genom en uttrycklig förklaring och konkludent, t ex genom att boet tyst mottar och konsumerar motpartens prestation eller genom att boet fullgör prestationer som det inte är skyldigt att fullgöra enligt de sakrättsliga reglerna. En uttrycklig regel härom skulle kunna uppställas, men jag nöjer mig här med den allmänna inträdesregeln.

[2] Huruvida försäkringstagarens konkursbo bör ha viss inträdesrätt vid skadeförsäkring är jag inte beredd att ta ställning till. Detsamma gäller för kredittagarens konkursbos inträdesrätt i rena kreditavtal, men man kan möjligen tänka sig att inträdesrätten görs beroende av en bedömning enligt andra stycket andra punkten.

Verkningarna av boets inträde

12 § När konkursboet inträder i gäldenärens avtal, övertar det gäldenärens rättigheter och skyldigheter i enlighet med avtalet.

Är avtalet delvis fullgjort från endera sidan då konkursbeslutet meddelas, omfattar boets ansvar endast den ofullgjorda delen, om inte motparten på grund av sammanhanget mellan de enskilda delarna skulle ha betydande olägenhet av att boet inträder partiellt.

Bestämmelsen anger vilka rättsföljder boets inträde bör ha. Andra stycket motsvarar i det väsentliga den norska § 7–4 st 2 LFD och har samma formulering som den kommande köplagspropositionens 44 § 3 st, som behandlar hävningsrättens omfattning vid partiellt fel och dröjsmål. Liksom i Norge gäller regeln både fallet då gäldenären har utgett delprestation och då motparten gjort det. I det förstnämnda fallet kan *gäldenären* t ex ha utgett en felbehäftad delleverans före konkursen. Om det inte finns ett starkt sammanhang mellan denna leverans och de övriga bör boet här inte svara för motpartens krav på grund av felet. Inte heller får motparten häva hela avtalet på grund av det partiella avtalsbrottet även om detta skulle vara avtalat. En annan sak är att avtalets reglering av partiella avtalsbrott kan vara en omständighet bland andra att beakta när frågan om boets rätt till partiellt inträde bedöms.

Det andra fallet är det då *motparten* gjort en delbetalning eller utgett en del av sin naturaprestation i förskott före konkursen. Boet kan då nöja sig med att utge den del av gäldenärens naturaprestation som inte betalats i förskott resp betala endast för återstående delen av naturaprestationen utan avräkning på motpartens krav på betalning eller på naturaprestation för prestationer som denne utgett före konkursen. (Boet kan dock givetvis aldrig kräva mer betalt än det ursprungligen avtalade vederlaget.) Partiell inträdesrätt bör föreligga t ex då gäldenären är en köpare, lokalhyresgäst, leasetagare eller licenstagare, men även då han är en t ex en säljare, hyresvärd eller licensgivare, förutsatt att uppdelning av naturaprestationen kan ske utan betydande olägenhet för motparten. Sådan olägenhet föreligger främst då värdet av de olika delarna av naturaprestationen är betydligt lägre än värdet av den samlade naturaprestationen. Rätt till partiellt inträde bör alltid föreligga vid löpande leveranser av el, gas, vatten etc.

Boets rätt till partiellt inträde har också betydelse för frågan om motpartens ska få *kvitta* boets vederlagskrav med avtalskonnexa motfordringar, t ex en fordran på förseningsvite på grund av gäldenärens dröjsmål med delleverans. Sådan kvittning bör inte vara tillåten om rätt till partiellt inträde föreligger. (Att utomstående motfordringar inte bör få kvittas mot fordringar som boet skaffar sig genom att inträda i gäldenärens avtal bör vara givet oavsett om rätt till partiellt inträde föreligger.)

Motpartens innehållanderätt

13 § Till dess konkursboet inträder i avtalet i enlighet med 11 §, får motparten inställa fullgörelsen, hålla inne sin prestation och, om det är fråga om en vara som redan avsänts, hindra att den lämnas ut till boet. Det sistnämnda gäller även om gäldenären eller boet mottagit transportdokument avseende varan.

Skrivningen överensstämmer med 61 § i den kommande köplagspropositionen. Hänvisningen till 11 § avser både boets besked om att det inträder och, i förekommande fall, att boet visar att det har fullgörelseförmåga. Inte heller här bör föreskrivas skyldighet för boet att ställa säkerhet ens för penningprestationer. Inträder boet får motparten säkerhet i form av en massafordran och om det finns starka skäl att ifrågasätta boets fullgörelseförmåga kan krävas att boet visar att sådan föreligger. Underlåter motparten att kräva detta, eller låter han sig nöja med förvaltarens försäkringar om att boet kan fullgöra, får han acceptera att förlust kan uppkomma. (Motparten har dock givetvis i det fortsatta avtalsförhållandet, på samma rätt som utom konkurs, rätt att innehålla prestation och häva om kontraktsbrott kan anteciperas gentemot boet, jfr 61 och 62 §§ i den kommande köplagspropositionen.)

Innehållanderätt kan utövas beträffande alla prestationer som faktiskt kan innehållas, t ex varor, pengar eller hyreslägenhet som inte tillträtts före hyresgästens konkurs.

Motpartens hävningsrätt

14 § Om konkursboet inte inträder i gäldenärens avtal, och någon fullgörelse därmed inte kommer till stånd, får motparten häva avtalet i den utsträckning som en motsvarande underlåtenhet givit rätt att häva utom konkurs.

Även om gäldenären begått ett avtalsbrott som givit motparten rätt att häva före konkursen, får rätten inte utövas förrän boet beretts tillfälle att inträda i enlighet med 11 § och vidta rättelse utan dröjsmål. Att kontraktsbrott hänförligt till delprestation i vissa fall inte alls kan göras gällande mot boet följer av 12 §.

Regeln i första stycket innebär att motparten normalt kan häva då boet väljer att inte inträda, t ex i ett leasingavtal på leasetagarens sida. I vissa fall omfattar boets valrätt dock bara en mindre del av gäldenärens förpliktelser enligt avtalet. Detta gäller framför allt vid konkurs hos upplåtare av nyttjanderätt, t ex en hyresvärd eller licensgivare. Motparten har i dessa fall ofta sakrättsligt skydd mot boet för anspråket på att få nyttja. Boets valrätt mellan inträde och avstående gäller då endast eventuella biförpiktelser. Boets avstående kan då inte få effekten att motparten blir berättigad att häva även med avseende på den sakrättsligt skyddade nyttjanderätten, vilken ju boet utan vidare är skyldigt att full-

göra. Vad som här sagts för hävningsrättens del gäller även för innehållanderätten enligt 13 § ovan, t ex för en hyresgästs rätt till skälig nedsättning av hyran under den tid lägenheten är bristfällig, se 12:11 1 st JB.

Andra stycket ger en regel om förhållandet mellan före konkursen uppkommen hävningsrätt för motparten och boets inträdesrätt. Förslaget är något annorlunda än den norska § 7–7 st 1 p 2 LFD som lyder: "Mislighold fra skyldnerens side som ikke står i direkte sammenheng med insolvensen, kan den annen part...gjøre gjeldende som hevingsgrunn etter de regler som gjelder for vedkommende avtale." Kontraktsbrott med direkt sammanhang med insolvensen kan inte göras gällande mot boet. Jag har i framställningen ovan, se främst kap III 2.5.5–6 och 3.4, förespråkat att en liknade svensk regel bör införas. Vad som här föreslås är en något försiktigare variant, som behandlar penning- och naturaborgenärer lika. Vid kontraktsbrott med naturaprestation förutsätter den att rätt att vidta rättelse förelåg för gäldenären, t ex att avhjälpa fel. Boet måste då tillfrågas om det vill inträda och avhjälpa felet. Boet bör ha en kortare skälig tid på sig för att besluta om det kan avhjälpa felet och inträda, men då inträde skett måste rättelse ske utan dröjsmål. Vid penningprestationer blir det bara fråga om att ge boet en kortare frist att ordna med betalningen.

Boets uppsägningsrätt efter inträde

15 § Har konkursboet trätt in i ett varaktigt avtal, får det därefter säga upp avtalet med tre månaders uppsägningstid, om inte kortare tid gäller enligt lag eller avtal. Rätten till uppsägning gäller inte i den mån motpartens rätt gäller mot boet oavsett inträde.

Vid varaktiga avtal som är ouppsägbara eller för vilka gäller lång uppsägningstid finns behov för boet, att få begränsa massaansvaret genom uppsägning. En sådan rätt återfinns i de danska och norska regleringarna och jag har för olika varaktiga avtal pläderat för en motsvarande svensk regel, se kap V 2.3.4.6 och 2.3.6, kap VI 2.3.6 och kap VII 2.2.5.

Det kan diskuteras om det inte behövs en undantagsregel för vissa fall, där en uppsägningstid om tre månader skulle vara oskäligt kort, t ex vid jordbruksarrende och certepartiavtal, jfr den undantagsregel jag formulerade i kap VI 2.3.6. Jag har dock här inte föreslagit någon sådan, dels därför att man i enhetlighetens och förutsebarhetens intresse bör ha klara och enkla regler, dels därför att redan en uppsägningstid om tre månader kan te sig lång för ett konkursbo som inte längre har behov av motpartens prestation. Vid anställningsavtal bör speciella regler gälla, se 18 § nedan.

Andra meningen erinrar om att boets rätt att säga upp varaktiga avtal efter inträde inte bryter det skydd som motparten kan ha enligt de sak-

rättsliga reglerna, t ex då denne är en hyresgäst eller en licenstagare med sakrättsligt skydd för sitt nyttjandeanspråk. För den sakrättsligt skyddade delen av avtalet finns ingen valrätt för boet mellan att inträda och avstå och därmed inte heller för uppsägning efter inträde.

För vissa typer av varaktiga avtal kan utöver den föreslagna uppsägningsregeln övervägas en regel om rätt för boet att överlåta gäldenärens avtal (rättigheter och skyldigheter) till en ny motpart som den solventa parten skäligen kan nöja sig med eller en rätt för boet att överlåta vissa avtal ihop med en försäljning av rörelsen. Det är dock knappast lämpligt att just för konkursfallet föreskriva avsevärt annorlunda överlåtelseregler än vad som gäller utom konkurs. Revisioner av överlåtelsereglerna får ske via den civilrättsliga lagstiftningen.

Särskilda regler för nyttjanderättshavares konkurs

16 § Har upplåten egendom inte tillträtts före nyttjanderättshavarens konkurs, får motparten säga upp avtalet med omedelbar verkan. Motsvarande gäller beträffande förlags- och licensavtal, om mångfaldigandet inte påbörjats resp investeringar av betydelse inte företagits före konkursen.

Konkursboet får kräva att upplåtaren inom skälig tid ger besked om han avser att uppsäga avtalet. Om upplåtaren inte ger besked inom skälig tid, får konkursboet inträda i enlighet med 11 §.

17 § Gäller avtalet egendom som upplåtits för nyttjanderättshavarens näringsverksamhet, och har egendomen tillträtts före konkursen, får konkursboet fortsätta nyttjandet under sådan skälig tid som anges i 11 §. Motsvarande gäller beträffande förlags- och licensrätt, om mångfaldigandet påbörjats resp investeringar av betydelse företagits före konkursen.

Även om boet inte inträder i avtalet, är boet skyldigt att betala vederlaget för tiden från konkursbeslutets meddelande till dess nyttjandet upphör och egendomen ställs till upplåtarens förfogande.

Vid långvariga nyttjanderättsavtal är det idag tveksamt om ett konkursbo i oreglerade fall får fullfölja avtalet då nyttjanderättshavaren inte tillträtt egendomen före sin konkurs, även om boet är berett att inträda eller ställa säkerhet. För jordbruksarrende stadgas här ovillkorlig uppsägningsrätt för upplåtaren i 9:30 1 st 1 p JB. Vid övriga arrendeformer och vid hyra kan dock boet kvarstå vid avtalet och tillträda egendomen om det på anfordran ställer säkerhet, se 8:18 1 st och 12:31 2 st JB. Framför allt vid lokalhyra har jag, i kap V 2.3.3, förespråkat att boet bör ha inträdesrätt i egentlig mening även om inte lokalerna tillträtts före konkursen. Vid t ex tidsbefraktning torde samma regel gälla som vid jordbruksarrende, och beträffande förlags- och licensavtal har jag i kap VII 2.2.3.1 hävdat att författaren och licensgivaren bör ha ovillkorlig hävningsrätt då

mångfaldigandet inte påbörjats resp investeringar av betydelse inte företagits före konkursen.

De lege ferenda kan man tänka sig olika alternativ. En lösning är att uppställa en specialregel för jordbruksarrende och immaterialrättsupplåtelse. Börjar man uppställa särregler för särskilda fall finns dock risk för att regelsystemet blir lika svåröverskådligt och "principlöst" som dagens. Undantag bör i så fall också gälla för långvariga avtal om finansiell leasing och för nyttjanderätt till fartyg. Å andra sidan är det inte rimligt att generellt ge boet inträdesrätt även då tillträde inte skett före konkurs. Vid lokalhyra och andra arrendeformer än jordbruksarrende finns det visserligen inte mycket att invända häremot. Det kan också sägas att konkursförvaltaren bör få förtroendet att utnyttja sina rättigheter med omdöme. Det vore dock otillfredsställande om lagreglerna gav förvaltaren rättigheter som han i en rad fall inte bör utnyttja. Generellt bör lagreglerna ger klara och rättvisande besked om vad som gäller.

Lösningen får då bli, se 16 §, att konkursboet inte i något fall ges inträdesrätt då upplåten egendom inte tillträtts före konkursen. Detta kan visserligen vara otillfredsställande i enstaka fall, men boets intresse av att inträda är i detta läge inte så starkt att det motiverar ytterligare särregler. Denna lösning harmonierar också väl med den ovan föreslagna regeln om boets rätt att efter inträde säga upp varaktiga avtal. Det skulle inte vara acceptabelt om boet först kunde tillträda upplåten egendom och påbörja nyttjandet för att omedelbart därefter säga upp avtalet med tre månaders uppsägningstid. Bättre är då att inte alls tillåta att boet inträder om inte tillträde skett före konkursen. Interpellationsregeln i andra stycket, som har sin förebild i § 20 st 2 KO, ger å andra sidan utrymme för ett fortsatt avtalsförhållande i fall där upplåtaren inte får antas ha något emot det.

17 § överensstämmer väsentligen med vad jag föreslagit för hyra och arrende (se kap V 2.3.4.3, 2.3.4.7 och 2.3.6), hyra av lös sak (kap VI 2.3.4 mot slutet) och förlags- och licensavtal (kap VII 2.2.3.3 och 2.2.7). För närmare argumentation hänvisas dit. Första stycket innebär t ex att en förläggares konkursbo får sälja ut böcker som ligger i lager utan att detta kan ses som upphovsrättsintrång eller inträde i förlagsavtalet. Andra stycket utsäger sedan att boet är skyldigt att som massaskuld betala royalty för det sålda även om det inte inträder i enlighet med regeln 11 §. Vid lokalhyra och leasing måste boet på motsvarande sätt alltid betala för utnyttjad tid och även för sådan tid som hinner gå innan egendomen ställs till upplåtarens disposition.

Anställningsavtal

18 § Vid arbetsgivarens konkurs får konkursboet säga upp anställningsavtalet med skälig uppsägningstid. Om konkursboet inte

säger upp avtalet inom 14 dagar efter konkursbeslutets meddelande, skall boet anses ha inträtt i avtalet. Även om boet inte inträtt, måste det betala lönefordran för tid som arbete utförts åt boet.

Första meningen är en kodifiering av vad som fastslagits i rättspraxis. Detsamma gäller om andra meningen, förutom att det här föreskrivits en fast tidsfrist, jfr den danska 63 § 2 st DKL. Regeln i tredje meningen är ny och har närmare motiverats i kap X 2.6.2 ovan.

Tvingande rätt

19 § Avtalsvillkor som inskränker konkursboets rättigheter enligt 11–18 §§ är utan verkan.

Samtliga här föreslagna regler bör vara tvingande till konkursboets förmån. Avtalsparterna kan t ex inte genom hävnings-, upplösnings- eller uppsägningsklausuler avtala bort eller försämra villkoren för boets inträde. Klausulerna saknar rättsverkan mot boet. I den mån boet inte får inträda i ett visst avtal med hänsyn till sådana omständigheter som anges i 11 §, får motparten häva enligt 14 § oavsett om hävningsrätt för särskilt förbehållits eller inte, se närmare kap II 5, III 2.3 och 3.3.

SUMMARY

Bankruptcy and Contracts

On the Bankruptcy Estate's Entry into the Debtor's Contracts

I Introduction

In the event of a corporate bankruptcy one of the first questions for the bankruptcy trustee concerns his treatment of the debtor's diverse reciprocal contractual obligations. It may be a matter of e.g. contracts for the purchase of input goods or raw materials for current production, of leases for factory and office tenancies, of licenses for patent and trademarks, or leasing contracts for machines used in the business. Should the trustee decide to take over the fulfilment of these contracts? *Can* the contracts be taken over by the bankruptcy estate? What is the situation if the leasehold right for the business premises is already forfeit and the landlord threatens to evict unless the estate pays all the overdue rent? What are the estate's possibilities of retaining leased machinery for temporary continued operation of the business if the lessor invokes a contractual clause concerning an unconditional right of cancellation in the event of the lessee's bankruptcy? Is the estate bound thereby? Does the estate incur total contractual responsibility if the machinery is only used for o short time? Should, or must the trustee immediately give the employees notice?

In Swedish Law these questions, and many other like them, are difficult to answer. There are no generally worded legal rules concerning the procedure to be followed when the bankruptcy estate wishes to fulfil, or actually does fulfil, the debtor's contracts. Only isolated regulations for certain special types of contract are laid down by Swedish Law. Mention may primary be made of rules for sale of goods and usufruct of real property. Swedish case law gives little guidance for the unregulated cases,

and the discussion in the literature of the relationship between the bankruptcy estate and the debtor's contracts has hitherto been brief.

During the joint Nordic revision of material bankruptcy law at the beginning of the 1970's the question arose of the introduction of a general legal regulation of this field. Sweden however refrained from submitting proposals thereon, because the circumstances in different types of contract were adjudged too dissimilar to allow of regulation by uniform provisions. Denmark and Norway, on the other hand, considered that the need for explanatory rules outweighted such objections. Thus, in contrast to Sweden, both these countries, in 1978 and 1986 respectively, introduced overall rules on the subject, see Chap. 7 of the Bankruptcy Act (1977:298) and Chap. 7 of the Priority Act (*loven om fordringshavernes dekningsrett*) respectively. An equivalent regulation has existed in Germany since 1877 in §§ 17–28 of the Bankruptcy Act.

This book presents a detailed and systematic examination of what is, and what should be, applicable when the bankruptcy estate wishes to fulfil, or actually fulfils, the debtor's contracts. It seeks via a detailed study to remedy to some extent the uncertainty which today prevails concerning the content of existing law, critically to examine the rule system as a whole with a view to future legislation, and finally to consider and devise a uniform and essentially comprehensive rule system in this field. My thesis may be said to be that the Swedish legislature's arguments against the introduction of general rules are untenable.

The book examines first and foremost such contracts as pertain to sale of goods, construction, floor-space tenancies, ground leases, rental of moveable property (including financial leasing), patent licenses and publishers' contracts, and employment contracts. In parallel with Swedish Law the solutions for such contracts under Danish, Norwegian and German Law are also presented. There is also a short discussion, with reference only to Swedish Law, of the rules for sale of real property, assignment contracts, insurance contracts, companies and societies, and pure credit contracts. A brief special analysis is made of sale of intangible property. The book concludes with a critical evaluation and comparison of the solutions for the different types of contract and, in Chapter XI, a draft of a general Swedish legal regulation of the treatment by a bankruptcy estate of the debtor's contracts.

II Essential Tenets

This section begins with a summery inventory of the different, and to some extent conflicting, interests which come into play when one party to

a contractual relationship is declared bankrupt and the bankruptcy estate wishes to continue the contract. Above all it becomes a matter of balancing the interest of the solvent party in protection, and the interest of the bankruptcy estate, viz. the other creditors, in preserving the value of current contracts for a financially advantageous liquidation of the debtor's business, preferably via continuation of the debtor's business with a view to a combined sale. Attention is paid to the interests of socio-economic cum labour market policy – now recognized in the Bankruptcy Act – in company reconstruction.

The Chapter lists several different theoretically possible models or mechanisms whereby the bankruptcy affects on the debtor's contracts. The basic model in Swedish Law is that the contract endures despite either party's bankruptcy without the solvent party automatically receiving a claim against the estate itself for fulfilment. This basic model is later developed against the background of the rules of the dynamic property law (*den dynamiska sakrätten*) and the disparate Swedish statutes concerning the treatment of contracts in bankruptcy. The starting-point of the continued presentation according to this developed basic model is that a party need not perform any obligation when the other is declared bankrupt unless the bankruptcy estate enters into the contract or puts up security for its fulfilment. If deviations from this thesis are to be accepted then strong reasons must be adduced.

Chapter II also discusses whether or not the right of the bankruptcy estate to be allowed to fulfil the debtor's contract should be seen as a special warrant under bankruptcy law. A review of the discussion in Denmark, Norway and Germany, and the classification in Swedish and Nordic international private and bankruptcy law prompted the independently justified conclusion that the right of the bankruptcy estate to fulfil contracts should be considered to be an imperative right under bankruptcy law. This chiefly means that agreements concerning the right of dissolution, cancellation or termination by the solvent party are essentially of none effect against the bankruptcy estate.

The sixth section of the Chapter briefly discusses the question of the relationship between the general rule of civil law concerning the right of cancellation by reason of anticipated breach of contract, and rules on the right of cancellation on the ground of bankruptcy. It is concluded that the two issues are best kept separate because bankruptcy brings to the fore legal rules and conflicts of interest peculiar to just this case. Nor is a party's bankruptcy already *per se* anticipated breach of contract. The question of the extent to which the bankruptcy estate is entitled to fulfil the debtor's contracts should thereby be analysed independently of the rules pertinent to anticipated breach of contract. The application of the

latter rules also to the bankruptcy estate when the contract continues during the bankruptcy is another matter.

On the basis of the discussion and conclusions in the previous sections the final section of the Chapter comprises a determination of the purpose or function which dictates how the conflict between the often opposing chief interests should typically be solved. It is stated that the effects of the rules on the treatment of contracts in bankruptcy should be such that the interest of the bankruptcy estate in being able to fulfil the debtor's contracts for a favourable liquidation of the business should be satisfied insofar as possible without the solvent party's incurring a not inconsiderable further damage or inconvenience beyond what he would have suffered if the contract had instead been cancelled on the day of the bankruptcy judgement. The aforesaid "modified basic model" exerts this effect in normal cases and in general the rules should so far as possible produce this result.

III Sale of Goods

The Swedish Sale of Goods Act, §§ 39–41), lays down the rules for the buyer's insolvency and bankruptcy. With these as bases the first half of the Chapter discusses the conditions for, and legal consequences of, the right of the buyer's bankruptcy estate to fulfil contracts for sale of goods. Under the provisions of the Sale of Goods Act the seller may, before the expiry of the period for discharge of either party's obligations, ask the buyer's bankruptcy estate if it wishes to enter into the contract. If the estate does not then respond in the affirmative without unreasonable delay the seller may cancel the contract. Since the seller may not cancel without first asking the bankruptcy estate whether it wishes to enter into the contract, the rule means, from the viewpoint of the estate, that the latter has an unconditional right of choice between entering into the contract and abstaining therefrom. If the estate is choosing the former the seller will receive a claim against the estate itself. Such claims are payable in preference to all others. Only the costs of the administration take precedence. If the buyer's bankruptcy estate abstains from entering the seller, as was said above, may cancel. Furthermore he may present a bankruptcy claim for damages.

If credit has been granted and the time for delivery is imminent, the seller may under the rules of the Sale of Goods Act withhold the goods or, if they have been dispatched, prevent them from being delivered. The estate can terminate the state of flux by providing adequate security for the payment. The seller can also require the estate to provide security

without delay. If it fails to do so, the seller may cancel the contract. From the viewpoint of the bankruptcy estate this means that the estate has the right to abide by the contract by providing security for the payment.

Thus the legal rules quoted mean in brief that the buyer's bankruptcy estate is entitled to enter into the contract with the seller by declaring its intention so to do. If the seller is to deliver before payment is to made the estate must put up security. Moreover the seller on credit may, before the delivery is due, require the estate to entering into the contract and then, on the day of delivery, also insist that it provide security. Nevertheless the estate need never enter into the contract or provide security of its own volition but may await the seller's request.

Finally, the Sale of Goods Act prescribes that if the seller delivers the goods to the buyer's bankruptcy estate he is entitled to repossess them if the estate does not pay or, in case a credit sale, declare its entry into the contract and, at the sellers request, provide security. If the estate has so utilized the goods that they cannot be returned essentially unchanged the estate must be considered having entered into the contract.

Otherwise the Sale of Goods Act lacks rules concerning the treatment of sales in the event of bankruptcy. Chapter III discusses several significant unregulated issues. It examines *inter alia* the extent to which the right of the buyer's bankruptcy estate to abide by the buyer's contract is imperative in the estate's favour, whether the estate in entitled in contracts pertaining to successive or continual deliveries to limit its liability to the deliveries which the estate itself receives after the bankruptcy judgement (so-called partial entry), and whether the seller during a bankruptcy may unconditionally cancel on the ground of the buyer's previous breach of contract without first giving the bankruptcy estate the opportunity to forestall the cancellation by declaring its entry into the contract or provision of security. After a review of the Danish, Norwegian and German solutions of these problems, and a lengthy discussion of Swedish material and arguments, it is concluded that the rules of the Sale of Goods Act must be adjudged imperative in favour of the buyer's bankruptcy estate, and that the estate is entitled to partial entry. There is more doubts as to whether the right of cancellation which arose before the bankruptcy can be unconditionally exercised against the buyer's bankruptcy estate. Nevertheless the account maintains, according to the Norwegian pattern, that strong reasons contradict the existence of such a "residual" right of cancellation.

The Chapter also deals with the circumstances – apart from the utilization by the bankruptcy estate of goods received – which must be considered to result in the estate's entry into the debtor's contract by concludent action. The account of the buyer's bankruptcy ends with a

section on the question of what effect mutual passivity exerts on a sale which is not reciprocally fulfilled at the bankruptcy judgement. It is concluded in principle that the contract will pass unperturbed through the bankruptcy unless either party makes use of the special powers which ensue from the bankruptcy.

In the legal literature it is generally assumed that the rules of the Sale of Goods Act for the buyer's bankruptcy may in large measure be applied analogously in *the seller's bankruptcy*. The second half of the Chapter, which deals with the seller's bankruptcy, first examines the question of the extent to which the seller's bankruptcy estate *may* take over the performance of the sellers obligations. The points treated here include the problem of warranties which go beyond the predicted duration of the bankruptcy estate. It is concluded that the bankruptcy estate should normally be able to fulfil the seller's contract even in such cases. For the protection of the buyer an obligation is imposed on the seller's bankruptcy estate to set aside funds for future warrantly claims unless it appears highly unlikely that such will arise. The bankruptcy estate is said generally to be entitled to fulfil the seller's obligations unless these are so individual that it must be considered out of question for a bankruptcy estate to perform them.

The analysis otherwise deals with the same issues at the seller's as at the buyer's bankruptcy. It is asserted *inter alia* that the seller's bankruptcy estate too has a right to so-called partial entry in those cases where the goods bought can be divided up without the value of the separate items becoming far lower than the value of the property in its entirety. Partial entry should ensue e.g. in contracts on successive deliveries of a certain quantity of coal, gravel, or logs with the same dimensions, but not in e.g. a delivery of machinery in items. An explicit provision for such partial entry is to be found in the Norwegian laws on bankruptcy.

Another important question pertains to whether the seller's bankruptcy estate's claims for payment for deliveries which the estate chooses to fulfil can be set off against the purchaser's bankruptcy claims. In my opinion such set-offs should be prohibited. Notwithstanding, Swedish case law gives some support for the opposite solution. The last section of the Chapter discusses in detail the question of whether the seller's bankruptcy estate's tacit completion of the seller's manufacture or delivery of goods ordered before the bankruptcy should be seen as a concludent entry on the part of the estate. The argumentation leads to the conclusion that in such cases the estate must be adjudged to have entered into the contract insofar as according to the rules of dynamic property law the estate was not obliged to complete the manufacture or delivery.

Since, as a general rule for the protection of the buyer against claims from the seller's creditors, Swedish Law requires that goods be delivered into the possession of the buyer, the result in normal cases is that the bankruptcy estate must be adjudged to have entered into the contract when it completes the seller's undertaking of manufacture and/or delivery. This means *inter alia* that the estate assumes responsibility for defects in the delivered goods.

IV Constructing Contracts

Sweden has no general laws on constructing contracts. The standard contract, "Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader" (General Regulations for Building, Construction and Installation Contractors) (AB 72) instead holds pride of place. AB 72 prescribes that the bankruptcy of both the client (the future proprietor) and the entrepreneur give the solvent party an unconditional right to cancel. The main emphasis in the account comprises the discussions of whether these clauses can be invoked against the parties' bankruptcy estates, or whether these instead have an imperative right to enter into the contract.

Concerning the client's bankruptcy it is fairly clear that the bankruptcy estate is entitled, in analogy with the rules of the Sale of Goods Act for the buyer's bankruptcy, to enter into the contract and require that the work be completed in return for the remaining compensation. The estate should also be obliged to provide security if the entrepreneur so demands. It should hereby be possible without further ado to disregard AB 72's clause concerning an unconditional right of cancellation for the entrepreneur.

The problem is more difficult to solve in case of the entrepreneur's bankruptcy. This has been the subject of considerable debate in Danish, Norwegian och German Law. In Germany it was recently established in case law that the predominant standard contract's right of cancellation in the event of the building contractor's bankruptcy is effective against the latter's bankruptcy estate. This is justified *inter alia* on the ground that the entrepreneur's personal attributes are so important that the estate may not be allowed to complete the contracted work against the wishes of the client. Moreover the mutual trust on which the contractual relationship is based is impaired by the bankruptcy, and a liquidated business is said to be incapable of fully assuming the entrepreneur's guarantee responsibility for defects. In Norway, on the other hand, both in contractual practice and in drafts for the new bankruptcy laws it is

stated that the entrepreneur's bankruptcy estate is entitled to enter into the contract if the estate can show that it has sufficient financial and cognitive resources to complete the work as agreed. No unequivocal answer is given in Denmark. The circumstances in the individual case, such as how far had the work progressed, are often crucial.

As regards Sweden the Chapter advocates a regulation similar to that in Norway. Insofar as the legal situation is fluid, however, it is not impossible that the Swedish courts will decide that the unconditional right of cancellation stipulated in AB 72 is here compatible with imperative Swedish Law.

V Floor-space Tenancies and Ground Leases

This Chapter emphasizes the Swedish rules, partly confirmed by provisions in the Rent Act, for the bankruptcy of a tenant in case of rental of non-residential premises. If the tenant is in possession of the premises when he is declared bankrupt the landlord is permitted to give notice unless the tenant's bankruptcy estate within a month after being so requested either provides security, enters into the contract, or transfer the tenancy right if this is subject to transfer. If the contract is terminated the usual provisions of the Rent Act, which means that very long periods of notice, sometimes up to a year, must be observed.

During the period of notice the bankruptcy estate is not *per se* liable for payment of rent and other obligations of the tenant in the sense that the landlord's demands are not claims against the state but bankruptcy claims. The bankruptcy estate must indeed pay the rent during the period of notice in order to avoid cancellation of the contract with immediate effect, but the landlord's demands for compensation for rental income are only bankruptcy claims. Even during the time when the bankruptcy estate is considering whether to take over the debtor's contract the landlord's claims are only bankruptcy claims. The same applies for the period in bankruptcy from the cessation of the contract to the day of eviction. According to the recent preparatory work for the existing legal rules the bankruptcy estate cannot enter into the contract by concludent action.

Even if in Swedish Law the landlord has a so-called special priority in bankruptcy for a sum equivalent to three month's rent it is maintained in the consistently critical presentation that the said rules are inadequate. It is suggested instead, following Norwegian, Danish and, to some extent also, German patterns, that the landlord should be enabled without further ado to submit a claim to the bankruptcy estate itself for rent,

both during the period when the estate is considering how to proceed, and until the later point in the bankruptcy when the estate, after a decision not to enter into the contract, can place the premises at the landlord's disposal.

If the bankruptcy estate decides to enter into the contract it is recommended that the landlord receive claims from the estate itself for rent from the bankruptcy judgement onwards. Under the existing rules the time of onset of the responsibility of the bankruptcy estate is uncertain. Nor is it clear whether the estate can be unconditionally evicted from the the premises on the ground of the debtor's failure to pay the rent before the bankruptcy. On these issues the Chapter recommends that the bankruptcy estate be entitled to enter into the rental agreement with the result that demands for rent will become claims on the estate itself from the day of the bankruptcy judgement, and that the estate should not then risk eviction by reason of the debtor's omissions, unless the contract had ceased on this ground already before the bankruptcy.

The account of the *landlord's* bankruptcy discusses *inter alia* whether the bankruptcy estate of a realty company can incur claims against itself for the tenant's claims for maintenance and repair of their apartments. It is here concluded that the estate is not liable without further ado to discharge these obligations but that the estate should be responsible for the claims which arise when, in order to avoid reduced rental income, the estate voluntarily attempts to remedy faults it its properties.

VI Hire of Movable Property

This Chapter deals primarily with contracts pertaining financial leasing. It begins by briefly analysing the dividing line between such leasing contracts, and hire purchase. Current opinion prompts the conclusion, and starting-point for what follows, that financial leasing, with or without option rights, represent a unique type of contract, or a special type of rental of movable property. Consequently the rules of the Sale of Goods Act for the buyer's bankruptcy are not directly applicable to a lessee's bankruptcy. Instead analogies must be sought in the rules for sale of goods, and for rental of real property.

The standard form contracts for financial leasing invariably stipulate that the lessor is entitled to cancel the agreement with immediate effect in the event of the lessee's insolvency *inter alia* bankruptcy. Since the lessee's bankruptcy estate must be considered to have the same imperative right as the bankruptcy estates of the buyer and tenant to abide the contract via entry into it or provision of security, the Chapter declares

that these clauses are of none effect against the lessee's bankruptcy estate. The procedure for the estate's entry into the contract is, however, somewhat unclear, since the rules of the Sale of Goods Act and the Rent Act here express partly contradictory principles. The Chapter asserts that in cases where the the lessee goes bankrupt after delivery of the leased object the rules applied should be akin to those covering a similar situation with regard to rent for premises. Thus the lessee's bankruptcy estate should be entitled to abide the contract via either providing security or entry into the contract. Furthermore that the lessee's bankruptcy estate should have the same right to enter into the contract with effect from the bankruptcy judgement as have those of the buyer and the tenant of premises.

A contract on financial leasing is not subject to termination for a basic period of several years. If a bankruptcy estate, which is of limited duration, enters into the contract this may lead to problems if the estate cannot obtain the consent of the lessor to a premature termination of the contract.

Three solutions of this problem are discussed in the Chapter, viz. firstly, that the bankruptcy estate be given a special right to terminate the contract after the entry, secondly, that the estate be entitled to transfer the lessee's contractual rights and obligations, and thirdly, that the estate be permitted to buy the object of the lease. None of the alternatives can be said with certainly to comply with existing Swedish Law. The special right of termination is to be found in Norwegian and Danish but hardly in Swedish Law. On the other hand, it may be questioned whether the lessee's bankruptcy estate has an imperative right to transfer the lease to a new lessee with which the lessor must reasonably be content. The Conditional Sales Act (and the Consumer Credit Act) lays down further rules which allow the buyer to redeem the goods by premature payment of the instalment debt. At least financial leasing contracts with options for purchase by the lessee should in some cases involve a possibility for the bankruptcy estate, with the support of section 36 of the Act on Formation and Validity of Contracts (*den allmänna förmögenhetsrättsliga generalklausulen*), to maintain a right to (prematurely) buy the object for the discounted sum of the remaining leasing charges for the the basic period. *De lege ferenda* it is suggested that such a rule be introduced for financial leasing in general.

There is another important question, viz. whether the continued tacit use of the leased object by the lessee's bankruptcy estate shall be considered to signify that the estate has entered into the contract by concludent action. Analogy from the rules of the Sale of Goods Act prompts such a conclusion while analogy from the rules for rental of real

property yields the opposite result. In my opinion the last-mentioned rules should serve as chief guidance in this issue. *De lege ferenda* it is recommended, on the other hand, that the lessee's bankruptcy estate should be obliged to pay the leasing charges as a claim upon itself for the period during which the object is actually used even if the estate later declares its refusal to enter into the contract.

VII Publisher's Contracts and Patent License Contracts

The Chapter deals with the position of publisher's contracts and patent license contracts in bankruptcy from the view of copyright, contract, property and bankruptcy law. The German rules are taken into account particularly in the discussion of the publisher's bankruptcy. In cases where the duplication of the author's work had begun before the bankruptcy these rules mean in the main that the bankruptcy estate can choose to enter into the publisher's contract or to refrain from so doing. If the estate does not choose to enter into the contract and pay royalties as a claim on itself the publishing rights immediately revert to the author. Stocks of books held by the publisher are indeed included in the bankruptcy estate but since the publishing rights have reverted to the author the estate is not entitled to distribute them. In this situation the estate may destroy the copies or try to reach agreement with the author on their distribution or sell them to him against a reduction of a possible claim for damages. But if the estate chooses to enter into the contract and pay the author's royalties as a debt of its own the estate can continue both to produce and to distribute his books.

The new Norwegian bankruptcy legislation contains a special rule for *inter alia* license contracts and publisher's contracts. Under this rule, if the production was begun before the bankruptcy, and considerable investments have been made, the author/licensor only receives a bankruptcy claim for royalties when the bankruptcy estate continues production or sells products manufactured already before the bankruptcy. Only if the solvent party is positively productive may he claim from the estate itself.

A similar judgement was reached in Sweden in the case of NJA 1966, p.241. Here the bankruptcy estate was not obliged to pay royalties as its own debt since the estate sold the books under a publisher's contract which was still in force at the time of the sale. Since the authors in case did not argue that they were entitled to terminate the contract and regain the publishing rights if the estate *per se* did not

entered into it, nor did they contend that the contract ceased forthwith by reason of the publisher's bankruptcy, the case has little precedential value. The Chapter maintains after deepheld argumentation in the framework of existing Swedish Law that the publisher's (and the licensee's) bankruptcy estate must be adjudged obliged to pay the author's (and the licensor's) claims for royalties as its own debt, both when the estate continues the production and when it only sells finished products. Moreover that if the production was not commenced before the bankruptcy the estate has no right whatever to complete the contract. These solutions are said not to conflict unacceptably with the interests of the other creditors.

The Chapter also contains an examination of the possibilities for the bankruptcy estate to transfer the publishing rights or the rights of the license in different situations.

VIII Employment Contracts

The rules for the position of employment contracts in the event of the employer's bankruptcy have been developed as case law in Sweden. They signify in brief that both the employee and the employer's bankruptcy estate are entitled to terminate the employment contract with a reasonable period of notice. The length of this period is in principle determined independently of the rules for term of notice stated in the employment contract or in an existing collective agreement. Nevertheless the minimum protection defined in the Employment Protection Act must presumable be respected by the bankruptcy estate. Even if the work during the period of notice is executed on the estate's behalf, the wage claims then arising are bankruptcy claims and not claims on the estate itself. On the other hand, wage claims during a reasonable period of notice, a maximum of sixth month, are secured by a public guarantee. The guarantee also covers claims which did not fall due for payment less than one year before submission of the bankruptcy petition. The guarantee has an upper limit of 12 basic amounts (*basbelopp*) according to the National Insurance Act, which at present means about 300,000 SEK. The State has a right of recourse for founds disbursed, which is associated with so-called general priority (*allmän förmånsrätt*) in the employer's bankruptcy.

If the bankruptcy estate omits to give notice it thereby enters the employment contracts after a short interval. In case law the estate's entry has been considered to postulate the employee's explicit or implicit consent, nothwithstanding that the claims on the employer's bankruptcy

estate itself are covered by the public guarantee if the bankruptcy estate were to declared bankrupt.

Otherwise the Chapter is dominated by analyses of Swedish case law. These are performed in the light of the solutions in Danish, Norwegian and German Law.

IX Some Further Types of Contract

A succinct presentation is given of the Swedish rules for the parties' bankruptcies in case if sale of real property, sale of intangible property, commission- and other assignment- contracts, insurance contracts, associations, and pure credit contracts.

X Evaluation

This Chapter summarizes and evaluates the examination of the rules for the different types of contract which was undertaken in Chapters III–IX. The advantages and drawbacks of the existing rule system are discussed and solutions for the respective types of contract critically compared. It is maintained *inter alia* that uniform principles for all these types of contract are difficult to discern in the legal rules of today but that lack of principles is objectively justified only to a limited extent. On the contrary, the presentation in the previous chapters is said to have shown that similar solutions and principles could very well be established. Moreover the need for legislation is adjudged so great that an intervention by the Swedish legislature should come to pass.

XI Suggestion for General Legislation

It is here suggested that the Swedish Bankruptcy Act incorporate generally worded rules on the bankruptcy estate's treatment of the debtor's contractual obligations. A drift bill is presented. The starting-point is a general rule concerning the right of the bankruptcy estate to enter into the debtor's contracts. The rules then build on the principle that the solvent party shall never need to perform any obligation during the other parties bankruptcy if he is not assured of a claim on the estate itself for the agreed equivalent return (cf. Chapter II above). Rules for so-called partial entry (cf. Chapter III) are suggested. A general rule for permanent contracts is recommended, following Danish and Norwegian

patterns, whereby the bankruptcy estate after an entry may terminate such a contract with three months notice or, under certain circumstances, with reasonable notice. The rules in these and other parts are to a great extent based on the selective reforms advocated in Chapters III–IX.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Betænkning nr 606/1971 Konkurs og tvangsakkord. (Danmark)
Ds 1956:3 Fiskearrendelag. PM utarbetad inom jordbruksdepartementet.
DsA 1983:15 Ändringar i lönegarantisystemet.
Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz. Köln 1985. (*Cit*: Insolvenzrecht I)
Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs. Sthlm 1911. (*Cit*: 1911 års KL-förslag)
Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs. Sthlm 1919. (*Cit*: 1919 års KL-förslag)
Förtekning på Kungl Placater, Resolutioner, Förordningar och Påbud samt andre Allmänne Handlinger, som af Trycket utkommit år 1805. (*Cit*: Offentliga trycket 1805)
LU 1971:22 Lagutskottets betänkande i anledning av motion angående bevakning av säljares garantiutfästelser vid konkurs.
LU 1981/82:3 Förmånsrätt för författares royalty vid konkurs.
NJA II 1901 s 1 ff Nya lagberedningens förslag till "Lag om köp och byte" m m.
NJA II 1904 s 1 ff Den nya försäkringslagstiftningen.
NJA II 1906 s 1 ff Ny lagstiftning om köp och byte.
NJA II 1908 s 20 ff Förslag till nya jordabalken I. Lag om nyttjanderätt till fast egendom.
NJA II 1914 s 160 ff Lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande.
NJA II 1915 s 157 ff Lagstiftning om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
NJA II 1915 s 296 ff Lagstiftning om avbetalningsköp.
NJA II 1919 s 540 ff Lag om rätt till litterära och konstnärliga verk.
NJA II 1920 s 553 ff Lagstiftning om registrering av elektriska anläggningar samt rätt till elektrisk kraft m m.
NJA II 1921 s 367 ff Den nya lagstiftningen angående konkurs och ackordsförhandling utan konkurs.
NJA II 1927 s 339 ff Lagstiftning om försäkringsavtal.

NJA II 1955 s 145 ff Lagstiftning om inskrivning av rätt till luftfartyg m m. Lag i anledning av Sveriges tillträde till konvention rörande internationellt erkännande av rätt till luftfartyg.
NJA II 1961 s 1 ff Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
NJA II 1964 s 446 ff Lag om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
NJA II 1968 s 1 ff Ny patentlag.
NJA II 1968 s 433 ff Införsel, utmätning i lön, beneficium m m.
NJA II 1972 s 1 ff Jordabalken.
NJA II 1975 s 112 ff Ändringar i sjölagen m m.
NJA II 1976 s 150 ff Vissa ändringar i konkurslagen m m.
NJA II 1976 s 245 ff Generalklausul.
NJA II 1978 s 1 ff Lag om avbetalningsköp mellan näringsidkare m fl
NJA II 1978 s 241 ff Ändring i patentlagen.
NJA II 1980 s 62 ff Konsumentförsäkringslag.
NJA II 1980 s 435 ff Ny lag om handelsbolag och enkla bolag.
NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs. (Norge)
NOU 1976:34 Lov om kjøp. (Norge)
NU 1963:6 Betenkning ang nordisk patentlovgivning.
NU 1976:22 Utkast til nordiske kontraktsbestemmelser for bygge- och anleggsarbeider.
NU 1984:5 Nordiska köplagar.
NU 1984:10 Arbetsrätten i norden.
Ot prp nr 50(1980–81) Om A) Lov om gjeldsforhandling og konkurs, B) Lov om fordringshavernes dekningsret, C) Lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovsgivning m m. (Norge)
Ot prp nr 39(1982–83) Om A) Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), B) Lov om fordringshavernes dekningsret (dekningsloven), C) Lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m. (Norge)
Ot prp nr 80(1986–87) Om A) Kjøpslov, B) Lov om ratifikasjon av FN-konventionen om kontrakter for internasjonale løsørekøp, vedtatt 11 april 1980. (Norge)
Prop 1910:96 Förslag till lag om vissa arbetsaftal m m.
Prop 1911:43 Förslag till lag om vissa arbetsaftal m m.
Prop 1948:50 Förslag till lag om försäkringsrörelse.
Prop 1955:13 Godkännande av konvention rörande internationellt erkännande av rätt till luftfartyg; förslag till lag om inskrivning av rätt till luftfartyg m m.
Prop 1957:151 Förslag till lag om fiskearrende m m
Prop 1960:17 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Prop 1960:167 Förslag till varumärkeslag m m.

Prop 1966:23 Förslag till lag om företagsinteckning m m.
Prop 1966:40 Förslag till ny patentlag m m.
Prop 1968:19 Förslag till lag angående ändring i 1907 års nyttjanderättslag m m.
Prop 1968:130 Förslag till införsellag m m.
Prop 1969:168 Förslag till mönsterskyddslag m m.
Prop 1970:20 A Förslag till jordabalk. Del A.
Prop 1970:20 B Förslag till jordabalk. Del B.
Prop 1970:142 Förslag till förmånsrättslag m m.
Prop 1970:145 Förslag om införande av nya jordabalken m m.
Prop 1970:201 Förslag till lag om statlig lönegaranti vid konkurs m m.
Prop 1971:20 Förslag till fastighetsförsäljningslag m m.
Prop 1971:40 Växtförädlarrättslag m m.
Prop 1973:23 Ändringar i jordabalken m m.
Prop 1973:42 Förslag till ändring i sjölagen.
Prop 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd m m.
Prop 1974:88 Förslag till lag om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen m m.
Prop 1975:6 Om ändring i konkurslagen m m.
Prop 1975/76:12 Förslag till ändring i förmånsrättslagen m m.
Prop 1975/76:19 Om ändring i lagen om statlig lönegaranti vid konkurs m m.
Prop 1975/76:105 Förslag till arbetsrättsreform m m. Bil 1: Lag om medbestämmande i arbetslivet.
Prop 1975/76:210 Förslag till ändring i konkurslagen m m.
Prop 1976/77:123 Förslag till konsumentkreditlag m m.
Prop 1977/78:1 A Om ändring i patentlagen m m.
Prop 1978/79:105 Förslag till ändring i konkurslagen m m.
Prop 1980/81:8 Förslag till utsökningsbalk.
Prop 1981/82:64 Styrmedel för introduktion av naturgas.
Prop 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag m m.
Prop 1984/85:110 Konsumenttjänstlag.
Prop 1986/87:49 Om skydd för kretsmönster i halvledarprodukter.
Prop 1986/87:90 Ny konkurslag (inkl bilagedel).
Prop 1986/87:128 Om internationella köp
Prop 1987/88:4 Om pantsättning av patent
Regeringens prop 1986 nr 93 till Riksdagen med förslag till köplag (Finland)
SIND 1985:7 Konkursutdelningen. Statens industriverk.
SOU 1935:18 Betänkande med förslag till lag om arbetsavtal.
SOU 1946:62 Förslag till lag om tryggande av byggnadsarbetares lönefordran m m.

SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalk I.
SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.
SOU 1958:10 Förslag till varumärkeslag.
SOU 1960:24 Lagberedningens förslag till jordabalk m m. I. Lagtext.
SOU 1960:25 Lagberedningens förslag till jordabalk m m. II. Motiv till balken.
SOU 1964:10 Företagsinteckning.
SOU 1964:57 Utsökningsrätt III. Utmätning i lön. Beneficium m m.
SOU 1965:61 Mönsterskydd.
SOU 1966:26 Bostadsarrende m m.
SOU 1968:39 Eldistributionens rationalisering.
SOU 1968:41 Utsökningsrätt VII. Ackordsförhandling.
SOU 1968:57 Jordbruksarrende.
SOU 1968:64 Utsökningsrätt VIII. Fastighetsexekution m m.
SOU 1969:5 Utsökningsrätt IX. Förmånsrättsordning m m.
SOU 1969:15 Växtförädlarrätt.
SOU 1970:74 Registrering av fartyg. Sjöpanträtt och fartygshypotek. Partrederi.
SOU 1970:75 Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m.
SOU 1973:22 Utsökningsrätt XII. Utsökningsbalk.
SOU 1974:55 Utsökningsrätt XIII. Promulgationslag till utsökningsbalk m m. Lösöreköp.
SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal.
SOU 1975:63 Konsumentkreditlag m m.
SOU 1976:24 Internationellt patentsamarbete II. 1973 års europeiska patentkonvention.
SOU 1976:66 Köplag.
SOU 1976:70 Rätt till luftfartyg m m
SOU 1977:24 Näringsidkares avbetalningsköp.
SOU 1977:29 Konkursförvaltning.
SOU 1977:97 Finansieringsbolag.
SOU 1978:9 Ny konkurrensbegränsningslag.
SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag.
SOU 1981:102 Fastighetsförmedlingslag.
SOU 1983:24 Ny konkurslag.
SOU 1984:22 Panträtt i registrerad nyttjanderätt.
SOU 1984:25 Ny konsumentköplag.
SOU 1984:85 Handelsagentur och kommission.
SOU 1985:10 Pantsättning av patent.

SOU 1985:51 Upphovsrätt och datorteknik.
SOU 1986:8 Soliditet och skälighet i försäkringsverksamheten.
SOU 1986:9 Ny lönegarantilag.
SOU 1987:17 Franchising.
SOU 1987:27 Skeppslega till utlänning. Tillstånd, dispenser, flaggskifte.
Svenskt förslag till köplag. Inom justitiedepartementet preliminärt upprättat lagtextförslag 1987–02–05.
Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz. Köln 1986. (*Cit*: Insolvenzrecht II)

Litteratur

Adlercreutz, A, Avtalet och fordringen, särskilt vid varaktiga avtal. Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm. Oslo 1969, s 293 ff.
Adlercreutz, A, Finansieringsformers rättsliga reglering. Lund 1985. (*Cit*: Adlercreutz, Finansieringsformer)
Almén, T och *Eklund, R*, Lagen om avtal. 9 uppl, Sthlm 1968. (*Cit*: Almén/Eklund)
Almén, T, Om köp och byte av lös egendom. 4 uppl, ombesörjd av R Eklund, Sthlm 1960. (*Cit*: Almén)
Almén, T, Skandinavisk rättspraxis på köplagens område. TfR 1919 s 265 ff.
Andersen, L L och *Nørgaard, J*, Virksomhedsoverdragelsesloven og konkurs. UfR 1987 B s 113 ff.
Andersen, L S, Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Kbhvn 1986. (*Cit*: Andersen, Virksomhedsoverdragelse)
Andersen, P K m fl (Krag Jespersen, Michelsen, Nørgaard, Rechnagel, Ørgaard), Dansk privatret. En lærebog. 4 uppl, Viborg 1983.
Arnesdotter, I, Finansiell leasing. Uppsala 1984.
Arnesdotter, I, Om betalningsinställelse och offentligt ackord. Sthlm 1982. (*Cit*: Arnesdotter)
Augdahl, P, Den norske obligasjonsretts almindelige del. 5 uppl, Oslo 1978. (*Cit*: Augdahl)
Baumgarte, C, Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs. Göttingen 1980. (*Cit*: Baumgarte)

Baur, F, "Steckengebliebene" Insolvenzverfahren. Festschrift für F Weber zum 70. Geburtstag. Berlin–New York 1975, s 41 ff.
Beckman, N, Lagtillämpning och prejudikat. TSA 1962 s 157 ff.
Bengtsson, B, Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott. Sthlm 1967. (*Cit*: Bengtsson, Hävningsrätt)
Bengtsson, B, Nyttjanderätt till fast egendom. Sthlm 1974. (*Cit*: Bengtsson, Nyttjanderätt)
Bengtsson, B, Skadestånd vid myndighetsutövning I. Sthlm 1976.
Bengtsson, B, Särskilda avtalstyper I. 2 uppl, Sthlm 1976. (*Cit*: Bengtsson, Särskilda avtalstyper)
Bengtsson, B och *Victorin, A*, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom. 2 uppl, Sthlm 1985. (*Cit*: Bengtsson/Victorin)
Benkard, G, Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz. Begründet von G Benkard. Fortgeführt von W Ballhaus, K Bruchhausen, R Rogge und E Ullman. 7 uppl, München 1981. (*Cit*: Benkard)
Berg, F och *Sederblad, B*, Hyresrätt. Hyreslagen med sidoförfattningar. Kommentar. 2 uppl, Sthlm 1978. (*Cit*: Berg/Sederblad)
Bergqvist, O och *Lunning, L*, Medbestämmandelagen. Sthlm 1986. (*Cit*: Bergqvist/Lunning)
Bergström, S, "Uteslutande rätt att förfoga över verket." Studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s k nordiska förslaget. Uppsala universitets årsskrift 1954:8. (*Cit*: Bergström, Uteslutande rätt)
Bergström, S, Lärobok i upphovsrätt. 2 uppl ombesörjd av S Strömholm, Uppsala 1986. (*Cit*: Bergström, Lärobok)
Bergström, S, Om hävning av penninglån vid låntagarens dröjsmål. Festskrift till Knut Rodhe. Sthlm 1976, s 21 ff.
Bernhardt, P J, Arbeidsrett. Del 1. Om arbeidsavtalen. Oslo 1978.
Bernhardt, W och *Krasser, R*, Lehrbuch des deutschen Patentrechts. 4 uppl, München 1986.
Bernhardt, W, Lehrbuch des deutschen Patentrechts. 3 uppl, München 1973. (*Cit*: Bernhardt)
Berning, J, Finansieringsret. Kbhvn 1977. (*Cit*: Berning)
Bernitz, U, Bruttoprisförbudet och andra åtgärder mot konkurrensbegränsning i distributionen. Sthlm 1962. (*Cit*: Bernitz, Bruttoprisförbudet)
Bernitz, U, Konkurrens och priser i norden. Sthlm 1971. (*Cit*: Bernitz, Konkurrens och priser)
Bernitz, U, Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer. Sthlm 1969. (*Cit*: Bernitz, Marknadsrätt)
Bernitz, U, Svensk marknadsrätt. 2 uppl, Sthlm 1986.

Bernitz, U, Karnell, G, Pehrson, L och *Sandgren, C*, Immaterialrätt. 2 uppl, Sthlm 1987. (*Cit*: Bernitz m fl)

Bing, J, Forlagsavtalen. Oslo–Bergen–Tromsø 1975. (*Cit*: Bing)

Björklund, G, Besiktningens rättsverkan – några reflektioner kring Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 72, kap 7 § 20. SvJT 1983 s 70 ff.

Blanck, I, En systematisk framställning av den svenska konkursrätten. Anm av Welamson, Konkursrätt. TSA 1963 s 157 ff.

Blok, P, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF. NIR 1975 s 429 ff.

Blok, P, Patentrettens konsumtionsprincip. Kbhvn 1974.

Bogdan, M, Internationell konkurs- och ackordsrätt. Sthlm 1984. (*Cit*: Bogdan, Konkursrätt)

Bogdan, M, Svensk internationell privat- och processrätt. 3 uppl, Lund 1987. (*Cit*: Bogdan)

Boman, R, Behandlingen av bruksrättigheter vid exekutiv auktion å fastighet. Festskrift till Henrik Hessler. Sthlm 1985, s 65 ff. (*Cit*: Boman)

Bomgren, G, Utgör köparens insolvens anteciperad mora? SvJT 1942 s 289 ff.

Borchsenius, C, Endring av visse bestemmelser om legalpant for avgifter m m. LoR 1963 s 470 ff.

Borggräfe, J, Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut. Finanzierungsleasing als Kreditgeschäft. Köln–Berlin–Bonn–München 1976. (*Cit*: Borggräfe)

Bramsjö, S, Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden. Lund 1950. (*Cit*: Bramsjö)

Brækhus, S, International Shipbuilding Contracts. I Juridiske arbeider fra sjø og land. Oslo–Bergen–Tromsø, s 351 ff.

Brækhus, S, Konkursrett, utvalgte emner. Oslo 1970. (*Cit*: Brækhus eller Brækhus, Konkursrett)

Brækhus, S, Leasing. Et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold? Forhandlinger på det 25. nordiske juristmøte i Oslo 1969, s 183 ff. (*Cit*: Brækhus, Leasing)

Brækhus, S, Omsetningen som rettsteknisk problem. Tinglysing. (Omsetning og kreditt. Del 3.) Stencil. 2 uppl, Oslo 1983. (*Cit*: Brækhus, Tinglysing)

Brækhus, S, Sikkerhet i certepartier og certepartifrakter. Festskrift till Knut Rodhe. Sthlm 1976, s 33 ff. (*Cit*: Brækhus, Sikkerhet i certepartier)

Brækhus, S och *Hærem, A*, Norsk tingsrett. Oslo 1964. (*Cit*: Brækhus/-Hærem)

Bylund, B och *Viklund, L*, Arbetsrätt i praktiken. En facklig handbok. 6 uppl, Sthlm 1985. (*Cit*: Bylund/Viklund)
Bäärnhielm, M och *Larsson, S*, Arrendelagen. Sthlm 1985. (*Cit*: Bäärnhielm/Larsson)
Bäärnhielm, M och *Larsson, S*, Jordbruksarrende. Sthlm 1972.
Bäärnhielm, M, Bostads- och anläggningsarrende. Sthlm 1969. (Cit: Bäärnhielm 1969)
Böhle-Stamschräder, A, Konkursordnung. 11 uppl, München 1974. (*Cit*: Böhle-Stamschräder, 11 uppl)
Böhle-Stamschräder, A och *Kilger, J*, Konkursordnung. 13 uppl, München 1981. 14 uppl, München 1983. (*Cit*: Böhle-Stamschräder/Kilger, 13 resp 14 uppl) (se även *Kilger*)
Böhle-Stamschräder, A och *Kilger, J*, Vergleichsordnung. 11 uppl, München 1986. (*Cit*: Böhle-Stamschräder/Kilger II)
Carlson, G, Några ord om en föreslagen ändring i 39–40 §§ Köplagen. SvJT 1924 s 65 ff.
Carstensen, V, Ting og Sager 1. Løsørekøberens retsstilling over for sælgerens kreditorer. Kbhvn 1982. (*Cit*: Carstensen eller Carstensen, Ting og Sager)
Cervin, U, Om passivitet inom civilrätten. Lund 1960.
Cervin, U, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin. Sthlm 1972. (*Cit*: Cervin, Passivitetsspörsmålet)
Chalupsky, E, Holzapfel, W och *Straberger, V A*, Österreichisches Insolvenzrecht. Wels 1983. (*Cit*: Chalupsky)
Christensen, A, Studier i köprätt. Sthlm 1970. (*Cit*: Studier)
Eberstein, G, Några ord om gemensamma nordiska regler för förlagsavtalet. Protokoll hållet vid Nordiska bokförläggarrådets sammanträde i Stockholm den 14 och 15 september 1945. (*Cit*: Eberstein, Protokoll)
Eckhoff, T, Legalitetsprincippet. TfR 1963 s 225 ff.
Eckhoff, T och *Gjelsvik, Ø*, Prisloven av 26 juni 1953. Med kommentarer. Oslo 1955. (*Cit*: Eckhoff/Gjelsvik)
Ekdahl, C, Om fordran i konkurs. Sthlm 1935. (*Cit*: Ekdahl)
Ekeberg, B, Om säljarens stoppningsrätt enligt sjölagen. En profföreläsning. Uppsala 1905. (*Cit*: Ekeberg)
Ekeberg, B och *Benckert, K*, Obligationsrättens speciella del I. 11:e översedda uppl, Sthlm 1957. (*Cit*: Ekeberg/Benckert)
Ekeberg, B och *Benckert, K*, Obligationsrättens speciella del II. 11:e översedda uppl, Sthlm 1957. (*Cit*: Ekeberg/Benckert II)
Ekelöf, P O, Debattinlägg i SvJT 1940 s 683 ang sakrättsliga skyddet för nyttjanderätt till lös sak.

Ekelöf, P O, Rättegång. Första häftet. 6 uppl, Sthlm 1980. (*Cit*: Ekelöf, Rättegång I)

Eklund, R, Något om säljarens leveransskyldighet vid köparens insolvens. SvJT 1942 s 664 ff.

Eklund, R och *Hemberg, W*, Lagen om försäkringsavtal. 3 uppl, Sthlm 1957. (*Cit*: Eklund/Hemberg)

Eklund, R, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser. Sthlm 1983. (*Cit*: Eklund)

Ekman, H, Besiktningens rättsverkan – ett genmäle. SvJT 1984 s 409 f.

Elwing, C M, Konkursläran i huvuddrag. Lund 1984. (*Cit*: Elwing, Konkursläran)

Evju, S, "Norge". I NU 1984:10 s 225 ff.

Eyben, W E von, Formuerettigheder. 7 uppl, Kbhvn 1983. (*Cit*: von Eyben)

Falkanger, T, Identitetsendringer på bortfraktersiden. Betydningen for certepartibefrakterens stilling. Arkiv for sjørett 1972 s 525 ff. (*Cit*: Falkanger, Identitetsendringer)

Falkanger, T, Om leie av skib. Manuskript. Oslo 1967. (Stencilerat kompendium)

Fall, A, Fel att hetsa mot RSV och kronofogdemyndighet. Replik angående förädling av företagsintecknad egendom. Advokaten 1983 s 124 ff.

Fall, A, Müllern har gett missvisande "referat" av mina uttalanden. Debattinlägg om företagsinteckning. Advokaten 1983 s 313 ff.

Fanebust, A, Oppsigelse i arbeidsforhold. Bergen–Oslo–Stavanger–Tromsø 1986. (*Cit*: Fanebust)

Frigell, A och *Skiöld, L*, Panträtt i hyresrätt till lokal och mark. Advokaten 1986 s 348 ff. (*Cit*: Frigell/Skiöld)

Frihagen, A, Avstengning av vann og strøm som tvangsmiddel overfor konkursbo. LoR 1964 s 281 f.

Frihagen, A, Fra Prisrådets praksis. Oslo 1960.

Fristrup, S, Albrechtsen, A S och *Wissum, M*, Virksomhedsoverdragelsesloven – i praksis. UfR 1984 B s 138 ff.

Fuchs-Wisseman, G, Ist § 17 KO auf den Stromlieferungsvertrag anwendbar? NJW 1984 s 27.

Gedda, T, Kommentar till 17 kap handelsbalken (förmånsrättsordningen). Göteborg 1933. (*Cit*: Gedda)

Gehlin, J, Upphovsrätt för författare. Sthlm 1983.

Gierding, M, Opgørelse af misligholdte leasingforhold. UfR 1984 B s 117 ff.

Gitter, W m fl (Huhn, Lammel, Luig, Reich, Tempel, Weyers), Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht). München 1974. (*Cit*: Gitter m fl)

Gomard, B, Skifteret. 2 uppl, Kbhvn 1969.

Gomard, B, Tillæg til obligationsretten i en nøddeskal. 1 og 3 hæfte. 2 udg af kapitlerne 10, 19 og 21 efter Konkursloven nr 298 af 8 juni 1977. Kbhvn 1977. (*Cit*: Gomard)

Graf von Westphalen, F, Der Leasingvertrag. Köln 1979. (*Cit*: Graf von Westphalen)

Graf von Westphalen, F, Die neue BGH-Judikatur zum Teilamortisations-Leasingvertrag: Ergebnisse–Schlussfolgerungen. ZIP 1983 s 1021 ff.

Grauers, F, Fastighetsköp. Lärobok. 10 uppl, Lund 1987.

Gregow, T, Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1975–1981. SvJT 1984 s 257 ff.

Gregow, T, Utsökningsrätt. Sthlm 1983. (*Cit*: Gregow)

Grundtvig, L A, Kort fremstilling af forfatterretten. 2 uppl, Kbhvn 1918. (*Cit*: Grundtvig)

Grunsky, W, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren. 2 uppl, Köln 1985.

Grönfors, K, Avtalslagen. Sthlm 1984.

Grönfors, K, Svensk rättspraxis. Sjörätt och annan transporträtt 1981–1985. SvJT 1987 s 31 ff.

Grönfors, K, Ägande och brukande som kreditunderlag. Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm. Oslo 1969, s 417 ff. (*Cit*: Grönfors)

Grönfors, K, Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet. SvJT 1960 s 12 ff.

Gustafsson, M, Jordabalkens tillbehörsreglering. Särskilt med avseende å leasing och avbetalningsköp – kritiska synpunkter. Uppsala 1985.

Guter, P m fl (Hagman, Liman, Lindgren, Rengefors, Roos, Wale), Praktisk entreprenadjuridik. 3 uppl, Sthlm 1981. (*Cit*: Guter)

Göranson, U, Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning. Uppsala 1985. (*Cit*: Göranson)

Haberstumpf, H och *Hintermeier, J*, Einführung in das Verlagsrecht. Darmstadt 1985. (*Cit*: Haberstumpf/Hintermeier)

Hansen, J, Bygherrens brug af entreprenørens materiel. UfR 1979 B s 17 ff.

Hansen, J, Licensaftalen. Kbhvn 1981.

Harbek, O och *Solem, E*, Tinglysingsloven med kommentar. 5 uppl, Oslo 1968. (*Cit*: Harbek/Solem)

Hasselbalch, O, Ansættelsesretten. Kbhvn 1985.

Hasselbalch, O, Virksomhedsoverdragelsesloven på ny. UfR 1982 B s 448 f.

Hasselrot, B, Anm av Ö Undén, Översikt över den svenska patenträtten. SvJT 1916 s 63 ff.

Hasselrot, B, Ett och annat om saklega. Malmö 1922. (*Cit*: Hasselrot, Saklega)

Hasselrot, B, Handelsbalken. Första delen. Sthlm 1893. (*Cit*: Hasselrot, HB)

Hasselrot, B, Handelsbalken. Första delen. Om köp och byte. 2 uppl, Sthlm 1912. (*Cit*: Hasselrot, HB, 2 uppl)

Hasselrot, B, Handelsbalken. Sjunde delen. Sthlm 1903. (*Cit*: Hasselrot, HB VII)

Hasselrot, B, Köplagens bestämmelser i fråga om köpares obestånd. I Juridiska skrifter. Sjunde bandet. Malmö 1923, s 277 ff. (Cit: Hasselrot, Juridiska skrifter VII)

Hasselrot, B, Några spörsmål ang lån och saklega. Malmö 1927. (*Cit*: Hasselrot, Lån och saklega)

Hasselrot, B, Några spörsmål ang sysslomannaskap. Malmö 1917. (*Cit*: Hasselrot, Sysslomannaskap)

Hasselrot, B, Några spörsmål ang vindikationsrätt och arbetsbeting. Malmö 1926. (*Cit*: Hasselrot, Arbetsbeting)

Hassler, Å, Till frågan om rättsskydd för tredje man vid utmätning. Festskrift tillägnad Nils Stjernberg. Sthlm 1940, s 104 ff.

Heidland, H, Ist die Bestimmungen in § 8 Nr 2 VOB/B, nach welchem der Auftraggeber im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftragnehmers kündigen kann, unwirksam? BauR 1981 s 21 ff.

Heidland, H, Zu Rosenberger: Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers (BauR 1975, 233 ff). BauR 1976 s 305 ff.

Helander, B, Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spörsmål. Sthlm 1984. (*Cit*: Helander)

Hellner, J, Ipso facto avoidance. I Privatautonomie, Eigentum und verantwortung. Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag. Berlin 1980, s 85 ff.

Hellner, J, Obehörig vinst, särskilt utanför kontraktsförhållanden. Uppsala 1950. (*Cit*: Hellner, Obehörig vinst)

Hellner, J, Speciell avtalsrätt I. Köprätt. Sthlm 1982. (*Cit*: Hellner, Köprätt)

Hellner, J, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Sthlm 1984. (*Cit*: Hellner II)

Hellner, J, Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden. Festskrift till Knut Rodhe. Sthlm 1976, s 235 ff. (*Cit*: Hellner, Verkan av insolvens)
Henckel, W, Anm av Baur/Schönke, 8 uppl, Karlsruhe 1969 och Baur, Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 2 uppl, Karlsruhe 1969. ZZP 84 s 447 ff (1971).
Henckel, W, Anm till BGH 29.9.1985 (ZIP 85.1509 = JZ 86.295). JZ 1986 s 297 ff.
Henckel, W, Die Betriebsveräusserung im Konkurs. ZIP 1980 s 2 ff.
Henckel, W, Sachmängelhaftung beim Kauf im Konkurs. Festschrift für F Wieacker zum 70. Geburtstag. Göttingen 1978, s 366 ff. (*Cit*: Henckel, Sachmängelhaftung)
Henckel, W, Vorausverfügungen und Aufrechnung bei der Miete beweglicher Sachen und bei der Rechtpacht im Konkurs des Vermieters und des Verpächters. Festschrift für Fritz Baur. Tübingen 1981, s 443 ff.
Henriz, G, Inlägg i diskussionen Rettslige problemer i forbindelse med leasing, i Forhandlinger på det 25. nordiske juristmøte i Oslo 1969, s 237 ff.
Henriz, G, Leasing och några därmed sammanhängande problem. TfR 1968 s 85 ff. (*Cit*: Henriz)
Hess, H och *Kropshofer, B*, Kommentar zur Konkursordnung. 2 uppl, Darmstadt–Neuwied–Luchterhand 1985. (Cit: Hess/Kropshofer)
Hesser, T och *Essén, E W*, Patentlagen. Sthlm 1968. (*Cit*: Hesser/Essén)
Hessler, H, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer. Sthlm 1973. (*Cit*: Hessler)
Hessler, H, Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964–1981. SvJT 1983 s 161 ff.
Heuman, L, Specialprocess – Utsökning och konkurs. 2 uppl, Sthlm 1987. (*Cit*: Heuman)
Hillgård, K, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt. Lund 1923. (*Cit*: Hillgård)
Holmqvist, L, Hyreslagen. En kommentar. 2 uppl, Sthlm 1987. (*Cit*: Holmqvist)
Holmqvist, L, Patenträtt. Sthlm 1976. (*Cit*: Holmqvist)
Hult, P, Föreläsningar över försäkringsavtalslagen. Sthlm 1936. (*Cit*: Hult, Föreläsningar)
Hult, P, Om kommissionärsavtalet. Sthlm 1936. (*Cit*: Hult)
Håstad, T, 36 § avtalslagen i praktiken. Konsumenträtt & ekonomi nr 2/1985 s 13 ff.
Håstad, T, Anm av H Forssell, Tredjemansskyddets gränser. Lund 1976. SvJT 1976 s 715 ff.

Håstad, T, Avräkningsordningen när gäldenären har flera skulder till samma borgenär. Utredning gjord på uppdrag av RSV. Uppsala 1975. (stencil) (*Cit*: Håstad, Avräkningsordningen)
Håstad, T, I Norstedts juridiska handbok. 13 uppl, Sthlm 1987. (*Cit*: Håstad, NJH)
Håstad, T, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten. SvJT 1988 s 224 ff.
Håstad, T, Några frågor kring 9 kap 5 § handelsbalken. JFFT 1984 s 509 ff.
Håstad, T, PM om gränsen mellan massafordran och konkursfordran, särskilt säljarens konkursbos ansvar för fel i vara levererad under konkursen. Uppsala 1981–03–26 (stencil). (*Cit*: Håstad, PM)
Håstad, T, PM om villkorlig massafordran. Uppsala 1985–12–18 (stencil). (*Cit*: Håstad, PM 1985)
Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom. 1 uppl, Sthlm 1982. 2 uppl, Sthlm 1984. 3 uppl, Sthlm 1986. (*Cit*: Håstad, Sakrätt, 1 uppl, 2 uppl resp Håstad, Sakrätt)
Håstad, T, Studier i sakrätt. Sthlm 1980. (*Cit*: Håstad, Studier)
Håstad, T, Tjänster utan uppdrag. Ersättning och behörighet vid s k negotiorum gestio. Sthlm 1973. (*Cit*: Håstad, Tjänster utan uppdrag)
Håstad, T och *Lambertz, G*, Förbättring av företagsintecknad egendom under konkurs. Några följdfrågor i anslutning till det s k Minitubemålet. SvJT 1985 s 257 ff.
Häsemeyer, L, Das funktionelle Synallagma im Konkurs- und Vergleichsverfahren. KTS 1973 s 2 ff.
Häsemeyer, L, Die Grenzen der Konkursbeständigkeit vorgemerkte Ansprüche. NJW 1977 s 737 ff.
Højrup, H V, Ejendomsret. Kbhvn 1976. (*Cit*: Højrup)
Hørlyck, E, Entreprise- og licitationsbetingelser. 3 uppl, Haderslev 1982. (*Cit:* Hørlyck)
Illum, K, Dansk tingsret. 2 uppl, Kbhvn 1973. (*Cit*: Illum)
Illum, K, Dansk tingsret. 3 uppl ved V Carstensen, Kbhvn 1976. (*Cit*: Illum/Carstensen)
Illum, K, Modregning i konkurs. Kbhvn 1934.
Illum, K, Tinglysning. 6 uppl, Haderslev 1982.
Ingenstau, H, VOB. Verdingungsordnung für Bauleistungen. Teile A und B. Kommentar. Fortgeführt von H Korbion. 10 uppl, Düsseldorf 1984. (*Cit*: Ingenstau/Korbion)
Jacobsen, J H, Forlagsretten. Kbhvn 1951. (*Cit*: Jacobsen)
Jacobsson, M, *Tersmeden, E* och *Törnroth, L*, Patentlagstiftningen – en kommentar. Sthlm 1980. (*Cit*: Jacobsson/Tersmeden/Törnroth)

Jaeger, E, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen. Kommentar. 8 uppl, 1 Band bearbeitet von F Lent, Berlin 1958. (*Cit*: Jaeger/Lent)
Jaeger, E, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen. Grosskommentar. 9 uppl, bearbeitet von W Henckel. 1. Lieferung §§ 1–9. Berlin–New York 1977, 2. Lieferung §§ 10–17. Berlin–New York 1980, 3. Lieferung §§ 18–28. Berlin–New York 1982. (*Cit*: Jaeger/Henckel)
Jensen, F, Schlichtkrull, U och *Thomsen, I*, Monopolloven. Kbhvn 1968. (*Cit*: Jensen/Schlichtkrull/Thomsen)
Johansson, H, Ytterligare reflektioner kring AB 72 kap 7 § 20 – Besiktningens rättsverkan. SvJT 1984 s 405 ff.
Kanter, L, Det nya förlagsavtalet. Sthlm 1980. (*Cit*: Kanter)
Karlgren, H, Anm av U Cervin, Om passivitet inom civilrätten. TfR 1961 s 326 ff.
Karlgren, H, Anm av H Ussing, Dansk Obligationsret. Almindelig Del. Kbhvn 1935–37. TfR 1938 s 457 ff.
Karlgren, H, Kollegium i allmän obligationsrätt I. Femte tryckn av 1959 års uppl, Lund 1966. (*Cit*: Karlgren, Kollegium)
Karlgren, H, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt. 5 uppl, Lund 1974. (*Cit*: Karlgren, Kortfattad lärobok)
Karlgren, H, Passivitet. Sthlm 1965.
Karlgren, H, Prestation och "fara" i köprätten. Sthlm 1976. (*Cit*: Karlgren, Prestation och "fara")
Karlgren, H, Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis. Sthlm 1959. (*Cit*: Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse)
Karlgren, H, Öppet köp. I Studier i allmän avtalsrätt. Lund 1935, s 147 ff.
Karnell, G, Anm av T Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 1 uppl 1982. SvJT 1984 s 380 ff.
Karnovs Lovsamling 1982. Bind 2. 10 uppl, Kbhvn 1983. (*Cit*: Karnov)
Karnovs Lovsamling 1985. Register till 10 uppl 1982. Notetillæg 1983–85. Kbhvn 1986. (*Cit*: Karnov, Tillägg)
Kedner, G och *Roos, C M*, Aktiebolagslagen. Del II, Kap 11–19. 2 uppl, Sthlm 1982. (*Cit*: Kedner/Roos)
Kilger, J, Konkursordnung. 15 uppl, München 1987. (*Cit*: Kilger)
Klauer, G och *Möhring, P*, Patentrechtskommentar. Band I (§§ 1–36a). 3 uppl, München 1971. (*Cit*: Klauer/Möhring)
Kofoed-Hansen, J-U, Leasingkontrakter. En undersøgelse af en finansieringsform med særlig henblik på erhvervsløsøre. 2 uppl, Kbhvn 1983. (*Cit*: Kofoed-Hansen)
Kofoed-Hansen, J-U, Virksomhedsoverdragelsesloven – nogle konsekvenser. UfR 1982 B s 293 ff.
Kohler-Gehrig, E, Der Versicherungsvertrag im Konkurs des Versicherungsnehmers. Tübingen 1983.

Koktvedgaard, M, Kontraheringspligt. Kbhvn 1960.
Koktvedgaard, M, Konsumptionsprincippet inden for immaterialretten. JFFT 1970 s 227 ff.
Koktvedgaard, M och *Østerborg, L*, Patentloven med inledning och kommentarer. 2 uppl, Haderslev 1979. (*Cit*: Koktvedgaard/Østerborg)
Konkurs och ackord. Utgiven av RSV. Sthlm 1981. (*Cit*: Konkurs & Ackord)
Krag Jespersen, H, Byggeritransporter og anden sikkerhedsstillelse i byggeriforhold. Århus 1979.
Kruse, Fr Vinding, Ejendomsretten. 3 uppl ved W E von Eyben, Kbhvn 1951. (*Cit*: Fr Vinding Kruse)
Krüger, K, Kontrakt og konkursbeslag. Jussens Venner 1969:3 s 57 ff. (*Cit*: Krüger)
Kuhn, G och *Uhlenbruck, W*, Konkursordnung. Kommentar von G Kuhn, fortgeführt seit der 9. Aufl von W Uhlenbruck. 10 Aufl des von F Mentzel begründeten Werks. (*Cit*: Kuhn/Uhlenbruck)
Kübler, B M, Anm av OLG Köln 1.7.1981 (ZIP 80.100). ZIP 1980 s 101.
Källenius, S, Entreprenadjuridik. Sthlm 1960. (*Cit*: Källenius)
Källström, K, Anm av R Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser. SvJT 1984 s 979 ff.
Lagebrant, S, Synpunkter i fråga om gällande arbetsrätt. TSA 1975 s 436 ff.
Lambertz, G, Vilka borgenärer ska tillgodoräknas värdestegringen på företagsintecknad egendom vid fortsättande av rörelse i konkurs? TSA 1981 s 221 ff.
Larenz, K, Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. 13 uppl, München 1982. (*Cit*: Larenz I)
Larenz, K, Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 11 uppl, München 1977. (*Cit*: Larenz II)
Lawski, S, Konkurs- och ackordslagarna jämte dithörande författningar. 13 uppl, Sthlm 1947. (*Cit*: Lawski)
Leasing. En rapport utifrån skatteförvaltningens erfarenheter av leasing och beskrivning av olika möjligheter att styra finansieringsformens utveckling. RSV Rapport 1985:8. Sthlm 1985.
Leineweber, A, Die Rechte des Bauunternehmers im Konkurs des Auftraggebers. BauR 1980 s 510 ff. (*Cit*: Leineweber)
Leiss, L, Verlagsgesetz. Berlin–New York 1973. (*Cit*: Leiss)
Lejman, F, Den nya hyresrätten efter hyresregleringens avskaffande. Sthlm 1976. (*Cit*: Lejman)
Lejman, F, Om begreppet nyttjanderätt till fast egendom. Uppsala 1944. (*Cit*: Lejman, Om begreppet nyttjanderätt)

Lennander, G, Den nya insolvensrätten. Utvecklingstendenser inom konkurs- och ackordsrätten, särskilt i västtysk, engelsk, fransk och österrikisk rätt. TfR 1987 s 545 ff.

Lennander, G, Säljarens rätt att återkräva obetalda varor från en insolvent köpare. Festskrift till Jan Hellner. Sthlm 1984, s 311 ff.

Lennander, G, Återvinning i konkurs. Sthlm 1985. (*Cit*: Lennander, Återvinning)

Lind, J, Svensk rättspraxis. Kollektiv arbetsrätt 1958–1966. SvJT 1968 s 97 ff.

Lindskog, S, Kvittning. Om avräkning mellan privaträttsliga fordringar. Lund 1984. (*Cit*: Lindskog)

Lindskog, S, Några synpunkter på konkursförvaltning i samband med rörelsekonkurser. I Från advokatens verkstad. Uppsatser utgivna med anledning av Sveriges Advokatsamfunds 100-årsjubileum. Sthlm 1987, s 301 ff.

Ljungman, S, Svensk rättspraxis. Upphovsrätt och fotografirätt 1957–1976. SvJT 1977 s 514 ff.

Lund-Christensen, H, Anm av Pedersen, Entreprenørtransporter (1959) och Entreprise (1952). UfR 1960 B s 137 ff.

Lundstedt, V, Några rättssystematiska reflexioner. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg. Sthlm 1950, s 331 ff.

Lundstedt, V, Om lösöreköp. Lund 1912.

Lundvik, U, Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1960–1964. SvJT 1966 s 645 ff.

Lundvik, U, Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1965–1969. SvJT 1973 s 115 ff.

Lundvik, U, Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1970–1974. SvJT 1977 s 430 ff.

Lunning, L, Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen. 6 uppl, Sthlm 1984. (*Cit*: Lunning)

Lwowski, H-J, Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge. Eine Studie zum Leasing. Hamburg 1967. (*Cit*: Lwowski)

Marotzke, W, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich. München 1985. (*Cit*: Marotzke)

Martenius, Å, Konkurrenslagstiftningen. Konkurrenslagen, marknadsdomstolslagen, uppgiftsskyldighetslagen och sekretessbestämmelserna – med kommentarer. Sthlm 1985. (*Cit*: Martenius)

Mentzel, F, Kuhn, G och *Uhlenbruck, W*, Kommentar zur Konkursordnung. Fortgeführt von G Kuhn. 9. neubearbeitete Aufl von W Uhlenbruck des von F Mentzel begründeten Werks. (*Cit*: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck) (se även *Kuhn/Uhlenbruck*)

Millqvist, G, Finansiell leasing. Om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering. Lund 1986. (*Cit*: Millqvist)
Moberg, A, Frys inte! – Förslag till praktiskt tillämpbara förkovransregler vid företagshypotek. SvJT 1988 s 108 ff.
Mohrbutter, J, Insolvenzrechtliche Fragen zum Fernsprechansluss. KTS 1984 s 401 ff.
Moss, E, Forholdet mellom en produsents konkursbo og medkontrahent som har separatistrett i boet. LoR 1979 s 458 ff.
Motiv AB 72. Utgivna av Svenska teknologföreningens kontraktskommitté. Sthlm 1973.
Munch, M, Diskrimination af konkursbo. UfR 1981 B s 161 ff. (*Cit*: Munch, Diskrimination)
Munch, M, Konkursloven af 1977 med kommentarer. 3 uppl, Kbhvn 1983. (*Cit*: Munch, 3 uppl)
Munch, M, Konkursloven med kommentarer. 4 uppl, Kbhvn 1984 och 5 uppl, Kbhvn 1987. (*Cit*: Munch, 4 uppl resp Munch)
Munch, M, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis. UfR 1983 B s 149 ff.
Munch, M, Virksomhedsoverdragelse fra et konkursbo. UfR 1985 B s 423 f.
Müller, F, Probleme der Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen. Göttingen 1984. (*Cit*: Müller, Aufrechnung)
Müllern, M, Förädling av företagsintecknad egendom. HD-beslut bör gagna kreditmarknaden och skapa en mera rättvis fördelning. Advokaten 1983 s 42 ff.
Möller, M, Konkursbos inträde i förlags- och patentlicensavtal på förläggarens resp licenstagarens sida. Stencilerad PM 1984–01–15. 30 s. Uppsala
Möller, M, Konkursbos inträdesrätt i gäldenärens avtal. En undersökning av konkursens verkan på kontraktsförhållanden. Skriftligt arbete i civilrätt. Uppsala VT 1983. (*Cit*: Möller, Konkursbos inträdesrätt)
Nial, H, Annonsavtalet. Dess rättsverkningar i förhållandet mellan tidning och annonsör. Sthlm 1949. (*Cit*: Nial, Annonsavtalet)
Nial, H, Från individualism till kollektivism. Avtalsrätten under ett halvt sekel. Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm. Sthlm 1957, s 190 ff. (*Cit*: Nial, Minnesskrift)
Nial, H, Internationell förmögenhetsrätt. 2 uppl, Sthlm 1953.
Nial, H, Nya sakrätter? SvJT 1940 s 673 ff.
Nial, H, Om handelsbolag och enkla bolag. 2 uppl, Sthlm 1983. (*Cit*: Nial, Handelsbolag)
Nial, H, Svensk associationsrätt i huvuddrag. 3 uppl, Sthlm 1985. (*Cit*: Nial, Associationsrätt)

Nial, H, Svensk rättspraxis. Bolags- och föreningsrätt 1974–80. SvJT 1983 s 617 ff.

Nordling, E V, Om konkursbos rätt vid köp eller leverans-avtal, uppgjordt af gäldenären. NT 1875 s 657 ff. (*Cit*: Nordling)

Nybergh, G, Förlagsrättsliga studier jämte kritiska betraktelser över lagberedningens förslag till förlagslag. JFFT 1939 s 79 ff och 337 ff.

Nyström, J-Å, Billeasing. SvJT 1980 s 241 ff.

Nyström, J-Å, Leasing. 2 uppl, Lund 1983.

Nørager-Nielsen, J och *Theilgaard, S*, Købeloven af 1906 med kommentarer. Bind 2: §§ 33–71, Forbrugerkøb §§ 72–86. Kbhvn 1979. (*Cit*: Nørager-Nielsen/Theilgaard)

Nørgaard, J, Angående loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse – hæftelsen over for lønmodtagerne. UfR 1983 B s 202 ff.

Nørgaard, J, En dom om lønmodtageres stilling ved virksomhedsoverdragelse. UfR 1982 B s 393 ff.

Offtermatt, G, Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 Konkursordnung. Tübingen 1966. (*Cit*: Offtermatt)

Olivecrona, K, Anm av Å Hassler, Svensk exekutionsrätt. Andra häftet. Utmätning. Sthlm 1940. SvJT 1941 s 398 ff.

Olivecrona, K, Utsökning. 9 uppl, Lund 1978. (*Cit*: Olivecrona)

Olsen, L, Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott. Sthlm 1986. (*Cit*: Olsen)

Pagenstecher, M, Der Konkurs. Eine Einführung in seine Hauptprobleme mit 78 Lehrbeispielen für junge Juristen, Wirtschaftsprüfer und Kaufleute. 4 uppl, bearbeitet von M Grimm, München 1968. (*Cit*: Pagenstecher/Grimm)

Palmgren, G, Om påföljderna av säljarens mora. Helsingfors 1936. (*Cit*: Palmgren)

Pedersen, A H, Entreprise. Bygge- og anlægsarbejder. Kbhvn 1952. (*Cit*: Pedersen)

Pehrson, L, Kontraheringsplikt. Sthlm 1976.

Persson, P-O, Panträtt i hyresrätt till lokal – en replik. Advokaten 1986 s 420 ff.

Petschek, G, Das österreichische Insolvenzrecht. Eine systematische Darstellung, bearbeitet von O Reimer und K Schiemer. Wien 1973. (*Cit*: Petschek)

Plesner, M, Anm av P Blok, Patentrettens konsumtionsprincip. UfR 1975 B s 175 ff.

Rabenius, N, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt. TfR 1918 s 318 ff och 1919 s 1 ff.

Reiland, G, Patenthandboken. 4 uppl, Avesta 1985.

Reimer, E, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. 3 uppl, München–Köln–Berlin 1968. (*Cit*: Reimer)
Rintelen, M, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht. Wien 1958. (*Cit*: Rintelen)
Rittri, B, Bostads- och anläggningsarrende. Sthlm 1985. (*Cit*: Rittri)
Rodhe, K, Handbok i sakrätt. Sthlm 1985. (*Cit*: Rodhe, Sakrätt)
Rodhe, K, Lärobok i obligationsrätt. 6 uppl, Sthlm 1986. (*Cit*: Rodhe, Lärobok)
Rodhe, K, Obligationsrätt. Sthlm 1956.
Rodhe, K, Om begreppet hävning av avtal. Festskrift till Henry Ussing. Kbhvn 1951, s 458 ff.
Rodhe, K, Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1960–1965. SvJT 1968 s 177 ff.
Rodhe, K, Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1966–1977. SvJT 1979 s 577 ff.
Rodhe, K, Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1945–1949. SvJT 1951 s 581 ff.
Roos, C M, Anm av A Christensen, Studier i köprätt. SvJT 1971 s 37 ff.
Rosén, J, Något om författares rätt vid utmätning och konkurs. I Ulf, 50. Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen. Sthlm 1986, s 107 ff.
Rosén, J, Några reflexioner kring ramavtalet för förlagsavtal mellan författare och bokförläggare. NIR 1980 s 325 ff.
Rosenberger, F, Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers. BauR 1975 s 233 ff.
Rune, C, Rätt till skepp. Göteborg 1976.
Rättsstatistisk årsbok 1987. Sveriges officiella statistik. Statistiska centralbyrån. Sthlm 1987.
Sacklén, M, Specialitetsproblem vid pantsättning. Något om borgenärsskydd vid pantsättning till säkerhet för framtida fordringar. Uppsats i tillämpade studier i civilrätt. Uppsala VT 1982. (*Cit*: Sacklén)
Sandberg, L, Om bolags konkurs. Lund 1893.
Sandgren, C, Patentlicenser. Sthlm 1974. (*Cit*: Sandgren)
Sandvik, T, Kommentar til NS 3401. Bergen 1977. (*Cit*: Sandvik)
Sandvik, T, Eiendomsovergang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter. TfR 1968 s 445 ff.
Sandvik, T, Lærebok i materiell konkursrett. Utdrag. Bergen–Oslo–Stavanger–Tromsø 1985. (*Cit*: Sandvik, Materiell konkursrett)
Saxén, H, Förlagsavtalet. Åbo 1955. (*Cit*: Saxén)
Schaadt, S, Fremskridt gennem leasing. Kbhvn 1972. (*Cit*: Schaadt)

Schaumburg-Müller, P, Pligtmæssig overtagelse af forpligtelser ved virksomhedsoverdragelse. UfR 1985 B s 320 ff.

Schaumburg-Müller, P, Virksomhedsoverdragelse fra et konkursbo – en replik. UfR 1986 B s 92 f.

Schmidt, F, Löntagarrätt. Reviderad upplaga för undervisningsbruk ombesörjd av T Sigeman under medverkan av R Eklund, K Källström och A Victorin. Sthlm 1985. (*Cit*: Schmidt/Sigeman)

Schmidt, F, Supplement till tjänsteavtalet. Sthlm 1972.

Schmidt, F, Tjänsteavtalet. 1 uppl, Sthlm 1959. 2 uppl, Sthlm 1968.

Schmidt, K, Anm till BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.90). JS 1981 s 927.

Schulz-Bourmer, G, Zur Anrechnung von Teilleistungen des Gemeinschuldners auf den Schadenersatzanspruch des Vertragsgegners im Falle der Nichterfüllung von Verträgen durch den Konkursverwalter. KTS 1973 s 103 ff.

Schönke, A, Baur, F och *Stürner, R*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. Ein Lehrbuch von F Baur und R Stürner. 11 Aufl des von A Schönke begründeten systematischen Darstellung des Zwangsvollstreckungsrecht. Heidelberg 1983. (*Cit*: Baur/Stürner)

Seeger, S, Die konkursrechtliche Behandlung von Finanz-Leasing-Verträgen über bewegliche Sachen. KTS 1974 s 6 ff.

Selvig, E, Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold. Arkiv for sjørett 1962 s 553 ff.

Sigeman, T, 36 § avtalslagen och arbetsrätten. Festskrift till Jan Hellner. Sthlm 1984, s 587 ff.

Sigeman, T, Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler. Sthlm 1967. (*Cit*: Sigeman, Lönefordran)

Skarstedt, S, *Ekberg, S* och *Anderberg, E*, Arrendelagstiftningen av år 1943. Kommentar. 2 uppl, Sthlm 1946. (*Cit*: Skarstedt/Ekberg/Anderberg)

Spleth, P, Angående "virksomhedsoverdragelsesloven". UfR 1982 B s 443 ff.

Spleth, P, Anm av UfR 1974.371H. I UfR 1974 B s 356.

Stoppok, G, Leasing von beweglichen Wirtschaftsgütern aus rechtlicher Sicht. I K F Hagenmüller, Leasing-Handbuch. 3 uppl, Frankfurt 1973, s 291 ff. (*Cit*: Stoppok)

Strömberg, H, Kommunalrätt. 12 uppl, Malmö 1987 .

Strömberg, H, Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare. Lund 1949. (*Cit*: Strömberg, Offentliga anstalter)

Strömholm. S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. 3 uppl, Sthlm 1988. (*Cit*: Strömholm)

Stumpf, H, Der Licenzvertrag. 5 uppl, Heidelberg 1984. (*Cit*: Stumpf)

Sundberg, J, Om ansvaret för fel i lejt gods. Sthlm 1966. (*Cit*: Sundberg)
Svensson, B, Skattskyldighet under konkurs. Svensk skattetidning 1984 s 420–440 och 673–685.
Søgaard, K, Leasingkontrakters stilling ved lessees konkurs. UfR 1984 B s 79 ff.
Søjborg, E, Entreprenørens ejendomsret til byggematerialer. UfR 1982 B s 306 ff.
Sølvkjær, E, Monopolloven med kommentarer. Kbhvn 1984. (Cit: Sølvkjær, Monopolloven)
Tiberg, H, Fordringsrätt. 5 uppl, Sthlm 1986.
Tiberg, H, Kreditsäkerhet i fartyg. Sthlm 1968. (*Cit*: Tiberg, Kreditsäkerhet)
Tiberg, H, Lösöreköp och köp av lösöre. Om sakrättsligt moment vid omsättningsöverlåtelse. Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt. Sthlm 1976, s 577 ff.
Tiberg, H, Mellanmansrätt. 6 uppl, Sthlm 1982.
Tiberg, H, Nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd. SvJT 1964 s 497 ff.
Tiberg, H, Skuldebrev, växel och check. 5 uppl, Sthlm 1987.
Toft, A, Praktiske overvejelser om virksomhedsoverdragelse fra et konkursbo. UfR 1986 B s 93 ff.
Ulmer, E, Urheber- und Verlagsrecht. 3 uppl, Berlin–Heidelberg–New York 1980. (*Cit*: Ulmer)
Undén, Ö, Nyttjanderätt till lösöre. TfR 1940 s 527 f.
Undén, Ö, Svensk sakrätt I. Lös egendom. 9 uppl, Lund 1974. 10 uppl, Lund 1976. (*Cit*: Undén)
Undén, Ö, Svensk sakrätt II:2. Fast egendom, senare avdelningen. 5 uppl, Lund 1968. (*Cit*: Undén, Fast egendom)
Undén, Ö, Översikt över den svenska patenträtten. Lund 1915.
Ussing, H, Alméns Lære om Køberens Insolvens. SvJT 1942 s 509 ff.
Ussing, H, Køb. 4 uppl, ved A Vinding Kruse, Kbhvn 1967.
Utsökning. Utgiven av RSV. 2 uppl, Sthlm 1984.
Vagner, H H, Entrepriseretlige spørgsmål. Refleksioner over en bog. (Anm av Hørlyck, Entreprise- og licitationsbetingelser. 3 uppl 1982.) Juristen 1984 s 61 ff.
Vagner, H H, Nogle bemærkninger om intrædelseretten ved entreprenørens konkurs, betalingsstandsning eller død. UfR 1984 B s 417 ff.
Vahlén, L, Avtal och tolkning. Sthlm 1960.
Walin, G, Allmänna hyreslagen. 5 uppl, Sthlm 1969.
Walin, G, Anm av L Welamson, Konkursrätt. SvJT 1962 s 715 ff.
Walin, G, Anm av S Brækhus, Konkursrett, utvalgte emner (1970). TfR 1972 s 254 ff.

Walin, G, Borgen och tredjemanspant. Sthlm 1984. (*Cit*: Walin, Borgen)
Walin, G, Materiell konkursrätt. 2 uppl, Sthlm 1987.
Walin, G, Nya sakrätter? SvJT 1941 s 428 ff.
Walin, G, Separationsrätt. Sthlm 1975.
Walin, G och *Gregow, T*, Ackordslagen m m. Sthlm 1972. (*Cit*: Walin/Gregow)
Walin, G, *Gregow, T* och *Löfmarck, P*, Utsökningsbalken och promulgationslag m m. 2 uppl, Sthlm 1987. (*Cit*: Walin/Gregow/Löfmarck)
Walin, G och *Rydin, B*, Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön m m. 1 uppl, Sthlm 1972. 2 uppl, Sthlm 1982 (*Cit*: Walin/Rydin, 1 uppl resp Walin/Rydin)
Welamson, L, Konkurs. 2 uppl, Sthlm 1967. 7 uppl, Sthlm 1979. 8 uppl, Sthlm 1987. (Cit: Welamson, Konkurs, 2 uppl, 7 uppl resp Welamson, Konkurs)
Welamson, L, Konkursrätt. Sthlm 1961.
Welamson, L, Om massafordran i konkurs. SvJT 1952 s 401 ff.
Westerlind, P, Kommentar till jordabalken. 1–5 kap. Sthlm 1971. (*Cit*: Westerlind)
Westerlind, P, Kommentar till jordabalken. 7 kap. Sthlm 1984. (*Cit*: Westerlind, 7 kap)
Westman, E G, Elverksjuridik. Några juridiska frågor vid elverksdrift. Sthlm 1962. (*Cit*: Westman II)
Westman, E G, Några juridiska frågor vid elverksdrift. Norrköping 1950. (*Cit*: Westman I)
Westman, E G, Rättsliga spörsmål vid eldistribution. Praktikfall åren 1956–1970. Sthlm 1971. (*Cit*: Westman III)
Westring, H, Konkurslagen jämte dithörande författningar med förklaringar. 10 uppl, Sthlm 1917. (*Cit*: Westring)
Wikander, H, Om det materiella arbetsbetinget och dess viktigaste rättsföljder med särskild hänsyn till svensk rättspraxis. Uppsala 1916. (*Cit*: Wikander)
Victorin, A, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten. SvJT 1976 s 436 ff.
Wilhelmsson, A, Den statliga lönegarantin vid konkurs. TSA 1972 s 217 ff.
Wilhelmsson, T, Anm av G Millqvist, Finansiell leasing. SvJT 1987 s 43 ff.
Winroth, A O, Köp av lös egendom. Efterlämnat manuskript, efter författarens död utgivet av av K Lamm. Sthlm 1917. (*Cit*: Winroth)
Zethræus, S Å, Arbetsrätten vid arbetsgivares konkurs. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund. Sthlm 1987, s 581 ff.
Ørgaard, N, Betalingsstandsning. Kbhvn 1979.
Ørgaard, N, Konkursret. 2 uppl, Kbhvn 1978. (*Cit*: Ørgaard)

Rättsfall

De sidhänvisningar satts i fetsstil anger var referat av rättsfallen kan återfinnas. Ett "n" efter siffrorna betyder att hänvisningen görs till en not på den utpekade sidan.

Svenska

NT

1873 s 448 **681**

NJA

1880 s 427 **412n**
1897 s 170 **681**
1900 s 70 399n
1902 s 282 98n
1905 s 329 519n, 794
1908 s 329 **681**, 683
1910 s 564 121n, 290n, **300 f**
1911 s 407 159n
1911 s 520 151n
1912 s 528 234
1913 s 322 **682n f**
1913 s 380 735
1914 s 244 **682**
1914 s 256 **350 f**

1915 s 6 82n, 83n, 85n
1916 s 154 25, 212, 215, **218 ff**, 240 f, 425, 780, 827
1917 A 429 519n, 794
1920 s 1 142n
1920 s 45 83n
1920 s 632 228n
1922 s 102 399n
1922 s 328 **683**
1930 s 665 **683 f**, 689
1933 s 234 82n, 98n
1933 s 545 82n
1941 s 687 **324**
1943 s 625 **685 f**
1945 s 400 **324 f**
1946 s 695 146n
1949 s 164 739n
1950 s 417 543n
1957 s 197 25, **425 ff**, 790, 827
1963 s 129 **437**, 540 ff, 555
1963 s 331 **685 f**, 689 f, 802
1966 s 241 25, 53n, 581, **594 ff**, 637 f, 651, 751, 798, 800 f, 825
1967 s 260 **686**, 802
1969 C 1477 **225**
1970 s 394 146n
1971 s 31 **686 f**, 688, 700, 802
1972 s 633 306 f
1973 s 286 721
1973 s 635 523n

1974 s 306 **415**, 416n
1974 s 345 364n
1975 s 444 **691 f**, 696n, 697 ff
1976 s 134 438, 467n
1977 s 816 308
1978 s 593 64
1979 s 253 25, 53n, 702, 705, **707 ff**, 714, 802, 804
1979 s 451 399n
1981 s 801 25, **748 ff**, 816
1982 C 41 666n
1982 s 900 189, 281 f
1984 s 113 306n, **734**
1984 s 602 230n
1984 s 693 64
1985 s 50 **694 ff**, 699, 802
1985 s 178 86
1985 s 205 228n
1985 s 879 64, 81n, 100n
1986 s 136 398n f, 436n, 725n
1986 s 205 725n
1987 s 243 303
1987 s 349 666n
1987 s 992 346

SvJT rf

1924 s 53 151 n
1931 s 8 98n
1932 s 45 98n

1972 s 33 **687n**
1979 s 3 **700n**

RH

1982:90 666n
1982:106 488n
1982:162 560n
1984:101 **693**
1984:108 **693** f
1986:86 **701**
1986:130 **696**
1986:162 560n
1986:174 488n
1986:176 **499**
1987:16 **499**
1987:39 **499 f**
1986:153 **438 ff, 498 f**
1987:45 719n

RIC

6/84 (SveaHovR 1983–09–12, avd 10: SÖ 93, Ö 1295/83) **693**
10/85 (SveaHovR 1984–11–14, avd 10: SÖ 122, Ö 2170/84) **699 f**
48/87 (HovRSB 1987–09–11, SÖ 3169, Ö 231/87) **700 f**

AD

1933 nr 114 717n

1933 nr 162 **684**
1938 nr 117 684n
1972 nr 12 666n, 716n, 717n
1972 nr 27 666n
1974 nr 9 666n
1974 nr 10 666n
1975 nr 75 666n, **717**
1976 nr 3 666n
1976 nr 18 722n
1977 nr 68 722n
1978 nr 95 666n
1979 nr 140 722n
1979 nr 152 **697 ff**, 703 f
1980 nr 106 666n
1980 nr 110 666n
1980 nr 143 666n, 710
1982 nr 143 494n, 666n, 707, 710, **712 ff**, 802, 804, 808n
1982 nr 150 **696**, 702 f, 705, 707 f, **715 f**, 802, 804
1985 nr 35 719n

RÅ

RÅ 1948 I 144 **151 f**
RÅ 1955 ref 21 49

MD

1973:1 605n

NFR

1970:4 **144n**

Övriga

HovRÖN 1986–06–17 (DT 1029, T 2/86) **312 ff**

Kalmar TR (mål nr 39/82:6, förlikning) **491 ff**

Skiljedom meddelad i Stockholm 1984–02–27 (Western Tankers v/s Sulphur) **560 ff**

SveaHovR 1979–01–26 (avd 9, DT/79) **498**

SveaHovR 1987–06–18 (avd 2, DT 30, T 1112/85) **744 f**, 815

SveaHovR 1988–02–15 (avd 14, DT 9, T 650/87) **357 ff**

Danska

UfR 1926.526 402n

UfR 1955.1009H 210

UfR 1961.148H **581**

UfR 1963.863 216n

UfR 1971.540 256n, **311 f**, 314

UfR 1974.371H **189 f**, 305

UfR 1976.568 290n

UfR 1978.781 750n

UfR 1979.6H 216n, 225, **319 ff**

UfR 1981.219H 490n

UfR 1981.339 **446 ff**

UfR 1983.209 318n

UfR 1983.545H **582 ff**, 598, 601, 608 f, 795

UfR 1983.813 448n, **449 f**

UfR 1984.247 318n
UfR 1984.379H **121 f**, 123n, 124, 145
UfR 1986.197 **162**
UfR 1987.183 122n

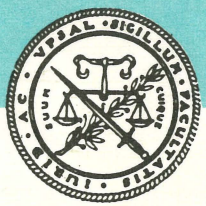
Norska

NRt 1931.882 125
Pristidende 1959.508 126n
Pristidende 1959.513 126n
Pristidende 1962.240 127n
Pristidende 1963.310 127n
RG 1958.327 **125**
RG 1978.630 **334 f**
RG 1981.817 **316**
TfR 1909 s 163 **294**

Västtyska

BAG 17.1.1980 (ZIP 80.117) 679
BAG 7.6.1984 (ZIP 84.1517) 675n
BAG 4.12.1986 (KTS 1987.312) 679
BGH 3.12.1954 (BGHZ 15.333) 157n
BGH 19.10.1960 (BB 1960.1352) **130**
BGH 24.2.1969 (BGHZ 51.350) 134n
BGH 20.10.1971 (BB 1972.515) 271
BGH 17.3.1972 (BGHZ 58.246) 93n
BGH 21.10.1976 (BGHZ 67.242) 134n
BGH 5.5.1977 (BGHZ 68.379) 93n, 272

BGH 5.4.1978 (BGHZ 71.189) **453 f**, 458
BGH 5.4.1978 (BGHZ 71.196) **463 f**
BGH 6.11.1978 (BGHZ 72.263) **466**
BGH 1.7.1981 (BGHZ 81.90) **131 f**, 155, 163, 173n
BGH 28.10.1981 (ZIP 82.64) **464**
BGH 28.10.1981 (ZIP 82.67) **464**
BGH 31.3.1982 (ZIP 82.700) **465**
BGH 21.4.1982 (BGHZ 83.359) **132 f**, 155
BGH 22.12.1982 (BGHZ 86.190) 133n, 136n
BGH 9.2.1983 (ZIP 83.332) 226n, 406, 425
BGH 26.6.1983 (ZIP 83.1084) 465
BGH 14.12.1983 (KTS 1984.284) 226, 406, 515n
BGH 21.12.1983 (KTS 1984.288) 171n
BGH 15.2.1984 (ZIP 84.612) 677
BGH 6.6.1984 (KTS 1985.87) **462 f**
BGH 26.9.1985 (ZIP 85.1509) (samma mål: OLG Celle 14.12.1984, ZIP 85.1013) 93n, 264, **277 ff**
BGH 16.1.1986 (ZIP 86.382) 272n
BGH 30.1.1986 (ZIP 86.448) 133n
LG Aachen 21.6.1977 (KTS 1979.123) 93n, **268 f**
OLG Zweibrücken 2.6.1971 (KTS 1972.116) **130**
OLG Hamm 6.12.1976 (NJW 1977.768) 181, **264 f**
OLG Düsseldorf 9.11.1979 (ZIP 80.174) **130**
OLG Köln 16.11.1979 (ZIP 80.100) **131**
OLG Düsseldorf 14.7.1981 (ZIP 81.886) 93n, **271 f**
OLG Hamburg 22.2.1985 (ZIP 85.295) 133n, 157n, 169n
OVG Nordrhein-Westfalen 22.10.1982 (KTS 1984.143) **136**
OVG Nordrhein-Westfalen 7.12.1984 (KTS 1985.569) **135 f**, 169n
OVG Nordrhein-Westfalen 17.4.1985 (KTS 1985.574) 136



Boken behandlar i vilken utsträckning ett konkursbo har rätt att fullfölja en konkursgäldenärs ömsesidigt förpliktande avtal och vilka rättsverkningar detta får.

Det kan t ex vara fråga om löpande leveransavtal, om hyra av rörelselokal, om leasingavtal för maskiner eller om licensavtal för patentskyddade produkter. Grundfrågan är om konkursboet genom ensidigt beslut har rätt att ta över avtalen, och om boet därmed under en kortare avvecklingstid eller en aktiv vidaredrift av rörelsen kan få ytterligare leveranser, dra nytta av rörelselokalerna, fortsätta tillverkningen på licensbasis etc. Måste boet då svara för vad gäldenären försummat före konkursen? Och är konkursboet, när det trätt in i exempelvis ett långvarigt leasingavtal, skyldigt att stå fast vid avtalet under resterande avtalstid, även om konkursen måste avvecklas långt tidigare? Svaren på dessa frågor och många andra liknande är mycket osäkra i svensk rätt. Någon allmän lagstiftning finns inte, utan endast enstaka regler. Klargörande rättspraxis saknas nästan helt.

I denna bok undersöks gällande rätt för i första hand avtalstyperna köp, entreprenad, hyra och arrende, leasing, licensavtal och anställningsavtal, men även kommission, försäkringsavtal och rena kreditavtal. Parallellt med svensk rätt presenteras lösningarna i dansk, norsk och västtysk rätt, där ämnet är betydligt mera utvecklat än i Sverige. Boken avslutas med ett förslag till en generell konkursrättslig lagstiftning om konkursboets befattning med gäldenärens avtal.

ISBN 91-7678-115-1 (inbunden)
ISBN 91-7678-116-X (häftad)
ISSN 0282-2040.