



UPPSALA  
UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Höstterminen 2022

Examensarbete i civilrätt, särskilt insolvensrätt  
30 högskolepoäng

## En rätt till inträde eller endast en möjlighet att inträda?

Giltigheten av *ipso facto*-klausuler i konkursgäldenärens köpeavtal

A right to enter into an agreement or a mere possibility?  
The validity of *ipso facto*-clauses in the debtor's purchase  
agreements

Författare: Emma Frankenberg

Handledare: Universitetslektor Jonatan Schytzer





# Innehållsförteckning

<b>1</b>	<b>Inledning</b> .....	<b>5</b>
1.1	Bakgrund, syfte och frågeställning.....	5
1.2	Avgränsningar .....	7
1.3	Metod och material.....	8
1.4	Disposition.....	10
<b>2</b>	<b>Allmänt om inträdesrätt</b> .....	<b>11</b>
2.1	Avtal som är aktuella för inträde .....	11
2.2	Konkursboets intresse av att inträda.....	12
2.3	Följderna av ett inträde .....	15
2.4	Lagförslag om tvingande inträdesrätt och avsaknaden av praxis .....	16
2.5	Inträdesregeln i köplagen.....	17
2.5.1	Den nuvarande inträdesregeln i 63 § KöpL och dess föregångare .....	17
2.5.2	63 § KöpL – tvingande eller dispositiv?.....	19
2.6	Andra inträdessituationer som är särskilt reglerade i lag eller genom praxis....	20
<b>3</b>	<b><i>Ipsa facto</i>-klausuler vid företagsrekonstruktion</b> .....	<b>21</b>
3.1	Hävningsförbudet i gamla lagen om företagsrekonstruktion .....	21
3.2	Rätten att kräva fullföljd i nya lagen om företagsrekonstruktion.....	22
<b>4</b>	<b>En möjlighet till inträde eller en rätt att inträda</b> .....	<b>24</b>
4.1	Inledande anmärkningar om systemargument och ändamålsargument rörande konkursboets inträdesrätt.....	24
4.2	Tredjemansavtalsargumentet .....	25
4.2.1	Inledande anmärkningar .....	25
4.2.2	Konkursboet ska anses ha tredjemansställning trots att det härleder sin position från konkursgäldenären.....	27
4.3	Avtalsklausuler som uteslutande tar sikte på konkursfallet.....	29
4.3.1	Inledande anmärkningar .....	29
4.3.2	Konkursbegränsningar i avtalade kvittningsförbud.....	32
4.3.3	Konkursboets rätt att lösa handpant enligt 8 kap. 10 § KL.....	33
4.3.4	Är principen om konkursbodiskriminerande avtalsklausuler tillämplig på ipsa facto-klausuler? .....	34
4.4	En inkongruent inträdesrätt har inte konkursdrivande verkan.....	38
4.4.1	Inledande anmärkningar .....	38
4.4.2	Möjligheten för gäldenärens motpart att försätta gäldenären i konkurs ...	39
4.4.3	Möjligheten att gäldenären är aktuell för rekonstruktion och konkurs samtidigt.....	41

4.5	En tvingande inträdesrätt och hävning strax innan konkurs.....	46
4.6	Motpartens intresse av att häva .....	50
4.6.1	Inledande anmärkningar .....	50
4.6.2	Inträde innebär att motparten inte kan komma från avtalsförhållandet ....	50
4.6.3	Inträde leder till att konkursboet blir avtalspart.....	52
4.6.4	Inträde leder till inskränkt avtalsfrihet.....	57
4.7	Motpartens användning av en <i>ipso facto</i> -klausul som ett verktyg för att tvinga till sig betalning.....	59
4.8	Behovet av en tvingande inträdesrätt om <i>ipso facto</i> -klausuler kan jämkas bort	60
4.9	Sammanfattning av argumenten för och emot en tvingande inträdesrätt .....	61
<b>5</b>	<b>Slutsats .....</b>	<b>63</b>
	<b>Käll- och litteraturförteckning .....</b>	<b>65</b>
	Offentligt tryck.....	65
	Propositioner.....	65
	Betänkanden.....	65
	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning II.....	65
	Litteratur.....	66
	Rättsfall .....	69
	Andra källor.....	69
	Internetkällor.....	69
	Utländska betänkanden .....	69

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund, syfte och frågeställning

Svensk rätt saknar generell lagreglering rörande verkan av en parts konkurs på ett avtalsförhållande.<sup>1</sup> Det kan dock vara värdefullt för konkursboet att upprätthålla och fullgöra avtal som konkursgäldenären slutit, men inte fullgjort, före konkursutbrottet.<sup>2</sup> Detta gäller framförallt om konkursförvaltaren väljer att driva vidare konkursgäldenärens verksamhet under en period efter konkursutbrottet.<sup>3</sup>

Ett konkursbo är inte skyldigt att fullgöra den prestation konkursgäldenären ska erlagga enligt ett avtal om inte motparten har sakrättsligt skydd för sin fordran mot konkursgäldenären.<sup>4</sup> Konkursboet har emellertid möjlighet att inträda i konkursgäldenärens köpeavtal och fullgöra konkursgäldenärens förpliktelser enligt avtalet. Detta framgår av 63 § 1 st. köplagen (1990:931), ”KöpL”, som anger att om en avtalspart försätts i konkurs får konkursboet inträda i avtalet. Trots regeln i 63 § KöpL förekommer det dock att två parter avtalar att den ena parten får häva avtalet om den andra parten försätts i konkurs.

Avtalsklausuler som ger den ena parten rätt att häva avtalet vid den andra partens konkurs eller ansökan om företagsrekonstruktion kallas *ipso facto*-klausuler.<sup>5</sup> Hävningen grundas då inte på ett klassiskt avtalsbrott såsom dröjsmål eller fel, utan det är själva försättandet i konkurs eller inledandet av, alternativt ansökan om, företagsrekonstruktion som utgör en automatisk och ovillkorlig grund för hävning.<sup>6</sup> Begreppet *ipso facto* kan översättas till ”på grund av själva faktumet” eller ”på grund av själva handlingen”.<sup>7</sup> En *ipso facto*-klausul kan alltså beskrivas som en klausul som ger den ena avtalsparten en rätt att häva avtalet, om vissa förutsättningar hos den andra avtalsparten är uppfyllda.

---

<sup>1</sup> Se Mellqvist & Welamson s. 206, Håstad, Sakrätt, s. 401, Lennander, Konkursboets inträde, s. 113 och Möller, Konkurs och kontrakt, s. 26.

<sup>2</sup> Se Håstad, Köprätt, s. 185 och Håstad, Sakrätt, s. 399. Jfr också SOU 2001:80 s. 218.

<sup>3</sup> Jfr Möller, Konkurs och kontrakt, s. 66.

<sup>4</sup> Mellqvist & Welamson s. 207 och Håstad, Sakrätt, s. 398 f.

<sup>5</sup> SOU 2021:12 s. 171, Karlsson-Tuula s. 71 och Möller, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 181.

<sup>6</sup> Se Möller, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 181.

<sup>7</sup> Jfr Sarra, Payne & Madaus s. 46 som översätter *ipso facto* till “by the fact itself” och “by the mere effect of an act or a fact”.

Om ett köpeavtal hävs med grund i en *ipso facto*-klausul har konkursboet inte möjlighet att inträda i avtalet. Avtalet ger nämligen inte upphov till några rättigheter och skyldigheter efter hävningen.<sup>8</sup> Under ett konkursförfarande kan alltså frågan uppkomma hur motpartens hävning av ett avtal med grund i en *ipso facto*-klausul förhåller sig till konkursförvaltarens beslut att konkursboet ska träda in i det aktuella avtalet. Att konkursboet får inträda i konkursgäldenärens avtal enligt 63 § KöpL behöver nämligen inte nödvändigtvis innebära att konkursboet har en *tvingande* inträdesrätt. Med tvingande inträdesrätt avses en inträdesrätt som gör motpartens hävning med grund i *ipso facto*-klausulen verkningslös.

Den 1 augusti 2022 trädde den nya lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion, ”nya FRekL”, i kraft. En av nyheterna i lagen är ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler vid företagsrekonstruktion. Detta innebär att gäldenären har en tvingande rätt att kräva att dennes avtal fullföljs under rekonstruktionsförfarandet.<sup>9</sup> Ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler var något som saknades i den gamla lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, ”gamla FRekL”. I samband med införandet av ett förbud mot *ipso facto*-klausuler vid företagsrekonstruktion föreslog Rekonstruktionsutredningen att ett motsvarande förbud skulle gälla vid konkurs.<sup>10</sup> Lagstiftaren valde dock att inte införa ett förbud mot *ipso facto*-klausuler i konkurslagen (1987:672), ”KL”, med motiveringen att frågan behövde övervägas ytterligare i ett annat sammanhang.<sup>11</sup>

Ett konkursbos tvingande inträdesrätt skulle medföra att konkursgäldenärens motparts avtalsfrihet inskränks, eftersom denne inte avtalsvis kan styra över sin egen situation för det fall att konkursgäldenären försätts i konkurs. Konflikten mellan intresset av att ge avtalsparter möjlighet att fritt utforma sina avtal och intresset av att skydda borgenärskollektivet i en konkurs blir här tydlig.

Mitt syfte med den här uppsatsen är att undersöka om konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens avtal och således om *ipso facto*-klausuler är utan verkan,

---

<sup>8</sup> Jfr 64 § KöpL.

<sup>9</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 367 och s. 373.

<sup>10</sup> Se SOU 2021:12 s. 374.

<sup>11</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 162.

även i konkurs.<sup>12</sup> Min frågeställning är följande: Finns det en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal till konkursboets förmån i svensk rätt?

## 1.2 Avgränsningar

*Ipso facto*-klausuler förekommer i många olika sammanhang.<sup>13</sup> Många gånger skrivs *ipso facto*-klausuler in i entreprenadavtal och leasingavtal, men de återfinns även i köpeavtal.<sup>14</sup> Jag kommer i den här uppsatsen endast att behandla konkursboets inträdesrätt i köpeavtal. Konkursboets tvingande inträdesrätt i andra avtalstyper kommer inte att utredas. Anledningen till att jag valt att begränsa mig till just köpeavtal är att det är en avtalstyp som ofta borde vara aktuellt för konkursboet att inträda i. Det borde inte vara ovanligt att en konkursförvaltare bedömer att det gynnar konkursborgenärerna att konkursboet inträder i ett köpeavtal med exempelvis en huvudleverantör, eftersom detta kan vara en förutsättning för att verksamheten ska kunna drivas vidare. Det borde även vara vanligt förekommande att en konkursförvaltare vill inträda i köpeavtal med en motpart som är köpare för att avyttra varor och på så vis inbringa tillgångar till konkursboet.

I uppsatsen kommer endast *ipso facto*-klausuler för hävningsfallet att behandlas. Andra typer av *ipso facto*-klausuler, exempelvis att en part får vidta vissa åtgärder om den andra partens nyckeltal sjunker under ett visst värde, kommer inte att undersökas. Orsaken till detta är att sådana klausuler inte står i direkt konflikt med konkursboets inträdesrätt. I den fortsatta framställningen avses alltså med begreppet *ipso facto*-klausul endast hävningsklausuler för konkursfallet eller rekonstruktionsfallet. Anledningen till att hävningsklausuler för rekonstruktionsfallet kommer att behandlas, trots att syftet med framställningen är att undersöka inträdesrätten vid konkurs, är att det föreligger ett starkt samband mellan de två insolvensförfarandena.<sup>15</sup> I framställningen utgår jag från att konkursgäldenären är en juridisk person. Fall där konkursgäldenären är en fysisk person kommer inte att behandlas.

---

<sup>12</sup> Se 3 kap. 10 § nya FReKL där det anges att *ipso facto*-klausuler som tar sikte på ansökan eller beslutet om företagsrekonstruktion är utan verkan. Andra tänkbara rättsföljder är ogiltighet eller att klausulen lämnas utan avseende, jfr 36 § AvtL.

<sup>13</sup> Se Andrews & Brodén s. 933, som anger att *ipso facto*-klausuler fått stor spridning i kontraktspraxis.

<sup>14</sup> Se exempelvis SOU 1993:114 s. 262, Håstad, Köprätt, s. 187 och Domeij s. 129.

<sup>15</sup> Jfr prop. 2021/22:215 s. 162.

### 1.3 Metod och material

Metoden jag valt för att söka svaret på min frågeställning är den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metodens syfte kan beskrivas som att rekonstruera gällande rätt genom att systematisera och tolka det rättsliga materialet.<sup>16</sup> Med det rättsliga materialet avses de allmänt accepterade rättskällorna lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och juridisk litteratur.<sup>17</sup> Initialt har jag därför sökt svar på frågan om konkursboet har en tvingande inträdesrätt i 63 § KöpL och i de förarbeten där lagrummet behandlas. Lag, förarbeten och praxis har dock inte givit någon större ledning i frågan om konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Tyngdpunkten i undersökningen har därför legat i att utifrån systemargument och ändamålsargument söka svaret på frågan om ett konkursbo har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal.

Systemargumentation är att söka svaret på en frågeställning utifrån att rätten är ett sammanhängande system.<sup>18</sup> Ett systemargument kan bestå av resonemang om formell likhet eller resonemang utifrån materiell likhet. Med formell likhet avses att rätten ska vara förutsägbar och att lika fall ska behandlas lika. Materiell likhet handlar istället om att det ska råda kongruens mellan rättsregler eller rättsliga förfaranden. Ett exempel på materiell likhet är att rätten inte ska påverka valet av insolvensförfarande. HD har använt sig av resonemang utifrån materiell likhet i insolvensrättsliga frågor. I NJA 2016 s. 73 uttalade HD att borgenärernas inbördes ställning inte bör påverkas av vilket slags insolvensförfarande det rör sig om.<sup>19</sup> Uttalandet vittnar om att materiell likhet tillerkänns betydelse i insolvensrättsliga resonemang.

I den här framställningen har jag valt att använda mig av systemargument rörande materiell likhet. Orsaken till detta har varit att det är den typen av likhetsresonemang som bäst passar in vid en undersökning om konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Det finns nämligen ett antal rättsliga grundsatser att dra paralleller till. Exempelvis hur avtalsrätten behandlar avtal om tredje mans rätt och hur konkursrätten behandlar avtal

---

<sup>16</sup> Jfr Kleineman s. 21 och Schytzer, Fordrans uppkomst, s. 42 f.

<sup>17</sup> Se Kleineman s. 21.

<sup>18</sup> Se exempelvis Håstad, Konsekvens i rättssystemet, s. 403 och Strömholm, Lyles & Valguarnera s. 433.

<sup>19</sup> Se NJA 2016 s. 73 p. 17.



som tar sikte på konkursborgenärerna. Dessutom finns frågan om fullföljdsrätt i företagsrekonstruktion att jämföra med, eftersom företagsrekonstruktion är ett rättsligt förfarande som ligger mycket nära konkurs. Utöver detta har jag dragit paralleller mellan rätten att häva innan konkursen och möjligheten att återvinna en sådan hävning.

Utöver systemargument har jag i framställningen valt att använda mig av ändamålsargument. Ändamålsargument är vanligt förekommande inom sak- och konkursrätten för att resonera sig fram till gällande rätt när rättsläget är oklart.<sup>20</sup> Ändamålsargument ser till konsekvenserna eller effekterna av att rätten ser ut på ett visst sätt och innefattar en bedömning av om detta är förenligt med de relevanta funktioner och ändamål som regeln syftar till att uppfylla eller skydda.<sup>21</sup> Det är även ibland nödvändigt att väga två motstående ändamål mot varandra.<sup>22</sup>

För att använda ett ändamålsargument måste man naturligtvis ha klart för sig vilka de relevanta ändamålen är. De ändamål jag valt att lägga till grund för min ändamålsargumentation är av både konkursrättslig och avtalsrättslig art. Detta ligger i uppsatsämnets natur, eftersom frågan om konkursboets inträdesrätt befinner sig i gränslandet mellan konkursrätten och avtalsrätten.

Det konkursrättsliga ändamålet i argumentationen är konkursförfarandets syfte att i borgenärskollektivets intresse ge upphov till en gynnsam avveckling av boet. Detta för att minimera borgenärernas förlust i den ekonomiskt negativa situationen som en konkurs oundvikligen utgör. Det avtalsrättsliga ändamålet som använts i argumentationen är avtalsfriheten. Det vill säga att en person, fysisk eller juridisk, fritt ska kunna råda över sina egna förmögenhetsrättsliga angelägenheter genom avtal. Avtalsfriheten inkluderar även rätten att fritt välja att inte förbinda sig gentemot någon annan genom avtal.<sup>23</sup> Dessa två ändamål är de som i regel lyfts fram i diskursen kring konkursboets inträdesrätt.<sup>24</sup> Därför är det naturligt att använda dessa ändamål i argumentationen kring tvingande inträdesrätt i konkurser.

---

<sup>20</sup> Se exempelvis Möller, Konkurs och kontrakt, s. 29 och Keller, s. 37 som använder sig av ändamålsargument när de traditionella rättskällorna inte ger svar på den aktuella frågan.

<sup>21</sup> Se Lindskog, Kvittning, s. 29 och Schytzer, Fordrans uppkomst, s. 150 f.

<sup>22</sup> Keller s. 38.

<sup>23</sup> Se Ramberg & Ramberg s. 33 f.

<sup>24</sup> Se exempelvis Möller, Konkurs och kontrakt, s. 74-77, Håstad, Sakrätt, s. 401 f., Hellner, Hager & Persson s. 92 och Söderlund s. 297.

Det material som använts i framställningen består av de traditionella rättskällorna. I första hand har jag utgått från lagtext, förarbeten och praxis. På grund av att den fråga som är föremål för min undersökning i stort sett är oreglerad har dock tyngdpunkten i det material som använts utgjorts av juridisk litteratur.

## 1.4 Disposition

I den fortsatta framställningen kommer jag inledningsvis att grundläggande presentera konkursboets inträdesrätt. Detta innefattar en presentation av skälen bakom att ett konkursbo vill inträda och de följder ett inträde har. Ambitionen är att ge läsaren en förståelse för varför det ligger i konkursborgenärens intresse att konkursboet ska ha en tvingande rätt att inträda och vilka följder ett inträde får för boet. Vidare kommer jag även att redogöra för de lagförslag om en generell, tvingande inträdesrätt för konkursboet som lagts fram, men inte antagits. Orsaken till detta är illustrera att frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt diskuterats under lång tid. Efter detta kommer en djupare presentation av inträdesregeln i 63 § KöpL och en utredning om denna regel är tvingande till konkursboets förmån. Detta för att klargöra om konkursboet kan grunda en tvingande inträdesrätt genom en direkt tillämpning av 63 § KöpL. Dessutom kommer jag kort att redogöra för de avtalstyper där lagstiftaren valt att särskilt reglera konkursboets rätt till inträde, för att visa på att det finns vissa avtalstyper i vilka konkursboet inte ens har en möjlighet att inträda.

Vidare kommer jag i avsnitt 3 presentera regleringen av fullföljdrätten i både gamla och nya lagen om företagsrekonstruktion. Anledningen till detta är att ge läsaren en uppfattning om *ipso facto*-klausulers giltighet inom ramen för ett rekonstruktionsförfarande och hur rättsläget har ändrats i och med införandet av den nya lagen om företagsrekonstruktion. Detta har betydelse för ett av systemargumenten som kommer att presteras i det efterföljande avsnitt 4.

Avsnitt 4 kan beskrivas som framställningens kärna. Här kommer jag i tur och ordning att presentera systemargument och ändamålsargument för och emot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Dessa argument kommer att granskas var för sig och argumentens individuella styrka kommer att bedömas.

I det avslutande avsnitt 5 kommer jag slutligen, med beaktande av alla argument för och emot en tvingande inträdesrätt, att presentera min slutsats i frågan om konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal.

## 2 Allmänt om inträdesrätt

### 2.1 Avtal som är aktuella för inträde

Det första man bör klarlägga när man ska utreda konkursboets inträdesrätt är vilka avtal som konkursboet kan vara intresserad av att inträda i. En förutsättning för att konkursboet ska vilja inträda i gäldenärens avtal är att ingen av parterna har fullgjort sin prestation enligt avtalet fullt ut innan konkursutbrottet. Om konkursgäldenären har fullgjort hela sin prestation enligt avtalet innan konkursen bryter ut har konkursboet en penningfordran eller naturafordran gentemot motparten som det naturligtvis kommer att kräva in. Konkursboet behöver då inte inträda i avtalet för att motparten ska prestera enligt avtalet. Om motparten istället har fullgjort hela sin prestation innan konkursutbrottet, exempelvis genom att i egenskap av köpare ha betalat i förskott eller i egenskap av säljare levererat en vara på avbetalning utan återtagandeförbehåll, är motparten endast en vanlig konkursborgenär utan sakrättsligt skydd för sin fordring. Inträde är då inte aktuellt för konkursboet, eftersom värdet av motpartens prestation redan ingår i konkursmassan.<sup>25</sup>

Inträde i konkursgäldenärens avtal blir alltså endast aktuellt vid ömsesidigt ofullgjorda avtal.<sup>26</sup> Ett avtal kan vara antingen helt ofullgjort eller endast delvis ofullgjort. Vid helt ofullgjorda avtal är det självklart varför det kan vara fördelaktigt för konkursboet att inträda i konkursgäldenärens avtal. Motpartens prestation enligt avtalet är ju villkorad av att konkursgäldenärens prestation också erläggs. Vill konkursboet tillgodogöra sig värdet av motpartens prestation måste det därför träda in och fullgöra konkursgäldenärens del av avtalet. Vid delvis ofullgjorda avtal, där konkursgäldenären eller motparten erlagt en del av prestationen innan konkursutbrottet, kan det också vara fördelaktigt för konkursboet att träda in. Om konkursgäldenären exempelvis erlagt en delleverans av

---

<sup>25</sup> Se Möller, Konkurs och kontrakt, s. 54 f., Håstad, Sakrätt, s. 398 f. och Håstad, Köprätt, s. 185.

<sup>26</sup> Jfr Håstad, Sakrätt, s. 399 och Mellqvist & Welamson s. 207.

specialbeställda varor innan konkursutbrottet kan det gynna konkursborgenärerna att konkursboet träder in i avtalet och erlägger resterande delleranser. Detta på grund av att de specialbeställda varorna inte borde vara värda lika mycket för en annan köpare.<sup>27</sup>

## 2.2 Konkursboets intresse av att inträda

Vidare är orsaken till att ett konkursbo vill inträda i konkursgäldenärens avtal och, i förlängningen, vilka effekter ett inträde kan få för konkursborgenärerna av intresse. Alla konkursborgenärer vill naturligtvis få så stor täckning för sina konkursfordringar som möjligt. Enligt 7 kap. 8 § 1 st. KL ska förvaltaren ta tillvara borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet. En förmånlig avveckling av boet är en avveckling där ett så gott ekonomiskt resultat som möjligt uppnås.<sup>28</sup> Mot bakgrund av detta framstår det som naturligt att anta att ett av syftena med konkursförfarandet är att minska borgenärernas förluster.<sup>29</sup>

Det vanligaste exemplet i litteraturen på hur en tvingande inträdesrätt för konkursboet kan användas för att inbringa tillgångar till boet är att inträdet säkerställer möjligheten att driva vidare konkursgäldenärens verksamhet så den kan säljas som en helhet.<sup>30</sup> En försäljning av hela konkursgäldenärens verksamhet antas vara den typ av realisation i konkurs som är mest förmånlig för konkursborgenärerna. Detta eftersom konkursboet antas få större ersättning vid en försäljning av konkursgäldenärens verksamhet som helhet än om konkursförvaltaren säljer konkursgäldenärens tillgångar var för sig.<sup>31</sup> Konkursgäldenärens verksamhet borde dessutom kunna överlåtas till ett högre pris om verksamheten är i full gång och inte pausad på grund av konkursutbrottet, och vidaredrift förutsätter i regel inträde i konkursgäldenärens avtal.<sup>32</sup>

Problemet med en försäljning av konkursgäldenärens verksamhet är att den förutsätter försäljning av konkursgäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal. En sådan försäljning

---

<sup>27</sup> Se Håstad, Sakrätt, s. 399.

<sup>28</sup> Palmér & Savin, Konkurslagen, kommentaren till 7 kap. 8 §.

<sup>29</sup> Jfr Mellqvist & Welamson s. 28 f., Möller, Konkurs och kontrakt, s. 66, Lindskog, Några synpunkter på konkursförvaltning, s. 301 f. och Håstad, Sakrätt, s. 97.

<sup>30</sup> Se Håstad, Sakrätt, s. 401, Möller, Konkurs och kontrakt, s. 66, Keller s. 448 och Karlsson-Tuula s. 65 f.

<sup>31</sup> SOU 2001:80 s. 212 och Möller, Konkurs och kontrakt, s. 66.

<sup>32</sup> Mellqvist & Welamson s. 206.

aktualiserar såväl borgenärsbyten som gäldenärsbyten. Detta på grund av att parterna i ett ömsesidigt förpliktande avtal är ömsom gäldenär och ömsom borgenär i förhållande till varandra. Det framgår av 27 § lag (1936:81) om skuldebrev att fordringar fritt kan överlåtas och att borgenärsbyten inte förutsätter gäldenärens samtycke. Detsamma gäller inte vid gäldenärsbyten. Ett gäldenärsbyte kan endast ske med borgenärens samtycke.<sup>33</sup> Detta innebär i sin tur att konkursboet inte kan överlåta konkursgäldenärens verksamhet, inklusive konkursgäldenärens avtal, utan att motparten samtycker till detta.<sup>34</sup> Det är nämligen knappast sannolikt att en motpart som av någon anledning vill komma ifrån sitt avtal med konkursgäldenären vid dennes konkurs samtycker till att konkursboet överlåter avtalet till en förvärvare. En tvingande inträdesrätt för konkursboet säkrar därför inte alls möjligheten för konkursboet att sälja konkursgäldenärens verksamhet som helhet.

Det är dock tänkbart att konkursgäldenärens motpart är villig att ingå ett nytt avtal, med andra villkor, med förvärvaren av konkursgäldenärens verksamhet. En sådan lösning kan möjliggöras genom att konkursboet inträder i det ursprungliga avtalet och därmed upprätthåller verksamheten under konkursförfarandet. Köparen av verksamheten får då möjlighet att förhandla med konkursgäldenärens motpart under tiden avtalen består, vilket kan vara nödvändigt för att en försäljning av verksamheten ens ska kunna komma till stånd.<sup>35</sup>

Vid sidan av överlåtelse av konkursgäldenärens verksamhet som helhet finns det dock andra sätt för konkursboet att använda inträdesrätten för att inbringa tillgångar till boet. Enbart en fortsatt drift av konkursgäldenärens verksamhet, utan en senare försäljning av verksamheten, kan naturligtvis också skapa värden som senare kan fördelas mellan konkursborgenärerna.<sup>36</sup> Att konkursförvaltaren har möjlighet att driva verksamheten vidare framgår av 8 kap. 2 § KL.

Vid vidare drift av konkursgäldenärens verksamhet spelar möjligheten att inträda i konkursgäldenärens avtal en central roll.<sup>37</sup> Om konkursgäldenären exempelvis var en

---

<sup>33</sup> Jfr Mellqvist & Persson s. 53.

<sup>34</sup> Se SOU 2001:80 s. 216, prop. 2021/22:215 s. 172, Schytzer & Wadell s. 741 och Andrews & Brodén s. 936.

<sup>35</sup> Jfr SOU 2001:80 s. 216.

<sup>36</sup> Karlsson-Tuula s. 65 f.

<sup>37</sup> Jfr Mellqvist & Welamson s. 199.

detaljst, och dennes verksamhet bestått av att köpa in och sälja vidare varor, kommer vidaredriften innebära att konkursboet fortsätter att köpa in och sälja varor. Att inköpsavtalen med grossister och importörer upprätthålls kan då vara nödvändigt för att verksamheten ska kunna fortsätta under konkursen. I denna situation är det därför fördelaktigt för konkursboet att inträda i inköpsavtal eller försäljningsavtal som konkursgäldenären redan träffat.

Alternativet till att upprätthålla konkursgäldenärens existerande avtal under en fortsatt drift av verksamheten är att konkursförvaltaren träffar nya avtal. Det är naturligtvis möjligt för konkursförvaltaren att driva vidare konkursgäldenärens verksamhet genom att träffa nya inköpsavtal. Detta kan dock ta tid, vilket strider mot 7 kap. 8 § KL. Det är inte heller självklart att konkursförvaltaren har möjlighet att förhandla fram villkor som är lika förmånliga som villkoren i konkursgäldenärens redan existerande avtal.<sup>38</sup> Det kan exempelvis vara så att villkoren i konkursgäldenärens avtal är ett resultat av den långvariga affärsmissiga relation konkursgäldenären har med sin motpart.<sup>39</sup> På grund av detta kan det vara mer fördelaktigt för konkursboet träda in i konkursgäldenärens avtal än att träffa nya avtal med nya leverantörer och kunder.

Konkursboets inträdesrätt kan dock också ha betydelse för hur gynnsam avvecklingen av konkursboet blir när konkursförvaltaren inte driver verksamheten vidare. En konkursförvaltare kan enligt 8 kap. 7 § KL sälja egendom som inte är belagd med särskild förmånsrätt på auktion eller på annat sätt. Försäljning på annat sätt kan vara underhandsförsäljning.<sup>40</sup> Om konkursgäldenären i egenskap av säljare träffat köpeavtal med kunder innan konkursutbrottet kan det vara fördelaktigt för konkursförvaltaren att träda in i dessa köpeavtal och leverera varan. Konkursförvaltaren slipper då hitta andra köpare till varorna. Det är inte heller säkert att konkursförvaltaren kan få samma eller bättre pris än konkursgäldenären för de aktuella varorna vid en försäljning på offentlig auktion eller under hand.

---

<sup>38</sup> Möller, *Insolvensrättsligt forum* 1990, s. 202.

<sup>39</sup> Jfr Schytzer & Wadell s. 739 som framhåller att relationer mellan två företag ofta är kontinuerliga men att ett konkursbo inte övertar konkursgäldenärens relationer.

<sup>40</sup> Se prop. 1986/87:90 s. 288.

## 2.3 Följderna av ett inträde

Om ett konkursbo träder in i konkursgäldenärens avtal övertar konkursboet alla konkursgäldenärens rättigheter och skyldigheter enligt avtalet. Konkursboet blir då berättigat att kräva prestation från motparten, men även förpliktat att med massaansvar fullgöra de åtaganden avtalet stipulerar.<sup>41</sup> Omfattningen av konkursboets massaansvar efter att det inträtt i konkursgäldenärens avtal är omdiskuterad.<sup>42</sup> Detta innefattar frågor om konkursboets ansvar för fel enligt avtalet och möjligheten för konkursboet att inträda partiellt i konkursgäldenärens avtal.

Om konkursboet inträder i avtalet och sedan levererar en felaktig vara anser Håstad att boet ska ansvara för fel i vart fall upp till det belopp som mottagits av boet som betalning. Detta baserar han bland annat på att köparen, vid tidpunkten för konkursutbrottet, har sakrättsligt skydd för den del av betalningen som mottas av konkursboet efter konkursutbrottet.<sup>43</sup> Något som eventuellt talar mot att konkursboet endast svarar för fel upp till det belopp som mottagits som betalning efter konkursutbrottet är att det i förarbetena till 63 § KöpL uttalas att konkursboet vid inträdet fullt ut övertar de villkor som gällde för konkursgäldenären.<sup>44</sup> Om konkursboet inträder i gäldenärens skyldigheter fullt ut går det att argumentera för att konkursboet också borde ansvara fullt ut för fel.

Vid första anblick kan det framstå som att frågan om partiellt inträde besvaras av uttalandet i förarbetena om att konkursboet, när det utnyttjar sin inträdesrätt, fullt ut övertar de villkor som gällde för konkursgäldenären.<sup>45</sup> Det är dock inte säkert att uttalandet kan användas som stöd för att konkursboet inte kan inträda partiellt vid successiva leveranser, eftersom uttalandet inte gjordes i anslutning till en diskussion om sådana leveranser.<sup>46</sup>

Frågan om partiellt inträde har även kommit att aktualiseras i HD:s praxis. I NJA 1989 s. 206 var frågan om en hyresvärd i hyresgästens konkurs mot konkursboet kunde åberopa det faktum att hyran ej betalats före konkursutbrottet som grund för att hyresrätten var

---

<sup>41</sup> Se prop. 1988/89:76 s. 184.

<sup>42</sup> Jfr Håstad, Köprätt, s. 191.

<sup>43</sup> Se Håstad, Köprätt, s. 192.

<sup>44</sup> Se prop. 1988/89:76 s. 184.

<sup>45</sup> Uttalandet återfinns i prop. 1988/89:76 s. 184.

<sup>46</sup> SOU 2001:80 s. 86.

förverkad. HD ansåg att så var fallet.<sup>47</sup> Lindskog menar att NJA 1989 s. 206 ger uttryck för en bevarandepincip. Principen innebär att konkursboet efter inträde måste acceptera att ta över den position konkursgäldenären haft gentemot motparten, inklusive alla avtalsvillkor som gällde mellan konkursgäldenären och motparten. Detta skulle i sådana fall innebära att konkursboet inte kan inträda partiellt, utan måste inträda i konkursgäldenärens avtal fullt ut och därmed bli betalningsskyldig för obetalda avtalsskulder som hänför sig till tiden före konkursbeslutet.<sup>48</sup> Även på andra håll i litteraturen har det uttalats att 1989 års fall medför att konkursboet inte generellt kan inträda partiellt i konkursgäldenärens avtal.<sup>49</sup>

## **2.4 Lagförslag om tvingande inträdesrätt och avsaknaden av praxis**

Redan på 1970-talet, vid den gemensamma nordiska revisionen av den materiella konkursrätten, övervägde man att införa regler om ofullgjorda avtal i konkurs i svensk rätt.<sup>50</sup> Lagberedningen avstod dock från att lägga fram ett lagförslag om tvingande inträdesrätt, eftersom förhållandena skiljer sig så pass mycket mellan olika avtalstyper.<sup>51</sup> Den svenska inställningen var att det var förenat med betydande svårigheter att skaffa sig en tillfredsställande överblick över den effekt en generell regel om tvingande inträdesrätt skulle få i olika avtalstyper. Det var därför säkrare att införa separata inträdesregler för olika avtalstyper.<sup>52</sup> I både Norge och Danmark infördes dock generella regler för konkursboets inträdesrätt i samband med den gemensamma revisionen. Problemet med att förhållandena skiljer sig mellan olika avtalstyper motverkades i norsk och dansk rätt av undantagsregler där rättsförhållandets beskaffenhet eller egenart beaktades.<sup>53</sup>

Trettio år senare föreslog Förmånsrättskommittén att tvingande regler om konkursboets inträde i konkursgäldenärens avtal skulle införas i den svenska

---

<sup>47</sup> NJA 1989 s. 206 (s. 214).

<sup>48</sup> Lindskog, Kvittning, s. 187.

<sup>49</sup> Jfr Ramberg & Herre s. 545 och Lennander, Konkursboets inträde, s. 115 f.

<sup>50</sup> Se SOU 2001:80 s. 210, Möller, Konkurs och kontrakt, s. 26 f. och Håstad, Sakrätt, s. 400 f.

<sup>51</sup> Se SOU 1970:75 s. 55 och SOU 2001:80 s. 210 f.

<sup>52</sup> Se NOU 1972:20 s. 309 där den svenska inställningen till en generell inträdesregel framgår uttryckligen.

<sup>53</sup> SOU 2001:80 s. 210 och Möller, Konkurs och kontrakt s. 27.



konkurslagen.<sup>54</sup> Några sådana regler infördes dock inte. I förarbetena till 2009 års kommissionslag föreslogs att en kommittents konkursbo, och i vissa fall även en kommissionärs konkursbo, i framtiden ska ha rätt att inträda i kommissionsavtalet vid konkurs. Det påtalades dock samtidigt att en sådan lagändring borde övervägas i ett bredare sammanhang.<sup>55</sup> Även Insolvensutredningen ansåg att konkursbon skulle ha en allmän tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens avtal.<sup>56</sup> Frågan om *ipso facto*-klausulers giltighet i konkurs har de senaste åren dessutom behandlats av både Entreprenörskapsutredningen och Rekonstruktionsutredningen.<sup>57</sup> Genom åren har det osäkra rättsläget avseende inträdesrätten i konkursgäldenärens avtal alltså lyfts flera gånger. Det har även upprepade gånger lagts fram förslag att införa en tvingande inträdesrätt för konkursboet, men förslagen har aldrig lett till lagstiftning.

Endast ett fåtal tvister avseende konkursboets inträde i konkursgäldenärens avtal har avgjorts i domstol och inget av dem avser en prövning av konkursboets rätt att inträda i ett avtal som innehåller en *ipso facto*-klausul. Ett skäl till detta kan vara att konkursförvaltare arbetar under tidspress och inte vill avvakta en prövning i domstol.<sup>58</sup> En konkursförvaltare ska verka för en snabb avveckling av konkursboet, vilket framgår av 7 kap. 8 § 1 st. KL. En domstolstvist kan ta tid, ibland flera år. Detta gäller speciellt om det är en prejudikatfråga som tas upp hela vägen till högsta instans.

## 2.5 Inträdesregeln i köplagen

### 2.5.1 Den nuvarande inträdesregeln i 63 § KöpL och dess föregångare

Vid en utredning om *ipso facto*-klausuler i konkursgäldenärens köpeavtal kan göras gällande mot konkursboet ligger det närmast till hands att först undersöka om 63 § KöpL kan utgöra grund för en tvingande inträdesrätt. I 63 § 1 st. KöpL anges att om en avtalspart går i konkurs får partens konkursbo inträda i avtalet. Av samma stycke framgår att motparten får kräva att konkursboet ger besked inom skälig tid om det vill inträda i avtalet

---

<sup>54</sup> SOU 2001:80 s. 217.

<sup>55</sup> SOU 2005:120 s. 299 f.

<sup>56</sup> SOU 2010:2 s. 433.

<sup>57</sup> Se SOU 2016:72 s. 185, där det föreslogs att *ipso facto*-klausuler inte skulle kunna göras gällande i företagsrekonstruktioner. Se även SOU 2021:12 s. 277 f., där förbud mot *ipso facto*-klausuler i både företagsrekonstruktioner och konkurser föreslogs.

<sup>58</sup> Lindell, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 227.

eller ej. I förarbetena uttalas endast att regeln ger konkursboet en generell rätt att träda in i konkursgäldenärens avtal.<sup>59</sup> Lagstiftaren utvecklar dock inte närmare vad detta innebär. Vidare framgår av 63 § 2 st. KöpL att om konkursboet har inträtt och tiden för fullgörelse är inne får konkursgäldenärens motpart kräva att konkursboet presterar eller ställer säkerhet för sin fullgörelse.

I 63 § KöpL anges alltså endast att köparen *får* inträda i konkursgäldenärens avtal.<sup>60</sup> Enligt 3 § KöpL ska lagens bestämmelser inte tillämpas om annat följer av parternas avtal, partspraxis eller handelsbruk eller annan sedvänja som måste anses bindande för parterna. Om hela KöpL, inklusive 63 §, är dispositiv till följd av regeln i 3 § KöpL kan en tvingande inträdesrätt för konkursboet inte grundas på 63 § KöpL.<sup>61</sup> Om 63 § KöpL däremot är en indispositiv regel i en i övrigt dispositiv lag kan regeln utgöra grund för konkursboets tvingande inträdesrätt. I propositionen till KöpL har lagstiftaren medvetet valt att inte ta ställning till om 63 § KöpL är tvingande till konkursboets förmån.<sup>62</sup> Förarbetena ger med andra ord ingen ledning i frågan om konkursboets rätt att inträda enligt 63 § KöpL kan avtalas bort eller inte.

I 40 § lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom, ”gamla KöpL”, fanns en bestämmelse som motsvarade dagens 63 § 1 st. KöpL. Bestämmelsen tog dock, till skillnad från 63 § KöpL, endast sikte på köparens konkurs. Av 40 § gamla KöpL framgick att om tid för godsets avlämnande och köpeskillings erläggande ej var inne vid konkursutbrottet fick säljaren kräva besked om konkursboet ville tillträda köpet. Almén ansåg att själva principen att konkursboet har rätt att tillträda ett avtal var av tvingande natur. På grund av detta var det oväsentligt för frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt att gamla KöpL var dispositiv.<sup>63</sup> Alméns kommentar har beskrivits som ”den ledande kommentaren till lagen”.<sup>64</sup> Även i andra sammanhang verkar det ha antagits att konkursboets rätt att inträda enligt 40 § gamla KöpL var tvingande.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> Prop. 1988/89:76 s. 182.

<sup>60</sup> Min kursivering.

<sup>61</sup> Jfr Håstad, Köprätt, s. 187.

<sup>62</sup> Se prop. 1988/89:76 s. 232 f.

<sup>63</sup> Almén & Eklund s. 532 not 143.

<sup>64</sup> SOU 1994:120 s. 183.

<sup>65</sup> SOU 1988:63 s. 249 f.

### 2.5.2 63 § KöpL – tvingande eller dispositiv?

Eftersom varken köplagen eller dess förarbeten anger om inträdesrätten enligt 63 § KöpL kan avtalas bort eller ej och det inte heller finns svar på frågan i HD:s praxis får man söka ledning i litteraturen. Lindskog anser att 63 § KöpL, är dispositiv till följd av regeln om avtalsfrihet i 3 § KöpL.<sup>66</sup> Även Ramberg och Herre anser att 63 § KöpL inte ger konkursboet någon tvingande inträdesrätt. Paragrafen ger enligt författarna endast konkursboet en möjlighet att, genom att förklara sin vilja att fullgöra avtalet, undanröja möjligheten för motparten att häva avtalet på grund av befarat avtalsbrott. Orsaken till detta är att 63 § KöpL inte ger konkursboet någon särskild rättighet som gäller utöver konkursgäldenärens rättigheter enligt avtalet.<sup>67</sup> På andra håll i litteraturen har det också uttalats att 63 § KöpL är dispositiv, eftersom det är en kontraktsrättslig regel och kontraktsrättsliga regler är dispositiva där det inte finns särskilda tvingande regler.<sup>68</sup>

Andrews och Brodén anser att det är olämpligt att konstatera att 63 § KöpL är tvingande genom reduktionsslut.<sup>69</sup> För egen del är jag beredd att instämma. Osäkerheten rörande hur 63 § KöpL förhåller sig till 3 § KöpL var välkänd redan vid tidpunkten för köplagens tillkomst år 1990. Lagstiftaren tog trots detta inte ställning till denna oklarhet. Dessutom har lagstiftaren genom åren inte gjort någon ansats till att förtydliga rättsläget, trots att frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt lyfts om och om igen. Om 63 § KöpL skulle vara en indispositiv regel i en i övrigt dispositiv lag utan att detta framgår av lagtext eller ett klart ställningstagande i förarbetena skulle det medföra betydande förutsägbarhetsproblem för näringslivets aktörer. Mot bakgrund av detta anser jag att konkursboet inte kan grunda en tvingande inträdesrätt på regeln 63 § KöpL.

Andrews och Brodén går dock ett steg längre och anser att lagstiftarens underlåtelse att införa en tvingande inträdesrätt för konkursboet vittnar om att lagstiftaren anser att parterna fritt ska få avtala om konkursboets inträdesrätt sinsemellan.<sup>70</sup> Författarna verkar

---

<sup>66</sup> Se Lindskog, Kvittning, s. 186. Lindskog anför dock att 63 § KöpL möjligen kan ses som ett uttryck för en tvingande, underliggande princip om att avtalsbestämmelser som uteslutande tar sikte på att ställa konkursborgenärerna sämre än konkursgäldenären själv inte är giltiga. Detta kommer att behandlas nedan i avsnitt 4.3.

<sup>67</sup> Se Ramberg & Herre s. 546.

<sup>68</sup> Se Hellner, Hager och Persson s. 92.

<sup>69</sup> Andrews & Brodén s. 927.

<sup>70</sup> Andrews & Brodén s. 927.

alltså ta lagstiftarens tystnad som ett bevis för att konkursboet inte har en tvingande inträdesrätt. Detta borde dock enligt min mening vara en allt för långtgående slutsats. Lagstiftarens ovilja att sätta ned foten i frågan har sannolikt sin grund i att det är en kontroversiell fråga där en djup intressekonflikt mellan konkursgäldenärens motpart och konkursborgenärerna aktualiseras. En tvingande inträdesrätt ger konkursförvaltaren total makt att besluta om ett avtal ska fullföljas eller inte, medan ett tillåtande av *ipso facto*-klausuler i konkurs ger all makt i inträdesfrågan till konkursgäldenärens motpart. Att frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt är invecklad bekräftas också i förarbetena till nya lagen om företagsrekonstruktion, där lagstiftaren uttalar att frågan om införandet av förbud mot *ipso facto*-klausuler i konkurs är komplex och kräver ordentlig genomlysning.<sup>71</sup> I ljuset av detta borde lagstiftarens passivitet och ovillighet att bringa klarhet i frågan inte vara tillräckligt för att konstatera att lagstiftarens avsikt är att parterna ska ha full avtalsfrihet rörande konkursboets inträdesrätt.

## **2.6 Andra inträdessituationer som är särskilt reglerade i lag eller genom praxis**

I 36 § kommissionslagen (2009:865) anges att om kommissionären eller kommittenten försätts i konkurs upphör kommissionsavtalet att gälla. Detta innebär att ett konkursbo inte har rätt att träda in i ett kommissionsavtal i konkursgäldenärens ställe.<sup>72</sup> Det finns dock inget hinder mot att konkursboet och konkursgäldenärens motpart träffar ett nytt kommissionsavtal under konkursen.<sup>73</sup> Att ett kommissionsavtal hävs automatiskt vid vardera parts konkurs har att göra med att ett kommissionsuppdrag kan ha personlig karaktär.<sup>74</sup> Detsamma gäller för handelsagenturavtal. Av 27 § lag (1991:251) om handelsagentur framgår att om agenten eller huvudmannen försätts i konkurs upphör agenturavtalet att gälla. Bolagsmän i handelsbolag kan inte heller avtala bort en bolagsmans konkurs som likvidationsgrund, eftersom det i 2 kap. 27 § lagen (1980:1102)

---

<sup>71</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 162.

<sup>72</sup> Prop. 2008/09:88 s. 149.

<sup>73</sup> Prop. 2008/09:88 s. 70.

<sup>74</sup> SOU 2005:120 s. 299.

om handelsbolag och enkla bolag stadgas att om en bolagsman försätts i konkurs ska bolaget som huvudregel genast träda i likvidation.<sup>75</sup>

Av 12 kap. 31 § 3 st. jordabalken (1970:994) framgår att en hyresvärd inte får säga upp hyresgästen vid dennes konkurs om konkursboet förklarar sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden. Detta innebär att hyresgästens konkursbo har rätt att avvärja hävning genom att åta sig ansvar för konkursgäldenärens förpliktelser enligt avtalet.<sup>76</sup> Av NJA 1989 s. 206 framgår dock att konkursgäldenärens hyresrätt kan förklaras förverkad i konkursen på grund av att hyresgästen inte betalat hyra före konkursen.<sup>77</sup> Konkursboet har alltså en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens hyresavtal. I anslutning detta är det dock viktigt att ha i åtanke att enligt 12 kap 1 § 5 st. JB är alla hyresregler i 12 kap. JB tvingande om inte annat angivits.<sup>78</sup> Att konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens hyresavtal är därför inte något som talar för att konkursboet har en allmänt tvingande inträdesrätt.<sup>79</sup>

Av praxis framgår att ett konkursbo kan inträda i konkursgäldenärens anställningsavtal. Detta förutsätter dock en överenskommelse mellan konkursboet och arbetstagaren.<sup>80</sup> Detta innebär att konkursboet inte har en tvingande rätt att inträda i anställningsavtal, utan endast en möjlighet att inträda om arbetstagaren är villig att fortsätta utföra arbete med en massafordran på lön.<sup>81</sup> På grund av anställningsavtalets karaktär framstår detta som rimligt.

### 3 *Ipsa facto*-klausuler vid företagsrekonstruktion

#### 3.1 Hävningsförbudet i gamla lagen om företagsrekonstruktion

I gamla lagen om företagsrekonstruktion fanns det inget uttryckligt förbud mot *ipsa facto*-klausuler. Det fanns dock ett lagrum som reglerade gäldenärens motparts rätt att häva ett

---

<sup>75</sup> Lindskog, Bolagslagen, Kommentaren till 2 kap. 27 §, avsnitt 4.1.1.

<sup>76</sup> SOU 2001:80 s. 85.

<sup>77</sup> NJA 1989 s. 206 (s. 214).

<sup>78</sup> SOU 1994:120 s. 184.

<sup>79</sup> Jfr Håstad, Sakrätt, s. 403.

<sup>80</sup> NJA 1979 s. 253 (s. 257).

<sup>81</sup> Jfr Håstad, Sakrätt, s. 406 och Möller, Konkurs och kontrakt, s. 707.

avtal med rekonstruktionsgäldenären efter ett beslut om företagsrekonstruktion. I 2 kap. 20 § 1 st. gamla FRekL angavs att om gäldenärens motpart före beslutet om företagsrekonstruktion hade rätt att häva ett avtal på grund av ett inträffat eller befarat dröjsmål med betalning eller annan prestation fick motparten efter beslutet inte häva avtalet, om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begärde att avtalet skulle fullföljas.

Enligt gamla lagen om företagsrekonstruktion kunde alltså motparten under vissa förutsättningar inte häva sitt avtal med rekonstruktionsgäldenären, trots att hävningsgrunden dröjsmål uppkommit före rekonstruktionen. Dessa förutsättningar var att företagsrekonstruktion beslutats och att gäldenären inom skälig tid begärt att avtalet skulle fullgöras.<sup>82</sup> Hävning på grund av fel var dock möjligt, trots att företagsrekonstruktion beslutats.<sup>83</sup> Bestämmelsen har träffsäkert kommit att kallas ”hävningförbudet”.<sup>84</sup> Syftet med hävningförbudet var att främja en lyckad företagsrekonstruktion genom att tvinga motparten att fullgöra vissa nödvändiga avtal om gäldenären begärde det.<sup>85</sup>

### **3.2 Rätten att kräva fullföljd i nya lagen om företagsrekonstruktion**

I artikel 7.5 i EU:s Rekonstruktions- och insolvensdirektiv<sup>86</sup> anges att medlemsstaterna ska säkerställa att borgenärer inte tillåts att bland annat ändra eller avsluta kontrakt till nackdel för gäldenären med stöd av en kontraktsklausul som ger rätt till sådana åtgärder endast på grund av en ansökande om inledande av ett förfarande för förebyggande rekonstruktion. Av artikel 34 framgår att reglerna i direktivet skulle vara införlivade i nationell rätt senast 17 juli 2021. Det är dock viktigt att notera att Rekonstruktions- och insolvensdirektivet inte ålägger medlemsstaterna en skyldighet att förbjuda *ipso facto*-klausuler vid konkurs.

---

<sup>82</sup> Hellners & Mellqvist s. 120.

<sup>83</sup> Jfr Persson & Karlsson-Tuula s. 122.

<sup>84</sup> SOU 2021:12 s. 166.

<sup>85</sup> Se prop. 1995/96:5 s. 89 f. och SOU 2021:12 s. 166 f.

<sup>86</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132.

Endast sett till ordalydelsen utgjorde 2 kap. 20 § 1 st. gamla FRekL inte ett förbud mot *ipso facto*-klausuler.<sup>87</sup> Det var dock möjligt att bestämmelsen, genom extensiv tolkning eller ändamålstolkning, innefattade ett sådant förbud.<sup>88</sup> Mot bakgrund av denna osäkerhet gjorde EU:s Rekonstruktions- och insolvensdirektiv det nödvändigt för den svenska lagstiftaren att förtydliga rättsläget.<sup>89</sup>

Den 1 augusti 2022 trädde den nya lagen om företagsrekonstruktion i kraft. I och med detta upphävdes den gamla lagen om företagsrekonstruktion. Lagstiftaren överförde dock det gamla hävningsförbudet till nya lagen om företagsrekonstruktion, men i omformulerad form.<sup>90</sup> Enligt 3 kap. 1 § nya FRekL får gäldenärens motpart inte häva sitt avtal med gäldenären på grund av dröjsmål med betalning eller annan prestation när en ansökan om företagsrekonstruktion har gjorts, om dröjsmålet inträffat eller befaras inträffa före beslutet om företagsrekonstruktion. Regeln utgör, i likhet med sin föregångare, ett hinder mot att motparten efter ansökan om företagsrekonstruktion häver avtalet på grund av gäldenärens dröjsmål innan ansökningen. Om motparten häver avtalet före ansökan om företagsrekonstruktion kommer dock hävningen att gälla, under förutsättning att hävningen är kontraktsrättsligt giltig.<sup>91</sup>

En nyhet i den nya lagen om företagsrekonstruktion är den uttryckliga rätten för gäldenären att kräva att ett slutet avtal fullföljs.<sup>92</sup> Av 3 kap. 2 § 1 st. nya FRekL framgår att gäldenären, efter rekonstruktörens samtycke, får bestämma att ett avtal som ingåtts före beslutet om företagsrekonstruktion ska fullföljas. Gäldenären behöver dock inte ha rekonstruktörens samtycke om avtalet som ska fullföljas ligger inom den löpande förvaltningen av verksamheten. Av 3 kap. 10 § 1 st. nya lagen om företagsrekonstruktion framgår att ett avtalsvillkor som inskränker gäldenärens rätt enligt bland annat 3 kap. 2 § nya FRekL är utan verkan. I nya lagen om företagsrekonstruktion är alltså gäldenärens

---

<sup>87</sup> SOU 2021:12 s. 373.

<sup>88</sup> Jfr SOU 2021:12 s. 373 f. där Rekonstruktionsutredningen anser att det finns goda skäl att anta att hävningsförbudet i 2 kap. 20 § 1 st. gamla FRekL medförde att *ipso facto*-klausuler var ogiltiga eftersom ett tillåtande av *ipso facto*-klausuler skulle strida mot bestämmelsen syfte.

<sup>89</sup> Se SOU 2021:12 s. 310.

<sup>90</sup> Prop. 2021/22:215 s. 147.

<sup>91</sup> Prop. 2021/22:215 s. 366.

<sup>92</sup> Prop. 2021/22:215 s. 149.

rätt att kräva att avtalet med motparten fullföljs tvingande och därmed inte möjligt att avtala bort.<sup>93</sup>

Redan det förhållande att regeln om gäldenärens rätt att kräva att ett avtal fullföljs är tvingande innebär att en *ipso facto*-klausul som tar sikte på rekonstruktionsfallet inte kan göras gällande mot rekonstruktionsgäldenären. Trots detta förespråkade Rekonstruktionsutredningen att införa ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler i nya lagen om företagsrekonstruktion, eftersom detta skulle förtydliga att *ipso facto*-klausuler är ogiltiga under rekonstruktionsförfarandet.<sup>94</sup> Lagstiftaren menade också att gäldenärens tvingande rätt till fullföljd innebär att *ipso facto*-klausuler är ogiltiga i företagsrekonstruktioner. Lagstiftaren ansåg dock, i likhet med Rekonstruktionsutredningen, att det var rimligt att förtydliga detta förhållande genom ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler.<sup>95</sup> Det uttryckliga förbudet mot *ipso facto*-klausuler som tar sikte på rekonstruktionsfallet återfinns i 3 kap. 10 § 2 st. nya FRekL. Av lagrummet framgår att ett avtalsvillkor som ger gäldenärens motpart rätt att hålla inne sin prestation, häva avtalet eller på annat sätt ändra avtalet till gäldenärens nackdel på grund av ansökan eller beslut om företagsrekonstruktion är utan verkan.

## 4 En möjlighet till inträde eller en rätt att inträda

### 4.1 Inledande anmärkningar om systemargument och ändamålsargument rörande konkursboets inträdesrätt

I avsnitt 2.5.2 ovan har jag konstaterat att det inte borde vara möjligt att grunda en tvingande inträdesrätt för konkursboet i konkursgäldenärens köpeavtal på regeln i 63 § KöpL. Med denna utgångspunkt blir nästa steg att utreda om konkursboets tvingande inträdesrätt istället kan grundas på systemargument och ändamålsskäl.

I litteraturen har det presenterats ett antal systemargument för att *ipso facto*-klausuler inte har verkan mot ett konkursbo och att konkursboet därför har en tvingande inträdesrätt. I det följande kommer dessa systemargument att undersökas för att avgöra

---

<sup>93</sup> Prop. 2021/22:215 s. 160 f.

<sup>94</sup> Jfr SOU 2021:12 s. 374 f.

<sup>95</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 162.



om de kan ligga till grund för en tvingande inträdesrätt. Det första systemargumentet är tredjemansavtalsargumentet, som vilar på den allmänna avtalsrättsliga principen att avtal till nackdel för tredje man inte har verkan mot denne. I det följande kommer jag därför att utreda om konkursboet kan anses inta tredjemansställning när konkursgäldenären och dennes motpart inkluderar en *ipso facto*-klausul i sitt avtal. Det andra systemargumentet är att det är en sak- och konkursrättslig grundsats att avtal som uteslutande tar sikte på konkursfallet inte är giltiga. Jag ska nedan undersöka om någon sådan grundsats existerar och om den i sådana fall kan omfatta *ipso facto*-klausuler. Det tredje systemargumentet är att om *ipso facto*-klausuler behandlas annorlunda i konkursförfaranden jämfört med rekonstruktionsförfaranden leder denna inkongruens till en konkursdrivande ordning. Mot bakgrund av att lagstiftaren nyligen infört ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler i nya lagen om företagsrekonstruktion men inte i konkurslagen kommer jag i det följande utreda om så är fallet. Det fjärde och sista systemargumentet är frågan om en tvingande inträdesrätt kan existera om det samtidigt saknas möjlighet för konkursboet att återvinna en hävning som motparten gör strax innan konkursbeslutet.

Även ändamålsargumenten för och emot en tvingande inträdesrätt kommer att utredas inom ramen för detta avsnitt. Min ambition är att klarlägga om övervägande ändamålsskäl talar för eller emot en tvingande inträdesrätt för konkursboet i konkursgäldenärens köpeavtal. Ett ändamålsskäl som kommer att behandlas är de berättigade intressen motparten kan ha av att häva. Även risken för att *ipso facto*-klausuler används av en konkursborgenär för att tvinga till sig betalning kommer att undersökas. Slutligen kommer jag också utreda om det finns ett behov av en tvingande inträdesrätt för konkursboet om konkursförvaltaren kan jämka en *ipso facto*-klausul med stöd av 36 § lag (1915:21) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, ”AvtL”.

## 4.2 Tredjemansavtalsargumentet

### 4.2.1 Inledande anmärkningar

Det är en grundläggande avtalsrättslig princip att avtal till nackdel för tredje man saknar verkan.<sup>96</sup> Ett argument för konkursboets tvingande inträdesrätt som framförts från flera

---

<sup>96</sup> Se exempelvis Ramberg & Ramberg s. 295, Mossberg s. 39 f. och Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz s. 167 ff.

håll är att en *ipso facto*-klausul utgör en klausul där konkursgäldenären och motparten avtalat bort tredje mans rätt att inträda i konkursgäldenärens avtal. På grund av detta bör klausulen inte binda tredje man, det vill säga konkursboet.<sup>97</sup> Vidare kommer detta argument att benämnas tredjemansavtalsargumentet.<sup>98</sup>

Andrews och Brodén framhåller att ett konkursbo är en speciell rättsfigur och att det inte är givet att boet har någon tredjemansställning.<sup>99</sup> Det framstår enligt min mening som att författarna menar att det krävs att konkursboet har en faktisk tredjemansställning i förhållande till konkursgäldenären för att tredjemansavtalsargumentet ska vara applicerbart på *ipso facto*-klausuler. Detta borde dock vara missvisande mot bakgrund av vad tredjemansavtalsargumentet är. Tredjemansavtalsargumentet är varken en rättsregel eller en rättsprincip. Det är ett *argument*. En regel är fast och tilläpplbar. En princip är mjukare i kanterna än en regel, men också möjlig att tillämpa.<sup>100</sup> Ett argument är däremot endast ett skäl för något. Ett argument är alltså ännu mjukare i kanterna än en princip och dessutom inte tilläpplbart.

På grund av att tredjemansavtalsargumentet är just ett argument är det inte nödvändigt att konkursboet faktiskt är tredje man i förhållande till konkursgäldenären och dennes motpart. För att tredjemansavtalsargumentet ska kunna tala för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt är det tillräckligt att konkursboets ställning, när konkursgäldenären och motpartens avtal innehåller en *ipso facto*-klausul, liknar en tredjemansställning. Om konkursboets ställning påminner om den ställning tredje man har gör sig nämligen samma överväganden gällande som om konkursboet hade haft en faktisk tredjemansställning. Låt vara att tredjemansavtalsargumentet möjligtvis inte har samma styrka vid ansedd tredjemansställning som vid faktisk tredjemansställning.

Den relevanta frågan är således inte om konkursboet faktiskt är tredje man. En utredning om konkursboet är ett eget rättssubjekt, självständigt i förhållande till konkursgäldenären, är därför inte nödvändig. Istället är frågan man bör ställa sig om

---

<sup>97</sup> SOU 1994:120 s. 185, Millqvist s. 283 f., Domeij s. 129, Hellners & Mellqvist s. 117 f. och Karlsson-Tuula s. 74.

<sup>98</sup> Begreppet används av Andrews & Brodén, se Andrews & Brodén s. 928.

<sup>99</sup> Andrews och Brodén s. 928.

<sup>100</sup> Jfr Jareborg s. 142 f.

konkursboet kan *anses* ha en tredjemansställning i förhållande till konkursgäldenären och dennes motpart.

#### 4.2.2 *Konkursboet ska anses ha tredjemansställning trots att det härleder sin position från konkursgäldenären*

För att ta reda på om konkursboet kan anses ha en tredjemansställning måste det utredas om en *ipso facto*-klausul kan anses vara en disposition över konkursboets rättssfär. Om så är fallet utgör tredjemansavtalsargumentet ett systemargument för konkursboets tvingande inträdesrätt. Om *ipso facto*-klausulen däremot endast ska anses vara en disposition över konkursgäldenärens rättssfär kan tredjemansavtalsargumentet inte användas för att grunda en tvingande inträdesrätt för konkursboet.

I litteraturen har det framförts olika invändningar mot att konkursboet kan anses inta tredjemansställning när ett avtal innehåller en *ipso facto*-klausul. Söderlund anser att frågan om konkursboets inträdesrätt och giltigheten av en *ipso facto*-klausul är en konkursboextern fråga. Frågan är således rättssystematiskt sett varken en konkursbofråga eller en konkursborgenärsfråga. Enligt Söderlund intar konkursboet därför inte en tredjemansställning i förhållande till konkursgäldenären och dennes motpart. Konkursboet har endast en *tredjemansposition* som är härledd ur konkursgäldenärens ställning. En *ipso facto*-klausul utgör därför inte en disposition över konkursboets rättssfär. Klausulen utgör istället två avtalsparters disposition över deras egna rättssfärer. Att detta sedan får negativa reflexverkningar gentemot konkursboet, och i förlängningen konkursborgenärerna, är enligt Söderlund inte samma sak som att avtalsklausulen gjort ingrepp på konkursboets rättsställning.<sup>101</sup>

Även Lindskog har invändningar mot tredjemansavtalsargumentet.<sup>102</sup> Lindskog menar att tredjemansavtalsargumentet inte är ett träffande argument för tvingande inträdesrätt för konkursboet, eftersom konkursboet träder in i konkursgäldenärens rätt genom universalsuccession.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Se Söderlund s. 300 f.

<sup>102</sup> Lindskog anser dock att ett annat argument grundar en tvingande inträdesrätt för konkursboet. Se Lindskog, Kvittning, s. 186 f. och Lindskog, Bolagslagen, Kommentaren till 2 kap. 27 §, avsnitt 4.1.2. Detta argument kommer att behandlas nedan i avsnitt 4.3.

<sup>103</sup> Se Lindskog, Betalning, s. 684 not 2524.

Lindskog utvecklar inte sitt resonemang om tredjemansavtalsargumentet och universalsuccession vidare, så hans åsikt får i viss mån tolkas fram. Universalsuccession innebär ett inträde i en annan persons samtliga förmögenhetsrättsliga förhållanden. Successorn får dock inte bättre ställning än sin föregångare.<sup>104</sup> Min uppfattning är att Lindskog menar att konkursboet inte endast omhändertar konkursgäldenärens tillgångar vid konkursbeslutet, utan att boet övertar tillgångarna.<sup>105</sup> Detta inkluderar även ett övertagande av konkursgäldenärens avtal. Det sker dock ingen förändring i avtalsvillkoren. Detta innebär att konkursboet får finna sig i att överta konkursgäldenärens ställning enligt avtalet, precis så som den ser ut vid konkursutbrottet. Om avtalet då innehåller en *ipso facto*-klausul, som anger att avtalet kan hävas på grund av konkursen, måste konkursboet acceptera detta. Det är nämligen så konkursgäldenärens rättsställning enligt avtalet ser ut vid tidpunkten för konkursbeslutet. Konkursboet kan då inte invända att det ska anses som tredje man i förhållande till konkursgäldenären och därför inte ska bindas av *ipso facto*-klausulen.

Personligen delar jag varken Söderlunds eller Lindskogs syn på konkursboets tredjemansställning i förhållande till konkursgäldenären när dennes avtal innehåller en *ipso facto*-klausul. Enligt min mening riskerar dessa två synsätt på konkursboets ställning leda till att man missar de reella effekterna av en *ipso facto*-klausul. Visserligen är konkursboet en säregen konstruktion med stark koppling till konkursgäldenären, eftersom boet härleder sina tillgångar från gäldenären. Dessutom är de avtal som konkursboet har möjlighet att inträda i slutna av, och även bindande för, konkursgäldenären. Finns en *ipso facto*-klausul i ett av konkursgäldenärens avtal binder den konkursgäldenären, och borde därför binda även konkursboet. Konkursboet ska nämligen ha samma, men inte bättre, rätt till prestationer från motparten än konkursgäldenären.<sup>106</sup> Det uppstår därför ett logiskt glapp när man talar om avtal till nackdel för tredje man när det är ett konkursbo som är denna tredje man. I grund och botten stipulerar en *ipso facto*-klausul endast en förutsättning för att rätten att häva ska uppstå. Förutsättningarna för hävning borde vara

---

<sup>104</sup> Se Saldeen s. 129.

<sup>105</sup> Jfr 3 kap. 3 § KL som anger att all utmättningsbar egendom som tillhörde gäldenären räknas till konkursboet.

<sup>106</sup> Se HD:s formulering i NJA 2010 s. 617 p. 8.

enbart konkursgäldenärens och dennes motparts angelägenhet. Att det sedan påverkar konkursboet är endast en verkan av att avtalsklausulen har samma giltighet mot konkursgäldenären som mot konkursboet.

Men *ipso facto*-klausulens giltighet mot konkursgäldenären är enligt min mening närmast en illusion. Trots att en *ipso facto*-klausul binder konkursgäldenären *drabbar* den inte konkursgäldenären. Det är endast konkursboet, och i förlängningen även konkursborgenärerna, som påverkas negativt av klausulen. Detta eftersom klausulen hindrar konkursboets möjligheter att öka tillgångarna i konkursboet, utan att samtidigt ge upphov till några skyldigheter för konkursgäldenären innan konkursutbrottet. Mot bakgrund av detta har jag svårt att se hur en *ipso facto*-klausul enbart kan anses utgöra ett förfogande över endast konkursgäldenärens och motpartens egna rättssfärer. Även i förarbetena till köplagen uttalas dessutom att om två avtalsparter avtalar bort konkursboets inträdesrätt är det fråga om en avtalsklausul till nackdel för tredje man.<sup>107</sup> I ljuset av detta framstår det som rimligt att konkursboet ska anses vara tredje man i förhållande till konkursgäldenären och motparten när deras avtal innehåller en *ipso facto*-klausul. Enligt min mening borde därför tredjemansavtalsargumentet kunna utgöra stöd för att en *ipso facto*-klausul inte ska tillerkännas verkan mot konkursboet.

### **4.3 Avtalsklausuler som uteslutande tar sikte på konkursfallet**

#### *4.3.1 Inledande anmärkningar*

I litteraturen har det uttalats att även om 63 § KöpL inte är en indispositiv lagregel ger bestämmelsen ändå uttryck för en grundsats som i sin tur är tvingande.<sup>108</sup> Grundsatsens innehåll är att konkursbodiskriminerande klausuler, alltså klausuler som uteslutande tar sikte på konkursfallet och ställer konkursboet, och därmed konkursborgenärerna, i sämre ställning än konkursgäldenären inte är bindande för boet.<sup>109</sup>

Grundsatsen att avtal som uteslutande tar sikte på konkursfallet inte är giltiga har stora likheter med tredjemansavtalsargumentet. Detta eftersom det även här är fråga om vilken effekt ett avtal har för konkursboet. Grundsatsen om att konkursbodiskriminerande

---

<sup>107</sup> Prop. 1988/89:76 s. 233.

<sup>108</sup> Se Lindskog, Kvittning, s. 186 f. och Almén & Eklund s. 532 not 143.

<sup>109</sup> Se Keller s. 447 och Håstad, Sakrätt, s. 404.

klausuler inte tillerkänns verkan mot konkursboet är dock smalare än principen om att avtal som reglerar tredje mans rätt är ogiltiga utan tredje mannens godkännande. För att en avtalsklausul ska vara konkursbodiskriminerande krävs det nämligen inte att avtalet anses utgöra en disposition av tredje mans rätt. Det krävs endast att avtalet uteslutande tar sikte på konkursfallet till nackdel för konkursborgenärerna. Ytterligare en skillnad är att principen om att avtal som tar sikte på konkursfallet vilar på konkursrättsliga överväganden medan ogiltighet av avtal till nackdel för tredje man är en avtalsrättslig princip.

För att förstå hur en *ipso facto*-klausul kan verka konkursbodiskriminerande måste man först klargöra vem motpartens hävning påverkar. En hävning med grund i en *ipso facto*-klausul kan inte ske förrän konkursgäldenären är försatt i konkurs. Detta innebär att hävningen inte kommer att ske förrän konkursgäldenären förlorat rådigheten över sina tillgångar till konkursboet i enlighet med 3 kap. 1 § KL. Till detta kommer att ett konkursgäldenärsbolag upplöses eller likvideras efter att konkursförfarandet är avslutat, vilket framgår av 25 kap. 50 § aktiebolagslagen (2005:551). Detta innebär att det många gånger inte är aktuellt för konkursgäldenären och motparten att fortsätta sitt avtalsförhållande efter att konkursförfarandet avslutats, oavsett om motparten hävt avtalet med stöd i *ipso facto*-klausulen eller ej. Mot bakgrund av detta blir det tydligt att det inte spelar någon roll för konkursgäldenären om avtalet hävs på grund av konkursbeslutet eller inte. Med andra ord påverkas konkursgäldenären inte i något avseende av att parternas avtal innehåller en *ipso facto*-klausul. Däremot påverkas konkursboet eftersom det inte kan inträda i konkursgäldenärens avtal om *ipso facto*-klausulen har verkan i konkursen och används av motparten för att häva.

Det är alltså tydligt att den aktör som har intresse av att avtalet inte hävs i och med konkursbeslutet är konkursboet. Det är därmed endast konkursboet, inte konkursgäldenären, som påverkas negativt av *ipso facto*-klausulen. Samtidigt är det fördelaktigt för motparten att dennes avtal med konkursgäldenären innehåller en *ipso facto*-klausul, eftersom den ger honom en ensidig rätt att besluta om avtalet ska fortsätta löpa och därmed om konkursboet ska kunna inträda. Klausulens enda syfte är alltså att på bekostnad av konkursborgenärerna ge en fördel till konkursgäldenärens motpart.

Mot bakgrund av att det endast är konkursboet som drabbas negativt av en *ipso facto*-klausul är det enligt min mening tydligt hur en *ipso facto*-klausul är konkursbodiskriminerande. Frågan blir då om man i det sak- och konkursrättsliga regelsystemet kan finna stöd för grundsatsen att klausuler som direkt tar sikte på konkursen och ställer konkursboet i sämre ställning än konkursgäldenären är utan verkan mot boet. Om det kan konstateras att en sådan grundsats existerar och att grundsatsen bör omfatta *ipso facto*-klausuler kan den i sin tur utgöra ett argument för att *ipso facto*-klausuler är utan verkan i konkurs.

Det finns flertalet exempel på situationer där avtal som uteslutande tar sikte på konkursborgenärerna inte kan göras gällande mot konkursboet. Åtskilliga är så pass självklara, även för den som endast har grundläggande kunskap i sak- och konkursrätt, att det räcker att presentera dem tämligen kortfattat. Det är till exempel i det närmaste givet att en gäldenär och dennes motpart inte med giltighet mot de övriga borgenärerna kan avtala om att motparten ska ha förmånsrätt i gäldenärens konkurs, utan att motparten samtidigt har förvärvat förmånsrätt i enlighet med bestämmelserna i förmånsrättslagen (1970:979).<sup>110</sup> Inte heller är avtalade exekutionsförbud avseende konkursgäldenärens egendom bindande för konkursboet.<sup>111</sup> Vidare är det uppenbart att det inte avtalsvägen går att skapa nya sakrätter med verkan mot konkursgäldenärens borgenärer, eftersom det råder *numerus clausus* på sakrättens område.<sup>112</sup> Ett mer avancerat exempel på en ny sakrätt är en stoppningsrätt som kan utnyttjas även efter att en vara hamnat i köparens besittning.<sup>113</sup> En sådan stoppningsrätt utgör i det närmaste ett återtagandeförbehåll som inte uppfyller kraven på att utgöra ett sakrättsligt giltigt återtagandeförbehåll och bör därför inte vara gällande i en konkurs.

Det finns dock mer komplicerade exempel på avtal som uteslutande tar sikte på konkursfallet. I det följande ska jag presentera två av dessa mer avancerade exempel ingående.

---

<sup>110</sup> Se Håstad, Sakrätt, s. 128.

<sup>111</sup> Möller, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 210. Se också NJA 1915 s. 194 där ett utmätningsförbud i ett testamente inte var giltigt.

<sup>112</sup> Se Hessler s. 83 f. och Strömgren s. 74.

<sup>113</sup> Se vidare Hellner s. 246 f.

#### 4.3.2 Konkursbegränsningar i avtalade kvittningsförbud

Ett exempel på ett avtal mellan konkursgäldenär och motparten som tar sikte på konkursituationen är begränsningar för konkursfallet i avtalade kvittningsförbud.<sup>114</sup> En säljare och köpare kan naturligtvis träffa avtal om att köparen inte får kvitta en fordring denne har mot säljaren mot säljarens fordring på köpeskillingen. Om parterna dessutom avtalar om att kvittningsförbudet inte ska gälla om köparen försätts i konkurs uppstår dock frågan vad som gäller mellan säljaren och köparens konkursbo.

Om begränsningen av kvittningsförbudet inte är gällande mot konkursboet kommer boet att kräva ut den fordran som konkursgäldenären hade mot säljaren och som konkursboet nu övertagit. Säljaren får i sin tur finna sig i att vara en oprioriterad borgenär i konkursen. Om begränsningen av kvittningsförbudet däremot är gällande mot konkursboet kan säljaren kvitta sin fordran mot köparen i dennes konkurs. Säljaren kan då få full eller partiell täckning för sin fordran mot konkursgäldenären genom kvittningen. Detta innebär att säljaren slipper bevaka en oprioriterad fordran i konkursen, eller åtminstone endast behöver bevaka en mindre oprioriterad fordran.

Om det avtalade kvittningsförbudet i konkursfallet är giltigt mot konkursboet har säljaren alltså tillförsäkrat sig penningbetalning från en solvent köpare men samtidigt skyddat sig mot risken att hela säljarens fordring mot köparen blir oprioriterad om köparen försätts i konkurs. Detta är till nackdel för konkursborgenärerna eftersom konkursboet inte kan kräva ut fordringen mot säljaren om säljaren väljer att kvitta. Samtidigt påverkas köparen, tillika den blivande konkursgäldenären, själv inte av denna begränsning av kvittningsförbudet. Detta innebär att klausulen är konkursbodiskriminerande.

Den förhärskande åsikten verkar vara att ett avtal om kvittningsförbud med undantag för konkursfallet inte är gällande mot konkursboet.<sup>115</sup> Det faktum att konkursbegränsningar i avtalade kvittningsförbud antagligen inte kan göras gällande mot konkursboet borde därmed kunna utgöra stöd för att det finns en grundsats med innehållet att avtal som uteslutande drabbar konkursborgenärerna inte är gällande mot konkursboet.

---

<sup>114</sup> Exemplet har lyfts av Lindskog. Se Lindskog, Kvittning, s. 336 f.

<sup>115</sup> Prop. 2004/05:30 s. 128 (Lagrådet), Lindskog, Kvittning, s. 337 not 1001 och Walin, Millqvist & Persson s. 88.



#### 4.3.3 Konkursboets rätt att lösa handpant enligt 8 kap. 10 § KL

Enligt 8 kap. 10 § KL får en pantavare som har handpanträtt själv se till att egendomen säljs på auktion. Pantavaren ska dock minst en vecka innan denne vidtar någon åtgärd för att sälja egendomen ge konkursförvaltaren möjlighet att lösa in panten. Bestämmelsen innebär att en konkursborgenär inte får sälja egendom som denne innehar med panträtt, om konkursförvaltaren vill lösa egendomen för konkursboets räkning.<sup>116</sup> Regeln är tvingande och tillämpas även om pantavare och konkursgäldenär avtalat annat.<sup>117</sup> Syftet med bestämmelsen är att konkursförvaltaren ska ha möjlighet att sälja panten under hand till ett högre pris än vad pantavaren kan få vid en försäljning av panten på auktion.<sup>118</sup> Konkursförvaltaren kan sälja panten utan att pantborgenären får full ersättning för sin fordran. Förvaltaren är dock bunden av 8 kap. 7 § KL som anger att pantavarens eller tillsynsmyndighetens godkännande krävs för att försäljning av egendomen ska ske på annat sätt än genom offentlig auktion.<sup>119</sup>

Det ligger i pantförhållandets natur att en framtida konkursgäldenär, tillika pantsättare, när som helst innan konkursutbrottet kan lösa panten genom att betala sin skuld. När en konkursförvaltare väljer att lösa in handpant sker väsentligen samma sak, konkursboet säljer panten och betalar pantavarens fordring med den influtna köpeskillingen. För det fall att köpeskillingen överstiger pantavarens fordring går överskottet till konkursboet. Om konkursförvaltaren inte får lösa in panten går konkursboet således miste om möjligheten att utöka tillgångarna i boet genom en underhandsförsäljning av panten till ett pris som överstiger pantavarens konkursfordring. Detta innebär att ett avtal mellan konkursgäldenären och pantavaren om att konkursförvaltaren inte får lösa in panten för boets räkning försätter konkursboet i sämre ställning än konkursgäldenären. Konkursgäldenären själv drabbas nämligen inte av klausulen eftersom den endast tar sikte på konkursboets, och inte gäldenärens, rätt att lösa panten. Regeln i 8 kap. 10 § KL utgör alltså ytterligare ett exempel på hur avtal som tar sikte på konkursfallet och drabbar konkursborgenärerna negativt inte är gällande mot konkursboet.

---

<sup>116</sup> Palmér & Savin, Konkurslagen, kommentaren till 8 kap. 10 §.

<sup>117</sup> Walin, Millqvist & Persson s. 334.

<sup>118</sup> Lennander, Pantavarens skyldigheter, s. 246 och Mellqvist & Welamson s. 204.

<sup>119</sup> Walin, Millqvist & Persson s. 336.

#### 4.3.4 Är principen om konkursbodiskriminerande avtalsklausuler tillämplig på *ipso facto*-klausuler?

Av exemplen som framförts ovan framgår tydligt att i en rad situationer är avtalsklausuler som uteslutande tar sikte på, och drabbar, kursboet inte gällande mot konkursboet. Det borde därför enligt min mening vara möjligt att konstatera att det existerar en grundsats i det sak- och konkursrättsliga rättssystemet om att konkursbodiskriminerande avtalsklausuler inte kan göras gällande mot konkursboet. Nästa fråga är om denna grundsats kan tillämpas på *ipso facto*-klausuler, som endast leder till att konkursförvaltaren går miste om en möjlighet att berika boet, eller om grundsatsen endast omfattar avtalsklausuler som leder till att egendom undandras från konkursboet eller att det sker en omfördelning av borgenärernas inbördes ställning. Det är nämligen så att exemplen som framförts ovan nästan uteslutande utgörs av situationer där motparten är konkursborgenär och där hans intresse kolliderar med övriga konkursborgenärens intressen.

Begränsning av avtalade kvittningsförbud och avtal om förmånsrätt utanför förmånsrättslagen leder till en omfördelning av konkursborgenärernas prioritetsordning där motparten ges högre prioritet än han annars skulle ha haft. Avtal enligt vilka parterna försöker åstadkomma nya sakrätter, exempelvis avtal om bättre stoppningsrätt och återtagandeförbehåll som endast kan åberopas i konkurs, aktualiserar klassiska sakrättsliga borgenärskonflikter avseende samma egendom. Detta genom att en borgenär försöker se till att egendom som egentligen skulle ingå i konkursmassan istället går till att täcka borgenärens konkursfordran. Även avtal om uttryckliga exekutionsförbud handlar om att undandra egendom från konkursboet, men då oftast till förmån för konkursgäldenären själv.

Om en *ipso facto*-klausul får verkan mot konkursboet sker däremot inte en omfördelning av borgenärernas inbördes ordning i konkursen. Inte heller undandras egendom från konkursborgenärerna. Frågan om konkursboet har en tvingande inträdesrätt har endast betydelse för konkursförvaltarens möjlighet att i konkursborgenärernas intresse utöka konkursmassan. Mot bakgrund av detta kan man argumentera för att det bara är avtalsklausuler som undandrar egendom från konkursboet eller leder till en omfördelning i borgenärernas prioritetsordning är ogiltiga enligt det sak- och

konkursrättsliga rättssystemet. En *ipso facto*-klausul skulle därmed inte omfattas av grundsatsen och därmed vara gällande mot konkursboet.<sup>120</sup>

Personligen är jag inte övertygad om att en klausul måste leda till undandragande av egendom eller omfördelning mellan borgenärerna för att omfattas av grundsatsen att konkursbodiskriminerande avtalsklausuler är utan verkan i konkurs. Det är nämligen så att inte alla exempel ovan förutsätter en klassiskt sakrättslig borgenärskonflikt eller en omfördelning i borgenärernas inbördes ordning. Vi har exemplet med regeln i 8 kap. 10 § KL som innebär att en avtalsklausul mellan panthavaren och konkursgäldenären som betar konkursboet rätten att lösa handpant är utan verkan. En avtalsklausul som hindrar konkursförvaltaren från att lösa panten syftar till att ge panthavaren kontroll över försäljningen av panten. Klausulen leder därmed inte till någon omfördelning mellan borgenärerna eller att egendom undandras från konkursboet. Klausulen betar endast konkursförvaltaren möjligheten att berika boet genom att sälja panten under hand för ett pris som överstiger panthavarens fordring.

Dessutom ligger det i konkursens natur att många exempel på avtal som uteslutande drabbar konkursboet kommer att handla om att en borgenär vill undandra egendom från konkursboet eller förbättra sin inbördes ställning i konkursen. De primära konflikterna i en konkurs är som bekant intressekollisioner mellan borgenärer där den ena sidan hävdar separationsrätt eller särskild förmånsrätt och den andra sidan består av oprioriterade borgenärer. Detta betyder inte nödvändigtvis att det endast är avtal som syftar till att undandra egendom från konkursboet eller omfördela prioritetsordningen mellan konkursborgenärerna som inte är gällande mot konkursboet.

För att gå till botten med frågan om en *ipso facto*-klausul bör vara ogiltig med hänsyn till grundsatsen om att konkursbodiskriminerande avtalsklausuler inte kan göras gällande mot konkursboet är det enligt min mening viktigt att klarlägga varför avtal som enbart tar sikte på konkursfallet inte tillerkänns verkan. Enligt min mening är det för att ett avtal med konkursgäldenären inte ska drabba endast konkursborgenärerna. På vilket sätt avtalet drabbar konkursborgenärerna borde därför inte vara relevant för frågan om avtalet ska tillerkänns verkan eller ej.

---

<sup>120</sup> Jfr Söderlund s. 318.

Att en avtalsklausul som tar sikte på konkursfallet är ogiltigt för att det endast drabbar konkursboet kan illustreras av ett exempel. Låt oss säga att en konkursgäldenär träffat ett avtal med en köpare där konkursgäldenären, som är säljaren i avtalsförhållandet, avstått från sin stoppningsrätt. Enligt 61 § KöpL får en avtalspart inställa sin del av fullgörelsen av ett köpeavtal, om det finns starka skäl att anta att den andra avtalsparten inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser. Det framgår varken av lag eller förarbeten om en säljare, med verkan mot sina borgenärer, kan avsäga sin stoppningsrätt vid köparens framtida konkurs.<sup>121</sup> I litteraturen har de dock uttalats att en sådan avtalsklausul borde vara gällande i konkursen och därför har verkan mot konkursborgenärerna. Orsaken är att säljarens avstående från sin stoppningsrätt inte är inriktat på hans borgenärer utan även gäller för säljaren själv.<sup>122</sup>

Även om det är till nackdel för säljarens konkursborgenärer att säljaren avsäger sig sin stoppningsrätt kan säljaren själv också drabbas av att denne avtalat bort sin stoppningsrätt. Säljarens avsäggande av sin stoppningsrätt får konsekvenser om köparen får ekonomiska svårigheter. Detta innebär visserligen att klausulen drabbar säljarens konkursbo om säljaren försätts i konkurs, men klausulen kan även drabba säljaren själv om denne inte går i konkurs. Överenskommelsen om att säljaren avsäger sig sin stoppningsrätt tar alltså inte direkt sikte på säljarens konkurs, och drabbar därmed inte uteslutande säljarens konkursbo och konkursborgenärer. Exemplet visar enligt min mening att en avtalsklausul där egendom undandras från konkursborgenärerna kan vara giltig mot konkursboet, eftersom den inte uteslutande drabbar konkursborgenärerna. Det relevanta för om en avtalsklausul ska ha verkan mot konkursboet eller inte är således inte *hur* konkursborgenärerna drabbas, utan *att* avtalsklausulen uteslutande drabbar konkursborgenärerna.

I anslutning till diskussionen om det är att en avtalsklausul endast får verkan i konkurs, inte hur denna får verkan i konkursen, som medför att klausulen inte kan göras gällande mot konkursboet bör även överlåtelseförbud nämnas. Utgångspunkten är att ett överlåtelseförbud får verkan som exekutionsförbud i konkurs, vilket framgår av 5 kap. 5

---

<sup>121</sup> Se Arnesdotter s. 223 not 172.

<sup>122</sup> Möller, Konkurs och kontrakt, s. 95 not 54.

§ utsökningsbalken (1981:775) och 3 kap. 3 § KL. I vissa fall tillerkänns dock inte ett överlåtelseförbud verkan som exekutionsförbud. Ett mellan konkursgäldenären och hans motpart avtalat överlåtelseförbud uppställt i förvärvarens, tillika konkursgäldenärens, intresse är inte gällande mot dennes konkursbo. Detta eftersom överlåtelseförbudet undandrar egendom från konkursborgenärerna.<sup>123</sup>

Av praxis framgår vidare att överlåtelseförbud som är uppställda i överlåtarens intresse vid onerösa förvärv inte får verkan som exekutionsförbud vid förvärvarens konkurs.<sup>124</sup> Orsaken till detta är att förvärvaren erlagt köpeskilling för den vara som är belagd med överlåtelse- och exekutionsförbud. Om överlåtelseförbudet då tillerkänns verkan som exekutionsförbud i förvärvarens konkurs undandras egendom från konkursborgenärerna.<sup>125</sup> Motsatsvis har det i mer sentida praxis uttalats att det finns skäl att upprätthålla förfogandebegränsningar uppställda vid benefika förvärv, eftersom en gåvomottagare inte erlagt något vederlag för gåvan.<sup>126</sup>

Motiveringen bakom att överlåtelseförbud i vissa fall inte får verkan som exekutionsförbud i konkurs är alltså att detta leder till att egendom undandras konkursborgenärerna. Detta kan tala för att det är själva undandragandet av egendom som är avgörande för att vissa avtalsklausuler inte ska ha verkan i konkurs.

Personligen är jag dock av åsikten att man inte bör lägga allt för stor vikt vid motiveringen till att vissa avtalade överlåtelseförbud inte får verkan i konkurs. Avtalade överlåtelseförbud är speciella, eftersom de utgör två förbud i ett – överlåtelseförbudet och exekutionsförbudet. På grund av att ett överlåtelseförbud är två förbud i ett tar det inte uteslutande sikte på konkurssituationen. Ett överlåtelseförbud kan även drabba förvärvaren själv genom att han blir skadeståndsskyldig om hans överlåtelse i strid med överlåtelseförbudet ger upphov till skada för överlåtaren.<sup>127</sup> Det går därför inte att hindra överlåtelseförbudet från att få verkan som exekutionsförbud i en konkurs med hänvisning till att klausulen endast tar sikte på konkurssituationen. Det är därför naturligt att man i

---

<sup>123</sup> Håstad, Sakrätt, s. 449 f. och Möller, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 182.

<sup>124</sup> NJA 1974 s. 376 och NJA 1993 s. 468.

<sup>125</sup> NJA 1993 s. 468 (s. 473).

<sup>126</sup> Se exempelvis NJA 2017 s. 289 p. 9 och NJA 2021 s. 709 p. 14 där HD framhåller att förfogandebegränsningar uppställda i samband med gåva typiskt sett inte skadar borgenärernas intressen, vilket talar för att gåvogivarens vilja ska respekteras.

<sup>127</sup> Se NJA 2016 s. 51 p. 9.

både litteratur och prejudikat motiverat överlåtelseförbudets ogiltighet i konkurs med att klausulen undandrar egendom från konkursborgenärerna. En hänvisning till grundsatsen att klausuler som uteslutande tar sikte på konkursfallet är utan verkan har helt enkelt inte varit möjlig. Motiveringen bakom att överlåtelseförbud i vissa fall inte tillerkänns verkan som exekutionsförbud i konkurs borde därför knappast undergräva teorin om att konkursbodiskriminerande klausuler är utan verkan för att de uteslutande tar sikte på konkurssituationen.

Sammanfattningsvis kan jag alltså konstatera att det går att finna stöd i det sak- och konkursrättsliga rättssystemet för att avtal som uteslutande tar sikte på en konkurs och endast drabbar konkursborgenärerna är utan verkan för konkursboet. Det finns även stöd för att denna överksamhet gäller även om avtalet inte syftar till att undandra egendom från konkursboet eller omfördela borgenärernas inbördes ordning. Det borde därmed ligga i linje med det sak- och konkursrättsliga rättssystemet att *ipso facto*-klausuler i konkursgäldenärens avtal inte har verkan mot konkursboet. Detta talar för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens avtal.

## **4.4 En inkongruent inträdesrätt har inte konkursdrivande verkan**

### *4.4.1 Inledande anmärkningar*

Ytterligare ett systemargument som lyfts fram till stöd för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt är att det uppkommer en risk för förfarandeshopping om *ipso facto*-klausuler är förbjudna vid företagsrekonstruktion men inte vid konkurs.<sup>128</sup> I och med införandet av 3 kap. 2 och 10 §§ nya FReKL är frågan om *ipso facto*-klausulers giltighet inom ramen för företagsrekonstruktioner avgjord. Gäldenären får bestämma att ett avtal ska fullföljas och *ipso facto*-klausuler som tar sikte på rekonstruktionsfallet är utan verkan. Avsaknaden av en tvingande inträdesrätt i konkurser, när det samtidigt finns en tvingande fullföljdsrätt i rekonstruktionsförfaranden, kan medföra att ett konkursförfarande är mer gynnsamt för motparten till en gäldenär med ekonomiska svårigheter än en företagsrekonstruktion. Om motparten har möjlighet kommer denne

---

<sup>128</sup> Se Andrews & Brodén s. 938, som innan nya lagen om företagsrekonstruktion trädde i kraft varnade för förfarandeshopping om *ipso facto*-klausuler skulle förbjudas i företagsrekonstruktion.

därför att försöka att se till att gäldenären blir föremål för ett konkursförfarande istället för ett rekonstruktionsförfarande.

I NJA 2016 s. 73 uttalade HD att borgenärernas inbördes ställning inte bör påverkas av vilket slags insolvensförfarande det rör sig om.<sup>129</sup> Schytzer anser att uttalandet vittnar om att förfarandeneutralitet är önskvärt.<sup>130</sup> Om det finns faktorer som driver motparten att försöka få till stånd en konkurs istället för en företagsrekonstruktion saknas dock sådan förfarandeneutralitet. Avsaknad av förfarandeneutralitet är en grundpremiss för att det ska finnas risk för förfarandeshopping. Men för att förfarandeshopping faktiskt ska kunna förekomma krävs det att ytterligare två förutsättningar är uppfyllda. För det första krävs att motparten kan se till att gäldenären försätts i konkurs innan en företagsrekonstruktion inleds. För det andra krävs att gäldenären befinner sig i en situation där denne både kan försättas i konkurs och inleda ett rekonstruktionsförfarande. I det följande ska dessa två förutsättningar utredas för att klarlägga om den tvingande fullföljdsrätten och förbudet mot *ipso facto*-klausuler i nya lagen om företagsrekonstruktion faktiskt åstadkommit en konkursdrivande verkan.

#### 4.4.2 Möjligheten för gäldenärens motpart att försätta gäldenären i konkurs

För att det ska föreligga en risk för förfarandeshopping om det finns en tvingande fullföljdsrätt i företagsrekonstruktioner men inte en tvingande inträdesrätt i konkurser måste gäldenärens motpart faktiskt kunna driva fram gäldenärens konkurs. Enligt 2 kap. 4 § KL kan en borgenär ansöka om att dennes gäldenär ska försättas i konkurs. Borgenären måste dock i sin ansökan lämna uppgifter om sin fordran mot konkursgäldenären. Det är alltså fordringen som grundar behörigheten för borgenären att ansöka om gäldenärens försättande i konkurs.<sup>131</sup> Med andra ord behöver en fordring ha uppkommit för att borgenären ska kunna ansöka om att gäldenären ska försättas i konkurs. Fordringen behöver dock inte ha förfallit.<sup>132</sup>

Varje utdelningsberättigad fordring, alltså en fordring som uppkommit innan konkursutbrottet och som klassas som konkursfordring, ger som huvudregel borgenären

---

<sup>129</sup> NJA 2016 s. 73 p. 17.

<sup>130</sup> Schytzer, Några anmärkningar om fordrans uppkomst inom insolvensrätten, s. 78.

<sup>131</sup> Jfr Mellqvist & Welamson s. 56.

<sup>132</sup> Se exempelvis SOU 1970:75 s. 74, Håstad, Sakrätt, s. 98 och Palmér & Savin, Konkurslagen, kommentaren till 2 kap. 4 §.

behörighet att ansöka om att gäldenären försätts i konkurs.<sup>133</sup> Undantaget är om något konkurshinder föreligger enligt 2 kap. 10-10a §§ KL. Av dessa två lagrum framgår att om borgenären har betryggande säkerhet eller om det pågår en företagsrekonstruktion har borgenären inte rätt att få gäldenären försatt i konkurs.

För att konstatera att en fordring ger rätt att begära gäldenären i konkurs måste man alltså utreda om fordringen är en konkursfordring enligt 5 kap. 1 § KL.<sup>134</sup> Fordrans uppkomst är i grunden ett fordringsrättsligt spörsmål.<sup>135</sup> Fordrans uppkomst i den konkursrättsliga kontexten är en komplex fråga som inte ska behandlas djupare inom ramen för denna framställning. Det räcker med att konstatera att i normala fall uppkommer en fordran som har sin grund i ett avtal genom avtalet.<sup>136</sup>

En uppkommen fordran kan dock samtidigt vara villkorad. Om fordringen är suspensivt villkorad är fordringen inte fullgången, vilket innebär att borgenären inte får uppbära fordringsbeloppet om inte villkoret uppfylls.<sup>137</sup> Om (den blivande) konkursgäldenären och motparten träffat ett avtal om att gäldenären ska köpa varor av motparten, men motparten inte fullgjort sin prestation enligt avtalet är motpartens fordran mot gäldenären uppkommen men inte fullgången. Fordringen är suspensivt villkorad och endast om motparten presterar enligt avtalet blir fordringen fullgången. Frågan är om motparten i detta läge kan begära gäldenären i konkurs. Annorlunda uttryckt är frågan om en uppkommen men ej fullgången fordran kan användas av motparten för att ansöka om gäldenärens konkurs. I äldre litteratur har det framhållits att en suspensivt villkorad fordring är tillräckligt för att begära gäldenären i konkurs.<sup>138</sup> I mer sentida litteratur har det uttalats att det förhållandet att en fordring är förenad med villkor inte hindrar att fordringen anses uppkommen och därmed utgör en konkursfordran.<sup>139</sup>

Mot bakgrund av detta går det alltså att konstatera att så länge en gäldenär och dennes motpart har träffat ett avtal kan motparten begära gäldenären i konkurs. Detta gäller trots

---

<sup>133</sup> Se Mellqvist & Welamson s. 57. Jfr också Welamson s. 33, som anger att varje fordran som kan leda till utdelning i en framtida konkurs grundar behörighet att söka gäldenären i konkurs.

<sup>134</sup> Jfr Schytzer, Fordrans uppkomst, s. 76.

<sup>135</sup> Mellqvist & Welamson s. 56 och s. 211 f.

<sup>136</sup> Se Schytzer, Fordrans uppkomst, s. 255-259 och Mellqvist & Welamson s. 213 f.

<sup>137</sup> Mellqvist & Welamson s. 216.

<sup>138</sup> Se Welamson s. 33 not 5.

<sup>139</sup> Se Mellqvist & Welamson s. 214 och 216.



att motpartens fordran är suspensivt villkorad, eftersom även en suspensivt villkorad fordring kan utgöra en konkursfordring. Att en uppkommen men icke fullgången fordran är tillräcklig för att ge en motpart behörighet att försätta gäldenären i konkurs innebär att motparten kan se till att gäldenären försätts i konkurs innan företagsrekonstruktion inleds. Motparten kan alltså se till att gäldenären försätts i konkurs, trots att motparten inte har rätt till utdelning i konkursen så länge fordringen inte är fullgången. Detta innebär att den första av två förutsättningar för att förfarandeshopping ska kunna ske föreligger.

#### *4.4.3 Möjligheten att gäldenären är aktuell för rekonstruktion och konkurs samtidigt*

Kraven för att en ansökan om företagsrekonstruktion ska beviljas har ändrats i och med ikraftträdandet av den nya lagen om företagsrekonstruktion. Detta innebär att möjligheterna för en gäldenär att vara aktuell för både ett konkursförfarande och ett rekonstruktionsförfarande inte är densamma som tidigare. Om den nya lagen om företagsrekonstruktion ställer striktare krav på gäldenärens ekonomiska ställning för att ansökan om företagsrekonstruktion ska beviljas kan det till och med vara så att en gäldenär numera sällan är aktuell för de båda förfarandena vid samma tillfälle. Detta skulle innebära att risken för förfarandeshopping avväjts i betydande grad. För att utreda hur reglerna i den nya lagen om företagsrekonstruktion har påverkat risken för förfarandeshopping är det därför nödvändigt att jämföra förutsättningarna för ett konkursbeslut med förutsättningarna för inledande av rekonstruktion enligt både gamla och nya lagen om företagsrekonstruktion.

Enligt 1 kap. 2 § KL krävs att en gäldenär är insolvent för att denne ska kunna försättas i konkurs. I samma lagrum anges att insolvens innebär att gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig. Obeståndsbedömningen innefattar en prognos.<sup>140</sup> Det är dock förenat med stora svårigheter för en borgenär att bevisa att insolvens föreligger, eftersom en borgenär inte har full insyn i gäldenärens ekonomiska läge.<sup>141</sup> I realiteten är det därför ofta så att en borgenär istället visar att någon av presumtionsgrunderna för obestånd i 2 kap. 8–9 §§ KL är uppfyllda för att få gäldenären försatt i konkurs. För att en gäldenär inte ska

---

<sup>140</sup> Se NJA 2013 s. 822 p. 4.

<sup>141</sup> Palmér & Savin, Konkurslagen, kommentaren till 1 kap. 2 §.

försättas i konkurs när en presumtionsgrund är uppfylld måste gäldenären bevisa sin solvens trots att presumtionsgrunden föreligger.<sup>142</sup>

I både gamla och nya lagen om företagsrekonstruktion är strukturen för prövningen om ett beslut om företagsrekonstruktion får meddelas densamma. I båda lagarna uppställs två krav för att beslut om företagsrekonstruktion ska få fattas. Det första kravet tar sikte på graden av gäldenärens ekonomiska problem och det andra på om företagsrekonstruktionen kan förväntas bli framgångsrik eller ej.

Av 2 kap. 6 § 1 st. gamla FRekL framgick att företagsrekonstruktion endast kunde meddelas om det kunde antas att gäldenären inte kunde betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga skulle inträda inom kort. För att beslut om rekonstruktion skulle kunna meddelas måste alltså gäldenären redan vara eller snart bli illikvid. Illikviditet innebär att gäldenären inte har kontanta medel eller andra, lätt omsättningsbara tillgångar som är tillräckliga för att täcka förfallna skulder.<sup>143</sup> Skillnaden mellan illikviditet och insolvens är att insolvens innebär en mer långsiktig oförmåga att betala sina skulder allt eftersom de förfaller till betalning.<sup>144</sup> En gäldenär som är illikvid kan alltså samtidigt vara insolvent. Det fanns dock inga hinder i gamla lagen om företagsrekonstruktion för att en gäldenär som redan var insolvent kunde ansöka om och beviljas företagsrekonstruktion.<sup>145</sup>

Enligt 2 kap. 10 § 1 p. nya FRekL får företagsrekonstruktion beslutas endast om det kan antas att gäldenären är illikvid, inom kort kommer att bli illikvid eller om gäldenären i något annat avseende har ekonomiska svårigheter som innebär en risk för insolvens. Det framgår av förarbetena till nya lagen om företagsrekonstruktion att det omformulerade kravet på gäldenärens ekonomiska situation syftar till att förtydliga att rekonstruktionsförfarandet är tillgängligt vid risk för insolvens, även om gäldenären i det läget ännu inte är illikvid. Lagstiftaren ville genom regeln uppmuntra företag att ta tag i sina ekonomiska problem på ett tidigt stadium. Detta eftersom det är större risk att rekonstruktionen misslyckas om gäldenären ansöker om rekonstruktion i ett så pass sent

---

<sup>142</sup> Mellqvist & Welamson s. 66.

<sup>143</sup> Prop. 1995/96:5 s. 180.

<sup>144</sup> Mellqvist & Welamson s. 49.

<sup>145</sup> Se Persson & Karlsson-Tuula s. 66.

skede att denne redan är både illikvid och insolvent.<sup>146</sup> Att nationella insolvensregler ska bidra till att rekonstruktion inleds i ett tillräckligt tidigt skede är även ett av syftena med EU:s Rekonstruktions- och insolvensdirektiv.<sup>147</sup>

Även om syftet med 2 kap. 10 § 1 p. nya FRekL är att få krisande företag att ansöka om företagsrekonstruktion i ett tidigt skede ställer varken lagtextens ordalydelse eller uttalandena i förarbetena upp någon uttrycklig undre gräns för hur allvarliga ekonomiska problem en gäldenär får ha för att en ansökan om företagsrekonstruktion ska beviljas. Regeln borde därmed inte utgöra ett hinder för att en insolvent gäldenär ska beviljas företagsrekonstruktion. Detta innebär att det omformulerade kravet på gäldenärens ekonomiska situation inte motverkar risken för förfarandeshopping. Frågan är då om det andra kravet i prövningen, kravet på att rekonstruktionen kan förväntas bli framgångsrik, motverkar risken för förfarandeshopping.

Enligt 2 kap. 6 § 2 st. gamla FRekL fick beslut om företagsrekonstruktion inte meddelas om det saknades skälig anledning att anta att syftet med företagsrekonstruktionen kunde uppnås. Kravet utgjorde ett slags livskraftstest för verksamheten. Prövningen var av summarisk karaktär och innebar endast att domstolen skulle konstatera att gäldenären presenterat en preliminär plan för rekonstruktionen och att denna i vart fall inte saknade realism.<sup>148</sup> Gäldenären hade beviskravet för att det inte saknades skälig anledning att anta att en lyckad företagsrekonstruktion skulle kunna komma till stånd. Det var dock fråga om ett mycket lågt ställt beviskrav.<sup>149</sup> Det avgörande för att beslut om företagsrekonstruktion skulle meddelas var att verksamhetens möjlighet att rekonstrueras inte framstod som utesluten.<sup>150</sup>

Det låga beviskravet illustreras i RH 2011:53. I målet uttalade hovrätten att det fanns anledning att ifrågasätta om det förelåg förutsättningar för en framgångsrik rekonstruktion av de aktuella bolagen. Domstolen framhöll dock att prövningen skulle vara summarisk och att det fanns möjlighet att en senare, mer grundlig utredning skulle visa att det fanns förutsättningar för en lyckad rekonstruktion. Det saknades därför inte

---

<sup>146</sup> Prop. 2021/22:215 s. 119 f.

<sup>147</sup> Se skäl nr 2 i EU:s Rekonstruktions- och insolvensdirektiv.

<sup>148</sup> Prop. 1995/96:5 s. 73.

<sup>149</sup> Persson & Karlsson-Tuula s. 67.

<sup>150</sup> Prop. 1995/96:5 s. 180.

skäl原因 anledning att anta att syftet med företagsrekonstruktionen kunde uppnås.<sup>151</sup> På grund av det lågt ställda beviskravet i gamla lagen om företagsrekonstruktion kunde alltså företagsrekonstruktion inledas trots att det var tveksamt om det fanns fog för att en lyckad rekonstruktion skulle kunna åstadkommas.<sup>152</sup> Andelen misslyckade rekonstruktioner enligt gamla lagen om företagsrekonstruktion var hög.<sup>153</sup>

I nya lagen om företagsrekonstruktion har livskraftstestet skärpts. Enligt 2 kap. 10 § 2 p. nya FRekL får företagsrekonstruktion endast beslutas om det finns grundad anledning att anta att verksamhetens livskraft kan säkras genom rekonstruktionen. Bedömningen tar sikte på förutsättningarna för att få till stånd en lyckad företagsrekonstruktion och möjligheten för gäldenären att överleva efter rekonstruktionen.<sup>154</sup>

Det skärpta livskraftstestet är, till skillnad från livskraftstestet i den gamla lagen om företagsrekonstruktion, inte uppfyllt endast för att det inte framstår som uteslutet att företagsrekonstruktionen kommer leda till att verksamheten kan rekonstrueras. Det krävs istället konkreta omständigheter som talar för att rekonstruktionen har förutsättningar att lyckas. Om rekonstruktionen förutsätter en skulduppökelse är ett riktmärke att gäldenären ska ha förmåga att betala minst 25 procent av fordringarnas belopp. Om gäldenärens betalningsförmåga är mer begränsad än så ställs särskilda krav på gäldenären att förklara varför företagsrekonstruktionen trots detta har förutsättningar att lyckas.<sup>155</sup> I förarbetena framhålls att det skärpta livskraftstestet bör innebära att en större andel av ansökningar med låg sannolikhet för lyckad rekonstruktion faller bort redan i ansökningsstadiet.<sup>156</sup>

Även om regeln i 2 kap. 10 § 1 p. FRekL inte omöjliggör ett inledande av en företagsrekonstruktion när gäldenären redan är insolvent anser jag att det skärpta livskraftstestet i 2 kap. 10 § 2 p. nya FRekL innebär att det blivit svårare för en insolvent gäldenär att få till stånd ett rekonstruktionsförfarande. Jämför man det nya, skärpta livskraftstestet med det gamla livskraftstestet blir detta tydligt. Livskraftstestet i den

---

<sup>151</sup> RH 2011:53.

<sup>152</sup> Se Persson & Karlsson-Tuula s. 67.

<sup>153</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 672 (Lagrådet) samt Persson & Karlsson-Tuula s. 67.

<sup>154</sup> Prop. 2021/22:215 s. 356.

<sup>155</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 356.

<sup>156</sup> Prop. 2021/22:215 s. 126.

gamla lagen om företagsrekonstruktion är negativt formulerat. Regeln ställer endast upp ett villkor för att ett beslut om företagsrekonstruktion *inte* ska få meddelas. För att en gäldenär ska ha uppfyllt det beviskrav som regeln ställer upp måste gäldenären endast visa att det inte saknas skälig anledning att anta att syftet med företagsrekonstruktionen kan uppnås. Inte ens det faktum att rekonstruktionsplanen och andra omständigheter ger anledning att ifrågasätta förutsättningarna för en lyckad rekonstruktion är tillräckligt för att rekonstruktion inte ska få meddelas, vilket framgår av RH 2011:53. Det nya livskraftstestet anger istället förutsättningarna för att ett beslut om företagsrekonstruktion ska få meddelas. Det är med andra ord fråga om ett positivt formulerat krav. Istället för att gäldenären ska visa att det inte är uteslutet att rekonstruktionen kan lyckas måste gäldenären numera visa att det faktiskt finns anledning att anta att rekonstruktionen blir lyckad. Detta innebär onekligen ett skärpt beviskrav för en gäldenär som ansöker om företagsrekonstruktion.

Ju högre krav som ställs på gäldenären att bevisa att rekonstruktionen kommer bli framgångsrik, desto svårare blir det naturligtvis för gäldenären att uppfylla det. Till detta kommer att en gäldenärs insolvens i sig kan leda till att det inte kan antas att verksamhets livskraft kan säkras genom rekonstruktionen. Även om avtal omförhandlas, rutiner ändras och verksamheten omstruktureras kan gäldenärens verksamhet vara bortom räddning om gäldenärens ekonomiska problem blivit allt för allvarliga. Om gäldenären har mycket låg betalningsförmåga kan det också bli svårt att få till en skulduppställning som borgenärerna kan acceptera. Och en skulduppställning kan ofta vara en av de viktigaste åtgärderna i en rekonstruktionsplan.<sup>157</sup> Utsikterna för att verksamhetens överlevnad kan säkras genom en företagsrekonstruktion borde helt enkelt i många fall vara för dåliga om gäldenären redan är insolvent när denne ansöker om att inleda rekonstruktionen. Att gäldenärens ekonomiska ställning är mycket viktig för en framgångsrik rekonstruktion framgår också av att det ställs särskilda krav på en gäldenär med mycket låg betalningsförmåga att förklara varför rekonstruktionen har förutsättningar att lyckas.<sup>158</sup> Mot bakgrund av detta innebär alltså det nya, skärpta livskraftstestet att det blivit svårare att besluta om företagsrekonstruktion när gäldenären redan är insolvent.

---

<sup>157</sup> Jfr prop. 2021/22:215 s. 170 och s. 172 f.

<sup>158</sup> Jfr prop. 2021/22:215 s. 356.

Sammanfattningsvis kan jag alltså konstatera att det skärpta livskraftstestet i många fall borde leda till att en insolvent gäldenär, som uppfyller kravet i 1 kap. 2 § KL för att försättas i konkurs, inte kan få en ansökan om företagsrekonstruktion beviljad. På grund av detta kan det skärpta livskraftstestet komma att utgöra en nedre gräns för hur allvarliga ekonomiska problem en gäldenär får ha för att få inleda en företagsrekonstruktion. Detta innebär i sin tur att en gäldenär som kan försättas i konkurs i färre fall än tidigare har möjlighet att inleda en företagsrekonstruktion som ett alternativ till konkursen.

Trots att incitamenten för förfarandeshopping har ökat i och med införandet av en tvingande fullföljdsrätt och ett uttryckligt förbud mot *ipso facto*-klausuler i nya lagen om företagsrekonstruktion har alltså lagstiftaren, genom att skärpa livskraftstestet, lyckats motverka risken för sådan förfarandeshopping. På grund av detta anser jag att risken för förfarandeshopping inte kan utgöra ett systemargument för att det finns en tvingande inträdesrätt även i konkurser. Det saknas helt enkelt i de flesta fall en reell risk för att sådan förfarandeshopping ska kunna ske.

#### **4.5 En tvingande inträdesrätt och hävning strax innan konkurs**

En risk som är förknippad med en tvingande inträdesrätt för konkursboet är att en sådan rätt kan leda till att en motpart försöker häva avtalet i förtid för att undvika att konkursboet inträder i avtalet. Om det finns en *ipso facto*-klausul i konkursgäldenärens avtal borde motparten kunna använda klausulen för att, tillsammans med regeln i 62 § KöpL om anteciperat avtalsbrott, häva avtalet om konkursgäldenären börjar få allvarliga ekonomiska problem. Detta eftersom *ipso facto*-klausulen är obligationsrättsligt giltig. En sådan hävning skulle leda till att konkursboets tvingande inträdesrätt kringgås. Ett sätt att hindra motparten från att kringgå konkursboets tvingande inträdesrätt genom att motparten skyndar sig att häva om (den blivande) konkursgäldenären börjar få ekonomiska svårigheter skulle kunna vara att återvinna hävningen. Men frågan är om en sådan hävningsförklaring ens kan återvinnas. Frågan har inte avgjorts i praxis.<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> I NJA 2010 s. 617, där en överlåtare av patent hävt avtalet strax före förvärvarens konkurs med stöd i en obeståndsklausul, prövades ej frågan om återvinning på grund av konkursboets processföring, se NJA 2010 s. 617 p. 15.

Den återvinningsgrund som skulle vara aktuell att tillämpa på en hävning är generalklausulen i 4 kap. 5 § KL, som är tillämplig på alla slags rättshandlingar. För att en rättshandling ska kunna återvinnas enligt 4 kap. 5 § KL måste såklart en nackdel ha uppkommit, eftersom detta är en generell förutsättning för återvinning.<sup>160</sup> Utöver att nackdel ska ha uppkommit kräver 4 kap. 5 § KL att rättshandlingen på ett otillbörligt sätt gynnat viss borgenär framför andra eller att gäldenärens egendom undandragits borgenärerna eller att hans skulder ökat. Dessutom måste gäldenären vara insolvent eller genom rättshandlingen blivit insolvent. Rättshandlingen måste också ha företagits av en motpart som faktiskt kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig.

En nackdel anses ha uppkommit enligt 4 kap. 5 § KL redan vid indirekt skada.<sup>161</sup> I NJA 1983 s. 737 hade konkursgäldenären ställt två företagsinteckningar som säkerhet för en fordring som staten hade mot gäldenären. Detta ledde till att vissa andra borgenärer fick ökade förlustrisker, vilket innebar att staten gynnats på andra borgenärens bekostnad.<sup>162</sup> Av målet framgår att nackdelsrekvisitet är uppfyllt om rättshandlingen lett till ökad risk för minskad utdelning till konkursborgenärerna.<sup>163</sup> Detta innebär i sin tur att nackdelsrekvisitet borde vara uppfyllt vid motpartens hävning av ett avtal innan konkursutbrottet. Detta eftersom hävningen leder till att konkursförvaltaren inte kan berika konkursboet vilket innebär att konkursborgenärerna får mindre utdelning i konkursen.

Att motpartens hävning är rättshandling som företagits när (den blivande) konkursgäldenären är insolvent borde inte vara svårt att konstatera. Inte heller borde motpartens onda tro om gäldenärens insolvens vara problematiskt att slå fast. Kravet på att den återvinningsbara rättshandlingen ska ha lett till att en borgenär gynnats framför andra, att gäldenärens egendom ska ha undandragits borgenärerna eller att gäldenärens skulder har ska ha ökats kan dock leda till att 4 kap. 5 § KL inte kan tillämpas på

---

<sup>160</sup> Renman s. 75.

<sup>161</sup> Se SOU 1970:75 s. 132 och NJA II 1976:3 s. 181 som förvisso handlar om 30 § konkurslagen (1921:225). Regeln i 30 § gamla konkurslagen motsvarar dock i stort sett dagens 4 kap. 5 § KL. Se även Renman s. 155.

<sup>162</sup> NJA 1983 s. 737 (s. 741).

<sup>163</sup> Jfr Möller, Om återvinning av hävning, s. 423 och Håstad, Sakrätt, s. 123.

motpartens hävning. Som konstaterats ovan i avsnitt 4.2 och 4.3 leder motpartens hävning endast till att konkursförvaltaren inte kan berika boet, inte att tillgångar faktiskt försvinner ur boet. Möller anser dock att uppräkningsen i 4 kap. 5 § KL kan betraktas som en icke uttömmande lista över exempel på rättshandlingar som typiskt sett orsakar nackdel för borgenärerna. Alternativt menar Möller att man kan tillämpa undandraganderekvisitet i 4 kap. 5 § KL analogt på hävningen, eftersom hävningen uppenbart uppfyller nackdelsrekvisitet.<sup>164</sup>

Det rekvisit som dock verkligen orsakar problem om man vill tillämpa 4 kap 5 § KL på motpartens hävning innan konkursutbrottet är otillbörlighetsrekvisitet. Rekvisitet har en teknisk, konkursrättslig innebörd och har inget att göra med allmän moralisk klandervärdhet.<sup>165</sup> Bedömningen om en rättshandling är otillbörlig ska göras i ljuset av återvinningsreglernas syfte, vilket är att motverka illojala dispositioner.<sup>166</sup> Lennander beskriver en otillbörlig transaktion på följande sätt: ”[...] en otillbörlig transaktion är en transaktion, där dels de övriga rekvisiten i 4:5 är uppfyllda, dels något av rekvisiten är påfallande starkt uppfyllt (betalning har t.ex. skett med ett betydande belopp), dels inga särskilda omständigheter i fallet talar *emot* att transaktionen bedöms som otillbörlig och där en helhetsbedömning av samtliga omständigheter visar transaktionens extraordinära karaktär.”<sup>167</sup>

Både Håstad och Andrews och Brodén anser att återvinning av motpartens hävning innan konkursutbrottet inte är möjlig för att otillbörlighetsrekvisitet inte är uppfyllt. Hävning på grund av anteciperat avtalsbrott är helt enkelt accepterat av rättsordningen. I 62 § KöpL finns till och med en dispositiv regel som möjliggör hävning på grund av anteciperat avtalsbrott. Att utnyttja den dispositiva regeln borde knappast vara otillbörligt.<sup>168</sup> Möller är dock av åsikten att en hävning med stöd av en obeståndsklausul kan vara otillbörlig. Detta eftersom bevarandet av avtalet inte går ut över något beaktansvärt partsintresse som bör trumfa borgenärsintresset.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> Se Möller, Om återvinning av hävning, s. 425 f.

<sup>165</sup> Lennander, Återvinning i konkurs, s. 162 och Renman s. 178 f.

<sup>166</sup> Lennander, Återvinning i konkurs, s. 163 och Renman s. 179.

<sup>167</sup> Lennander, Återvinning i konkurs, s. 165.

<sup>168</sup> Jfr Håstad, Sakrätt, s. 404 och Andrews & Brodén s. 915.

<sup>169</sup> Jfr Möller, Om återvinning av hävning, s. 429.



Det är förvisso sant att motpartens hävning endast har som syfte att hindra konkursboet från att inträda, vilket kan framstå som illojalt. Motparten kan dock många gånger ha ett berättigat intresse av att konkursboet inte inträder, eftersom inträdet medför samma verkningar som ett gäldenärsbyte.<sup>170</sup> Det är därför enligt min mening inte givet att bevarandet av avtalet inte går ut över något beaktansvärt partsintresse.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det framstår som osäkert om en hävning, som konkursgäldenärens motpart företagit innan konkursutbrottet för att undvika att konkursboet inträder, går att återvinna. Detta på grund av två faktorer. Den första är att hävningen inte gynnar en särskild borgenär, undandrar egendom eller ökar gäldenärens skulder. Den andra är att det inte är säkert att hävningen är att betrakta som otillbörlig.

Om konkursboet har en tvingande inträdesrätt men samtidigt inte möjlighet att återvinna hävningar som syftar till att undgå denna inträdesrätt råder det inkongruens mellan återvinningsreglerna och inträdesrätten. Frågan är om denna inkongruens gör det osannolikt att konkursboet över huvud taget har en icke lagstadgad tvingande inträdesrätt.<sup>171</sup> Enligt min mening är det viktigt att inte blanda samman inträdesrätten med återvinningsmöjligheten. I grund och botten är frågan om ett konkursbo har en tvingande inträdesrätt och frågan om det går att återvinna en hävning som är gjord innan konkursutbrottet två separata frågor. Detta kan illustreras genom en jämförelse med utländsk rätt. I både dansk, finsk och norsk rätt finns det en tvingande inträdesrätt för konkursboet.<sup>172</sup> Detta trots avsaknad av återvinningsmöjlighet av hävning som skett innan konkursbeslutet.<sup>173</sup>

Möjligheten för konkursgäldenärens motpart att kringgå konkursboets tvingande inträdesrätt genom att häva avtalet innan konkursbeslutet är självklart önskad. Den eventuella avsaknaden av återvinningsmöjlighet för konkursboet är en lucka i rätten som bör täppas igen. Att konkursgäldenärens motpart kan häva avtalet innan konkursen för att undvika att konkursboet inträder borde dock inte i sig utgöra något hinder för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt.

---

<sup>170</sup> Se diskussionen i avsnitt 4.6.3 nedan.

<sup>171</sup> Andrews och Brodén verkar anse att så är fallet, se Andrews och Brodén s. 932.

<sup>172</sup> Se 55 § konkursloven (danska konkurslagen), 3 kap. 8 § konkurslagen 120/2004 (finska konkurslagen) och 7 kap. 3 § dekningsloven (norska lagen om fordringshavares täckningsrätt).

<sup>173</sup> Se Håstad, Sakrätt, s. 404 och Möller, Om återvinning av hävning, s. 417.

## 4.6 Motpartens intresse av att häva

### 4.6.1 Inledande anmärkningar

Av intresse för om konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal är vilka invändningar motparten kan ha mot att konkursboet inträder och hur skyddsvärda dessa intressen är. En tvingande inträdesrätt kan som bekant leda till större utdelning för konkursborgenärerna.<sup>174</sup> Detta utgör i sig ett ändamålsskäl som talar för konkursboets tvingande inträdesrätt. Om konkursgäldenärens motpart däremot har berättigade invändningar mot att konkursboet inträder kan dessa utgöra ändamålsargument som talar mot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Är ändamålsskäl mot en tvingande inträdesrätt för konkursboet tillräckligt starka borde följaktligen konkursboet inte ha en tvingande inträdesrätt, trots att det finns systemargument och ändamålsargument som talar för detta.

Det finns i huvudsak tre invändningar en motpart kan ha mot att ett konkursbo inträder i konkursgäldenärens avtal. För det första innebär en tvingande inträdesrätt att motparten inte kan använda konkursen som skäl för att komma ifrån avtalet.<sup>175</sup> För det andra uppstår en partsbytesproblematik när konkursboet inträder i konkursgäldenärens avtal.<sup>176</sup> För det tredje inskränks motpartens avtalsfrihet om konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Dessa invändningar ska undersökas i tur och ordning i det följande.

### 4.6.2 Inträde innebär att motparten inte kan komma från avtalsförhållandet

Det förekommer att en motpart vill komma ur avtalet med konkursgäldenären. Orsaken till detta kan vara att motparten insett i efterhand att avtalet var oförmånligt för hans del. Det är också möjligt att avtalsvillkoren var förmånliga för motparten vid avtalsslutet, men att de på grund av förändringar på marknaden blivit mindre förmånliga. Exempelvis är det tänkbart att motparten i avtalet med konkursgäldenären förpliktat sig att leverera en priskänslig vara till ett visst pris och att priset på denna vara sedan skjutit i höjden strax innan konkursutbrottet. Konkursgäldenärens motpart kan då få ett högre pris för samma

---

<sup>174</sup> Detta har också illustrerats ovan i avsnitt 2.2.

<sup>175</sup> Se SOU 1994:120 s. 186 och SOU 2001:80 s. 211.

<sup>176</sup> Möller, Konkurs och kontrakt s. 59.

vara om avtalet med konkursgäldenären hävs och motparten träffar ett nytt köpeavtal med någon annan.<sup>177</sup>

Ett annat skäl till att motparten vill komma från avtalet kan vara att denne vill ha en chans att omförhandla avtalsvillkoren. Vanligtvis finns stora möjligheter för konkursgäldenärens motpart att träffa ett nytt avtal med konkursboet efter det att det ursprungliga avtalet med konkursgäldenären hävts. Motparten har då möjlighet att omförhandla villkoren så att de är mer förmånliga för honom.<sup>178</sup> Detta ska för tydlighetens skull illustreras med ett exempel. Om konkursgäldenären tillverkar och säljer mobiltelefoner kommer denne att ha ett flertal leverantörer som levererar olika nödvändiga komponenter för att tillverka telefonerna. Om en av leverantörerna tillåts häva avtalet med grund i en *ipso facto*-klausul kan denne flerdubbla priset för komponenten i avtalet med konkursboet. Konkursförvaltaren, som vill driva verksamheten vidare och arbetar under tidspress, har då kanske inget annat val än att acceptera det nya priset för komponenten. Marginalerna vid konkursboets försäljning av telefonerna kommer minska på grund av att komponenten nu är dyrare. Detta leder till att vidaredriften av verksamheten inte utökar tillgångarna i konkursboet lika mycket som det kunde ha gjort om det ursprungliga avtalet inte hävts. Motpartens gynnande av sig själv, genom att använda *ipso facto*-klausulen för att häva och sedan omförhandla avtalsvillkoren, har alltså skett på konkursborgenärernas bekostnad.

Att konkursboet inte ska ha en tvingande inträdesrätt för att motparten ska kunna häva avtalet är knappast ett starkt ändamålsargument mot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt. I de fall där motparten vill komma från avtalet för att villkoren är eller, på grund av prisändringar, har blivit oförmånliga är det enligt min mening viktigt att påtala att motparten redan accepterat de ursprungliga avtalsvillkoren när denne slöt avtalet med den blivande konkursgäldenären. Motparten är i denna situation inte speciellt skyddsvärd. Rätten måste tillåta att parter träffar och upprätthåller oförmånliga avtal.

För det fall att motparten vill häva avtalet för att omförhandla avtalsvillkoren framstår motparten enligt min mening inte heller som särskilt skyddsvärd. Varför ska motpartens intresse av att gynna sig själv ytterligare trumfa borgenärernas intresse att få så hög

---

<sup>177</sup> Se Håstad, Sakrätt, s. 400.

<sup>178</sup> Se SOU 2001:80 s. 211.

utdelning som möjligt i konkursen? Personligen har jag svårt att se varför konkursborgenärerna ska missgynnas för att motparten ska få chans förhandla fram bättre avtalsvillkor. Motparten har redan haft en chans att förhandla om villkoren när denne slöt avtalet med konkursgäldenären. Därför bör motparten inte tillåtas att använda konkursen för att maximera sin egen vinst på konkursborgenärernas bekostnad. Konkursborgenärernas intresse framstår onekligen som mer skyddsvärt i den här situationen.

#### *4.6.3 Inträde leder till att konkursboet blir avtalspart*

En tvingande inträdesrätt för konkursboet aktualiserar samma överväganden som vid gäldenärsbyten. Detta eftersom konkursgäldenären förlorar rådigheten över sina tillgångar till konkursboet vid konkursutbrottet. Konkursboet förvaltas sedan i sin tur av konkursförvaltaren. Detta framgår av 3 kap 1 och 3 §§ KL samt 1 kap. 3 § KL. Oavsett om en konkurs ger upphov till ett faktiskt partsbyte eller ej uppstår samma problematik som vid ett gäldenärsbyte när konkursboet inträder i konkursgäldenärens avtal.<sup>179</sup> Det är nämligen *de facto* ett annat subjekt än konkursgäldenären själv som fullgör förpliktelseerna enligt avtalet efter att konkursboet inträtt.

En gäldenärsbyteslikande situation uppkommer däremot inte vid gäldenärens tvingande fullföljdsrätt inom ramen för en företagsrekonstruktion. Vid en företagsrekonstruktion förlorar gäldenären inte rådigheten över sina tillgångar, vilket framgår av 2 kap. 20 § nya FReKL. Det är fortfarande rekonstruktionsgäldenären som är avtalspart i det avtal som motparten måste fullfölja. Vid frågan om det finns en tvingande inträdesrätt i konkurs kan därför motparten ha särskilda invändningar relaterade till gäldenärsbyten, som inte gör sig gällande vid en tvingande fullföljdsrätt i företagsrekonstruktion.

Andrews och Brodén presenterar ett exempel på en invändning motparten kan ha om konkursboet inträder i konkursgäldenärens penninglåneavtal. I penninglåneavtal kan konkursgäldenärens motpart se det som en nackdel att konkursboet inträder som kredittagare. Detta då motparten inte haft chans att göra en riskbedömning på konkursboet

---

<sup>179</sup> Jfr Möller, Konkurs och kontrakt s. 59.

i form av en kreditprövning och kundkännedomskontroll.<sup>180</sup> Naturligtvis är det till nackdel för kreditgivare att inte kunna välja sina kredittagare. Föremålet för den här framställningen är dock inte konkursboets inträdesrätt i penninglåneavtal eller ens inträdesrätt i allmänhet, utan inträdesrätten i just köpeavtal. Visserligen är det konkursboets förmåga att prestera enligt avtalet som i de flesta fall avgör om gäldenärsbytet vid inträde orsakar nackdel för konkursgäldenärens motpart.<sup>181</sup> Men olika ändamålsskäl gör sig gällande vid inträde i olika avtalstyper. Vid inträde i köpeavtal finns det till exempel inget behov av kreditprövning av konkursboet.

Det anges i förarbetena till köplagen att om konkursgäldenären är köparen i avtalsförhållandet borde motparten i de flesta fall inte drabbas av någon olägenhet genom att behöva mottaga prestationen från konkursboet istället för konkursgäldenären.<sup>182</sup> Om konkursgäldenären var köparen i avtalsförhållandet består konkursboets prestation enligt avtalet endast av att erlægga betalning för varan. Det borde inte spela någon roll för motparten vem som erlägger betalning för varan denne levererar. Det enda som spelar roll är att avtalets penninggäldenär har förmåga att betala. I anslutning till detta är det relevant att påtala att de massafordringar som riktas mot konkursboet i regel betalas.<sup>183</sup> Konkursboet borde dessutom i normala fall vara mer kapitalstark än (den blivande) konkursgäldenären, eftersom konkursboet enligt 3 kap. 3 § KL övertar konkursgäldenärens tillgångar men inte dennes skulder. Av 11 kap. 1 § KL framgår dessutom att konkursboets skulder, massaskulderna, ska ersättas innan utdelning till konkursborgenärerna blir aktuellt.

Även om det finns goda utsikter för motparten att få betalt från ett konkursbo som inträtt i motpartens avtal med konkursgäldenären är det såklart inte helt riskfritt för motparten att ha en fordring mot konkursboet. Även ett konkursbo kan nämligen hamna på obestånd och försättas i konkurs, vilket framgår av 1 kap. 4 § KL. Detta bör dock beaktas mot bakgrund av att det alltid är förenat med en viss risk att ha en fordran mot någon. Även en ”vanlig” avtalspart kan hamna i ekonomiska svårigheter och försättas i

---

<sup>180</sup> Andrews & Brodén s. 936.

<sup>181</sup> Undantaget är när motparten motsätter sig konkursboets inträde på grund av den relation denne haft med konkursgäldenären. Detta kommer att behandlas längre fram i detta avsnitt.

<sup>182</sup> Jfr prop. 1988/89:76 s. 182 f.

<sup>183</sup> Se Schytzer & Wadell s. 729, som anger att fordringar mot konkursboet vanligen ersätts.

konkurs, vilket leder till att motparten blir en oprioriterad konkursborgenär. På grund av detta konstaterar jag att när konkursboet inträder som penninggäldenär i ett köpeavtal borde motparten knappast ha några berättigade skäl att invända mot inträdet.

Om konkursgäldenären var naturagäldenär istället för penninggäldenär i avtalsförhållandet med motparten blir situationen dock mer komplicerad. I förarbetena till KöpL anges att konkursboet många gånger borde kunna fullgöra konkursgäldenärens naturaförpliktelser enligt avtalet utan nackdel för motparten.<sup>184</sup> Motparten kan dock med rätta vara negativt inställd till konkursboets inträde om konkursgäldenärens personliga kunskaper eller speciella yrkesskicklighet är av betydelse för naturaprestationen.<sup>185</sup> Ett extremt exempel är om konkursgäldenären är en konstnär och motparten beställt en tavla av gäldenären. Motparten ska då knappast behöva nöja sig med att konkursförvaltaren inträder i köpeavtalet och målar tavlan åt motparten.<sup>186</sup>

Köplagen innehåller dock en skyddsmekanism för motparten om konkursboet skulle vilja inträda i ett avtalsförhållande där konkursgäldenärens person har betydelse för prestationen. I förarbetena till 63 § KöpL uttalas att om det står klart att konkursboet inte kan leverera en avtalsenlig vara har motparten en möjlighet att häva avtalet med stöd av regeln i 62 § KöpL om anticeperat avtalsbrott.<sup>187</sup> Uttalandet i förarbetena är naturligtvis gjort i relation till konkursboets icke-tvingande inträdesrätt enligt 63 § KöpL. Frågan är dock om en motpart skulle kunna ha möjlighet att göra gällande anteciperat avtalsbrott även när konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Jag anser att så är fallet. En tvingande inträdesrätt ger konkursboet just det – en rätt att inträda. Den ger inte konkursboet en rätt att helt villkorslöst leverera en vara. Även om konkursboet har en tvingande inträdesrätt kommer konkursboet alltså inträda i konkursgäldenärens position och därmed ansvara för sin prestation i enlighet med köplagens regler. Detta innebär att motparten kan häva avtalet med stöd av 62 § KöpL trots att konkursboet utnyttjat sin tvingande inträdesrätt.

---

<sup>184</sup> Prop. 1988/89:76 s. 182 f.

<sup>185</sup> Se prop. 1988/89:76 s. 183.

<sup>186</sup> Se SOU 2001:80 s. 208, Schytzer & Wadell s. 729 f., Håstad, Köprätt s. 185 och Möller, Konkurs och kontrakt, s. 183.

<sup>187</sup> Prop. 1988/89:76 s. 183.

Det är dock viktigt att framhålla att 62 § KöpL kräver att det *står klart* att det kommer att inträffa ett avtalsbrott för att hävning av avtalet innan prestationen erlagts ska få ske.<sup>188</sup> Det borde kunna förekomma gränsfall där det framstår som tveksamt om konkursboet har förmåga att fullgöra naturaprestationen på ett acceptabelt sätt, men det inte står klart att ett sådant avtalsbrott kommer att inträffa. En tvingande inträdesrätt skulle i dessa fall kunna innebära att motparten blir tvungen att låta konkursboet prestera enligt avtalet för att sedan häva köpet enligt köplagens regler om hävning på grund av fel.

Det vore självklart till nackdel för motparten att behöva vänta på att en vara som sannolikt inte kommer att uppfylla de avtalade kraven levereras innan han denne komma från avtalet och leta efter en ny leverantör. Detta skulle dock kunna motverkas av att konkursboets tvingande inträdesrätt inte är helt förbehållslös. I andra nordiska länder begränsas konkursboets tvingande inträdesrätt i fall där inträde inte är lämpligt på grund av avtalets karaktär.<sup>189</sup> En sådan begränsning av konkursboets tvingande inträdesrätt föreslogs även av Förmånsrättskommittén.<sup>190</sup> Det framstår enligt min mening som rimligt att även i svensk rätt inskränka konkursboets tvingande inträdesrätt på liknande sätt. Då skulle nämligen motparten skyddas från att konkursboet inträder i avtal där inträde inte är lämpligt. Enligt min mening borde därför konkursboets tvingande inträdesrätt, om det kan konstateras att den finns, inte vara så omfattande att den kan utnyttjas i avtal där ett inträde vore olämpligt med hänsyn till avtalets karaktär.

Ytterligare en aspekt att beakta i anslutning till frågan hur det partsbyte som uppkommer vid konkursboets inträde i konkursgäldenärens avtal kan vara till nackdel för motparten är frågan om garantier. Om konkursboet träder in som säljare i konkursgäldenärens ställe finns det risk att motparten inte har någon att göra gällande en garanti mot efter att konkursförfarandet är avslutat. Som bekant ska konkursförvaltaren enligt 7 kap. 8 § KL vidta åtgärder som främjar en snabb avveckling av boet och efter att konkursboet avvecklats existerar det inte längre. Det finns då inget subjekt motparten kan göra sin garanti gällande mot.

---

<sup>188</sup> Min kursivering.

<sup>189</sup> Se 3 kap. 8 § konkurslagen 120/2004 (finska konkurslagen) och 7 kap. 3 § dekningsloven (norska lagen om fordringshavares täckningsrätt).

<sup>190</sup> Se SOU 2001:80 s. 219 f.

Det förekommer dock även i vanliga köpeavtal utom konkurs att en köpare förlorar möjligheten att göra gällande en garanti för att säljarbolaget på ett eller annat sätt upphör att existera. I 25 kap. 50 § aktiebolagslagen anges exempelvis att om ett bolag är försatt i konkurs och konkursen avslutas utan överskott så är bolaget upplöst när konkursen avslutas. Även när part A köper en vara av bolag B med garanti på 25 år finns det alltså en risk att bolag B likvideras eller försätts i konkurs och upplöses innan dessa 25 år har gått. Part A har då inte möjlighet att göra sin garanti gällande under hela garantitiden. Skillnaden mellan ett bolag och ett konkursbo är dock att ett konkursbo alltid förr eller senare kommer att avvecklas, även om det i vissa fall tar flera år från konkursutbrott till avveckling. Detsamma kan knappast sägas om ett bolag. En tvingande inträdesrätt för ett konkursbo kan alltså innebära att konkursgäldenärens motpart tvingas acceptera att en lång garantitid kanske inte kan utnyttjas. Detta är naturligtvis en nackdel för motparten och utgör ett legitimt skäl för motparten att motsätta sig konkursboets inträde.

Slutligen bör betydelsen av affärsrelationen mellan konkursgäldenären och dennes motpart beröras. Schytzer och Wadell har påtalat att konkursboets möjlighet att fullgöra konkursgäldenärens prestation enligt avtalet på ett fullgott sätt inte är den enda relevanta faktorn vid konkursboets inträde. Även konkursgäldenärens affärsrelation till motparten kan vara betydelsefull. Trots att konkursboet tar över konkursgäldenärens tillgångar kan boet inte ta över konkursgäldenärens relationer till de affärspartners som samarbetar med konkursgäldenären. Detta eftersom en relation inte är en tillgång som kontrolleras av enbart konkursgäldenären.<sup>191</sup> Schytzer och Wadell framhåller därför att man vid frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt bör beakta de relationer som kommersiella aktörer ofta utvecklar med sina samarbetspartners. Dessa relationer kan nämligen leda till att parterna anpassar sig till varandra och att parterna kan se vissa individers kompetens och sociala relationer som avgörande för affärsförhållandet.<sup>192</sup>

Konkursgäldenärens relation till motparten kan enligt min mening utgöra ett berättigat skäl för motparten att inte vilja fortsätta avtalsförhållandet med konkursboet som motpart istället för konkursgäldenären. Det bör dock nämnas att starka affärsrelationer ofta

---

<sup>191</sup> Schytzer & Wadell s. 735.

<sup>192</sup> Jfr Schytzer & Wadell s. 737.



utvecklas när parterna har träffat löpande avtal. Köpeavtal är i de flesta fall momentana avtal som i grunden endast handlar om ett utväxlande av varor mot köpeskilling. Avtalsparternas förhållande vid köpeavtal borde därför i regel därför skilja sig från parternas förhållande vid löpande avtal. Det borde exempelvis inte vara ovanligt att samarbetsgraden mellan beställaren och leverantören i ett skraddarsytt tjänsteavtal som löper över lång tid är hög. Det är däremot inte självklart att så är fallet i ett köpeavtal.

Det förekommer givetvis köpeavtal där graden av samarbete mellan köpare och säljare är hög. Ett exempel är om motparten löpande levererar specialtillverkade varor till konkursgäldenären och motparten behöver anpassa sin verksamhet för att kunna tillverka dessa varor. Men om konkursgäldenären exempelvis är grossist och motparten är tillverkare är det inte troligt att motpartens relation till gäldenären bör tillmätas någon större betydelse. I den situationen är det nämligen inte sannolikt att motparten har behövt företa betydande anpassningar i sin verksamhet för att kunna fullgöra köpeavtalet. Detsamma gäller om konkursgäldenären är detaljist och motparten är grossist. Avseende frågan om konkursboets tvingande inträdesrätt i köpeavtal borde alltså det faktum att motpartens relation till konkursboet inte är densamma som till konkursgäldenären i många fall inte tala mot att konkursboet ska få inträda.

#### *4.6.4 Inträde leder till inskränkt avtalsfrihet*

Konkursgäldenärens motpart har självklart intresse av att avtalsvis kunna reglera sin egen ställning gentemot sina affärspartners. Avtalsfriheten är en grundpelare i den svenska avtalsrätten.<sup>193</sup> Avtalsfriheten baseras på idén att en person fritt ska kunna välja om den vill förplikta sig i förhållande till någon annan.<sup>194</sup> En tvingande inträdesrätt för konkursboet i konkursgäldenärens avtal skulle innebära en inskränkning av avtalsfriheten. Om konkursboet har en tvingande inträdesrätt kan nämligen avtalsparterna inte fritt reglera vad som händer med deras avtalsförhållande om ena parten försätts i konkurs.<sup>195</sup> Inte heller kan konkursgäldenärens motpart välja om denne vill förplikta sig i förhållande till konkursboet om det finns en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens avtal.

---

<sup>193</sup> Adlercreutz & Mulder s. 18 samt Ramberg & Ramberg s. 33 f.

<sup>194</sup> Se Ramberg & Ramberg s. 34.

<sup>195</sup> Karlsson-Tuula s. 64.

Vid frågan om konkursgäldenärens och motpartens avtalsfrihet är så pass skyddsvärd att *ipso facto*-klausuler ska tillerkännas verkan i konkurs måste man enligt Lindskog titta på de ekonomiska övervägandena som ligger bakom avtalsfriheten.<sup>196</sup> Lindskog menar att avtalsfriheten är en grundpelare i marknadsekonomin och leder till ett totalt sett optimalt ekonomiskt resultat. Grunden är den dynamik som skapas ur individens drivkraft, men om någon av de avtalsslutande parterna saknar egenintresse i det parten avtalar om felar det i den positiva ekonomiska dynamiken. En avtalspart har ofta inte något eget intresse i hur tillgångsfördelningen mellan dennes borgenärer blir i en eventuell framtida konkurs. I sådana frågor bör enligt Lindskog avtalspartens avtalsfrihet begränsas till förmån för tvingande regler, eftersom grunden för avtalsfriheten i form av egenintresset brister.<sup>197</sup>

Personligen instämmer jag i Lindskogs argumentation. Egenintresse motiverar avtalsfrihet eftersom egenintresse resulterar i ett för båda parterna rimligt avtal. En avtalspart är rationell. Det är tänkbart att en avtalspart kan acceptera ett ofördelaktigt avtalsvillkor om det finns andra, mer gynnsamma avtalsvillkor som väger upp detta. Är ett avtalsvillkor alldeles för oförmånligt kommer dock avtalsparten inte gå med på att villkoret inkluderas i avtalet. På så sätt reglerar parternas egenintresse och avtalsfrihet kommersiella avtal. Konkursgäldenärens egenintresse i relation till en *ipso facto*-klausul kan dock ifrågasättas. Som redan konstaterats i avsnitt 4.2 och 4.3 ovan får en *ipso facto*-klausulen enbart verkningskraft när konkursgäldenären är försatt i konkurs och inte själv kan råda över sina tillgångar. Om konkursgäldenären dessutom är ett aktiebolag kommer konkursförfarandet sluta med att konkursbolaget upplöses eller likvideras, vilket framgår av 25 kap. 50 § aktiebolagslagen. Det är också, precis som Lindskog framför, inte heller troligt att konkursgäldenären har något större intresse i hur stor utdelning dennes framtida konkursborgenärer kommer att få.

Det egenintresse som motiverar konkursgäldenärens avtalsfrihet och som verkar som motvikt till motpartens egenintresse saknas alltså vid en *ipso facto*-klausul. Klausulen medför fördelar för den ena avtalsparten men inga nackdelar för den andra avtalsparten.

---

<sup>196</sup> Se Lindskog, Betalning, s. 684 not 2524 och Lindskog, Bolagslagen, kommentaren till 2 kap. 27 §, avsnitt 4.1.2.

<sup>197</sup> Lindskog, Bolagslagen, kommentaren till 2 kap. 27 §, avsnitt 4.1.2 not 2127.

För konkursgäldenären gör alltså inkluderingen av *ipso facto*-klausulen i avtalet varken till eller från, till skillnad från de övriga, ”vanliga” klausulerna i avtalet. Även om motparten självklart har intresse av att *ipso facto*-klausulen ingår i parternas avtal möter motpartens egenintresse avseende klausulen inte något motstånd i konkursgäldenärens egenintresse. Parternas avtalsfrihet i relation till en *ipso facto*-klausul framstår därför som mindre skyddsvärd än normalt. Detta förhållande försvagar enligt min mening ändamålsargumentet att parternas avtalsfrihet måste respekteras och att *ipso facto*-klausuler på grund av detta ska tillerkännas verkan i konkurs.

#### **4.7 Motpartens användning av en *ipso facto*-klausul som ett verktyg för att tvinga till sig betalning**

Håstad varnar för att konkursgäldenärens motpart kan använda en *ipso facto*-klausul för att under hot om hävning av avtalet framtinga betalning för redan gjorda prestationer där motparten inte har sakrättsligt skydd för vederlaget.<sup>198</sup> Det framstår enligt min mening som osannolikt att konkursgäldenärens motpart med framgång skulle kunna använda sin *ipso facto*-klausul som påtryckningsmedel för att direkt tilltvinga sig betalning för en oprioriterad fordring i konkursen. Att konkursförvaltaren främjar en enskild borgenär genom att betala en oprioriterad konkursfordring strider nämligen mot 7 kap. 8 § KL. Dessutom framgår det av 17 kap. 1 § KL att konkursförvaltaren riskerar skadeståndsansvar om denne orsakar skada för konkursboet, en konkursborgenär eller en konkursgäldenär. En konkursförvaltare kan därför inte prioritera en borgenärs anspråk i konkursen för att få inträda i ett avtal där borgenären är avtalspart utan att drabbas av rättsliga sanktioner.

Ett mer tänkbart scenario, och antagligen det Håstad tar sikte på i sitt uttalande, är att konkursgäldenärens motpart använder *ipso facto*-klausulen för att häva avtalet med konkursgäldenären för att sedan träffa ett nytt avtal till ett betydligt högre pris med konkursboet. Detta höga pris täcker både marknadsvärdet för varan som motparten säljer och åtminstone en del av en annan, oprioriterad fordran som motparten har mot konkursgäldenären. På så vis tillskansar sig konkursgäldenärens motpart delvis eller full

---

<sup>198</sup> Håstad, Sakrätt, s. 401.

betalning för sin oprioriterade fordring mot konkursgäldenären, trots att denne saknar förmånsrätt i konkursen.

Att motparten häver det ursprungliga avtalet för att förhandla upp priset på den vara motparten ska leverera till konkursboet är inte ett direkt tilltvingande av betalning för en annan, oprioriterad fordring i konkursen. Det är dock ett förfarande som får samma effekt som om motparten skulle tilltvingat sig betalning för sin konkursfordran. Konkursgäldenären får ju betalt för sin konkursfordring genom att kräva högre betalning enligt avtalet. Detta sker naturligtvis på de övriga konkursborgenärernas bekostnad. Risken för att motparten ska använda en *ipso facto*-klausul för att få betalt för en konkursfordring utgör därför ett ändamålsskäl för tvingande inträdesrätt. Motparten kan dock inte alltid använda en *ipso facto*-klausul för att tvinga till sig betalning. Det krävs att motparten både har en penningfordring mot konkursgäldenären och ett ömsesidigt ofullgjort köpeavtal med konkursgäldenären vid konkursutbrottet. En sådan situation föreligger knappast i alla fall. Detta försvagar enligt min mening argumentet.

#### **4.8 Behovet av en tvingande inträdesrätt om *ipso facto*-klausuler kan jämkas bort**

Ett argument mot att konkursboet ska ha en tvingande inträdesrätt är att i de fall en *ipso facto*-klausul är oskäligen kan den jämkas bort med stöd av 36 § AvtL.<sup>199</sup> Möjligheten till jämkning av en *ipso facto*-klausul borde enligt Ramberg och Herre kunna användas när motpartens skäl att häva avtalet endast grundas på att denne vill komma från ett avtal som är oförmånligt för motparten, men i motsvarande grad är förmånligt för konkursboet.<sup>200</sup> Håstad är dock tveksam till om det är möjligt att jämka en *ipso facto*-klausul.<sup>201</sup> Detta eftersom det i förarbetena till 36 § AvtL uttalas att förhållanden till tredje man inte ska inverka på tillämpningen av generalklausulen.<sup>202</sup>

I anslutning till tredjemansavtalsargumentet ovan har det konstaterats att även om det råder oklarhet om konkursboet faktiskt är ett separat rättssubjekt i förhållande till

---

<sup>199</sup> Hellner, Hager & Persson s. 92.

<sup>200</sup> Ramberg & Herre s. 547.

<sup>201</sup> Håstad, Köprätt, s. 187 och Håstad, Sakrätt, s. 404 not 13.

<sup>202</sup> SOU 1974:83 s. 161.

konkursgäldenären, så är det inte uteslutet att konkursboet kan betraktas som tredje man när det är fråga om *ipso facto*-klausulens giltighet. På grund av detta anser jag, i likhet med Håstad, att det borde vara tveksamt om en domstol kan jämka en *ipso facto*-klausul med stöd av 36 § AvtL.

Om 36 § AvtL, trots uttalandet om tredje man i förarbetena, kan användas för att jämka bort en *ipso facto*-klausul uppkommer frågan om en tvingande inträdesrätt för konkursboet är obehövlig. Om motparten kan hindras från att gynna sig själv på konkursborgenärernas bekostnad genom jämkning av en *ipso facto*-klausul enligt 36 § AvtL kan nämligen en tvingande inträdesrätt för konkursboet framstå som mindre angelägen. Personligen ställer jag mig dock tveksam till detta. En konkursförvaltare har inte mycket tid eftersom konkursen ska avvecklas snabbt enligt 7 kap. 8 § KL. Bedömningen enligt 36 § AvtL är svår att göra eftersom det breda rekvisitet ”oskäligt” ska tillämpas. Vid en tillämpning av 36 § AvtL hamnar man alltså oundvikligen i en ganska fri skälighetsbedömning vilket innebär att utgången i målet är förknippat med oklarhet.

Även om ett konkursbo som vill inträda i ett avtal har möjlighet att väcka talan mot konkursgäldenärens motpart om jämkning av *ipso facto*-klausulen borde jämkningsmöjligheten alltså inte utgöra ett effektivt verktyg för konkursförvaltaren. På grund av detta är det faktum att det eventuellt redan finns möjlighet att jämka en *ipso facto*-klausul enligt 36 § AvtL enligt min mening inte ett övertygande argument mot att konkursboet ska ha en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens avtal.

#### **4.9 Sammanfattning av argumenten för och emot en tvingande inträdesrätt**

Sammanfattningsvis konstaterar jag att det finns både systemargument för och mot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Att konkursboet intar en tredjemansliknande ställning när konkursgäldenären och dennes motpart inkluderar en *ipso facto*-klausul i sitt avtal talar för att *ipso facto*-klausulen inte ska kunna göras gällande mot konkursboet. I samma riktning talar det faktum att en *ipso facto*-klausul, i likhet med bland annat begränsningar i avtalade kvittningsförbud och avtal om att konkursförvaltaren inte ska ha rätt att lösa handpant, är konkursbodiskriminerande. Det går även att finna stöd i det sak-

och konkursrättsliga rättssystemet för att det existerar en grundsats om att sådana klausuler, alltså klausuler som inte drabbar konkursgäldenären själv utan endast konkursboet, är utan verkan i konkurs.

Däremot kan det faktum att *ipso facto*-klausuler numera uttryckligen är ogiltiga i rekonstruktionsförfaranden inte utgöra ett systemargument för konkursboets tvingande inträdesrätt. Orsaken är att det uttryckliga förbudet och den tvingande fullföljdsrätten i den nya lagen om företagsrekonstruktion i de flesta fall inte borde orsaka en konkursdrivande ordning. Detta då det skärpta livskraftstestet för beslut om företagsrekonstruktion leder till att det endast i ett fåtal fall borde vara aktuellt för en gäldenär att inleda en företagsrekonstruktion eller försättas i konkurs samtidigt. Utöver detta utgör enligt min mening den eventuella avsaknaden av återvinningsmöjlighet av en hävning som motparten företar strax före konkursutbrottet inte ett systemargument mot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt.

Även ändamålsargumenten talar inte i en entydig riktning avseende konkursboets tvingande inträdesrätt. Det finns både ändamålsargument för och emot att konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Å ena sidan framstår konkursgäldenärens motparts intressen av att kunna häva ett avtal vid konkurs som angeläget, då konkursboets inträde kan liknas med ett gäldenärsbyte. Å andra sidan är konkursgäldenärens person många gånger inte relevant för prestationen i köpeavtal, även om konkursgäldenären var naturagäldenär. I många fall är konkursgäldenären möjlig att bytas ut mot konkursboet utan att det orsakar ekonomiska olägenheter för motparten. Dessutom borde en tvingande inträdesrätt för konkursboet innehålla en begränsning för de fall där inträde inte är lämpligt på grund av avtalets art. Detta med hänsyn till hur rättsläget ser ut i de övriga nordiska länderna.

Utöver detta kan motparten missbruka en *ipso facto*-klausul för att på olika sätt sko sig på borgenärernas bekostnad, vilket framstår som illojalt. Vidare borde konkursgäldenärens och motpartens avtalsfrihet inte vara lika skyddsvärd vid en *ipso facto*-klausul som vid ”vanliga” avtalsklausuler som har verkningar för parterna utom konkurs. Båda dessa förhållanden talar för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt.

Något som aldrig kan övertas av konkursboet är den affärsmässiga relationen som råder mellan konkursgäldenären och dennes motpart. Värdet av denna relation för

motparten talar mot en tvingande inträdesrätt för konkursboet. Om konkursgäldenärens motpart enligt avtalet har rätt till en garantitid som sträcker sig längre än konkursboets livstid kan det också vara till betydande nackdel för motparten att inte ha möjlighet att häva avtalet för att förhindra konkursboets inträde.

Många ändamålsargument rörande konkursboets tvingande inträdesrätt präglas av att de är situationsbetonade. Med andra ord gör sig olika ändamålsargument gällande med olika styrka beroende på vad det är för slags köpeavtal som konkursboet vill träda in i och vilken situation konkursgäldenärens motpart befinner sig i. Detta blir särskilt tydligt i de fall där ändamålsargumentet endast gör sig gällande om konkursgäldenärens motpart också är borgenär i konkursgäldenärens konkurs. Om konkursgäldenärens motpart även har en fordring mot konkursgäldenären kan denne, om konkursboet saknar tvingande inträdesrätt, häva och omförhandla priset enligt avtalet och på så sätt se till att få betalt för sin konkursfordran. Denna risk är enligt min mening något som bör förhindras av rätten. Risken att motparten använder en *ipso facto*-klausul för att få betalt för sin konkursfordran är dock inte en risk som aktualiseras i alla fall.

Slutligen kan det också konstateras att det faktum att det eventuellt går att jämka en *ipso facto*-klausul enligt 36 § AvtL inte borde utgöra ett tillfredsställande substitut för en tvingande inträdesrätt för konkursboet.

## 5 Slutsats

Till sist har vi nu anlänt till uppsatsens slutstation. Syftet med den här framställningen har varit att utreda om konkursboet har en tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Lagstiftaren har genom åren systematiskt undvikit att ge konkursförfarandets aktörer svar på denna fråga, vilken tycks vara fortsatt mycket kontroversiell. Men vad är meningen med rättsvetenskapen om inte att dra slutsatser även i osäkra och kontroversiella frågor?

Ändringarna i förutsättningarna för att beslut om företagsrekonstruktion ska få fattas har medfört att den tvingande fullföljdrätten vid företagsrekonstruktion inte har resulterat i en konkursdrivande ordning. Trots detta talar andra systemargument, främst tredjemansavtalsargumentet och det faktum att konkursbodiskriminerande avtal inte

brukar vara sak- och konkursrättsligt giltiga, starkt för att konkursboet har en tvingande inträdesrätt.

Ändamålsargumenten talar dock inte lika tydligt till konkursboets förmån som systemargumenten. Som alltid när man arbetar med ändamålsargument hamnar man i en intresseavvägning. För att tillgodose den ena partens intressen måste den andra partens intressen, de som framstår som mindre skyddsvärda i den givna situationen, ge vika. Man ska inte sticka under stolen med att konkursgäldenärens motpart kan ha berättigade invändningar mot att konkursboet inträder i konkursgäldenärens avtal. Det går inte att skydda motparten fullt ut mot olägenheter om konkursboet har en tvingande inträdesrätt. Avseende inträde i just köpeavtal är dock den nackdel som motparten drabbas av ofta mindre än vid andra avtalstyper. Detta gäller särskilt då konkursboets tvingande inträdesrätt bör innehålla en begränsning för fall där inträde inte är lämpligt på grund av avtalets karaktär.

Var för sig är de systemargument och ändamålsargument för en tvingande inträdesrätt som presenterats ovan knappast tillräckliga för att grunda en tvingande inträdesrätt för konkursboet. Tillsammans utgör de dock en stadig grund för konkursboets tvingande inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Jag är därför av åsikten att i ett skarpt läge, där frågan ställs på sin spets, kommer svaret vara att konkursboet har en tvingande rätt, inte endast en möjlighet, till inträde i konkursgäldenärens köpeavtal.



# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Propositioner*

Proposition 1986/87:90 om ny konkurslag

Proposition 1988/89:76 om ny köplag

Proposition 1995/96:5 lag om företagsrekonstruktion

Proposition 2008/09:88 ny kommissionslag

Proposition 2021/22:215 en ny lag om företagsrekonstruktion

### *Betänkanden*

SOU 1970:75. Utsökningsrätt X – konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m.m.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten

SOU 1988:63. Kommission och dylikt – sakrättsliga frågor vid kommission, återttagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning och kommissionärsbolag

SOU 1993:114. Konto, clearing och avveckling

SOU 1994:120. Finansiell leasing av lös egendom

SOU 2001:80. Ett samlat insolvensförfarande

SOU 2005:120. Fondkommission – och en ny kommissionslag

SOU 2010:2. Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag

SOU 2016:72. Entreprenörskap i det tjugoförsta århundradet

SOU 2021:12. Andra chans för krisande företag – en ny lag om företagsrekonstruktion

### *Nytt Juridiskt Arkiv avdelning II*

NJA II 1976:3

## Litteratur

Adlercreutz, A, Gorton, L och Lindell-Frantz E, Avtalsrätt I, 14 uppl., Juristförlaget i Lund 2016

Adlercreutz, A, och Mulder, B J, Avtal: Lärobok i allmän avtalsrätt, 14 uppl., Wolters Kluwer 2017

Andrews, O och Brodén, C, Något om giltigheten av ipso facto-klausuler i penninglåneavtal – ett sista (?) inlägg i den rättsvetenskapliga debatten jämte några marginalanteckningar om förestående lagstiftning, JT nr 4 2020/21, s. 913-939

Arnesdotter, I, Om betalningsinställelse och offentligt ackord, PA Norstedt & Söner 1982

Domeij, B, Hävning av immaterialrättsöverlåtelse när köparen är insolvent, JT nr 1 2011/12, s. 129-139

Hellner, J, Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden, Festskrift till Knut Rodhe: Studier i krediträtt och associationsrätt, Norstedts 1975, s. 235-270

Hellner, J, Hager, R & Persson, A, Kontraktsrätt II, 2 häftet – Allmänna ämnen, 7 uppl., Norstedts juridik 2020

Hellners, T och Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion: En kommentar, Norstedts juridik, 2 uppl. 2013

Hessler, H, Allmän sakrätt: Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, P.A. Norstedt & Söner 1973

Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, 6 omarb. uppl., Norstedts juridik 1996  
(Cit: Håstad, Sakrätt)

Håstad, T, Konsekvens i rättssystemet, Festskrift till Stig Strömholm, Iustus förlag 1997, s. 403-422

(Cit: Håstad, Konsekvens i rättssystemet)

Håstad, T, Köprätt och annan kontraktsrätt, 7 omarb. uppl., Iustus förlag 2022  
(Cit: Håstad, Köprätt)

Jareborg, N, Vad är en princip?, Festskrift till Åke Frändberg, Iustus Förlag 2003, s. 137-144

Karlsson-Tuula, Marie, Gälldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs, 3 uppl., Wolters Kluwer 2017

- Keller, M, Konkurs och process, Iustus förlag 2020
- Kleineman, J, Rättsdogmatisk metod. I Juridisk Metodlära. Nääv, M och Zamboni, M (red.), 2 uppl., Studentlitteratur 2018, s. 21-46
- Lennander, G, Pantavarens skyldigheter vid pantavtal om lös egendom, Almqvist & Wiksell 1977  
(Cit: Lennander, Pantavarens skyldigheter)
- Lennander, G, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, JT nr 1 1989/90 s. 113-116  
(Cit: Lennander, Konkursboets inträde)
- Lennander, G, Återvinning i konkurs, 4 uppl., Norstedts Juridik 2013  
(Cit: Lennander, Återvinning i konkurs)
- Lindell, H, Konkursboets inträde i konkursgäldenärens avtal, Insolvensrättsligt forum 1990 s. 227-228  
(Cit: Lindell, Insolvensrättsligt forum 1990)
- Lindskog, S, Några synpunkter på konkursförvaltning i samband med rörelsekonkurser, Från advokatens verkstad – Uppsatser utgivna med anledning av Sveriges Advokatsamfunds 100-års jubileum 1987, Sveriges Advokatsamfund 1987, s. 301-315  
(Cit: Lindskog, Några synpunkter på konkursförvaltning)
- Lindskog, S, Kvittning – Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 3 uppl., Norstedts Juridik 2014  
(Cit: Lindskog, Kvittning)
- Lindskog, S, Betalning - Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 2 uppl., Norstedts Juridik 2018  
(Cit: Lindskog, Betalning)
- Mellqvist, M och Persson, I, Fordran och skuld, 12 uppl., Iustus förlag 2022
- Mellqvist, M och Welamson, L, Konkurs och annan insolvensrätt, 13 uppl., Norstedts Juridik 2022
- Millqvist, G, Finansiell leasing, Juridiska föreningen i Lund 1986
- Mossberg, O, Avtalets räckvidd I: Om avtals tredjemansverkningar, särskilt vid tredjemansavtal och direktkrav, Iustus Förlag 2020

Möller, M, Konkurs och kontrakt – Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Iustus förlag 1988

(Cit: Möller, Konkurs och kontrakt)

Möller, M, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Insolvensrättsligt forum 1990, s. 169-194 och s. 200-211

(Cit: Möller, Insolvensrättsligt forum 1990)

Möller, M, Om återvinning av hävning, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik 2002, s. 417-433

(Cit: Möller, Om återvinning av hävning)

Persson, A, och Karlsson-Tuula, M, Företagsrekonstruktion i teori och praktik, 3 uppl., Wolters Kluwer 2017

Ramberg, J och Ramberg, C, Allmän Avtalsrätt, 12 uppl., Norstedts Juridik 2022

Ramberg, J, och Herre, J, Köplagen: En kommentar, 3 uppl., Norstedts Juridik 2019

Renman, H, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen – en process- och insolvensrättslig manual, 3 uppl. Norstedts Juridik 2020

Saldeen, Å, Arvsrätt – en lärobok om arv, boutredning och arvskifte, 3 uppl., Iustus förlag 2006

Sarra, J, Payne, J och Madaus, S, The promise and perils of regulating ipso facto clauses, International Insolvency Review Volym 31 nr 1 2022, s. 45-80

Schytzer, J och Wadell, O, (Konkurs)gäldenärens avtal utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv, SvJT 2020 s. 726-742

Schytzer, J, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten, Iustus förlag 2020

(Cit: Schytzer, Fordrans uppkomst)

Schytzer, J, Några anmärkningar om fordrans uppkomst inom insolvensrätten – förpliktelseprincipen, förfogandeprincipen och fullgörandeprincipen, Ny Juridik 2:21, s. 53-89

(Cit: Schytzer, Några anmärkningar om fordrans uppkomst inom insolvensrätten)

Strömngren, P, Tillbehör och accession, Iustus förlag 2012

Strömholm, S, Lyles, M och Valguarnera, F, Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., Norstedts Juridik 2020

Söderlund, J, En tes om hävningsklausuler för konkursfallet, Festskrift till Gertrud Lennander, Jure Förlag 2010, s. 295-319

Walin, G, Millqvist, G, Persson, A, Panträtt, 4 uppl., Norstedts Juridik 2022

Welamson, L, Konkursrätt, P. A. Norstedt & Söners Förlag 1961

## **Rättsfall**

RH 2011:53

NJA 1915 s. 194

NJA 1974 s. 376

NJA 1983 s. 737

NJA 1989 s. 206

NJA 1993 s. 468

NJA 2010 s. 617

NJA 2013 s. 822

NJA 2016 s. 51

NJA 2016 s. 73

NJA 2017 s. 289

NJA 2021 s. 709

## **Andra källor**

### *Internetkällor*

Lindskog, S, Lagen om handelsbolag och enkla bolag: En kommentar, 21 augusti 2019, version 3, JUNO

(Cit: Lindskog, Bolagslagen)

Palmér, E och Savin, P, Konkurslagen: En kommentar, 29 augusti 2022, version 49, JUNO

### *Utländska betänkanden*

NOU 1972:20. Gjeldsforhandling og konkurs