Rättsföljden vid återvinning i konkurs av inkongruent skuldinfriande

Av f.d. justitierådet och ordföranden i Högsta domstolen Stefan Lindskog

”Frölunda Café” NJA 2024 s.150 handlar om återvinning av infriande av en penningskuld med osedvanliga betalningsmedel (datio in solutum) enligt KL 4:10 1 st. Utgångspunkten för HD var att infriandeegendomen skulle återbäras, men eftersom den inte fanns i behåll skulle ersättning utgå för dess värde. Prejudikatfrågan rörde värdetidpunkten. Men vad är det som skall återbäras vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett datio in solutum? I artikeln görs det gällande att den relevanta nackdelen då är skuldinfriandet och inte egendomsöverföringen. Vad som kan återställas enligt bestämmelsen är därför skuldinfriandet. Det får vissa följder.

Inledning

Det förekommer att en gäldenär med sin borgenär avtalar om att hans förpliktelse skall infrias med en annan prestation än den som förpliktelsen avser. Vid ett sådant inkongruent förpliktelseinfriande talar man om datio in solutum.[1] Det rör sig då inte bara om ett särskilt slags förpliktelseinfriande utan också om ett annat slags onerös egendomsöverlåtelse än köp eller byte.

När den infriade förpliktelsen går ut på pengar — dvs. att det rör sig om en penningskuld — skiljer sig avtalet från ett köp på främst det sättet att avtalets primära föremål är borgenärens fordring, inte den gäldenärens egendom som överlåts.[2] Egendomen är bara ett (inkongruent) betalningsmedel. Transaktionen betingas således av borgenärens

[1] Se Lindskog Betalning (3 uppl. 2022; cit. Lindskog Betalning) 2.4.1.2 med hänv.

[2] Hur man skall se på KöpL:s tillämplighet är inte givet. Jfr Rodhe Obligationsrätt (1956) s. 78. Men det handlar inte bara om utfyllande dispositiv rätt; det rör sig också om vad parterna kan anses ha avtalat. Om borgenären godtar ett species som slutreglering för sin fordring ligger det enligt min mening nära till hands att se det så, att borgenären har godtagit infriandeegendomen som den är. Så inte om egendomen har åsatts ett visst infriandevärde (högre eller lägre än skulden, se not 46 nedan). Då ställs frågan om en (närmast analog) tillämpning av KöpL:s felregler på sin spets. Förmodligen har gäldenären i det fallet ett felansvar svarande mot det ansvar som en säljare har.

intresse att få betalt för sin fordring,[3] inte av att få tillgång till den överlåtna egendomen.[4]

När en gäldenär inte förmår att infria sin förpliktelse kongruent kan det ligga nära till hands att han med borgenären avtalar om ett inkongruent infriande. I KL 4:10 1 st. finns det en objektiv återvinningsbestämmelse för den situationen.[5] Bestämmelsen innebär att infriandet av en skuld som har skett senare än tre månader före fristdagen och som har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel går åter,[6] om betalningen inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinär.[7] I KL 4:14 1 st. föreskrivs det så, att vid återvinning skall

[3] Gäldenären kan naturligtvis också ha ett intresse av att infria sin skuld. Och intressena kan vara sammanfallande. Hur det förhåller sig med den intressebilden saknar dock betydelse för transaktionens rättsliga klassificering, så länge det inte rör sig om ett köp. Jfr not 31 nedan. — Man brukar i fråga om bl.a. köp ofta tala om naturaborgenär och naturagäldenär respektive penningborgenär och penninggäldenär för att uttrycka inte bara vad prestationerna går ut på utan också att naturaprestationen är primär medan penningprestationen endast är ett medel för genomförandet av naturaprestationen. När det gäller datio in solutum förhåller det sig omvänt. Det primära är infriandet av penningfordringen, medan naturaprestationen endast är ett medel (vederlag) för att uppnå detta. Låt vara att det inte alltid är svart eller vitt, utan kan vara fråga om prestationsväxling med större eller mindre inslag av ett slags byte (i mening av att dispositionen visserligen primärt syftar till ett skuldinfriande samtidigt som borgenären har ett sådant intresse av infriandeegendomen att han väl skulle kunna tänka sig att köpa denna, om inte skuldregleringsfrågan hade varit aktuell).

[4] Jag utgår här och i det följande från att det som överlåts är lös egendom av något slag, men det kan naturligtvis vara annan slags egendom liksom tillhandahållande av en tjänst (till vilket jag återkommer). Beträffande det fallet att gäldenären i avräkning på sin skuld överlåter en fordring hos en tredje man kan man f.ö. se det så att det inte rör sig om ett datio in solutum utan om en anvisningsbetalning. Men den och andra specialsituationer intresserar inte i detta sammanhang.

[5] Om denna, se särskilt Lennander Återvinning i konkurs (4 uppl. 2013; cit. Lennander Återvinning) 7.2. Bestämmelsen gäller inkongruent infriande av bara penningskulder, inte av förpliktelser av annat slag. Det kan man ha synpunkter på. Se Lindskog Kvittning (4 uppl. 2024; cit. Lindskog Kvittning) 25.3.2.3 med hänv.

[6] I förlängningen av kommentaren i not 5 ovan kan man fundera över varför bestämningen av vederlagsprestationen är återvinningsautonom (osedvanliga betalningsmedel) i stället för att direkt ta fasta på kongruensfrågan. Det senare skulle då innebära att om en (penning-)förpliktelse infriades med en annan prestation än den som förpliktelsen gick ut på, så triggades regleringen i KL 4:10 1 st. Jfr Lindskog Betalning 15.3.3.1n. — I lagtexten talas det om *betalning* av skuld. Visserligen är ordet betalning mångtydigt, men det är knappast alldeles rättvisande att tala om betalning när det handlar om datio in solutum. *Betalning* av penningskuld innebär enligt min mening ett kongruent infriande med pengar. Men infriande kan ske också på andra sätt. Ett slags ”semi-kongruent” infriande är kvittning, som är något annat än betalning (se Lindskog Kvittning 3.1.5). Än mindre träffande är det att tala om betalning vid rent inkongruent infriande. Men bestämmelsen reglerar också två andra situationer (betalning i förtid och med avsevärt belopp), och för de fallen hade ordet ”infriande” passat mindre väl (jfr not 35 nedan).

[7] Om betalningen har skett till någon som är närstående till gäldenären dessförinnan men senare än två år före fristdagen gäller dessutom att den går åter, om det inte visas att gäldenären vare sig var eller genom åtgärden blev insolvent. Men från den situationen bortses i det följande. — Vad som är osedvanliga betalningsmedel (som alltså bestäms återvinningsautonomt, se not 6 ovan) är en historia för sig. Vad gäller exempelvis om en fordring i SEK infrias med USD eller kryptopengar? Och hur är det med kvittning? Om min syn på frågor av det slaget, se Lindskog Kvittning 25.3.2.3. I detta sammanhang utgår jag från att betalningsmedlet är osedvanligt i bestämmelsens mening och att undantaget för ordinära dispositioner inte är tillämpligt.

den egendom som gäldenären har utgett återbäras till konkursboet (med en reciprok bestämmelse om boets återbäringsskyldighet i KL 4:14 2 st.).

I ”Frölunda Café” NJA 2024 s. 150 inträffade den situation som återvinningsbestämmelsen i KL 4:10 1 st. om infriande av penningskuld med osedvanliga betalningsmedel tar sikte på.[8] En restaurangägare överlät rörelsen innefattande bl.a. inventarier till lokalhyresvärden såsom vederlag för bl.a. hyresskulder.[9] När i restaurangägarens konkurs återvinning blev aktuell kunde dock inventarierna inte återbäras, eftersom den överlåtna egendomen då inte fanns kvar.[10]

I KL 4:14 3 st. föreskrivs det att om den egendom som skall återbäras inte finns i behåll skall ersättning utges för dess värde. Med utgångspunkterna att förutsättningarna för återvinning var för handen och att KL 4:14 3 st. var bestämmande för rättsföljden,[11] definierades prejudikatfrågan i punkt 9 på följande sätt: ”Som målet ligger i Högsta domstolen är frågan om ersättningen för egendomens värde ska bestämmas utifrån dess värde när förlikningsavtalet ingicks eller värdet vid återvinningsdomen.”[12] HD stannade i punkt 17 för att tillfället för rättshandlingen i normalfallet inte var en ändamålsenlig värdetidpunkt.[13] Med

[8] Rättsfallet analyseras av Oulis JT 2024–25 s. 461 ff. Utan att beröra den aspekten på ”Frölunda Café” som jag tar upp i denna artikel — vad det är som skall återbäras vid återvinning av inkongruent skuldinfriande — ser hon avgörandet som en tämligen självklar bekräftelse på ”2B Consult” NJA 2010 s. 709 när det gäller värdetidpunkt i fråga om återbäringsegendom som inte finns i behåll (där stannade HD för att domsdagen som huvudregel skall vara värdetidpunkt, jfr not 72 nedan). Hon för längs vägen en intressant diskussion om det återvinningsrättsliga rättshandlingsbegreppet, som det saknas utrymme för att här gå in på. Jag har något berört frågan i Lindskog Betalning 9.3.4.1.

[9] Oulis (JT 2024–25 s. 469) påpekar att den faktiska situationen innefattade ett element av kvittning, vilket skulle kunna ha viss rättslig relevans. Nu saknar det enligt min betydelse för avgörandet såsom prejudikat. Det avgörande för prejudikatfrågan är HD:s utgångspunkt, nämligen att målet som det förelåg rörde sig om betalning med osedvanliga betalningsmedel. Att målet (som det var processat) likväl inte var ägnat att ligga till grund för ett bra prejudikat återkommer jag till.

[10] Vilket synes ha berott på att återvinningssvaranden avvecklade caféverksamheten under målets handläggning i tingsrätten. Se HD:s avgörande punkt 5.

[11] HD hade meddelat prövningstillstånd med utgångspunkt i hovrättens bedömning att det vederlag som utgjordes av den övertagna egendomen (HD talade här om ”betalning”) skulle återgå enligt KL 4:10 och att återvinningssvaranden var skyldig att ersätta värdet av den egendomen (se p. 7).

[12] I punkt 18 noterades också: ”Enligt vad hovrätten antecknat har parterna utformat talan så att antingen tidpunkten för förlikningsavtalet eller tidpunkten för återvinningsmålets avgörande ska väljas som värdetidpunkt.” Jfr det meddelade prövningstillståndet i ”2B Consult”. Det bör noteras att positionerna var konträra (dvs. att båda inte kunde vara riktiga men väl felaktiga därför att det fanns ytterligare möjligheter). Om det, se not 80 nedan.

[13] Se vidare not 67 nedan.

det var utgången klar, eftersom endast det uppställda alternativet återstod.[14] Ersättningen bestämdes alltså utifrån värdet vid återvinningsmålets avgörande.[15]

Målet fördes med utgångspunkten att återbäring av infriandeegendomen var en självklarhet om återvinningsförutsättningarna var för handen. Och att återvinning skulle ske var genom det begränsade prövningstillståndet inte en fråga i HD.[16] Men det finns anledning att problematisera frågan om rättsföljden. Handlar det vid återvinning av skuldbetalning med osedvanliga betalningsmedel om egendomsåterbäring eller värdeåterbäring? Det är huvudtemat för artikeln.[17] Den fråga som ”Frölunda Café” kom att handla om — hur egendom som skulle ha återburits om den hade funnits i behåll skall värderas — kommer jag att beröra först efter att huvudtemat är avklarat men då med

[14] Huruvida boet under bobehandlingen skulle ha kunnat få något för egendomen om den hade varit kvar prövades således aldrig. Så inte heller om möjligheten för hyresvärden att driva verksamheten vidare kunde ha haft något värde någon gång under tiden från transaktionstillfället fram till återvinningsavgörandet.

[15] I samma riktning ”2B Consult”, som handlade om återvinning enligt KL 4:5 av en underprisförsäljning. — Resultatet blev något överraskande att fastän återvinningsgrund enligt KL 4:10 1 st. förelåg undgick hyresvärden (återvinningssvaranden) att utge värdeersättning för den förlorade egendomen, eftersom den var värdelös vid tiden för återvinningsprocessens slut. — Vid återvinning av en betalning återupplivas borgenärens fordring på så sätt att fordringen får bevakas i konkursen (jfr KL 4:21). Men gäller det också när betalning har skett med osedvanliga betalningsmedel som när de återbärs saknar värde? Eller som här; borgenären är skyldig att utge ersättning för egendomen som bestäms till noll på grund av att den saknade värde vid värdetidpunkten? Får han då utan att behöva återbära något bevaka sin fordring som en konsekvens av en förlorad återvinningstalan? Frågorna illustrerar det som jag i annat sammanhang har kallat för pusselbitsproblemet, nämligen att en rättslig fråga kan ses som en pusselbit som måste passa med kringliggande pusselbitar. Eller med andra ord: Besvarandet av en rättslig fråga — liksom konstruktionen av en rättsregel — förutsätter ofta ställningstagande till en eller flera sammanhängande rättsliga frågor. Vad det betyder i förevarande sammanhang kan man fundera över. Pusselbitsproblemet synes här främst vara att hänföra till lagstiftaren. Ty i ett övergripande perspektiv framstår det som mest följdriktigt att se det så, att den fordring som återvinningssvaranden får med anledning av en återvinning inte skall berättiga till utdelning på basis av större fordringsbelopp än vad som svarar mot värdet av det som han faktiskt återbär (att hans fordring hos gäldenären återupplivas i dess helhet behöver ju inte innebära att den skall berättiga till utdelning i dess helhet; det är en regleringsteknisk fråga). Så är emellertid inte KL 4:21 konstruerad. Det kan innebära den anomalin att en återvinningssvarande ställs bättre av att förlora ett återvinningsmål än att vinna det, vilket knappast är förenligt med återvinningsinstitutets ändamål. Den aspekten borde HD — som en del av sin pusselbitsanalys — enligt min mening ha observerat, även om slutsatsen möjligen hade blivit att fastän de pusselbitar som lagstiftaren har tillhandahållit skaver mot varandra, så får de i just detta fall anses så färdigskurna att problemet får hanteras genom lagstiftning och inte genom prejudikatbildning. Därmed inte sagt att HD skulle ha varit förhindrad att ta till lövsågen.

[16] Att återvinningsgrund förelåg var i och för sig odiskutabelt, men det kan vara så att den begränsade prövning som följde av det partiella prövningstillståndet (och parternas positioneringar) bidrog till att HD — som jag skall komma till — inte uppmärksammade den återvinningsgrundande nackdelens betydelse för bestämningen av återvinningsföremålet och därmed för verkningarna av återvinningen.

[17] Med egendomsåtervinning menas då givetvis att det osedvanliga betalningsmedlet (vad det nu är) skall återbäras. Värdeåterbäring utgår från hur mycket av penningfordringen som infriades genom transaktionen. Det värdet skall återbäras i form av pengar. Det osedvanliga betalningsmedlet får då borgenären behålla.

en annan ingång än HD.[18] Med mitt synsätt handlar det nämligen inte om vad som följer av KL 4:14, utan om en avtalsrättslig tillnärmning. Mer om detta i det följande.

Regleringen

Regleringen i KL 4:10 1 st. kan sägas avse tre fall av tvingande insolvenspresumtioner när ett infriande sker kort tid före konkursutbrottet, varav infriande med osedvanliga betalningsmedel är ett.[19]

Bestämmelsen om återvinning av inkongruent infriande av penningskuld ingår i sin tur i ett system av tre regler, som alla tar sikte på att motverka eller återställa att en borgenär slinker före i borgenärskön genom att en insolvent gäldenär reglerar sin skuld med annat än pengar.[20] Man kan se KL 4:10 1 st. som först i den regelserien.[21] Genom bestämmelsen återvinns ett genomfört infriande med osedvanliga betalningsmedel. Men med den bestämmelsen i åtanke kan en annan möjlighet att i praktiken reglera skulden inkongruent vara en ”sedvanlig” egendomsöverlåtelse, varefter köpeskillingsfordringen infrias kvittningsvis.[22] Enligt KL 4:10 2 st. jämställs dock en sådan kvittning med ett inkongruent infriande, och kvittningen kan alltså återvinnas enligt den bestämmelsen.[23] Det kan föranleda att parterna nöjer sig med en ”naken” överlåtelse i avsikt att i stället kvitta i konkursen. Men en sådan kvittning förhindras enligt KL 5:16 2 st.[24]

[18] I ”Frölunda Café” var som nämnts egendomsåterbäring en given utgångspunkt. Eftersom egendomen inte fanns i behåll kom målet att gälla bestämmandet av värdeersättning som substitut för egendomen. Från sådan egendomsåterbäring i form av värdeersättning är att skilja värdeåterbäring (som syftar till att återställa skuldinfriandet), låt vara att det i båda fallen handlar om pengar och att principerna för bestämmandet av hur mycket kan vara desamma. Jfr not 69 nedan.

[19] Egentligen består insolvenspresumtionerna av två moment, dels närheten till konkursutbrottet (tre månader) som är gemensamt för de tre fallen, dels de särskiljande kriterierna avsevärt belopp, i förtid och osedvanliga betalningsmedel. — Man kan diskutera ifall det rör sig om insolvenspresumtioner eller nackdelspresumtioner. Återvinning förutsätter att det handlar om en nackdel. Men för att det skall vara fråga om en reell nackdel måste infriandet ha skett vid en tidpunkt när det äventyrar borgenärernas likabehandling sålunda att i lika grad riskutsatta fordringar inte blir ensartat behandlade. Insolvens är ett gott kriterium härvidlag. Det framstår därför som mest närliggande att se det så att det handlar om insolvenspresumtioner.

[20] Jfr till det följande Lindskog Kvittning 25.3.2.1. — Här och i det följande talar jag om återvinningssvaranden och borgenären om vartannat. Valet beror endast på vad som faller sig naturligast. Det handlar om en och samma person.

[21] Rent redaktionellt kan man sätta i fråga det pedagogiska i att reglera skuldinfriande med osedvanliga betalningsmedel i samma stycke som de två andra återvinningsfallen. Men nu är det så. Det föranleder påpekandet att när jag i det följande hänvisar till KL 4:10 1 st. så avser jag endast det fallet att en skuld har infriats med osedvanliga betalningsmedel, om inte något annat anges.

[22] När kvittning sker simultant med överlåtelsen uppstår en gränsdragningsfråga mellan KL 4:10 1 och 2 st. Jfr not 31 nedan.

[23] Beträffande vad som här gäller i rättsföljdshänseende, se not 25 nedan.

[24] Beskrivningen är något tillrättalagd på det sättet att enligt KL 4:10 2 st. återvinns kvittningar som enligt KL 5:15 och 16 inte får ske i konkursen, om de har skett senare än tre månader före fristdagen. KL 4:10 2 st. bygger alltså på KL 5:16 2 st. och omfattar dessutom mer än det kvittningshinder som anges där. Men resultatet blir det i texten beskrivna.

Regelserien har ett och samma syfte, nämligen att en penningborgenär inte genom att få sin fordring infriad med annat än pengar skall kunna vinna någon fördel i förhållande till andra borgenärer som väntar på betalning. I grunden handlar det om att upprätthålla likabehandlingen av borgenärerna.

Det är emellertid att märka att bestämmelserna i KL 4:10 2 st. och KL 5:16 2 st. utgår från att infriandeegendomen blir kvar hos borgenären. Förvärvet står alltså fast.[25] Borgenären måste därför betala för egendomen enligt överenskommelsen med gäldenären utan att kunna kvitta med den fordring som avsågs bli reglerad. Det reser frågan om rättsföljden enligt KL 4:10 1 st. verkligen är en annan, nämligen sådan egendomsåterbäring som bildade utgångspunkten för HD:s bedömning i ”Frölunda Café”.[26]

Tes 1: Borgenären kan motsätta sig återbäring av infriandeegendomen

För att mogna frågan tar jag till ett exempel. Anta att en konsthandlare för en såld tavla har en obetald köpeskillingsfordring på 100 000 hos en illikvid kund, som ”betalar” med en annan tavla värd 125 000. Kunden sätts i konkurs inom tremånadersfristen i KL 4:10 1 st. Boet väcker talan om återvinning enligt den bestämmelsen och yrkar återbäring av tavlan. Tvisten kommer att gälla ordinäritetsundantaget. Konsthandlaren förlorar, och han förpliktas att återbära tavlan. Med det förlorar han också det ifrågavarande övervärdet på 25 000. Men det skulle han inte ha gjort ifall det hade varit fråga om återvinning enligt KL 4:10 2 st. eller vid kvittningshinder enligt KL 5:16 2 st.[27] Då hade konsthandlaren som en konsekvens av dessa bestämmelser (som innebär att en genomförd kvittning återvinns respektive att kvittningshinder föreligger) fått behålla tavlan men måst betala 100 000 kontant för den (minus den utdelning som hans därmed uppkomna konkursfordring berättigar till). Varför skillnaden? Och varför skall frågan om ordinäritet få sådan avgörande betydelse för frågan om övervärdet?

[25] I allt fall så vid kvittningshinder enligt KL 5:16 2 st. Vid återvinning enligt KL 4:10 2 st. ger lagregleringen inte riktigt klara besked. Men det framstår som mest närliggande att rättsföljden enligt den senare bestämmelsen inte skiljer sig från rättsföljden enligt den förra, dvs. att kvittningen men inte överlåtelsen återvinns (jfr Lindskog Kvittning 25.3.2.3n; som där påpekas återvanns dock enligt äldre rätt överlåtelsen med följd att fråga blev om egendomsåterbäring). Det är i linje med att man brukar uttrycka det så att kvittningen återvinns, se exempelvis Lennander 7.6.C. Beträffande vad det innebär att kvittningen återvinns, se noterna 54 och 56 nedan. — En annan sak är att vid återvinning av ett datio in solutum enligt någon annan bestämmelse (såsom KL 4:5) kan egendomsåterbäring komma i fråga (se det följande).

[26] Att det som skall återbäras är det osedvanliga betalningsmedlet kan nog synas vara så självklart att frågan inte problematiseras. Lennander (Återvinning 7.2.A) utgår således från exemplet att en möbelhandlare betalar en penningskuld med möbler och ställer frågan om möbelpartiet kan återvinnas enligt KL 4:10 1 st. Den fråga jag efter ”Frölunda Café” har kommit att ställa mig är om inte återvinningspåföljden är skuldinfriandet.

[27] Det förutsätts då att konsthandlaren hade köpt tavlan för 100 000.

Men, invänder säkert någon, det hade väl varit fel om konsthandlaren hade fått behålla tavlan som var värd 125 000 utan att behöva betala det fulla värdet av den. Jo, det kan nog vara så. Men underprissättningen (eller ”överinfriandet”) leder till en annan nackdel än skuldinfriandet och är därför en annan återvinningsfråga.[28] Underprissättningen kan naturligtvis korrigeras, men rimligen inte enligt KL 4:10 1 st. Om skillnaden mellan egendomsvärdet och den infriade skulden (dvs. mellan egendomsvärdet och det vederlag som gäldenären fick i form av skuldbefriandet) inte är uppenbar i den mening som avses i KL 4:6 2 st.,[29] så blir det en fråga om att tillämpa KL 4:5.[30] Man har alltså att skilja mellan överlåtelsen och infriandet.[31]

Min poäng är nu att återvinningsförutsättningarna enligt KL 4:5 är andra och mycket snävare än de i KL 4:10 1 st. Det förklaras av att vad som avses träffas återvinningsvis med KL 4:5 är mycket vidare än vad som gäller för KL 4:10 1 st. Syftet med KL 4:10 1 st. är som nämnts begränsat till att hålla ordning på borgenärskön, inte att återställa värdefrånhändanden.[32] Om boet i exemplet vill komma åt det frånhänta övervärdet, så bör det alltså bli fråga om en återvinning enligt KL 4:5,

[28] Borgenären kan f.ö. ha ett intresse av överlåtelseegendomen som inte svarar mot någon nackdel alls för övriga borgenärer. Anta att tavlan i exemplet är värd som högst 100 000 men har ett särskilt affektionsvärde för borgenären (man kan tänka sig att gäldenären och borgenären är släkt och tavlan ett Zorn-porträtt av en anfader; ett exempel som jag har använt förr). Tavlan bör då inte kunna återvinnas, eftersom överlåtelsen av den inte i sig innebär en sådan nackdel som är en grundläggande återvinningsförutsättning. Visserligen kan borgenären här sannolikt förhindra egendomsåterbäring med stöd av KL 4:14 3 st. 2 m., men enligt min mening bör den bestämmelsen (som jag återkommer till) inte ens sättas i spel. Bestämmelsen utgår ju ifrån att en återbäringsskyldighet föreligger enligt någon av återvinningsbestämmelserna och reglerar endast följderna av det.

[29] Till skillnad från vad som gäller för återvinning av ett datio in solutum enligt KL 4:10 1 st. så är den relevanta nackdelen enligt KL 4:6 egendomsfrånhändandet.

[30] I det följande ser jag bort från KL 4:6 och utgår från att det vid återvinning av ett förekommande ”övervärde” i samband med infriandet handlar om en tillämpning av KL 4:5.

[31] Så förutsätts parterna ha gjort i de fall som träffas av KL 4:10 2 st. och KL 5:16 2 st.; köpeskillingsfordringen anses ju infriad kvittningsvis först efter överlåtelsen. Vid ett datio in solutum handlar det däremot om två sidor av en och samma disposition, men det bör inte hindra att man också enligt KL 4:10 1 st. i enlighet med regeländamålet (och i återvinningssvarandens intresse) gör en söndring mellan de skilda nackdelarna värdefrånhändande och (inkongruent) skuldinfriande. — En annan fråga är om det i det enskilda fallet alls handlar om ett skuldinfriande (”betalning”) med infriande av osedvanliga betalningsmedel eller endast om ett köp där köpeskillingen (som en del av transaktionen) infrias kvittningsvis. Jfr Lennander Återvinning 8.2.B.a. Frågan hänger samman med huruvida dispositionen träffas av KL 4:10 1 eller 2 st.

[32] Det kan illustreras med exemplet att gäldenären har betalat borgenären mer än han är skyldig honom och att sedan återvinning sker på någon av de två andra återvinningsgrunderna i KL 4:10 1 st. Man kan exempelvis tänka sig att gäldenären betalar för mycket av misstag. Är borgenären skyldig att återbetala vad han har fått (dvs. också överbetalningen) eller bara vad som svarade mot skulden? Enligt min mening det senare. Återkrav rörande överbetalningen kan tänkas på andra grunder, såväl allmänt förmögenhetsrättsliga som återvinningsrättsliga, men inte med stöd av KL 4:10 1 st. Det kan förklaras med formuleringen av bestämmelsen som avser betalning av skuld (överbetalningen är inget skuldinfriande), men en mer adekvat förklaring är enligt min mening att det värdefrånhändande som ligger i överbetalningen inte är en relevant nackdel enligt KL 4:10 1 st.

och det oavsett om infriandet skedde utom eller inom tremånadersfristen i KL 4:10 1 st.

Konsekvensen av det sagda är att vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett inkongruent infriande bör borgenären kunna motsätta sig egendomsåterbäring, vilket han har anledning att göra om en sådan återbäring kan innebära att han fråntas ett värde som inte är en relevant nackdel enligt den bestämmelsen.[33]

Man kan då fråga sig om det sagda är förenligt med regleringen i KL 4:14, som föreskriver att vid återvinning skall den egendom som gäldenären har utgett återbäras till boet (1 st.) med endast det undantaget att om återbäring är ”förenad med särskild olägenhet för den förpliktade, så kan det medges honom att utge ersättning i egendomens ställe” (3 st. 2 m.). Men att hänga upp borgenärens rätt att motsätta sig egendomsåterbäring på rekvisitet ”särskild olägenhet” framstår inte som följdriktigt från ändamålssynpunkt och heller inte systematiskt konsekvent.[34] I stället bör man enligt min mening se det så, att det som återvinns enligt KL 4:10 1 st. inte är egendomsöverlåtelsen utan skuldinfriandet.[35] Det finns alltså ingen egendom att återbära enligt KL 4:14.[36] Vad som skall återställas är skuldinfriandet, och det sker på samma sätt som enligt KL 4:10 2 st. och KL 5:16 2 st. (dvs. med pengar).

[33] När infriandeegendomen är värd mer än den infriade skulden skulle man visserligen kunna tänka sig att egendomsåterbäring förutsatte att boet ersatte återvinningssvaranden med ett mellanskillnadsbelopp. Men det är inte bara opraktiskt; det skulle i vissa fall kunna framstå som stötande, och det saknar också stöd i den återvinningsrättsliga lagregleringen. Jfr not 50 nedan. Särskilt tydligt att egendomsåterbäring inte bör vara rättsföljden blir det f.ö. när ingen ekonomisk värdediskrepans föreligger mellan prestationerna men infriandeegendomen har ett annat värde för borgenären än ekonomiskt. Jfr not 28 ovan. — Man kan diskutera om möjligheten bör vara generell eller om den bara bör gälla när borgenären har ett särskilt intresse av att behålla den mottagna egendomen. Ett sådant intressevillkor fyller dock ingen funktion utan innebär endast att prövningen kompliceras.

[34] Om föremålet för återvinningen är infriandet av den riskutsatta fordringen, så är det inte förenligt med regeländamålet att återvinningssvaranden skall behöva argumentera på temat särskild olägenhet för att undvika egendomsåterbäring. Inte heller är det systematiskt konsekvent att utgå från egendomsåterbäring, när det inte är överlåtelsen av egendomen som är återvinningsförmålet utan skuldinfriandet. Regleringen i KL 4:14 utgår som jag ser det från föremålet för återvinningen, som vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av betalning med osedvanliga betalningsmedel är skuldinfriandet och inte egendomsöverförandet.

[35] I ”Bike Center” NJA 2010 s. 154 utgick HD (p. 4) från att vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett datio in solutum återvinns ”transaktionen”. Boets talan om ersättning för infriandeegendomens värde bifölls. Fallet ger knappast någon ledning för den här diskuterade frågan. Inte heller kan man dra några slutsatser av att det i KL 4:10 1 st. talas om ”betalning” av skuld. Dels är ordet betalning mångtydigt, dels reglerar bestämmelsen tre återvinningssituationer där något annat ord som fungerar för alla tre är svårfunnet (ordet ”infriande”, som är mer passande när skulden regleras med osedvanliga betalningsmedel, skulle ha blivit för brett för betalning i förtid respektive med avsevärt belopp). Se not 6 ovan.

[36] Lennander (Återvinning 10.1.B.b) påpekar att en värdedisproportion till följd av återbäring in natura kan utgöra särskild olägenhet enligt KL 4:14 3 st. 2 m. Men hon utgår då från att rättsföljden är egendomsåterbäring (in natura). Vad följderna av en sådan återbäring kan vara är en annan fråga än bestämningen av återvinningsföremålet och alltså återvinningens rättsföljd. Utan att direkt relatera till den aktuella situationen tar hon också upp frågan om återgång efter återvinning av ett köp

Det angivna synsättet stämmer väl med hur figuren datio in solutum är konstruerad, nämligen med fordringsinfriandet som avtalets primära ändamål, inte egendomsöverlåtelsen.[37] Det är också i linje med principen in dubio mitius; egendomsåtergång behövs inte för att neutralisera den nackdel som återvinningsbestämmelsen i KL 4:10 1 st. tar sikte på.[38] Det räcker med att borgenären får i pengar återbära infriandevärdet. Dessutom harmonierar bestämmelsen bättre med KL 4:10 2 st. och KL 5:16 2 st. om egendomsöverlåtelsen som sådan lämnas därhän.[39]

Min första tes är alltså att vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett inkongruent infriande kan borgenären motsätta sig återbäring av infriandeegendomen, eftersom överlåtelsen av denna består.[40] Det leder till frågan vad som gäller beträffande boet.

till underpris och möjligheten för återvinningssvaranden att undvika återbäring genom att utge värdeersättning svarande mot ”underprisdelen”. Men vad hon då har i åtanke synes vara mer praktiska olägenheter (såsom att återvinningssvaranden har bearbetat egendomen).

[37] Man kan diskutera huruvida man skall se institutet datio in solutum ur borgenärens perspektiv (då det rör sig om ett fordringsinfriande) eller ur gäldenärens (då det handlar om ett skuldinfriande). När det handlar om återvinning framstår det senare som närliggande (så är också KL 4:10 1 st. konstruerad). Men när det gäller datio in solutum som obligationsrättsligt institut handlar det snarare om borgenärsperspektivet. Oavsett perspektivval i det hänseendet är dock skuldregleringen som sådan (dvs. fordringsinfriandet sett från andra hållet) att se som den primära sidan av dispositionen. Och när det gäller ur vilket perspektiv som regleringen beskrivs kommer jag inte att eftersträva något slags renlärighet.

[38] Den nackdel som det handlar om är en och densamma för alla de tre bestämmelser som avser att hindra direkt eller indirekt inkongruent infriande när gäldenären typiskt sett kan befaras vara insolvent, nämligen att borgenärskollektivets utdelning minskar genom att — bildligt talat — en borgenär slipper ur borgenärskön (den nackdel som avses förhindrad enligt de två andra återvinningsfall som regleras i KL 4:10 1 st. är i princip också densamma).

[39] Låt vara att det är något osäkert hur rättsföljden är tänkt när det gäller KL 4:10 2 st., se not 25 ovan. — Beträffande de två andra återvinningsfallen i KL 4:10 1 st. — betalning med avsevärt belopp respektive i förtid — kan det oavsett hur man ser på frågan om återbäringsföremålet (egendom eller värde) inte handla om något annat än återbäring i form av pengar. Man kan emellertid diskutera hur man skall se på det fallet att det överförda beloppet finns kvar hos borgenären med bevarad sakrättslig identitet. Med utgångspunkten att vid återbäring av egendom med bevarad sakrättslig identitet är boets anspråk på egendomen sakrättsligt skyddad (en ordning som kan sättas i fråga, se Lindskog Betalning 15.3.3.4n med hänv. till E. Lehrberg), så har jag utan att beröra betydelsen av återvinningsgrunden antagit att det gäller också betalningsmedel med bevarad sakrättslig identitet (se Lindskog a.a. 15.3.3.4). Det gäller vid exempelvis återvinning av gåva enligt KL 4:6. Men frågan är om det gäller vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av betalning med avsevärt belopp respektive i förtid. Om boet vid återvinning av betalning med osedvanliga betalningsmedel inte har någon rätt till infriandeegendomen, så borde boet i konsekvensens namn inte ha någon rätt till just överförda medel i de andra fall som bestämmelsen reglerar. Det rör sig ju i alla tre fallen om samma nackdel (skuldinfriandet). Det bör därför handla om det ena (egendom) eller det andra (värde) i alla tre fallen (vid annan ståndpunkt: pröva mot situationen att fråga är om ett förtida infriande av en avsevärd penningskuld med osedvanliga betalningsmedel). Och jag har stannat för att det är fråga om värdeåterbäring, inte egendomsåterbäring.

[40] Sett från andra hållet kan boet inte (ensidigt) få till stånd egendomsåterbäring enligt KL 4:10 1 st. Att borgenären i stället måste betala för egendomen och att betalningen skall utgå från infriandevärdet återkommer jag till.

Tes 2: Boet kan inte motsätta sig återbäring av infriandeegendomen

Nu ändrar jag exemplet sålunda att värdet på den tavla som konsthandlaren tar emot som betalning för sin fordring på 100 000 är osäkert. Boet antas alltjämt föra en talan om återvinning enligt KL 4:10 1 st. men yrkar nu värdeåterbäring med 100 000, som enligt boet får anses vara tavlans värde eftersom borgenären har godtagit tavlan som full betalning för sin fordring på det beloppet. Att boet yrkar värdeåterbäring och inte egendomsåterbäring motiverar boet med att det som återvinns enligt 4:10 1 st. KL inte är egendomsöverlåtelsen utan skuldinfriandet, dvs. förklaringen till att borgenären (enligt tes 1) kan motsätta sig egendomsåterbäring.

Det kan tyckas att konsthandlaren här får stå sitt kast och alltså har att betala 100 000 även om han anser att tavlan är värd mindre än så. Men han kan invända att det rör sig om ett datio in solutum och inte om ett köp, som det skulle bli om han tvingades betala köpeskilling i form av värdeåterbäring.[41] Han måste därför — menar han — kunna befria sig genom att återlämna egendomen.

Om återvinning skall ske, så förhåller det sig rimligen som konsthandlaren gör gällande.[42] Återvinning av ett avtal kan inte leda till att borgenären förpliktas att göra mer än han har åtagit sig att göra.[43] Att han har godtagit ett inkongruent infriande med viss egendom (dvs. fordringsavstående som utgivet vederlag för egendomen) kan inte återvinningsvis utsträckas till att han har att betala med pengar för denna.[44]

Min andra tes är följaktligen att boet inte kan motsätta sig återbäring av infriandeegendomen, om borgenären begär detta.[45]

Syntes: Borgenären har en valrätt — men vad leder det till?

Under antagande att teserna 1 och 2 håller, så kan en återvinningssvarande vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett inkongruent

[41] Situationen skiljer sig i det hänseendet från den som bildar utgångspunkten för KL 4:10 2 st. och 5:16 2 st., där det föreligger ett köp av egendomen i fråga.

[42] Det fallet att fråga är om ett köp där köpeskillingen har infriats kvittningsvis regleras i KL 4:10 2 st. (skulle kvittning inte ha skett före konkursen hindras kvittning i konkursen enligt KL 5:16 2 st.). Vilken av de två bestämmelserna i KL 4:10 (1 st. eller 2 st.) som blir tillämplig beror på vad parterna skall anses ha avtalat. Här är utgångspunkten att avtalet innebär ett datio in solutum och inte ett köp för vilket köpeskillingen infrias genom en efterföljande kvittning.

[43] Återvinning handlar om återställande (inom ramen för konkursen), också vid rättighetsåtervinning. Varken återvinningsreglerna eller konkursen i sig kan ställa boet bättre än gäldenären själv (i fråga om återvinning blir då gäldenärens ställning före återvinningsdispositionen bestämmande; att återvinningen förbättrar borgenärskollektivets ställning på återvinningssvarandens bekostnad är en annan sak). Se från min sida Lindskog Betalning 13.1.6.5.

[44] För en liknande situation, se Lindskog Kvittning 7.3.3.3 i anslutning till ”Wernfeldts förskott” NJA 1910 s. 564.

[45] Men det bör då understrykas att det är en konsekvens av vad avtalet om datio in solutum innebär och således inte följer av de återvinningsrättsliga reglerna (annat än att de återvinningsrättsliga reglerna inte sträcker sig så långt att boet genom återvinning skulle kunna få ett datio in solutum omstöpt till ett köp). — Det förutsätts då att infriandeegendomen är återbäringsduglig. Till det återkommer jag.

infriande av en penningskuld alltså välja mellan att återbära egendomen och att behålla den mot viss ersättning (återbäring av det mottagna värdet). Om då borgenären väljer att utge ersättning (värdeåterbäring) möter frågan hur denna skall bestämmas.

Som jag ser det skall ersättningen som utgångspunkt svara mot det överenskomna infriandevärdet.[46] I praktiken svarar dock infriandevärdet i regel mot skuldens storlek, eftersom avtalet i allmänhet går ut på att genom överlåtelsen av infriandeegendomen är skulden infriad. Om infriandet har skett genom att parterna har ”bytt jämnt” så kommer alltså infriandevärdet att svara mot den reglerade skulden.

Men frågan är om inte infriandevärdet skulle kunna sättas lägre än så, nämligen om borgenären visar att infriandeegendomen vid infriandet var värd mindre än den infriade skulden. Han godtog att ”byta jämnt” eftersom det han fick var ”bättre än inget”. Att borgenären skulle ha rätt att behålla infriandeegendomen mot utgivande av dess verkliga värde om det inte svarar mot den infriade skulden stämmer dock mindre väl överens med utgångspunkten att det är skuldinfriandet som återvinns och inte infriandeöverlåtelsen. Vidare har förhållandet att borgenären kan välja egendomsåterbäring framför värdeåterbäring avtalsrättslig grund, och i linje med det bör infriandevärdet inte sättas lägre än vad parterna har kommit överens om (även om det har skett underförstått genom att de har ”bytt jämnt”).[47] Till det kommer att borgenären alltid kan välja egendomsåterbäring, om han skulle tycka att infriandeegendomen är värd mindre än det överenskomna infriandevärdet.[48]

[46] Parterna kan tänkas åsätta infriandeegendomen ett lägre värde än skulden, exempelvis 75 när skulden är 100. Det är då fråga om ett begränsat inkongruent infriande (där infriandevärdet är 75). Borgenären bör här kunna välja mellan egendomsåterbäring och att utge ersättning på 75. Om gäldenären också har betalat 25 får frågan om återvinning i den delen bedömas enligt de andra återvinningsreglerna i KL 4:10 1 st. En annan möjlighet är att infriandeegendomen har åsatts ett högre värde än skulden, exempelvis 125. Om då borgenären har betalat 25 rör det sig om ett blandat inkongruent infriande och ett köp. Återvinning bör då kunna ske enligt KL 4:10 1 st., åtminstone om det inkongruenta infriandet var transaktionens centrala del (om egendomen har åsatts ett värde betydligt högre än skulden kan man knappast se det som betalning med osedvanliga betalningsmedel). Vid återvinning bör borgenären kunna välja mellan att utge ersättning med 100 och att återbära egendomen mot återfående av så mycket som han har betalat (dvs. 25). — Det kan naturligtvis inträffa att ett överenskommet infriandevärde understiger infriandeegendomens verkliga värde. Situationen är att likställa med försäljning till underpris, och frågan om återvinning i den delen får prövas mot KL 4:5.

[47] Att värdeåterbäringen skall svara mot den infriade skulden stämmer också väl överens med KL 4:10 2 st. och 5:12 2 st. Här lär priset på egendomen vara påverkat av att borgenärens fordring tänks helt eller delvis fredad mot gäldenärens insolvens genom en efterföljande kvittning (borgenären skulle under andra omständigheter inte ha köpt egendomen till ett pris svarande med den avsedda skuldreduktionen), men det hindrar inte att det åsatta värdet (priset) läggs till grund för värdeåterbäringen.

[48] I konsekvens med det bör borgenären alltid kunna undvika återvinning genom att återlämna infriandeegendomen i samma skick som han mottog den, såväl till gäldenären före konkursen som till boet. Men hur länge den möjligheten bör stå öppen i konkursen är en annan fråga.

Slutsatsen blir att borgenären har att välja mellan egendomsåterbäring och återbäring av ett infriandevärde som svarar mot den infriade skulden eller det lägre värde som parterna har åsatt infriandeegendomen.

Nästa fråga blir då vad boet bör yrka, om borgenären inte har gjort sitt val innan talan väcks.[49] Med utgångspunkten att återvinning enligt KL 4:10 1 st. inte ger boet rätt att kräva återgång, så bör yrkandet gå ut på värdeåterbäring svarande mot infriandevärdet. Ett ytterligare skäl för det är att om boet yrkar egendomsåterbäring, så kan borgenären nöja sig med att bestrida yrkandet på den grunden att återvinning enligt KL 4:10 1 st. inte ger boet rätt till sådan återbäring.[50] Frågan om val kommer således inte säkert på spisen om inte boet yrkar värdeåterbäring. Om borgenären då inte vill godta att utge ersättning vid förlust, så får han yrka att rättsföljden bestäms till egendomsåterbäring.

Det bör noteras att oavsett hur borgenären väljer, så aktualiseras vid framgång för boet inte någon värdering av infriandeegendomen. Antingen lämnas egendomen åter, eller så får borgenären i pengar betala infriandevärdet (dvs. det värde som parterna uttryckligen eller underförstått har åsatt infriandeegendomen genom borgenärens fordring har s.a.s. satts ned hel eller delvis). Den fråga man kan ställa sig är när

[49] En särskild fråga är om borgenären är skyldig att på förfrågan ge boet besked redan innan rättegång inleds. Vad som gäller i vissa andra fall av parts valrätt vid alternativt rättighetsinnehåll kan synas tala för att om borgenären på boets förfrågan inte ger något besked så går valrätten över på boet (se Lindskog Vidsyn og skjønn Festskrift til Jens Edvin A. Skoghøy (2025) s. 110 ff.). Men valsituationen uppkommer först efter att en återvinningstalan har väckts, och det finns inget skäl att begära ett ställningstagande av borgenären dessförinnan.

[50] Man kan dock fundera på hur man skall se på den situationen att återvinningssvaranden medger boets yrkande om återbäring i och för sig men endast mot erhållande av ersättning för egendomens övervärde (jfr det första tavelexemplet), eftersom den åberopade bestämmelsen inte ger stöd för ett ”återvinningsförverkande” av detta. På den ena sidan saknar boet (med min syn) rätt till egendomsåterbäring i vidare mån än vad återvinningssvaranden har medgett. Men på den andra sidan är det svårt att se något rättsligt stöd för återvinningssvarandens yrkande (jfr not 33 ovan). Möjligen är det riktiga att ogilla återbäringsyrkandet. — Här möter också frågan om boets möjlighet att grunda ett yrkande om egendomsåterbäring på exempelvis KL 4:5 efter det att talerättsfristen i KL 4:20 1 st. har löpt ut. Principen får anses vara att den frågan är att bedöma enligt RB (jfr Lindskog Preskription (5 uppl. 2021) 8.6.1.2). Något hinder mot att åberopa en annan rättsregel finns då naturligtvis inte (enligt principen jura novit curia bör rent av domstolen sua sponte se till att regeln blir föremål för beaktande), men KL 4:5 bygger på andra omständigheter än KL 4:10 1 st. Sådana får dock åberopas enligt RB 13:3 3 st. så länge det rör sig om samma sak. Om saken då är egendomsåterbäring så kan boet byta spår (vilket kan vara relevant när återvinningssvaranden invänder mot boets yrkande om egendomsåterbäring på den grunden att KL 4:10 1 st. inte ger stöd för den rättsföljden). Men så möjligen inte omvänt. Om boet för talan om värdeåterbäring, framstår det således som tveksamt att boet skulle få växla spår till att föra talan om egendomsåterbäring enligt KL 4:5. — Det bör understrykas att jag inte här tar ställning till om en talan enligt KL 4:5 i den diskuterade situationen kan leda till egendomsåterbäring eller bara till ersättning svarande mot övervärdet.

valet måste göras. För att undvika att borgenären får en spekulationsmöjlighet,[51] så bör ordningen vara att borgenären har att välja egendomsåterbäring så snart han har att svara med anledning av boets yrkande om värdeåterbäring.[52] Gör han inte det skall han anses ha godtagit värdeåterbäring om boet vinner framgång med sin återvinningstalan. Det ställningstagandet bör på avtalsrättsliga grunder vara bindande.[53]

Gäldenärens prestation är till sin natur inte återbäringsbar

Det föregående har förutsatt att egendomen finns i behåll i återbäringsdugligt skick när boet väcker talan om återvinning. Så behöver inte vara fallet. Gäldenärens prestation kan redan från början ha varit sådan att någon återgång inte är möjlig. Ett exempel är att gäldenären har ”betalat” med en tjänst. Då blir det med nödvändighet en fråga om ersättning.

Situationer av det slaget kan nog ofta ”tolkas” som köp av tjänst förenad med kvittning, dvs. en sådan situation som avses i KL 4:10 2 st. Det blir då fråga om ersättning i form av betalning, nämligen för den efter återvinningen av kvittningen obetalda skulden för tjänsten. Vid bestämmandet av den skulden bildar tillämpliga obligationsrättsliga regler för prisbestämningen av tjänsten utgångspunkten. Om priset — på grund av parternas avtal eller efter en skälighetsbedömning (jfr 45 § KöpL) — bestäms till ett högre belopp än den infriade fordringen, så skall

[51] Om borgenären kan vänta med sitt val och värdet på infriandeegendomen under processen kommer att överstiga infriandevärdet, så väljer han naturligtvis värdeåterbäring svarande mot infriandevärdet som rättsföljd vid återvinning. Och om egendomsvärdet när processen började var högre än infriandevärdet men sedan sjunker under detta, så väljer han egendomsåterbäring. Och avsett omständigheterna väntar han med att välja så länge han kan. Det är inte någon bra ordning.

[52] Och naturligtvis tvärtom, ifall boet yrkar egendomsåterbäring och återvinningssvarande föredrar värdeåterbäring (men här kan han tänkas i första hand yrka ogillande på den grunden att egendomsåterbäring inte kan följa med återvinning enligt KL 4:10 1 st.).

[53] Rätten för borgenären att välja egendomsåtergång har ju inget med återvinningsreglerna att göra utan är en konsekvens av att borgenären inte har avtalsrättsligt förpliktat sig att behålla egendomen mot utgivande av ersättning som ett slags köpeskilling (se vid och med not 45 ovan). Men ett upprätthållande av den avtalsrättsliga positionen bör då kräva ett bindande besked inom skälig tid efter det att frågan har aktualiserats. Så får anses ha skett genom boets talan. Man kan möjligen falla tillbaka på grunderna för 2 § 1 st. AvtL sålunda att man ser boets inledande av talan om värdeåterbäring som ett slags anbud rörande rättsföljden, medan det av de processrättsliga reglerna följer att borgenären då har att respondera. Parallellen haltar visserligen något, bl.a. genom att det inte rör sig om något anbud i egentlig mening. Likväl väger skälen för valrättens tidsmässiga begränsning så tungt att ordningen måste antas gälla.

återbäringsbetalningen svara mot fordringens storlek.[54] Om priset är lägre,[55] så skall återbäring ske med ett belopp som svarar mot priset.[56]

Men anta att fråga är om ett klart fall av datio in solutum (dvs. att det handlar om en tillämpning av KL 4:10 1 st. och alltså inte 2 st.).[57] Borgenären invänder till en början att han endast har godtagit ett inkongruent infriande av sin fordring, och att han därför inte är och inte heller kan göras skyldig att betala för tjänsten som om han hade köpt denna. Som jag ser det har borgenären fog för den invändningen.[58] Det leder till frågan om återvinning av det värde som borgenären fick infriat. Det är ju, åtminstone enligt min mening, själva infriandet som är föremålet för återvinningen. Återställande skall därför ske genom utgivande av ersättning (värdeåterbäring).

Om parterna har avtalat om visst värde på tjänsten bör det vara bestämmande.[59] Men i regel lär någon sådan överenskommelse inte föreligga; mot utförandet av tjänsten har borgenären frånfallit sin fordring

[54] Dvs. summa concurrens (eftersom kvittningen återvinns). Hur det förhåller sig med den överskjutande delen är dock inte givet. Anta att sedan gäldenären har utfört en icke prisbestämd tjänst för borgenären kommer de överens om att gäldenärens betalningsanspråk för tjänsten kvittas mot borgenärens fordring. Sedan gäldenären har satts i konkurs så för boet en återvinningstalan mot borgenären. Det står klart att kvittningen skall återvinnas enlig KL 4:10 2 st., att värdet av tjänsten är 125 medan borgenärens fordring är 100. Boet yrkar 125 med motiveringen att sedan kvittningen har återvunnits står fordringen på betalning för tjänsten obetald. Borgenären invänder att genom den efterföljande kvittningsöverenskommelsen har han infriat vad han var skyldig för tjänsten. Färdigt med det. Jag ser det så här. Att överenskommelsen råkar innefatta en gäldenärens eftergift på 25 kan inte korrigeras genom en återvinning enligt KL 4:10 2 st. Återvinningens verkan med avseende på kvittningen sträcker sig enligt den bestämmelsen inte längre än vad som svarar mot den nackdel som motiverar återvinningen. Det betyder att borgenären ska ”återbetala” så mycket som han kvittningsvis har tagit emot på sin fordring (summa concurrens). För att borgenären skall vara skyldig att betala ytterligare 25 krävs antingen att det följer av parternas avtal (dvs. att gäldenären har förbehållit sig rätt till full betalning för tjänsten) eller återvinning enligt någon annan bestämmelse.

[55] Här torde allmänna principer rörande bevisskyldigheten gälla, där boet skall ställas som gäldenären (dvs. som säljare).

[56] Dvs. summa concurrens även här. Men också här kan man diskutera vad som gäller beträffande differensen. Boet kan invända att om borgenären inte har förbehållit sig rätt till betalning för den delen av sin fordring som överskjuter värdet av tjänsten, så får han finna sig i att han skall anses ha fått full ”betalning” för sin fordring, varför den ”återbetalningsskyldighet” som följer av återvinningen skall uppgå till lika mycket. Borgenärens genmäle svarar mot vad som i det föregående har anförts mot att han skall vara skyldig att godta värdeåterbäring vid återvinning enligt KL 4:10 1 st., nämligen att det förhållandet att han har godtagit en kvittning trots den för honom negativa differensen inte innebär att han har åtagit sig att betala mer för tjänsten än den är värd. Resonemanget håller enligt min mening också här. Till det kommer att om en planerad kvittning hade skjutits upp till efter konkursen, så skulle det ha stannat vid att borgenären hade att betala vad tjänsten var värd och inte mer. Det skulle stämma illa med systemet om regeln i KL 4:10 2 st. ledde till något annat.

[57] Man kan tänka sig att parterna avtalar om att gäldenären skall infria sin skuld genom att måla borgenärens hus. En sådan överenskommelse låter sig knappast tolkas som ett köp av en tjänst där infriandet av borgenärens fordring sker genom ett åtskilt kvittningsförfarande.

[58] Jfr vid och med not 44 ovan. — Om tjänsten var värd mer än den infriande fordringen kan det således vid återvinningen enligt KL 4:10 1 st. inte leda till att han har att ersätta boet för det värdet.

[59] Det innebär att det saknar betydelse om situationen hänförs till KL 4:10 1 eller 2 st. Om borgenären har ”skrivit av” 75 av sin fordring på 100 mot att gäldenären

utan att något mer har sagts. Borgenären kan då invända att han inte är skyldig att utge större ersättning än vad tjänsten var värd. Ståndpunkten framstår som rimlig. Om återbäring in natura hade varit möjlig skulle han ju — enligt vad jag har utvecklat i det föregående — ha kunnat undvika en värdemässig ”överåterbäring” genom att återlämna egendomen. Nu kan han inte det. Som jag ser det bör ordningen vara att infriandevärdet i den situationen skall bestämmas att svara mot storleken av den infriade fordringen, om inte borgenären förmår att styrka att tjänstens värde var lägre vid tidpunkten för infriandet.[60] Borgenären ställs med det visserligen sämre än när han kan återlämna den mottagna egendomen i återbäringsdugligt skick,[61] men det är svårt att se någon bättre lösning.[62]

Gäldenärens prestation är inte återbäringsduglig

Det kan också inträffa att även om gäldenärens prestation finns i behåll när boet väcker talan om återvinning och borgenären väljer egendomsåterbäring som rättsföljd, så motsätter sig boet sådan återbäring på den grunden att gäldenärens prestation inte längre är återbäringsduglig. Den första frågan blir då vad som gäller i fråga om boets skyldighet att godta egendomsåterbäring trots försämringen.

Utgångspunkten är, som jag ser det, att den skyldighet som boet kan ha att godta egendomsåterbäring vid framgång med förd återvinningstalan inte har sin grund i det återvinningsrättsliga regelsystemet, utan skyldigheten förklaras av den allmänna rättsprincipen att borgenären inte genom återvinning kan förpliktas till ett köp som han inte har åtagit sig. Regleringen i KL 4:14 är således inte tillämplig. I stället bör ledning sökas i vad som skulle ha gällt om av någon anledning borgenären gentemot gäldenären hade haft rätt att kräva återgång.[63] Vad det mer precist kan leda till är dock här av mindre intresse; det relevanta för

har målat om borgenärens hus, så skall borgenären vid återvinning betala 75. Det gäller oavsett om återvinning sker enligt KL 4:10 1 eller 2 st.

[60] Bevisbördan förklaras då av att borgenären trots allt har godtagit tjänsten som full betalning för sin fordring. Det blir inte alldeles kongruent med vad som skulle ha gällt om transaktionen hade klassificerats som ett köp förenat med kvittning, dvs. om KL 4:10 2 st. skulle ha varit tillämplig (jfr not 55 ovan). Även om datio in solutum är något annat än köp är detta inte alldeles lyckat, eftersom det har ett betydande praktiskt värde att inte strikt behöva klassificera situationen som det ena eller andra (se vid och med not 67 nedan).

[61] Då behöver han ju inte bevisa något, annat än möjligen att egendomen är i återbäringsdugligt skick.

[62] Man skulle dock kunna överväga att skilja bevisbördan från åberopsbördan på så sätt, att om borgenären påstår att hans återbäringsskyldighet uppgår till ett lägre belopp än vad som svarar mot den infriade skulden därför att tjänsten inte är värd mer än det lägre beloppet, så ankommer det på boet styrka skäligt högre pris. Med det kommer bevisskyldigheten att bli densamma oavsett om situationen hänförs till 1 eller 2 st. Men då kommer det förhållandet att borgenären trots allt har godtagit tjänsten som full betalning för sin fordring inte att få någon rättslig betydelse.

[63] Situationen är inte praktisk (gäldenären har ju i regel inget felansvar, se not 2 ovan). Men ett analogt fall är att fråga är om ett köp där säljaren har garanterat viss egenskap hos varan och köparen häver på grund av garantibrist medan säljaren motsätter sig återbäring på grund av varans försämrade skick.

denna framställning är att det finns gränser för boets skyldighet att godta egendomsåterbäring.[64] Det föranleder nästa fråga, nämligen vad som gäller när en sådan gräns berättigar boet att motsätta sig egendomsåterbäring (det tydligaste fallet är att egendomen har totalförstörts).

Naturligtvis måste det bli fråga om ersättning. Och här liksom när gäldenärens prestation till sin natur inte är återbäringsbar (såsom när fråga är om en tjänst) bör utgångspunkten vara att ett överenskommet infriandevärde är bestämmande, och om något sådant inte finns skall värdet anses svara mot den infriade skulden eller mot infriandeegendomens värde om det visas vara lägre. Det man kan fundera på är om värderingen skall göras per infriandetidpunkten eller per den tidpunkt när infriandeegendomen blev återbäringsoduglig. Jag kan inte se relevansen av den senare tidpunkten.[65] Det finns däremot goda skäl för att värderingen bör göras per infriandetidpunkten.

Ett första skäl är systematiskt. Om föremålet för återvinningen är själva skuldinfriandet, så bör naturligtvis tidpunkten för infriandet vara bestämmande för hur mycket som infrias. Ett andra skäl är att borgenären som besittare av egendomen såsom sin egen bör stå risken för såväl casus-förstörelse som konsekvenserna av egen och andras inverkan och åverkan avseende egendomen.[66] Och ett tredje skäl är att det har ett egenvärde att samma princip gäller oavsett varför det inte kan bli fråga om någon egendomsåterbäring och oberoende av om det handlar om KL 4:10 1 eller 2 st.[67]

[64] Nu kan det naturligtvis inträffa att boet har att godta egendomsåterbäring trots viss försämring. Det väcker frågan om borgenärens skyldighet att genom ersättning kompensera boet för försämringen. Också i det hänseendet bör allmänna principer gälla. Frågan intresserar emellertid mindre i detta sammanhang. Detsamma gäller frågan om borgenärens rätt till ersättning för förbättringar.

[65] Att borgenären kunde välja att lämna tillbaka egendomen så länge den var återbäringsduglig är som jag ser det inget bärande argument för att upphörandet av återlämnandemöjligheten skulle styra värdetidpunkten. Visserligen innebär en återlämnandemöjlighet en sådan valrätt som bör kunna påverka värdetidpunkten (se noterna 72 och 85 nedan), men här är situationen att återlämnandemöjligheten inte längre finns.

[66] Till det kommer att borgenären inte bör kunna förskjuta casus-ansvaret med facit i hand (jfr not 51 ovan). Beträffande riskfördelningen efter valtidpunkten, se not 71 nedan.

[67] Det värdet förringas dock något av att bevisskyldigheten inte torde vara alldeles densamma i de två fallen. Se not 60 ovan. — Infriandedagen som värdetidpunkt stämmer dock mindre väl med ”Frölunda Café”. I punkt 17 noterade HD visserligen inledningsvis att ett bestämmande av värdeersättningen ”utifrån tidpunkten när rättshandlingen företogs skulle tillgodose konkursboets intresse av att få ersättning för den uppkomna nackdelen och stämma överens med tanken att det ursprungliga läget bör återställas”. Mot det invändes dock att ersättning enligt KL 4:14 3 st. ”primärt är avsedd att utgöra kompensation för den egendom som inte kan eller ska återbäras”. Till det fogades att ”risken för t.ex. prisfall [då] helt föll på återvinningssvaranden”. Men som har utvecklats i det föregående är (enligt min mening) inte egendomsåterbäring utan värdeåterbäring den primära rättsföljden vid återvinning av osedvanliga betalningsmedel. Regleringen i KL 4:14 är därför irrelevant. Och beträffande risken för prisfall: Varför skulle inte den falla på återvinningssvaranden? Det gör den ju vid återvinning enligt KL 4:10 2 st. och vid kvittningshinder enligt KL 5:16 2 st. Dessutom följer med prisfallsrisk möjligheten av värdeökning.

Återbäringsmöjligheten förloras under processens gång

Mina slutsatser så här långt är alltså, att när egendomsåterbäring inte är möjlig vid den tidpunkt när borgenären senast skulle ha kunnat välja det som påföljd, så skall den infriandeersättning som han har att utge (i brist på avtalat infriandevärde) svara mot den infriade skulden eller infriandeegendomens värde per infriandetidpunkten, om det visas vara lägre.[68] Vad som gäller om hindret mot återbäring har uppkommit under processen sedan borgenären rättidigt har valt återbäring (eller inte invänt mot att boet yrkat återbäring som rättsföljd) är inte lika givet.[69]

Som jag ser det handlar det här primärt inte om ett val mellan värdetidpunkter utan om ett paradigmval. Frågan är ifall man skall se det så att det rör sig om att bestämma ett återbäringsvärde eller om en riskfördelningsfråga avseende den förlorade egendomen. Men frågan är också vilken betydelse som KL 4:14 kan ha.

För att börja med den senare frågan så är egendomsåterbäring som rättsföljd i den diskuterade situationen inte en direkt konsekvens av KL 4:10 1 st., utan förutsätter sådan återbäring till följd av avtalsrättsliga regler borgenärens aktiva eller passiva val. Regleringen i KL 4:14 bör därför inte anses vara styrande.

För att man skall se det som en riskfördelningsfråga talar att när rättsföljden är egendomsåterbäring i händelse av att boet har framgång med sin återvinningstalan, så handlar processen i grunden om bättre rätt till egendomen. Den som har bäst rätt får då som utgångspunkt ta konsekvensen av att egendomen inte finns i behåll.[70]

Men det tillkommer ett moment, nämligen besittningens betydelse. Den praktiska situationen är att återvinningssvaranden besitter egendomen när den förloras. Om boet vinner bör boet enligt min mening

[68] Hur man skall se på frågan om bevisskyldighet kan dock diskuteras, se noterna 60 och 62 ovan.

[69] När det är infriandeegendomen som skulle ha återburits om det hade varit möjligt är det då rent principiellt fråga om värdeersättning såsom substitut för egendomen i fråga. Man kan beskriva det som egendomsåterbäring i form av värdeersättning. Men när det inte handlar om egendomsåterbäring utan om återbäring av infriandevärdet rör det sig inte om värdeersättning utan om värdeåterbäring. Se noterna 17 och 18 ovan.

[70] Men med den bättre rätten följer också den rätt mot en tredje man som kan ansvara för egendomens försämrade skick eller förlust. Exempelvis kan det röra sig om ett skadeståndskrav mot en tredje man som har skadat egendomen.

ha att ta konsekvenserna av casus-händelser, medan återvinningssvaranden som besittare har att bevisa casus.[71] I den mån återvinningssvaranden inte lyckas visa icke-casus synes värdet böra beräknas per tidpunkten för den skadehändelsen.[72]

En mindre praktisk situation är att återvinningssvaranden har överlämnat egendomen till boet med förbehåll om rätt till återtagande för det fall att han vinner processen.[73] Vid förlust av såväl processen som

[71] Vid casus-ansvar för återvinningssvarande kan man diskutera ifall det rör sig om värdeersättning eller skadestånd. Ersättningsskyldighet svarande mot egendomens värde vid förlusttillfället presumeras (genom att återvinningssvarande har att visa casus för att undgå skyldigheten). Men i fråga om följdskador handlar det enligt min mening om skadestånd som kräver styrkt culpa. Att återvinningssvaranden inte förmår styrka casus är således inte tillräckligt för skadeståndsskyldighet. — Vid återbäring enligt KL 4:14 anses återvinningssvaranden såsom besittare svara även vid casus-förstörelse. Se JR Jonas Malmbergs tillägg i ”Frölunda Café” med hänv. Beträffande återvinning vid inkongruent skuldinfriande kommer dock med min syn inte KL 4:14 i spel, vilket innebär att vad som må gälla enligt den bestämmelsen saknar betydelse. Återvinningssvaranden bör på de skäl som anges vid och i not 66 ovan stå casus-risken fram till dess att han har gjort sitt val, medan allmänna principer bör gälla om och i så fall efter det att han har valt egendomsåterbäring. Det innebär att boet står casus-risken men att återvinningssvaranden såsom besittare drabbas om han inte förmår visa casus. Men det rör sig då endast om en skyldighet att utge värdeersättning och inte om något skadeståndsansvar. För ansvar av det senare slaget gäller culpa-regeln. Så länge återvinningssvaranden inte har utsatt egendomen för någon riskförhöjande åtgärd rör det sig ju inte om någon egentlig casus mixtus-situation, eftersom återvinningssvaranden inte på något enligt rättsordningen klanderbart sätt har satt sig i besittning av infriandeegendomen.

[72] Mer principiellt skulle värdet bestämmas per den tidpunkt då egendomen i fråga upphörde att vara återbäringsbar. — Man kan i ljuset av ”2B Consult” fråga sig varför inte värdetidpunkten bör vara domsdagen. Det hänger till att börja med samman med att det inte är fråga om en tillämpning av KL 4:14 utan av allmänna rättsprinciper. Vidare är vad som diskuteras här en situation där återvinningssvaranden skall ses som en ”oskyldig besittare” (KL 4:10 1 st. stadgar återvinning på objektiv grund), som genom sitt val har förklarat sig beredd att återlämna egendomen till boet om han förlorar återvinningstvisten. Det handlar således inte om återvinning enligt KL 4:5 som i ”2B Consult” eller om något ogiltigt avtal. Inte heller kan det förhållandet att ”förlusttillfället” utgör värdetidpunkt öppna för några spekulationsmöjligheter, eftersom det inte finns något att spekulera i. I stället blir effekten av domsdagen som värdetidpunkt att återvinningssvaranden ställs som ägare fastän det är boet som (vid framgång) har den bättre rätten. I sammanhanget finns det anledning att observera den distinktion som i förarbetena (prop. 1975:6 s. 240 f., jfr Walin Materiell konkursrätt (2 uppl. 1987) s. 225 f.) görs mellan att egendomen har förlorats, då värdet vid tiden för förlusten sägs böra vara bestämmande, och att egendomen finns i behåll men inte behöver utges, då domsdagen skulle utgöra värdetidpunkt. Spekulationssynpunkten är uppenbarligen en del av förklaringen till distinktionen. Men man frågar sig varför HD i ”2B Consult” med anförande av den synpunkten stannade för att förorda domsdagen som huvudregel (vilket HD i ”Frölunda Café” tog intryck av trots att situationerna skilde sig åt). Domsdagen framstår som relevant bara när egendomen då finns kvar men trots det värdeersättning skall utgå till följd av någondera sidas valrätt. Principen bör således vara att om en sådan valrätt föreligger skall värdetidpunkten (om det slutar med värdeersättning) svara mot den dag då valet gjordes eller, vid uteblivet val, valrätten sist skulle utövas (se not 85 nedan).

[73] Huruvida boet är skyldigt att ta emot egendomen under ett sådant förbehåll är ett annat spörsmål. För en variant när det gäller tvistig fordring, se Lindskog Betalning 6.4.2.3.

egendomen i boets hand bör han då inte ha att utge någon ersättning annat än om boet styrker casus.[74]

Sammanfattning avseende det antagna rättsläget

Min huvudsynpunkt är att återvinningsbestämmelsen i KL 4:10 1 st. rörande infriande av penningskuld med osedvanliga betalningsmedel avser att principen om pari passu inte skall kunna rundas inför gäldenärens förestående konkurs. Vid datio in solutum är den nackdel som utlöser att bestämmelsen blir tillämplig effekten av (det inkongruenta) skuldinfriandet, inte av egendomsöverföringen som sådan.[75] Det leder till mina två teser att (1) återvinningssvaranden kan vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. motsätta sig återbäring av infriandeegendomen medan (2) boet inte kan motsätta sig sådan återbäring utan bara har rätt till värdeåterbäring vid framgång, varav i sin tur följer syntesen att (3) borgenären kan välja mellan värdeåterbäring och egendomsåterbäring.

En konsekvens av det anförda är att boet bör yrka värdeåterbäring, inte egendomsåterbäring. Om boet eftersträvar egendomsåterbäring men återvinningssvaranden inte medger det, så får boet söka sig fram med stöd av andra återvinningsbestämmelser (såsom KL 4:5).[76] Vad som gäller i det läget är en annan fråga.[77]

Återvinningssvaranden bör ha att välja senast när han skall svara i målet. Om återvinningssvaranden väljer egendomsåtergång (eller inte

[74] Skulle återvinningssvaranden däremot vinna processen men först sedan egendomen har gått förlorad i boets hand, så bör boet ha att utge ersättning svarande mot egendomens värde vid förlusttillfället, om boet inte kan styrka casus. — En ytterligare situation är att egendomen finns hos en tredje man. Man kan tänka sig att det rör sig om ett reservdelslager som finns hos en lagerhållare. Det avgörande för casusrisken synes då vara vem som har instruktionsmakten över lagret. Om ingen (exempelvis därför att lagerhållaren genom ett kvarstadsbeslut har förbjudits att lämna ut någon reservdel), så bör casus drabba den som vinner återvinningstvisten (men denne bör då sannolikt också vara berättigad till ersättning av lagerhållaren).

[75] I anslutning till ”2B Consult” framhåller Lennander (JT 2010–11 s. 909) att domsdagen som värdetidpunkt kan leda till att återvinningspåföljden inte svarar mot den återvinningsutlösande nackdelen. Likväl konkluderar hon lite resignerat att när ”naturaprestation är huvudalternativet är det trots det sagda förståeligt att HD valde att hålla fast vid tidpunkten för målets avgörande som värdetidpunkt”. Hon tillägger att man ”fortsättningsvis får försöka att på andra vägar komma till rätta med de fall där regelns tillämpning på ett orimligt sätt leder till att återvinningen kommer att omfatta mer eller mindre än den nackdel som uppstod vid transaktionen”. Men L:s utgångspunkt är då att det handlar om att egendomsfrånhändandet är den relevanta nackdelen (”naturaprestation är huvudalternativet”) och att därför egendomsåterbäring följer av återvinningsbestämmelsen. Kärnan i mitt resonemang är att vid återvinning enligt KL 4:10 1 st. av ett datio in solutum utgörs den relevanta nackdelen inte av egendomsfrånhändandet utan av skuldinfriandet (till skillnad från återvinning enligt KL 4:6, se not 29 ovan). Det leder till värdeåterbäring i stället för egendomsåterbäring.

[76] Egendomsåterbäring kan dock också tänkas vid återvinning enligt KL 4:10 1 st., nämligen genom att boet trots allt yrkar egendomsåterbäring som återvinningssvaranden i och för sig inte invänder mot eller genom att återvinningssvaranden väljer egendomsåterbäring när boet yrkar värdeåterbäring.

[77] Om egendomen inte finns i behåll aktualiseras då betydelsen av ”2B Consult”. Beträffande min helt preliminära syn på vad som här bör gälla, se not 85 nedan.

invänder mot boets yrkande om egendomsåterbäring) och egendomen kan tillhandahållas i återbäringsdugligt skick blir ingen värdering aktuell. Väljer han värdeåterbäring kommer denna att svara mot avtalat infriandevärde eller, i avsaknad av sådan överenskommelse, hela den infriade fordringen.

Om återvinningssvaranden inte har egendomen i behåll när valrätten skall utövas, så bör det så lite som möjligt inverka på hans position. Hans ersättningsskyldighet bör därför, om det inte finns något avtalat infriandevärde, svara mot den infriade fordringen eller egendomens värde vid infriandetidpunkten om det visas vara lägre.[78]

Skulle egendomen ha gått förlorad sedan återvinningssvaranden aktivt eller passivt har valt egendomsåterbäring bör det handla om en riskfördelningsfråga, där den av parterna som visar sig vara berättigad står risken för casus-förstörelse men återvinningssvaranden har bevisbördan för casus om han var besittare och förlorade processen. Skulle värdeersättning utgå bör denna svara mot egendomens värde när denna upphörde att vara återbäringsbar.

Det som jag menar vara rättsläget — redan de lege lata — harmonierar inte med ”Frölunda Café”.[79] Men HD hade händerna bakbundna, inte bara av utgångspunkten att egendomsåterbäring skulle ha skett om egendomen hade funnits i behåll, utan också av att detta ansågs vara en följd av det återvinningsrättsliga regelverket samt att två värdetidpunkter därvid ställdes mot varandra utan utrymme får några andra möjligheter.[80] Avgörandet illustrerar hur svårt det kan vara att åstadkomma god prejudikatbildning på grundval av mindre goda prejudikatämnen.[81] I värsta fall blir det ett avgörande som utgår från en

[78] Vad som gäller i fråga om bevisskyldighet kan dock diskuteras, se noterna 60 och 62 ovan.

[79] Det betyder nu inte att utgången med mitt synsätt är materiellt oriktig. Se not 81 nedan.

[80] Man kan diskutera hur låst en domstol är av sådana positioneringar. När ett yrkat större omfattar ett mindre står i regel domstolen fri. Men i ”Frölunda Café” rörde det sig inte om kvantitativa positioner utan om kvalitativa. Visserligen är tidslinjen i viss mening kvantitativ, men det handlade inte om mer eller mindre tid utan om värden vid olika punkter längs tidslinjen. Och det fanns fler möjliga värdepunkter än de två som parterna antog. Parternas positioner var inte alternativa, som de tydligen antog, utan konträra (jfr not 12 ovan). Och konträra positioner är kort sagt rent generellt ett dåligt utgångsläge för ett bra prejudikat, eftersom det begränsar domstolens normgivningsutrymme. Jfr Lindskog Betalning 17.2.1.3n.

[81] Nu var väl egentligen det ifrågavarande målet i grunden ett riktigt bra prejudikatämne som när det väl hamnade i HD hade förstörts av parternas processföring. — Man kan fråga sig hur utgången borde ha blivit med utgångspunkt i min syn på rättsläget (och under antagande av att parterna hade processat efter denna). Så här ser jag det. Boet yrkade värdeåterbäring. Egendomen fanns i behåll när återvinningsmålet inleddes (se not 10 ovan). Återvinningssvaranden kunde därför välja mellan egendomsåterbäring och värdeåterbäring. Hur det valet skulle ha utfallit beror på hur återvinningssvaranden bedömde förutsättningarna för caférörelsens fortsatta drift. Under antagande att framtidsutsikterna var dystra får förmodas att han skulle ha valt egendomsåterbäring. Därefter lägger återvinningssvaranden ned verksamheten med följd (såvitt kan förstås) att någon återbäring inte kan ske. I princip bör då värdet bestämmas till vad egendomen kunde ha inbringat om den hade sålts ögonblicket före nedläggningen. Om det var noll och ingenting så är utgången även med mitt synsätt riktig.

ofärdig eller felaktig problemformulering eller oprövad premiss och därmed missleder snarare än vägleder.[82] I ”Frölunda Café” såg HD uppenbarligen inte det problematiska med prövningsförutsättningarna när prövningstillståndet meddelades.[83] Man borde enligt min mening ha avvaktat nästa spårvagn.[84] Men om HD när en sådan kommer tar intryck av min syn på vad som gäller vid återvinning enligt KL 4:10 1 st., möter frågan hur man skall få det att gå ihop med ”2B Consult” när det gäller återvinning enligt KL 4:5. Det är emellertid en annan historia, som jag kanske får anledning att närma mig någon gång i framtiden.[85]

[82] Beträffande prejudikat som bygger på en oprövad premiss, se Lindskog Betalning 15.2.3.2n.

[83] Jag tycker likväl att domstolen i sitt avgörande kunde ha tagit vara på tillfället att distansera sig något till ”2B Consult” genom att än tydligare peka på att utgången hängde samman med hur parterna förde sin talan. Nu nöjde sig HD med att notera valsituationen (p. 18) samt med att bekräfta domsdagen som ”huvudregel” och konkludera att tillräckliga skäl att i stället gå på rättshandlingsdagen saknades (p. 19).

[84] Det är ett i HD sedan länge förekommande uttryckssätt för att framhålla, att om det finns ett prejudikatbehov bör man vänta in ett mål som är ägnat att ge goda förutsättningar för ett bra prejudikat.

[85] Utan att ha tänkt färdigt vill jag dock mena att den förekommande föreställningen att när boet har rätt till återbäring in rem så skall värdetidpunkten förläggas så sent som möjligt eftersom ersättningen är ett substitut för vad som rätteligen skulle återlämnas då (jfr not 67 ovan) framstår som principiellt felaktig. Det synsättet är uttryck för ett slags ologiskt substanstänkande. Om tanken fullföljs så finns ju ingen perfekt värdetidpunkt, eftersom den alltid skulle komma att ligga längre fram. Avgörande bör i stället vara hur man i ljuset av den relevanta nackdelen bör funktionellt se på riskfördelningen och spekulationsmöjligheten. Enligt min mening bör risken i princip bäras av den rätte pretendenten (dvs. den vinnande parten, dock med beaktande av besittningens betydelse) och spekulationsmöjlighet bör inte finnas på någondera sidan. Det leder till att när egendomen har förlorats bör dagen då det skedde vara värdetidpunkt. Någon spekulationsmöjlighet finns inte därefter, och i en fungerade marknad kommer framtida risker och möjligheter att återspeglas i värderingen. Och om egendomen finns kvar men någondera sidan får välja mellan återbäring in rem och värdeersättning för egendomen, så skall — om det slutar med värdeersättning — värdet bestämmas per den dag när valet gjordes eller den dag när valrätten sist fick utövas. Någon spekulationsmöjlighet finns inte därefter, och möjliga framtida värdeförändringar återspeglas i värderingen om denna är marknadsmässig. Men det sagda är endast icke färdigtänkta huvudlinjer. Jag är då väl medveten om att omständigheterna i det enskilda fallet kan, som i ”2B Consult”, komplicera till det hela. Men det speciella bör inte hindra att man utgår från det generella.