



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Tillämpade studier
Vårterminen 2008

Traditionsprincipen, avtalsprincipen eller något annat?

– En sakrättslig studie med fokus på kommersiella närståendetransaktioner

Författare: David Caldevik
Jonas Larson

Handledare: Enar Folkesson

Ämne: Sakrätt/obeståndsrätt

Förord

När vi nu är på väg att avsluta vårt uppsatsskrivande är det på sin plats att tacka de som tackas bör. Först och främst riktas ett stort tack, för ovärderlig hjälp och vägledning, till vår handledare Enar Folkesson som delat med sig frikostigt av sin värdefulla tid och kunskap.

Vidare vill vi tacka Lars Zetterberg på Ackordscentralen i Göteborg som introducerade oss för det spännande fallet Sannäs räkor och de intressanta problem som aktualiserades där.

Vi vill också passa på att tacka Claes Martinson som med den eminenta kursen Civilrätt II väckte vårt intresse för sakrätt. Claes är också värd ett stort tack för att han tagit sig tid att läsa igenom vårt manuskript och framföra sina synpunkter.

Sist, men absolut inte minst, vill vi framföra vårt tack till Justitierådet Torgny Håstad som i samband med att vi inledde uppsatsarbetet välvilligt ställde sitt opublicerade manuskript från Insolvensrättsligt forum 2007 till vårt förfogande. Tack alla.

Göteborg i juni 2008

David Caldevik & Jonas Larson

Innehållsförteckning

1	INLEDNING	5
1.1	SYFTE	6
1.1.1	<i>Problemformulering</i>	6
1.1.2	<i>Varför är problemet intressant?</i>	7
1.2	METOD	8
1.3	AVGRÄNSNING	9
1.3.1	<i>Giltigt avtal</i>	9
1.3.2	<i>Specialitet</i>	9
1.4	UPPSATSENS DISPOSITION	9
2	TRANSAKTIONER MELLAN NÄRSTÅENDE PARTER.....	11
2.1	BEGREPPET NÄRSTÅENDE PARTER.....	11
2.2	PROBLEM VID TRANSAKTIONER MELLAN NÄRSTÅENDE PARTER	12
2.2.1	<i>Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare</i>	12
2.2.2	<i>Transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare</i>	13
3	SAKRÄTTSLIGT MOMENT	14
3.1	BEGREPPET SAKRÄTTSLIGT MOMENT	14
3.2	DE SAKRÄTTSLIGA MOMENTENS SYFTE	14
3.2.1	<i>Förhindrande av borgenårsbedrägerier</i>	15
3.2.2	<i>Uppoffring för överlåtaren</i>	16
3.2.3	<i>Publicitet</i>	16
3.2.4	<i>Undvikande av gränsdragningen pant/överlåtelse</i>	17
3.2.5	<i>Omsättningens intresse</i>	17
3.2.6	<i>Andra syften</i>	18
4	TRADITIONSPRINCIPEN	20
4.1	TRADITIONSPRINCIPENS HISTORIA – FRÅN ETABLERING TILL DAGENS TANKAR OM AVVECKLING	20
4.2	DAGENS TRADITIONSPRINCIP	23
4.2.1	<i>Närmare om rådighet och avskuren rådighet</i>	26
4.3	TRADITIONSPRINCIPENS ÖVRIGA SAKRÄTTSLIGA MOMENT	28
4.3.1	<i>Registrering</i>	29
4.3.2	<i>Denuntiation</i>	30
4.4	TRADITIONSPRINCIPEN I NÄRSTÅENDEFÖRHÅLLANDEN - PRAXIS.....	31
4.4.1	<i>Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare</i>	31
4.4.2	<i>Transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare</i>	33
5	AVTALSPRINCIPEN.....	39
5.1	AVTALSPRINCIPEN I SVERIGE	39
5.1.1	<i>Konsumentköp</i>	39

5.1.2	<i>Överlåtelse av fast egendom</i>	40
5.1.3	<i>Byggnad på ofri grund</i>	40
5.1.4	<i>Överlåtelse av immaterialrätt</i>	41
5.1.5	<i>Köp på exekutiv auktion</i>	41
5.1.6	<i>Överlåtelse av ideell andel i sambesutten egendom</i>	42
5.1.7	<i>Sammanfattning</i>	42
5.2	INTERNATIONELL UTBLICK	43
5.2.1	<i>Danmark</i>	43
5.2.2	<i>Frankrike</i>	43
5.2.3	<i>England</i>	44
5.2.4	<i>Tyskland</i>	44
5.2.5	<i>Sammanfattning</i>	45
6	ANDRA NÄRLIGGANDE REGLER	46
6.1	AKTIEBOLAGSLAGENS KAPITALSKYDDSREGLER	46
6.2	KONKURSLAGENS ÅTERVINNINGSGREGLER	47
6.3	UTSÖKNINGSBALKENS PRESUMPTIONSREGLER	50
7	DISKUSSION OCH ANALYS I ALLMÄNHET	51
7.1	PUBLICITET ELLER RÅDIGHETSFÖRÄNDRING	51
7.2	ÄNDAMÅLSINRIKTAD SAKRÄTT	52
7.3	PARTERNA I TRANSAKTIONEN	54
7.4	STRAFFRÄTT OCH SAKRÄTT	55
7.4.1	<i>Förskingring</i>	56
7.4.2	<i>Trolöshet mot huvudman</i>	58
7.4.3	<i>Olovligt förfogande</i>	59
7.4.4	<i>Konsekvenser av kopplingen mellan straffrätt och sakrätt</i>	59
7.4.5	<i>Den straffrättsliga modellen tillämpad på NJA 1972 s 246</i>	62
7.5	ÅTERVINNINGSGREGLERNAS TILLÄMPLIGHET	63
8	ANALYS AV NÄRSTÅENDETRANSAKTIONER	66
8.1	TRANSAKTIONER MELLAN BOLAGET OCH DESS FÖRETRÄDARE	66
8.1.1	<i>Överlåtelse från bolaget till dess företrädare</i>	66
8.1.2	<i>Överlåtelse till bolaget från dess företrädare</i>	71
8.2	TRANSAKTIONER MELLAN JURIDISKA PERSONER MED GEMENSAMMA FÖRETRÄDARE	72
9	NÅGOT ANNAT?	75
9.1	ANTINGEN ELLER?	75
9.2	BEHÖVS NÅGOT UTÖVER AVTALET?	76
9.3	DISKUSSION KRING ETT NYTT ALTERNATIV	77
9.3.1	<i>Negativt med dagens traditionsprincip</i>	77
9.3.2	<i>Motiv för ett nytt synsätt</i>	78

9.4	VÅRT FÖRSLAG	79
9.5	SÄRREGLERING AV NÄRSTÅENDETRANSAKTIONER?	80
9.6	AVSLUTNING	82
10	KÄLLFÖRTECKNING	84
10.1	OFFENTLIGT TRYCK	84
10.2	LITTERATUR	84
10.3	TIDSKRIFTSARTIKLAR	86
10.4	ÖVRIGA SKRIFTLIGA KÄLLOR	86
10.5	ELEKTRONISKA KÄLLOR	86
10.6	RÄTTSFALL	87
10.6.1	<i>Rättsfall från Högsta domstolen</i>	87
10.6.2	<i>Rättsfall från hovrätterna</i>	87

1 Inledning

Den näringsidkare som köper något i Sverige bör för sin egen skull genast ta med sig det köpta. Detta är en konsekvens av att roslagsbonden och riksdagsledamoten Nils Insulin vid riksdagen 1828/30 motionerade med krav på åtgärder mot ”chimeriqua” köpeavhandlingar. Syftet med denna motion var att effektivisera utmätningväsendet genom att undanröja de formlösa säkerhetsöverlåtelser som var vanliga vid denna tid. Genom sin motion kom Insulin således att bli den som introducerade traditionsprincipen i Sverige.¹

Traditionsprincipen är just en princip, vilken aldrig har lagfästs. Istället har den uttolkats motsatsvis ur annan lagstiftning. Detta kan te sig något märkligt för en regel som är så pass central i civilrätten. För en företagare såväl som för en konsument är principens innebörd, att en vara som är köpt och betald, men som fortfarande står kvar hos säljaren, tillfaller säljarens borgenärer i händelse av en konkurs, ofta svår att greppa. För konsumenternas del finns inte längre någon anledning till oro eftersom dessa, genom en ändring i konsumentköplagen år 2002, beviljats skydd mot säljarens borgenärer redan genom avtalet.

I kommersiella förhållanden består dock problemet alltjämnt. Diskussionen om traditionsprincipens vara eller icke-vara är inte på något sätt ny.² Den problematik som huvudsakligen skall diskuteras i denna uppsats kan dock sägas vara något yngre. För ungefär 15 år sedan skrev dåvarande advokaten och nuvarande justitierådet Stefan Lindskog en artikel i JT med titeln *Om sakrättsligt misstroende*, vilken behandlade kraven för sakrättsligt skydd bland annat vid närståendetransaktioner. Vid öppningen av Insolvensrättsligt forum våren 2007 höll justitierådet Torgny Håstad ett anförande kallat *Tradition och denuntiation, särskilt vid kommersiella närståendetransaktioner*. Dessa verk har haft stor påverkan på valet av ämne och problem för denna tillämparuppsats. Så även det faktum att författarna av en slump kom i kontakt med Lars Zetterberg på

¹ Göranson, s 321 ff.

² Ulf Göransons praktverk *Traditionsprincipen*, vilket är en sammanställning, och analys av, traditionsprincipens utveckling och framväxt från romersk till modern tid utkom 1985 och hänvisar i sin tur till verk publicerade i början på förra seklet, se exempelvis s 355 ff.

Ackordscentralen i Göteborg som, i egenskap av konkursförvaltarens ombud, vid detta tillfälle väntade på HD:s avgörande i fallet Sannäs räkör.³

Att ämnet alltjämnt är högst aktuellt och av praktisk relevans framgår vidare av att HD under 2007 meddelat beslut i NJA 2007 s 413 vilket handlade om inkrämsöverlåtelse mellan bolag med gemensam företrädare. De nämnda artiklarna i kombination med domskälen i 2007 års fall, samt det faktum att prövningstillstånd beviljades i Sannäs räkör, tyder på att ett upprätthållande av traditionsprincipen, såsom den kommit att utvecklas, i närståendeförhållanden inte är optimalt. Frågan är dock hur dessa situationer bör hanteras.

1.1 Syfte

I detta avsnitt beskrivs uppsatsens syfte med utgångspunkt i de problem som lagts till grund för undersökningen. Vidare görs en motivering till varför de problemformuleringar som valts är intressanta.

1.1.1 Problemformulering

Uppsatsens huvudsakliga problem är vilka krav som ställs, och bör ställas, för att transaktioner mellan närstående skall ges sakrättsligt skydd. Det som i doktrin lyfts fram som en utveckling från en formell mot en mer pragmatisk sakrätt kommer också att studeras.

Den huvudsakliga frågeställningen har brutits ner i ett antal delproblem enligt följande. Som en bakgrund till de problem som rör närståendetransaktioner kommer en utredning av de generella sakrättsliga reglerna att göras, denna del av uppsatsen behandlar således sakrätten och de sakrättsliga momenten frikopplat från de specifika problemen vid transaktioner mellan närstående parter.

Uppsatsens huvudfokus är de problem som uppstår vid transaktioner mellan närstående och det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att studera om dessa behandlas annorlunda än andra transaktioner. I så fall varför det är så och hur detta motiveras. Närståendetransaktionerna delas i uppsatsen in i två kategorier; transaktioner mellan bolaget och dess företrädare respektive transaktioner mellan bolag med gemensamma företrädare.

³ T 1657-06.

Slutligen behandlas frågan om illojala transaktioner mellan närstående bolag kan motverkas på något annat sätt än vad som är fallet idag och huruvida dessa möjligheter erbjuds redan idag.

1.1.2 Varför är problemet intressant?

Formellt innebär traditionsprincipen inget hinder mot transaktioner mellan närstående parter. Så länge de krav som principen ställer (vilka kommer utvärderas nedan) uppfylls är transaktionen sakrättsligt skyddad, det vill säga att gäldenären är skyddad i borgenärens konkurs. I praktiken medför däremot ett upprätthållande av traditionsprincipens formella krav på besittningsförändring att det blir betydligt svårare, för att inte säga stundom omöjligt, för den som rättshandlar i egenskap av närstående att uppfylla dessa.

Vid nästa lågkonjunktur kan ett utflöde av detta bli att en mängd transaktioner med legitima syften, där okunniga gäldenärer inte företagit tillräckliga åtgärder, är utan sakrättslig verkan. Förvisso kan man naturligtvis resonera i termer av att det är upp till respektive person som rättshandlar att tillse att samtliga krav som rättsordningen uppställer blir uppfyllda samt att det kan vara motiverat med strängare regler för närstående då de kan antas vilja gynna sig själva inför en förestående obeståndssituation. Å andra sidan kan argumenteras för att andra rättsliga institut än traditionsprincipen kan hantera risken för borgenärsbedrägliga beteenden. Dessutom är traditionsprincipen hölj i dunkel för stora delar av dem som rättshandlar i egenskap av närstående. Exempelvis kan nämnas att en stor andel av Sveriges aktiebolag är enmansföretag. Dessa företagares kunskaper om traditionsprincipen kan i många fall rimligen antas vara lika ringa som konsumenters. Eftersom det var överväganden av detta slag som motiverade införandet av avtalsprincipen vid konsumenttransaktioner synes det inte orimligt att, i fall då dessa företagare rättshandlar, använda sig av avtalsprincipen. Mot detta kan naturligen invändas att valet att vara företagare är fritt till skillnad från valet att vara konsument. Frågan kan dock ställas, oavsett om man anser vissa företagare extra skyddsvärda eller ej – finns det anledning att särbehandla närståendetransaktioner?

Konsekvensen av att helt avskaffa traditionsprincipen vid närståendeförhållanden är att de transaktioner som företas av närstående enklare

får sakrättsligt skydd än övriga transaktioner. Frågan är om det är önskvärt att så blir fallet?

I svensk rätt återfinns ett flertal alternativa sakrättsliga moment som får anses som avsteg från traditionsprincipen. Dessa har uppkommit genom både lagstiftning och domstolspraxis. Exempelvis kan nämnas kravet på denuntiation för enkla skuldebrev och kravet på märkning av virke. I vissa fall har kravet på sakrättsligt moment helt ersatts av avtalets ingående. Den stora skillnaden mellan dessa modifieringar av traditionsprincipen och det fall som vi diskuterar i föreliggande arbete är att de förra tar sikte på objektet som är föremål för transaktionen och det senare snarast tar sikte på subjekten som rättshandlar.⁴ För det fall att man anser det finnas ett behov av specialreglering för närståendetransaktioner återstår frågan hur en sådan skulle kunna utformas på ett sätt som gör att närstående får samma möjligheter att uppnå sakrättsligt skydd som övriga rättssubjekt. Finns det alternativa lösningar som inte innebär att man, för det fall att man skulle förändra (eller gå ifrån) traditionsprincipen såsom den kommit att utveckla sig, måste hamna i avtalsprincipen?

1.2 Metod

Eftersom sakrätten i stort är ett område som inte är reglerat i lag har fokus för uppsatsarbetet legat på doktrinuttalanden och praxis. Vi har analyserat ett 20-tal rättsfall från HD från främst den senare halvan av 1900-talet och ett par från Hovrätterna. Vi har analyserat ett tiotal författares uppfattning i den svenska doktrinen. Ambitionen har varit att analysera det mest centrala och mest inflytelserika av vad som skrivits. Analysen har gått ut på att försöka finna argument för hur traditionsprincipen skall användas, för att den skall ersättas av avtalsprincipen samt för om lösningarna för närståendetransaktioner bör beskrivas enligt en annan norm.

⁴ Angående övergången till avtalsprincipen för konsumenter så tar den naturligtvis sikte på subjekten som rättshandlar. Den stora skillnaden mellan konsumentfallen och närståendefallen är dock att konsumenter i annan lagstiftning anses extra skyddsvärda samtidigt som närstående typiskt sett anses som extra misstänkta. Jfr angående konsumenter SOU 1995:11 och angående närstående exempelvis Lindskog s 275 ff.

1.3 Avgränsning

För att öka uppsatsens läsbarhet kommer parterna som huvudsak att betecknas köpare och säljare eller förvärvare och överlåtare även om reglerna och problematiken oftast även omfattar pantsättare och panthavare. Av samma anledning kommer termerna överlåtelse/pantsättning i stor utsträckning att användas synonymt. I de fall där reglerna skiljer sig åt kommer detta framgå av texten.

1.3.1 Giltigt avtal

Eftersom denna uppsats avser att behandla de sakrättsliga aspekterna av vissa transaktioner utgår vi från att de obligationsrättsliga förutsättningarna för respektive transaktion är uppfyllda. Uppsatsen avser således inte att behandla avtalsrättsliga frågor även om avtalets giltighet förvisso kan vara en viktig faktor vid bedömandet av huruvida en transaktion skall gå åter eller inte.⁵

1.3.2 Specialitet

För att det över huvud taget skall vara aktuellt att diskutera de sakrättsliga momentens uppfyllnad krävs först och främst att den avsedda saken går att identifiera. Detta innebär således att om den som skall prestera kan uppfylla sin skyldighet med en generisk vara, som endast är bestämd till art och mängd, kan köparen eller panthavaren inte få sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer.⁶

Denna uppsats kommer inte vidare att behandla specialitetsprincipen och de problem som är förknippade med denna. I det följande utgås helt enkelt från att anspråket rör en identifierbar sak.

1.4 Uppsatsens disposition

Detta inledande kapitel ägnas primärt åt att beskriva uppsatsens problem och varför detta är intressant, samt den använda metoden och de gjorda avgränsningarna.

De därpå följande kapitlen, 2-8, utgör referensramen för uppsatsens analys- och diskussionsdel. Med en annan terminologi utgör dessa kapitel uppsatsens

⁵ Hovrättsfallet RIC 90/53 handlar förvisso om skydd mot överlåtarens borgenärer men domstolen väljer ändå att underkänna transaktionen på obligationsrättslig grund.

⁶ Håstad s 152.

teoriavsnitt. I referensramen återfinns en närmare förklaring av begreppet närstående parter och vilka problem närståendetransaktioner innebär i sakrätten (kapitel 2). Vi beskriver också de olika sakrättsliga momenten samt de syften som ofta används för att motivera dessa (kapitel 3). Vidare görs en genomgång av traditionsprincipen samt vilken betydelse den har och har haft i närståendep Praxis (kapitel 4). Teoridelen avslutas sedan med ett kapitel som behandlar avtalsprincipen (kapitel 5) samt ett kapitel som behandlar andra regler som vi bedömt vara av intresse i sammanhanget (kapitel 6).

Uppsatsens analys- och diskussionsdel återfinns i kapitel 7-9 och är uppdelad enligt följande: i kapitel 7 förs en allmän diskussion kring de sakrättsliga problem som aktualiseras inom uppsatsens problemområde. I kapitel 8 görs sedan analysen av de typer av närståendetransaktioner som beskrevs i problemformuleringen. Dessa kapitel behandlar situationen kritiskt de lege lata och för de fall där vi ansett det nödvändigt med förändring även de lege ferenda. Därefter, i kapitel 9, återfinns en diskussion kring och ett förslag på en modifiering av dagens traditionsprincip. I detta kapitel kommer de slutsatser vi dragit av arbetet vävas in dels i förslaget till modifierad traditionsprincip och dels i avslutningen.

2 Transaktioner mellan närstående parter

Eftersom uppsatsen tar sin utgångspunkt i transaktioner mellan närstående parter ägnas detta kapitel åt att introducera begreppet *närstående parter* och de problem som aktualiseras vid transaktioner mellan dessa.

2.1 Begreppet närstående parter

Med *närstående parter* avses i denna uppsats bolag som faller inom samma koncern, det vill säga har relationen moder- och dotterbolag alternativt systerbolag vilka båda två är dotterbolag till samma moderbolag. Koncerndefinitionen återfinns i Aktiebolagslagen (ABL) 1:11 där det slås fast att ett koncernförhållande råder om moderbolaget kan kontrollera dotterbolaget.⁷ Sådan kontroll kan uppnås på fyra olika sätt. Det första sättet varpå en koncern bildas är om moderbolaget innehar mer än hälften av rösterna i dotterbolaget. En koncern uppstår också om moderbolaget äger en mindre andel i dotterbolaget än vad som krävs för att nå röstmajoritet enligt ovan men som genom avtal med andra delägare kontrollerar mer än hälften av rösterna i dotterbolaget. Vidare föreligger ett koncernförhållande om moderbolaget, trots att det saknar röstmajoritet, får utse mer än hälften av ledamöterna i dotterbolagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan. Slutligen kan ett koncernförhållande föreligga om moderbolaget äger andelar i dotterbolaget och genom avtal med detta, eller på grund av föreskrift i dotterbolagets bolagsordning, bolagsavtal eller motsvarande stadgar, har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över dotterbolaget.

Utöver de bolag som träffas av aktiebolagslagens koncerndefinition omfattar termen *närstående parter* i denna uppsats även förhållandet i en såkallad *oäkta koncern*, det vill säga när en fysisk person äger så stor andel aktier i två bolag att dessa hade utgjort en koncern om den fysiska personen hade varit ett aktiebolag. Till närståendekretsen räknas även företrädare för ett bolag såsom VD, styrelseledamot och firmatecknare.

Förhållandet mellan närstående parter präglas således av en kontrollfaktor. I fallen med transaktioner mellan moder- och dotterbolag, respektive mellan ett

⁷ Koncernreglerna i ABL träffar företagsgrupper där moderbolaget är ett svenskt aktiebolag, avseende närståendetransaktioner är bolagets nationalitet utan betydelse.

bolag och dess företrädare, kontrollerar en part i transaktionen den andra. Genomförs transaktionen istället mellan två systerbolag, oavsett om dessa ingår i en äkta eller oäkta koncern, är det istället en tredje man som kontrollerar transaktionens båda parter.

2.2 Problem vid transaktioner mellan närstående parter

Risken att närstående genomför transaktioner vilka är till nackdel för utomstående är naturligen större än vad fallet är i andra relationer. Den ovan nämnda kontrollfaktorn, i kombination med den minskade insynen vid närståendetransaktioner, innebär att det finns möjlighet att inom närståendekretsen göra transaktioner som missgynnar utomstående men är till gagn för de närstående. Transaktioner inom närståendekretsen har därför av lagstiftaren betraktats med viss skepsis.⁸ Till följd av detta har exempelvis reglerna om återvinning i konkurs och utmätningsreglerna särskilda stadganden för vad som skall gälla i förhållandet mellan närstående.⁹ Även domstolarna har sett på närståendetransaktioner med oblida ögon, ett antal av dessa fall kommer att behandlas nedan.

Om det normala kravet, vilket skall visas senare i uppsatsen, för en sakrättsligt skyddad överlåtelse är att överlåtaren förlorar rådigheten över saken finns det anledning att ifrågasätta huruvida detta krav kan uppfyllas vid transaktioner mellan närstående parter. Frågan här är om rådigheten kan anses avskuren i fall då överlåtare och förvärvare är varandra närstående.

2.2.1 Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare

Eftersom en juridisk person inte kan ha egen besittning till sina tillgångar krävs en företrädare i form av en fysisk person för att ta tillgångarna i besittning. Problem uppstår därför när bolaget genomför en transaktion med denna företrädare. Som exempel på sådana transaktioner kan nämnas att bolaget säljer en tillgång till företrädaren. Ett annat exempel är att företrädaren lånar ut pengar till bolaget och som säkerhet för lånet erhåller en pant. Företrädaren representerar vid dessa tillfällen både bolaget och sig själv, man talar här om ett problem med *dubbla*

⁸ Lindskog s 275 ff.

⁹ Se vidare avsnitt 8.2 vilket behandlar reglerna om återvinning i konkurs.

lojaliteter.¹⁰ På grund av de dubbla lojaliteterna blir det svårt för någon utomstående att faktiskt iaktta en förändring avseende rådighet och besittning.

Såvida överlåtelsen rör lösöre kan problematiken övervinnas genom registrering i enlighet med reglerna i LkL.

Överlåtelse eller pantsättning från dotterbolag till moderbolag aktualiserar samma problem som de som redovisats ovan, ett dotterbolag har ingen möjlighet att påverka moderbolagets beslut. Eftersom ett dotterbolag de facto styrs av moderbolaget innebär en pantsättning från den senare till den före att moderbolaget, med iakttagande av de aktiebolagsrättsliga kapitalskyddsreglerna, kan beordra dotterbolaget att återlämna panten. Frågan blir således huruvida tillräckligt rådighetsavskärande faktiskt kan anses ha företagits.

Problem som är aktuella att diskutera i denna del är därför huruvida traditionsprincipens krav kan uppfyllas när förändringar i besittningen är svåra att iaktta. Vidare skall diskuteras om det är rimligt att ställa annorlunda krav på parterna i en närståendetransaktion.

2.2.2 Transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare

Även vid transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare är problemet i grunden en fråga om företrädarens dubbla lojalitet. I de fall A är företrädare för både AB1 och AB2 kommer han att samtidigt representera de bägge bolagen. Genom sin roll som företrädare för bolagen kan han då förfoga över deras tillgångar och att avgöra när ett eventuellt rådighetsavskärande äger rum blir således svårt. Även om AB1 överlåter och fysiskt förflyttar en tillgång till AB2 kommer AB1:s företrädare A fortfarande att råda över denna tillgång, om inte annat så i sin egenskap av företrädare för AB2. Under dessa omständigheter måste det diskuteras huruvida det är möjligt att uppfylla det krav på rådighetsavskärande som ställts upp av domstolarna.

Transaktioner mellan två dotterbolag med samma moderbolag, så kallade systerbolag, kan vara en form av transaktioner mellan juridiska personer med gemensam företrädare. Detta förutsätter att bolagen har liknande bolagsledningar, inte endast att det rör sig om samma ägare.

¹⁰ Håstad (2007) s 8.

3 Sakrättsligt moment

I detta kapitel behandlas begreppet sakrättsligt moment och syftet med att uppställa krav på ett sådant.

3.1 Begreppet sakrättsligt moment

För att erhålla sakrättsligt skydd, till exempel vara skyddad mot en säljares borgenärer vid säljarens konkurs, krävs att man uppfyllt vad som brukar kallas det sakrättsliga momentet. I Sverige ryms de sakrättsliga momenten inom den så kallade traditionsprincipen vars innebörd, syften och modifieringar kommer att beskrivas och analyseras nedan. Innan detta görs är det på sin plats att kortfattat redogöra för institutet sakrättsligt moment.

Kravet på sakrättsligt moment är ett formellt krav som är fristående från prövningen av exempelvis huruvida det föreligger ett giltigt avtal. Domstolen kan sålunda inte efterge kravet därför att det föreligger en verklig överlåtelse.¹¹ Detta kan synas något märkligt vid en första anblick men förklaras i viss mån av syftena bakom kravet på sakrättsligt moment vilka diskuteras nedan.

Vidare måste, för uppnående av sakrättsligt skydd, det sakrättsliga momentet vara i efterhand konstaterbart. Detta är en naturlig följd av att det är domstolen som skall avgöra huruvida det sakrättsliga momentet uppnåtts eller ej. Vad som krävs och vad som skall vara konstaterbart diskuteras nedan.

3.2 De sakrättsliga momentens syfte/funktioner

Det är en rimlig utgångspunkt att varje regel, såväl skapad av lagstiftaren som av domstolen har ett samhälleligt mål att skapa största möjliga nytta åt invånarna. I detta ligger flera allmänna syften inbakade. Här ibland återfinns att reglerna skall tillgodose aktörernas trygghet, att reglerna skall tillgodose förutsebarhet och att reglerna skall vara lättförståeliga.¹² Vad särskilt angår syftena med det sakrättsliga momentet för borgenärsskydd kommer i det följande ett antal, i doktrin ofta anförda, sådana lyftas fram. Det skall dock påpekas att dessa syften alltså primärt är vad rättsvetenskapsmän under åren framhållit och alltså i de flesta fall inte

¹¹ SOU 1995:11 s 134.

¹² Myrdal s 38 ff.

något som lagstiftaren har uttalat. Det är därför enligt vår mening tveksamt om begreppet syfte är adekvat i förhållande till vad som normalt inryms i detta begrepp i rättsvetenskapliga texter. Med utgångspunkt i detta har vi, för att förenkla förståelsen, i det följande valt att använda begreppen syfte och funktion parallellt. De två begreppen skiljer sig väsentligt åt i vardagligt språkbruk men då flera av de ”syften” med sakrättsligt moment som framhållits de facto också är dess ”funktioner” anser vi att begreppen är möjliga att använda gemensamt i denna framställning. Då vi talar om syften kan man alltså även läsa in funktion om inte annat påpekas.

Vidare vill vi också poängtera att det finns svårigheter med att redogöra för syften med och funktioner av sakrättsligt moment. Dels för att bara det faktum att traditionskravet finns sedan länge gör att man ej står helt fri vid värderingen av skälen för traditionsregeln och dels för att flera av syftena och funktionerna ofta överlappar varandra.¹³

Nämnas skall också att vi i denna del inte gör någon uppdelning av syftena beroende på om de kan anses hänföra sig till något särskilt sakrättsmoment. Detta då de flesta av nedanstående argument är applicerbara oavsett vilket sakrättsligt moment som gäller. Som exempel härpå kan nämnas att syftet med införandet av denuntiation som sakrättsligt moment enligt förarbetena var att ”den faktiska möjligheten att förfoga över den tillgång det gäller överflyttas genom åtgärden från överlåtaren till förvärvaren” vilket ligger helt i linje med de argument som här skall diskuteras.

3.2.1 Förhindrande av borgenärsbedrägerier

Ett grundläggande ”syfte” med kravet på sakrättsligt moment, som HD fastslagit i flera domar¹⁴, är att förhindra en gäldenär på, eller på randen till, obestånd att företa rättshandlingar i syfte att undandra egendom från sina borgenärer. De borgenärsbedrägerier som skall förhindras är dels skentransaktioner, det vill säga de fall då en gäldenär som är nära obestånd företar simulerade rättshandlingar och

¹³ Helander s 347, 350 f.

¹⁴ Exempelvis NJA 1979 s 451, 1987 s 3, NJA 1988 s 257 och NJA 1998 s 545.

dels efterhandskonstruktioner, som innebär att den insolvente gäldenären falskeligen påstår att transaktion har ägt rum.¹⁵

Att förhindrandet av borgenärsbedrägerier är det mest grundläggande ”syftet” med kraven på sakrättsligt moment synes tämligen oomstritt i nutida doktrin.¹⁶ Kravet kan sägas innefatta åtminstone två underordnade syften, vilka förklaras i det följande.

3.2.2 Uppoffring för överlåtaren

Genom det sakrättsliga momentet förhindras överlåtaren/pantsättaren att förfoga över egendomen. Detta innebär en form av uppoffring som ansetts underordnad syftet att förhindra borgenärsbedrägerier.¹⁷ Främst torde uppoffringen inverka på skentransaktioner eftersom det innebär en uppoffring att uppfylla det sakrättsliga momentet. Uppoffringen har större betydelse vid pantsättning än vid överlåtelse då den i det tidigare fallet innebär ett krav på bestående besittning för panthavaren.¹⁸ Att en uppoffring rent faktiskt föreligger i det enskilda fallet är dock inget krav för att det sakrättsliga momentet skall anses uppfyllt. Myrdal ger ett målande exempel där en överlåtelse avser överlåtarens enda bil. Det spelar härvidlag ingen roll, för det sakrättsliga momentets uppfyllande, om överlåtaren egentligen hade behövt använda sig av bilen varje dag eller om han klarar sig utan den.¹⁹

3.2.3 Publicitet

Ett underordnat ”syfte” med kravet på sakrättsliga moment har i HD:s praxis bland annat sagts vara att härigenom ges rättshandlingen viss publicitet.²⁰ Detta försvårar i sin tur för både skentransaktioner och efterhandskonstruktioner eftersom kravet på publicitet bör innebära ”ett yttre iakttagbart faktum, varigenom

¹⁵ Myrdal s 40 f.

¹⁶ Jfr dock äldre doktrin, bl a Undén s 47.

¹⁷ Myrdal s 45 f.

¹⁸ Helander s 361

¹⁹ Myrdal s 47 f.

²⁰ Jfr bl a NJA 1956 s 485 där domstolen uttalade att panthavaren gjort vad han skulle för att ”för en utomstående visa” att panthavaren hade panträtt.

tredje man får möjlighet att uppmärksamma” att det sakrättsliga momentet iakttagits.²¹

Publicitetens betydelse för skyddet mot säljarens borgenärer har diskuterats i senare tids praxis och doktrin. Denna fråga kommer att behandlas mer grundligt senare i uppsatsen.

3.2.4 Undvikande av gränsdragningen pant/överlåtelse

I svensk rätt gäller i de flesta fall samma krav på sakrättsligt moment vid pantsättning som vid överlåtelse. Detta innebär att det blir ”obehövt att skilja verkliga överlåtelser i omsättningssyfte från säkerhetsöverlåtelser”, vilket enligt Håstads mening är ett tungt argument för det svenska systemet med sakrättsliga moment.²² Att det förhåller sig som i Sverige är inte självklart. I utländska rättssystem förefaller det inte ovanligt att redan avtalet ger borgenärsskydd vid omsättningsöverlåtelser men att det krävs ett sakrättsligt moment vid pantsättning.²³

3.2.5 Omsättningens intresse

För civilrättsliga regleringar anges ofta omsättningens intresse som ett grundläggande syfte. I detta uttryck ligger att åstadkomma ett väl fungerande handelsliv.²⁴ För sakrättens vidkommande kan det dock ifrågasättas huruvida kravet på sakrättsligt moment har till syfte att tillgodose omsättningsintresset. De argument som talar för att omsättningsintresset tillgodoses är att de sakrättsliga momenten likväl ofta skulle ha företagits som en naturlig följd av avtalet. Mot detta kan hållas att genom att uppställa vidare krav än avtalsslutande och därmed förenade skyldigheter kan man i viss mån motverka den fria omsättningen då transaktionskostnaderna blir högre.

3.2.6 Riskbegränsningsfunktionen

En funktion som kravet på sakrättsligt moment för med sig är att möjligheten för gäldenären att överskuldsätta sig försvåras. Annorlunda uttryckt - gäldenärens

²¹ Helander s 352.

²² Håstad s 213.

²³ Göranson s 638, se även uppsatsens kapitel 5.2.

²⁴ Myrdal s 38.

möjligheter att ta risker till nackdel för fordringsägarna begränsas. Genom att exempelvis rådigheten avskärs eller att en transaktion får viss offentlighet (publicitet) får en pantsättare svårare att på nytt pantsätta eller sälja samma egendom.

En gäldenär som är insolvent eller på gränsen till insolvens har typiskt sett riskpreferens²⁵ och torde därmed i större utsträckning vara benägen att dubbeldisponera egendom. Av denna anledning fyller kravet på sakrättsligt moment alltså funktionen att minska risken för dylika förfaranden.

I doktrin har ifrågasatts om risken för dubbelförfoganden i sig är ett skäl för traditionskravet utifrån aspekten att det ”förefaller egenartat att [köparen] skall gå miste om borgenärsskydd på grund av att han inte i eget intresse förebyggt en efterföljande överlåtelse som i det enskilda fallet inte inträffat”.²⁶ Från detta perspektiv kan naturligen ifrågasättas om funktionen också är att anse som ett syfte med kravet på sakrättsligt moment.

Ser man det däremot utifrån aspekten att borgenärskollektivet, i synnerhet oprioriterade fordringsägare, skadas av riskpreferens hos gäldenären redan genom att betalningsförmågan på så sätt kan minska finns det enligt oss anledning att fråga sig om inte riskbegränsning också skulle kunna anses som ett ”syfte” med kravet på sakrättsligt moment.

3.2.7 Andra syften

Utöver de argument som här anförts (och som vi anser vara de som är mest gångbara och tyngst vägande idag) har ytterligare ett antal syften nämnts i doktrin. Dessa återges endast kortfattat här och uppräknningen gör inga anspråk på att vara uttömmande.

Först kan nämnas kreditgivningssyftet som innebär att kreditgivaren baserar sin kreditgivning på vilken egendom kredittagaren har i sin besittning.²⁷ Detta måste anses överspelat då kreditgivningen av idag knappast går till på detta vis. Ordning och reda i handelslivet har vidare anförts som syfte. Detta har ansetts innebära att tvister undviks på grund av att traditionen är ett förhållandevis lätt och objektivt

²⁵ Angående risk och riskpreferens se Martinson särskilt s 271-273.

²⁶ Håstad s 212

²⁷ Jfr Göranson s 627 f,

konstaterbart faktum.²⁸ Ytterligare ett syfte är, enligt Helander, att en pantavare skall få makten över panten.²⁹

Slutligen skall nämnas ett syfte som vi fastnat för. Inte så mycket för dess tyngd utan kanske snarare för att det idag framstår något exotiskt. Undén uttrycker nämligen att historisk hävd har stor betydelse. Han förtydligar detta med att ”invand uppfattning och anpassning i handel och vandel efter en viss regel skall betyda ett starkt skäl för dess bibehållande”!³⁰ Sedvana kan förvisso vara ett argument för att handla enligt ett visst mönster, men det torde inte vara ett särskilt tungt argument för att behålla traditionsprincipen som sådan.

²⁸ Håstad (2007) s 1 f.

²⁹ Helander s 364 f.

³⁰ Undén s 47.

4 Traditionsprincipen

Traditionsprincipens innebörd kan enklast beskrivas så att köparen/panthavaren ges skydd mot säljarens/pantsättarens borgenärer genom en besittningsövergång – saken *traderas*.

Även om tradition är det dominerande sakrättsliga momentet vid överlåtelse av lösöre har det i svensk rätt aldrig funnits något uttryckligt lagstöd för denna princip.³¹ Kravet på tradition anses snarast kunna utläsas genom en motsatstolkning av lösöreköpslagen.³²

4.1 Traditionsprincipens historia – från etablering till dagens tankar om avveckling

Traditionsprincipen kan spåras så långt tillbaks som till den romerska rätten där kejsar Diocletianus år 293 utfärdade konstitutionen: ”Traditionibus et usucapionibus domina rerum, non nudis pactis transferuntur...”. Principens äldsta historia är däremot höjd i dunkel.³³ Tvisten mellan köparen och säljarens borgenärer torde vara uråldrig varför det är förståeligt med ett tidigt försök till enkel och lättfattlig reglering.³⁴ Grunden togs i *traditio*, det fysiska överlämnandet av saken vilket var ett enkelt och påvisbart tillfälle för äganderättens övergång mellan parterna. I de flesta fall, så som vid kontantköp i butik, var traditionsprincipen, då som nu, både naturlig och lättbegriplig.³⁵

Eftersom den romerska rätten haft stor påverkan på de olika kontinentaleuropeiska rättsordningarna, såväl som på den svenska rättsordningen, är det naturligt att det romerska kravet på besittningsövergång så småningom kom att göra sig gällande även i Sverige. Det skulle dock dröja nästan 1500 år från kejsar Diocletianus konstitution. Hur tvisten mellan köparens och säljarens borgenärer reglerades under den svenska medeltiden är oklart. I litteraturen

³¹ Göranson, s 235.

³² NJA 1985 s 159 samt Lindskog, JT 1991-92 s 275.

³³ Göranson, s 37. Det latinska citatet lyder ”Genom tradition och hävd, icke genom blotta avtalet, överförs äganderätt till saker” i svensk översättning.

³⁴ A a s 235 och s 37.

³⁵ A a s 37 f.

återfinns argument för traditionskrav såväl som för sakrättsligt skydd redan genom avtalets ingående.³⁶

Under 1600-talet vann den mer lättbegripliga avtalsprincipen företräde framför den mer svårförståeliga traditionsprincipen. Spåren återfinns i lagförslag så tidigt som 1634 och har sin grund i Grotius och den rationalistiska naturrättens ståndpunkt att köparen skulle ges full äganderätt redan genom *avtalet*.³⁷

I 1734 års lag fanns det inget klart uttalande om vilken av de sakrättsliga principerna som skulle gälla. I förarbetsmaterial till lagen återfinns dock argument till stöd för att avtalsprincipen skall anses gällande.³⁸ Som ytterligare stöd för avtalsprincipen har även tvesaluparagrafen, HB 1:5, anförts, denna ger som bekant förste köparen skydd gentemot andre köparen redan genom avtalet.³⁹ Det är dock osäkert om domstolarna följde det tänkta bruket av avtalsprincipen.

Den första upplagan av lösöreköpsförordningen (1835:25 s. 3), LkF, kom 1835 och genom denna kunde lösöreköparen vinna sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer genom registrering av sitt förvärv. Syftet med denna förordning förefaller ha varit att öka effektiviteten vid exekution genom att göra det svårare för gäldenären att invända att lösöret var överlåtet till tredje man.⁴⁰

LkF från 1835 fungerade inte som det var tänkt varför förordningen reformerades redan 1845.⁴¹ Genom 1845 års LkF skärptes kravet på publicitet betydligt. Bland annat skulle köpehandlingen kungöras i kyrkan på säljarens hemort samt registreras hos olika myndigheter beroende på var säljaren var bosatt.⁴² Förordningen syftade i grunden till att reglera säkerhetsöverlåtelser som inte var pant, vid pantsättning krävdes tradition för att ge panthavaren sakrättsligt skydd. Det är troligt att avtalsprincipen fortfarande användes för omsättningsöverlåtelser.⁴³

³⁶ A a s 237 ff, se särskilt s 240 & 244.

³⁷ A a s 280.

³⁸ A a s 284, där det hänvisas till ett uttalande i Svea Hovrätts remissvar från år 1721.

³⁹ A a s 287.

⁴⁰ Göranson s 320 f, 325, 345 och Håstad (2007) s 1.

⁴¹ Göranson s 325 f.

⁴² A a s 327.

⁴³ A a s 327, jämför dock med Rodhe s 208 där argument mot en sådan tolkning anförts.

I samband med att förordningens tillämpningsområde utökades 1907, från att endast ha omfattat utmätningssituationer till att även omfatta konkurser, infördes en 30 dagars fördröjning innan registreringen enligt LkF blev giltig. Denna fördröjning finns kvar i lagtexten till den nuvarande lagen (1845:50 s 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva, LkL. Syftet med fördröjningen var att tjäna som varningssignal för gäldenärens övriga fordringsägare men den kom samtidigt att fungera som ett slags återvinningsregel.⁴⁴

Det verkliga genombrottet i svensk rätt för traditionsprincipen avseende omsättningsköp kom med rättsfallet NJA 1925 s 130. Målet avsåg separationsrätt till fyra ångvinschar vilka köpts av Vaxholmsvarvet men förvarats av tillverkaren Maritimverken i väntan på att monteras. Under denna tidsperiod gick Maritimverken i konkurs och Vaxholmsvarvet yrkade att få ut de betalda vinscharna från konkursboet. HD nekade, med sparsam motivering, varvet separationsrätt med hänvisning till att kraven i LkL inte uppfyllts. En mer tveksam förklaring till utgången i målet kan ha varit att vinscharna inte märkts eller på annat sätt individualiserats för köparens räkning.⁴⁵ Det genom 1925 års fall uppställda traditionskravet har senare bekräftats av HD bland annat i NJA 1975 s 638 och i NJA 1997 s 660. I det senare fallet uttalar HD att traditionsprincipen är så fast förankrad att det knappast kan komma i fråga att överge principen utan stöd av lag. Detta bekräftas av justitierådet Håstad i ett tillägg till domen i Sannäs räkor⁴⁶ i vilket han dock riktar kritik mot traditionsprincipen. Grunden för kritiken finns i det faktum att han anser att traditionsprincipens ”förmodade” syften kan tillgodoses genom andra rättsliga institut än genom nämnda princip då ”exekutionsrätten utvecklats” sedan början av 1800-talet. Han framhåller utsökningsbalkens presumtionsregler och återvinningsreglerna som alternativ till traditionsprincipen. Vidare menar Håstad att det är ”frapperande att omsättningsköpare i praktiskt taget alla andra länder än Sverige kan få skydd mot säljarens borgenärer” genom avtalet samt att detta inte förefaller leda till fler tvister än i Sverige.

⁴⁴ Göranson s 353.

⁴⁵ A a s 371.

⁴⁶ T 1657-06.

Trots att traditionsprincipen utsatts för kritik anses den fastlagd i praxis och har tillmätts stor självständig betydelse av HD. Därför skulle enbart ett upphävande av LkL varifrån lagstodet för principen genom en motsatstolkning hämtas, troligen inte innebära att principen avskaffades.⁴⁷

4.2 Dagens traditionsprincip

En fråga som aktualiseras i samband med traditionsprincipen är vilka krav som ställs för att en sak skall anses traderad mellan parterna. Grunden för principen är kravet på ett fysiskt överlämnande av saken. Den avgörande frågan är dock om det numer krävs att köparen/pantavaren fått saken i sin besittning eller om det räcker att säljaren/pantsättaren avskurits från rådighet över saken.

I viss lagtext som behandlar sakrättsligt skydd genom tradition, exempelvis Lag (1936:81) om skuldebrev (SkbrL) 22 § – ”fått handlingen i sin besittning” – och HB 10:1 – ”panten i händer får” –, verkar kravet vara att köpare eller pantavare tagit saken i besittning.⁴⁸ Argument har dock förts fram på flera ställen för att rådighetsavskärande hos överlåtaren skall vara tillräckligt för att sakrättsligt skydd skall uppnås, mer om detta nedan.⁴⁹

Vad gäller besittningstagandet har detta behandlats av HD i ett antal rättsfall. Bland annat i NJA 1975 s 638 där köparen av en husvagn hade kopplat denna till sin bil och företagit en provtur. Vagnen hade därefter, enligt överenskommelse vid köpet, återlämnats till säljaren för förvaring och reparation. Det kortvariga besittningstagandet, i kombination med det överenskomna återlämnandet, ansågs av HD inte tillräckligt för att uppfylla traditionskravet. När det varit fråga om säkerhetsöverlåtelser har kortvarigt besittningstagande underkänts när det redan från början varit överenskommet att saken inom kort skulle återgå i överlåtarens besittning.⁵⁰

Rådighetsavskärande hos överlåtaren är som nämnts en annan viktig faktor för traditionens fullbordande, vilken också har behandlats av HD. Rådighetsavskärandet kan ses ur två perspektiv; rättsligt respektive faktiskt

⁴⁷ Millqvist s 113 och Håstad s 220.

⁴⁸ Myrdal s 82 och Håstad s 288.

⁴⁹ Myrdal s 82, Helander s 435, Hessler s 241 och Lindskog s 275 ff.

⁵⁰ Se NJA 1925 s 535 och NJA 1934 s 193, se Håstad s 224.

rådighetsavskärande.⁵¹ Det rättsliga rådighetsavskärandet innebär att överlåtaren efter att ha ingått överlåtelse- eller pantsättningsavtal inte längre får lov att förfoga över saken som tidigare.⁵² Innebörden av kravet på faktiskt rådighetsavskärande är helt enkelt att överlåtaren skall vara förhindrad att fysiskt förfoga över saken. I avsnitt 4.2.1 problematiseras förhållandet rådighet och rådighetsavskärande ytterligare.

I NJA 1956 s 485 ansågs pantsättarens rådighet över panten – spannmål i en silo – tillräckligt avskuren genom att panthavaren anbringat egna hänglås på silons bottenluckor genom vilka spannmålet normalt utlastades. Det faktum att pantsättaren på egen hand kunde tömma silon genom påfyllningsluckan på silons tak ansågs inte påverka panthavarens sakrättsliga skydd eftersom detta var ett onormalt, dyrt och besvärligt sätt att förfoga över silons innehåll. Trots att det pantsatta innehållet i silocellerna de facto minskade fick banken skydd för sin panträtt.

I NJA 1996 s 52 där ett löpande skuldebrev pantsatts och lämnats i öppen depå i en bank lade HD, det i doktrinen framförda, argumentet att rådighetsavskärande bör räcka för sakrättsligt skydd till grund för sitt domslut. Sakrättsligt skydd nekades dock panthavaren eftersom pantsättaren inte blivit avskuren från rådigheten. Det principiella ställningstagandet att rådighetsavskärande hos pantsättaren är tillräckligt för att ge panthavaren sakrättsligt skydd torde dock vara klart.⁵³ Samma principiella ställningstagande, men denna gång rörande en överlåtelse, gjorde HD i NJA 1998 s 379.

Kravet på *rådighetsavskärande* hos överlåtaren men utan krav på besittningstagande hos förvärvaren bör därför anses som den gällande principen för traditionskravets uppfyllnad, vilket också bekräftats i rättsfallet NJA 2000 s 88 - Kinnagarn.⁵⁴

I det nämnda Kinnagarnsfallet gjorde JustR Svensson för egen del ett tillägg till domskälen där han diskuterade huruvida kraven på att panthavaren skall

⁵¹ Håstad 2007 s 7.

⁵² Detta är enligt Myrdal den normala innebörden av överlåtelse-/pantavtal, se s 80 not 267 in fine.

⁵³ Myrdal s 83 och Walin s 83 & 89. Jämför dock Millqvist s 150 som inte anser att läget är lika klart.

⁵⁴ Myrdal s 84.

erhålla självständig rådighet respektive publicitet bör upprätthållas. Det förra betraktar Svensson som omöjligt att upprätthålla då det ”måste stå en pantavare fritt att avstå från möjlighet att ensidigt realisera panten utan att det sakrättsliga skyddet går förlorat”. Angående det senare menar han dock att publiciteten fortfarande är av betydelse. Vid närståendetransaktioner, till exempel då ett bolag lånar pengar av dess enda styrelseledamot och aktieägare mot säkerhet i bolaget, menar Svensson att publicitetskravet tillgodoses genom kraven i årsredovisningslagen (ÅRL). Detta då ÅRL stadgar att ställda säkerheter skall tas upp inom linjen i bolagets balansräkning (3:1) samt att samtliga säkerheter som ställts för skuldposter i balansräkningen måste anges med uppgift om dess art och form (5:11).

Millqvist menar angående Svenssons resonemang om att sakrättsligt skydd skall kunna uppstå genom offentliggörandet (publiciteten) av bokföringen att tanken ”är sympatisk i den meningen att det skapar flexibilitet i systemet utan ett helt uppgivande av kravet på ordning och reda och kontroll då borgenärsintressena bryts mot varandra exempelvis i ett konkursförfarande”. Dock förhåller han sig tveksam till effektiviteten av ett dylikt system då ”konsten” att manipulera bokföring har utvecklats under lång tid. Detta talar enligt Millqvist för att det är troligt att manipulation skulle komma att tillgripas för att rädda undan egendom inför förestående konkursförfarande.

Svenssons resonemang tycks bygga på tanken att en skentransaktion inte kommer att utsättas för den risk för granskning som publikationen utgör. Eftersom publikation av årsredovisningar sker med fördröjning skulle det här snarast vara fråga om att ”läka” en sakrättsligt oskyddad transaktion med tiden. Frågan är vilken sakrättslig relevans sådan ”läkning” skall ha. Antingen leder en korrekt utförd rättshandling till sakrättsligt skydd för förvärvaren eller så gör den det inte. Något utrymme för läkning över tid har traditionellt sett inte givits i svensk sakrätt.

Avslutningsvis kan man i denna del konstatera att traditionskravet är ett formellt krav som måste vara uppfyllt för erhållande av sakrättsligt skydd exempelvis vid en konkurs. Tilläggas kan att HD tidigare intagit en tämligen passiv roll avseende förändring av traditionsprincipen mot en mer ändamålsinriktad tillämpning. I NJA 1997 s 660 uttalade HD, som ovan nämnts, att ”[t]raditionsprincipen får anses vara så fast förankrad i svensk rätt att det

knappast kan komma i fråga att helt eller delvis överge principen utan stöd av lag”. Frågan är dock om detta förhållningssätt håller på att förändras. Detta kommer att diskuteras nedan i analysen.

4.2.1 Närmare om rådighet och avskuren rådighet

Som ovan framkommit innebär senare tids praxis att frågan om huruvida överlåtaren har frånhänts rådigheten varit central för att avgöra om en transaktion skall få sakrättsligt skydd eller ej. Vid en första anblick kan det förefalla uppenbart vad som avses med rådighet i sakrättsliga spörsmål. Den som överlåter (pansätter) egendom ska inte längre kunna råda över egendomen. Skrapar man på ytan framstår dock frågan om rådighetsavskärning mer problematisk. Det saknas en klar definition av begreppet rådighet och dess innebörd vilket i förlängningen kan leda till osäkerhet i tillämpningen.

Rådighetsbegreppet (inklusive avskärning av rådigheten) är ett intensivt diskuterat begrepp i senare tids sakrättsdebatt. Även HD har noterat diskussionen, dock utan att närmare klargöra vad som skall förstås som rådighet. Här kan anföras att HD i NJA 2007 s 413 yttrade att det i ett flertal rättsfall varit av central betydelse för avgörandet av huruvida sakrättsligt skydd skall tillerkännas en transaktion om överlåtarens (pansättarens) rådighet ansetts avskuren. Därefter konstaterade HD att ”det inte är alldeles klart om med rådighet avses främst överlåtarens eller pansättarens möjlighet att själv få tillgång till egendomen eller främst dennes möjlighet att genomföra en ny överlåtelse eller pansättning”. Således kan konstateras att rådigheten är ett tämligen komplext begrepp och syftet med denna del är att redogöra för hur begreppet uppfattats i senare tids doktrin.

Myrdal har i sin avhandling (till vilken HD hänvisade i NJA 2007 s 413) gjort ett försök att förstå och förklara begreppet rådighet (och rådighetsavskärning).⁵⁵ Här går Myrdal igenom fyra potentiella delar av rådighet. För det första den så kallade *förfogandelegitimationen*, det vill säga överlåtarens möjlighet att på nytt överlåta (dubbeldisponera) egendomen. För det andra, i fall då överlåtelsen avser en fordran, gäldenärens möjlighet att betala med befriande verkan till överlåtaren (*överlåtarens betalningslegitimation*). För det tredje, när egendomen är en lös sak som finns hos tredje man, dennes möjlighet att med befriande verkan överlämna

⁵⁵ Se särskilt Myrdal, kapitel 3.

egendomen till överlåtaren (*överlåtarens mottagandelegitimation*). Slutligen, för det fjärde överlåtarens möjlighet att bruka den överlåtna egendomen.

Myrdal menar att för att syftet med de sakrättsliga momenten (vilka han konstaterar primärt är motverkande av sken- och efterhandskonstruktioner) bäst skall tillgodoses bör rådighetsavskärandet främst ta sikte på de tre senare momenten, dvs. betalningslegitimationen, mottagandelegitimationen och möjligheten för överlåtaren att bruka egendomen. Detta då det ”typiskt sett inte [är] lika lockande att inför ett möjligt obestånd skenöverlåta/-pantsätta sin bil om den måste traderas och därför inte längre kan brukas” och på motsvarande sätt ”innebär det typiskt sett ett slags uppoffring att inte längre kunna få betalt av gäldenären [...] (avskuren betalningslegitimation) eller att inte kunna hämta ut en skenöverlåten/-pantsatt bil hos tredje man (avskuren mottagandelegitimation)”.

Däremot hävdar Myrdal angående förfogandelegitimationen att ett avskärande av denna är av ringa betydelse för borgenärsbedrägerier och därmed bör den kunna bortses från. Som stöd för detta resonemang anför Myrdal att ”den som skenhandlar har typiskt sett ingen avsikt att dubbeldisponera och, omvänt, varför skenhandla om man avser att dubbeldisponera?”

Mellqvist ifrågasätter i en recension av Myrdals avhandling om den uppdelning som Myrdal gör verkligen har någon reell betydelse i ett principiellt perspektiv. Han menar att begreppet rådighet har en allmänspråkligt vid betydelse och att detsamma gäller när rådighetsbegreppet används inom juridiken. Mellqvists slutsats i denna del blir därför att kravet på rådighetsavskärande rent generellt utan undantag tar sikte på samtliga de situationer som det allmänna språkbruket ger såsom exempelvis att använda, förstöra, sälja eller pantsätta egendomen. Däremot menar Mellqvist att det i det enskilda fallet kan vara naturligt att fokusera på någon del av kravet på rådighetsavskärande. Detta då det vanligen är klart att rådigheten är avskuren i alla bemärkelser utom en. ”Det gäller alltså att hålla isär å ena sidan *principen som sådan* och å den andra *tillämpningen av principen*.”⁵⁶

Millqvist hävdar i sin analys av NJA 2007 s 413 att avskuren rådighet kan avse endera legitimationen. Han menar att domskälen i det aktuella fallet inte tar

⁵⁶ Mellqvist JT 2002/2003 s 711.

ställning på sådant sätt att det går att avfärda någondera legitimationen som irrelevant.⁵⁷

Lindskog gör i en debattartikel en annan uppdelning av rådighetsavskärande. Han menar att det innebär att överlåtaren skall ha beskurits möjligheten att rättsligt förfoga över egendomen. Detta ligger enligt Lindskog ”immanent redan i det mellan A och B träffade avtalet”.⁵⁸ Vidare menar Lindskog att vad kravet på rådighetsavskärande i praktiken gäller är överlåtarens faktiska möjlighet att förfoga över egendomen. Det räcker således inte med att överlåtaren har betagits sin rätt att förfoga över egendomen. ”Han skall också ha betagits skenet av rådighet”.⁵⁹ Lindskog ifrågasätter det rimliga i att koppla samman förvärvarens borgenärsskydd med överlåtarens rådighetssken. ”Detta sken har ju knappast kunnat inge [överlåtarens] borgenärer några berättigade förväntningar med avseende på [överlåtarens] förmögenhetsställning.” Vidare menar Lindskog att inte heller kan ”något [förvärvarens] risktagande med avseende på möjligheten av att det köpta blir indraget i [överlåtarens] konkurs anföras som skäl för att avskuret rådighetssken utgör en förutsättning för borgenärsskydd; om avskuret rådighetssken ej krävdes för borgenärsskydd förelåg ju inget risktagande.”⁶⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att synen på rådighet och rådighetsavskärande skiftar i doktrinen. Inte heller tycks HD vilja ta klar ställning i vad som kan sägas innefattas i kravet på rådighetsavskärande. Av det ovan citerade uttalandet i NJA 2007 s 413 (samt det faktum att man hänvisar till Myrdals framställning) framstår det snarast som att HD vill undvika att fastslå en princip som man senare tvingas förändra.

4.3 Traditionsprincipens övriga sakrättsliga moment

Även de sakrättsliga moment som behandlas i detta avsnitt brukar systematiskt anses som ett utflöde av traditionsprincipen.

⁵⁷ Millqvist (Pointlex) menar att fallet endast berörde frågan om mottagande- respektive förfogandelegitimation eftersom det inte rörde sig om skuldebrev eller fordran men att i fall då betalningslegitimationen aktualiseras inte heller denna kan avfärdas.

⁵⁸ Lindskog s 276.

⁵⁹ A a s 277.

⁶⁰ A st.

4.3.1 Registrering

I vissa, särskilt reglerade, fall kan en köpare ges sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer trots att varan finns kvar i säljarens besittning. Detta gäller bland annat i de fall då parterna följer reglerna i LkL. I de fallen ges köparen sakrättsligt skydd gentemot säljarens borgenärer när trettio dagar förflutit från den obligatoriska registreringen.⁶¹ Kravet på registrering i kombination med tidsfristens förlöpande är ett materiellt krav vilket är frikopplat från bedömningen huruvida en verklig överlåtelse ägt rum. Detta innebär att så länge de materiella kraven inte uppfyllts får inte förvärvaren sakrättsligt skydd även om han, bortom allt rimligt tvivel, kan styrka att en verklig överlåtelse ägt rum. Genom att medvetet frikoppla de materiella kraven från den bakomliggande transaktionen uppnås fördelen att domstolarna kommer undan svåra bevisvärderingar rörande transaktionens genomförande.⁶²

Dessutom finns vissa specialreglerade områden, exempelvis rörande skepp, fartyg större än 12 meters längd och fyra meters bredd, och flygplan. För skeppsförvärv gäller att sakrättsligt skydd uppnås genom ansökan om registrering av förvärvet. Reglerna rörande registrering av skeppsförvärv återfinns i sjölagen 2:9. Vid förvärv av båtar, det vill säga fartyg som är mindre än skepp, finns inget registreringskrav och det sakrättsliga momentet är således tradition av båten. För den som låter bygga en båt hos ett varv finns dock en möjlighet att registrera en eventuell förskottsbetalning. Denna möjlighet regleras i en särskild lag om båtbyggnadsförskott och det är Stockholms tingsrätt som sköter registreringen. Konsekvensen av att registrera förskottet är att beställaren får förmånsrätt enligt förmånsrättslagens 4 § 4 p, det rör sig således inte om någon egentlig separationsrätt även om det handlar om säkerhet i det inköpta byggnadsmaterialet.⁶³

Genom registrering upplåts även panträtt i patent, patentansökningar, varumärken och varumärkesansökningar.⁶⁴

⁶¹ Se lag (1845:50 s1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva.

⁶² Håstad (2007) s 1.

⁶³ Lag (1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott.

⁶⁴ Se 12 kap Patentlagen (1967:837) respektive Varumärkeslagen (1960:644) 34 a-j §§.

Det skall dock sägas att registrering i bilregistret inte ansetts ge förvärvaren sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. I NJA 1975 s 638 hade förvärvaren av en husvagn i bilregistret införts som ägare, han hade dessutom en nyckel till vagnen och lät sina arbetskamrater övernatta i densamma. Detta ansågs inte tillräckligt för att sakrättsligt skydd skulle uppkomma då husvagnen lämnats kvar i överlåtarens besittning. HD uttryckte att åtgärderna ”icke anses vara av den beskaffenhet att igenom dem med tillräcklig tydlighet blivit ådagalagt, att [överlåtare] ej längre ägde förfoga över vagnen.”

4.3.2 Denuntiation

Det sakrättsliga momentet denuntiation aktualiseras främst vid förvärv av enkla fordringar och av varor som vid förvärvstillfället befinner sig hos tredje man. I dessa fall krävs inte att förvärvaren får det köpta i sin hand; vid enkla fordringar finns ofta ingen sak som är möjlig att tradera fysiskt, det enkla skuldebrevet är som bekant inte bärare av själva fordringen.⁶⁵ Istället krävs alltså att gäldenären denuntieras om överlåtelsen (eller pantsättningen, enligt 10§ SkbrL). Lagstödet för denuntiationskravet finns i 29 § SkbrL som stadgar att ”överlåtelsen ej [är] gällande mot [överlåtarens] borgenärer, med mindre gäldenären om åtgärden underrättats av överlåtare eller den till vilken överlåtelsen skett”. Två krav gör sig således gällande för att denuntiationen skall ge transaktionen sakrättslig verkan.

För det första krävs *underrättelse* vilken endast kan genomföras av överlåtare och förvärvaren. Försätts gäldenären i ond tro om överlåtelsen på annat sätt kan han förvisso inte betala till överlåtare med befriande verkan enligt 29 § SkbrL men förvärvaren uppnår inte skydd från överlåtarens borgenärer.⁶⁶

För det andra krävs att gäldenären underrättats om *åtgärden*. Innebörden härav är, enligt rättspraxis, att det är just det faktum att överlåtelse (eller pantsättning) skett som skall meddelas gäldenären. Endast meddelande om att betalning skall ske till förvärvaren har inte ansetts tillräckligt men i övrigt har praxis inte varit

⁶⁵ Mellqvist & Persson s 116.

⁶⁶ A a s 198.

alltför formalistisk då det räckt att gäldenären förstått att det varit fråga om överlåtelse (eller pantsättning).⁶⁷

Vad gäller denuntiationskravet för lösöre motiveras detta av att det ofta är praktiskt att en vara får förbli hos tredje man trots ett ägarbyte. Så är exempelvis fallet med varor som är inlämnade för reparation eller till vilka den tredje mannen har nyttjanderätt.⁶⁸ Avseende överlåtelse av varor som både före och efter förvärvet finns i tredje mans besittning gäller, i enlighet med NJA 1949 s 164, att köparen är skyddad om han eller säljaren underrättar besittaren om försäljningen.

Frågan om vilka krav som egentligen ställs på denuntiationens innehåll behandlades i NJA 1995 s 367. I fallet skulle den leasetagare som hade varan i sin besittning även fortsättningsvis betala avgifterna till finansbolaget Obligentia som var överlåtare. Domstolen uttalade att denuntiationen tydligt meddelat leasetagaren att egendomen överlåtits och förvärvaren vid varje tidpunkt kunde meddela leasetagaren att han i fortsättningen skulle prestera till förvärvaren själv. Därför skulle det vara av mindre vikt att leasetagaren under tiden skulle betala till överlåtaren som därigenom fick ett visst sken av rådighet.

Det finns således en tydlig koppling till kraven i 31 § SkbrL som nyss beskrivits. En skillnad i förhållande till SkbrL är dock att det finns ett formkrav när saken skall pantsättas (vilket alltså inte gäller vid överlåtelse). Detta krav följer av lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehas av tredje man. Formkravet innebär att panthavaren, vid denuntiation av tredje man, måste förete skriftlig handling där panträtt utfästs.

4.4 Traditionsprincipen i närståendeförhållanden - praxis

I detta avsnitt kommer en genomgång av ett antal rättsfall att göras för att på så sätt studera hur närståendetransaktioner behandlats i praxis.

4.4.1 Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare

Fyra rättsfall avseende transaktioner mellan bolaget och dess företrädare behandlas här. Dels två rättsfall från HD där transaktionerna gavs sakrättsligt skydd och dels två hovrättsfall där sakrättsligt skydd inte medgavs.

⁶⁷ A a 198 f, med hänvisningar till rättspraxis och Håstad s 257 f.

⁶⁸ Håstad s 66.

4.4.1.1 NJA 1958 s 422

I rättsfallet NJA 1958 s 422 hade pantsatta förlagsbevis av misstag återkommit i pantsättarens besittning och frågan var om detta innebar att panträtten skulle anses upphöra.

Panthavaren i fallet var VD i det pantsättande bolaget och lånade 1951 ut 200 000 kronor mot pant i förlagsbevis vilka VD tog i besittning och förvarade i sitt privata bankfack. 1953 byttes förlagsbeviset mot 20 nya förlagsbevis med sämre rätt, även dessa kom att förvaras i bankfacket. I samband med VD:s bodelning hämtades förlagsbevisen ur bankfacket och presenterades för den advokat som handlade bodelningen. Advokaten återlämnade sedan förlagsbevisen till det pantsättande bolaget istället för till VD som var panthavare. Av misstag, och utan VD:s kännedom, kom förlagsbevisen att placeras i bolagets kassaskåp. Bolaget gick senare i konkurs och det var först efter konkursen som VD fick vetskap om att handlingarna lämnats till bolaget och placerats i kassaskåpet. Konkursförvaltaren hävdade att tradition av förlagsbevisen inte hade fullbordats och att någon panträtt till förmån för VD:s fordran inte uppkommit.

Högsta domstolen slog dock fast att panträtten skulle anses bestå. Detta grundades på att breven ursprungligen överlämnats för förvaring i VD:s privata bankfack, att det var av misstag de kommit att placeras i bolagets bankfack och att VD inte fått kännedom om detta misstag förrän efter att konkursen var ett faktum.

4.4.1.2 RH 1990:116

I RH 1990:116 hävdade en bolagsföreträdare – Peter Z – att han köpt en segelbåt av det bolag som han ägde. Svea hovrätt konstaterade först att det som huvudregel krävs besittningsövergång för sakrättsligt skydd och att en sådan besittningsövergång skall anses föreligga när säljarens rådighet är avskuren. Eftersom Peter Z var ensam företrädare för bolaget var det enligt hovrättens synsätt omöjligt att avskära bolagets rådighet över båten genom att överföra besittningen till Peter Z. Något sakrättsligt skydd hade således inte uppstått.

4.4.1.3 RIC 50/93

I fallet RIC 50/93 hade Bert M överlåtit rätten att uppbära royalties från STIM till ett av honom helägt aktiebolag. Frågan var om denna överlåtelse skulle anses sakrättsligt skyddad gentemot Bert M:s borgenärer. Hovrätten över Skåne och

Blekinge uttalade att eftersom det inte visats att bolaget erlagt vederlag för överlåtelsen och Bert M själv i egenskap av ensam företrädare för bolaget fortfarande förfogade över tillgångarna speglade avtalet ingen egentlig partsavsikt. Detta innebar enligt hovrätten att avtalet inte ens var bindande mellan parterna på det sätt som anförts, således kunde avtalet inte heller ge bolaget sakrättsligt skydd mot Bert M:s borgenärer.

4.4.1.4 NJA 2000 s 88

I NJA 2000 s 88 – Kinnagarn – behandlade HD frågan om pantens giltighet vid pantsättning från ett bolag till dess företrädare. Ronny B som var ensam aktieägare och en av tre styrelseledamöter samt firmatecknare, hade en fordran på bolaget. Som säkerhet för denna fordran upplät bolaget företagshypotek. Den som fattade beslut om denna säkerhet var Christer B som var en av övriga styrelseledamöter och även han firmatecknare. Ronny B antecknades som innehavare av företagshypoteksbrevet i företagsinteckningsregistret och förvarade brevet i ett vapenskåp i sitt hem.

HD sade i sin dom att "[d]en omständigheten att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum". Man menade vidare att detta i synnerhet gäller när företrädaren som tar emot panten är den avsedde panthavaren vilken har en fordran mot bolaget, och inte endast uppträder som företrädare för den egentlige panthavaren. I sådana fall skall enligt HD bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten. HD konstaterade att nämnda omständigheter i fallet var för handen och att sakrättsligt giltig pantsättning därför hade företagits. Som visats lade HD i sin dom fokus på att pantsättarens rådighet skulle vara avskuren.

4.4.2 Transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare

Avseende transaktioner mellan juridiska personer med gemensam företrädare behandlas tre rättsfall från HD.

4.4.2.1 NJA 1972 s 246

I NJA 1972 s 246 var det fråga om huruvida pantsättning mellan två juridiska personer med gemensam företrädare skulle anses giltig.

Ett byggbolag hade till en stiftelse pantsatt inteckningshandlingar som säkerhet för en förskottsbetalning. Bengtsson som omhändertog inteckningshandlingarna för stiftelsens räkning var samtidigt ledande befattningshavare i byggbolaget. När byggbolaget gick i konkurs åberopade stiftelsen panträtt i inteckningshandlingarna som grund för förmånsrätt avseende den uppkomna fordringen.

Högsta domstolen ansåg inte laga panträtt ha uppkommit i fallet. Denna slutsats grundades i att Bengtsson var företrädare för båda parterna. Så länge han omhänderhaft inteckningshandlingarna ansåg domstolen att bolaget, oavsett Bengtssons avsikt att hålla dessa avskilda för stiftelsens räkning, haft kvar rådigheten över dessa.

4.4.2.2 NJA 2007 s 413

Frågan om rådighetsavskärande i närståendetransaktioner har även aktualiserats i ett nyligen avgjort rättsfall, NJA 2007 s 413, där Högsta domstolen kom till en annan slutsats än i 1972 års fall.

Fallet gällde en inkråmsöverlåtelse från ett aktiebolag till ett annat. Bolagen hade haft en gemensam företrädare och fråga uppstod därvid om sakrättsligt skydd kunde uppnås. I skälen tog HD hänsyn till både frågan om huruvida rådigheten kunde anses avskuren och vilka krav som kan ställas på att överlåtelsen skall vara tydlig för tredje man.

Omständigheterna i sak var följande. V AB bedrev handel med bilar och var återförsäljare åt B AB. V AB hade enligt en lagakraftvunnen tredskodom skulder till B AB. V AB överlät inkråmet och firman till NV AB för en summa som motsvarade det uppskattade marknadsvärdet och betalning skulle ske genom dels kontant betalning av den del som inte motsvarade V AB:s kortfristiga skulder och dels övertagande av nämnda kortfristiga skulder. I den förteckning som upprättades över de kortfristiga skulderna återfanns inte skulderna till B AB, åtminstone inte i den utsträckning som framgick av tredskodomen.

Överlåtelsen undertecknades 25 januari 2006 för V AB:s räkning av MF i egenskap av ende styrelseledamot och ende firmatecknare för bolaget. För NV AB:s räkning undertecknades överlåtelseavtalet av MF:s mor som var firmatecknare och enda styrelseledamot där. MF var dock styrelsesuppleant, anställd och hade dessutom firmateckningsrätt i NV AB.

Efter ansökan av B AB:s konkursbo 31 augusti 2006 beslutades det om kvarstad i ett antal bilar som ingick i inkråmsöverlåtelsen. Dessa befann sig vid tiden för detta beslut i NV AB:s lokaler (andra än V AB:s lokaler), NV AB stod antecknade som ägare i bilregistret och de fanns upptagna i NV AB:s bokföring. NV AB överklagade kvarstadsbeslutet utan framgång i tingsrätt och hovrätt. Det var detta beslut som sedermera ledde till prövningstillstånd i HD. Emedan rättegången fortskred försattes NV AB i konkurs. Också V AB försattes i konkurs. Detta innebar enligt HD, när frågan om verkställighet av den beslutade kvarstaden skulle avgöras, att målet var desert enligt UB:s regler. Detta då dels kvarstadsbeslutet förfallit och dels att verkställighetsbeslut inte ger särskild förmånsrätt i konkurs.

Efter att ha konstaterat att målet var desert fastslog HD att man ändå var tvungen att ta hänsyn till verkställighetsbeslutets ursprungliga berättigande för att kunna fördela rättegångskostnaderna i HD. Svaret på frågan om verkställighetsbeslutets berättigande var enligt HD:s avgörande avhängig huruvida inkråmsöverlåtelsen skulle anses sakrättsligt giltig eller inte.

HD inledde skälen med att konstatera att inkråmsöverlåtelser i sig är ett vanligt förfarande vilket kan försvaras med att det dels ger det förvärvande bolaget bättre soliditet då det inte belastas med skulder som överstiger inkråmets värde och dels att det, så länge köpeskillingen motsvarar vad som kan förväntas av en exekutiv auktion, inte försämrar läget för det överlåtande bolagets borgenärer.

Den fråga som är av störst intresse för denna uppsats är dock frågan om huruvida inkråmsöverlåtelsen uppnått sakrättsligt skydd eller ej. I denna del inledde HD med att konstatera att traditionsprincipen och registrering enligt LkL är de, för överlåtelse av lösöre, tillämpliga sakrättsliga momenten. Därefter fastslog man att fordonen vid kvarstadsbeslutet befann sig i en annan lokal än där V AB bedrivit sin verksamhet vilket enligt HD i normalfallet konstituerar sakrättsligt skydd.

Frågan som HD skulle besvara i detta fall var dock om detta även gäller när avtalsparterna har en gemensam representant. För att besvara detta inventerade HD tidigare praxis på området och fann att det ansetts erforderligt att överlåtaren fränhänts rådigheten till den överlåtna egendomen. Man tog hänsyn till NJA 1972 s 246 (se ovan) i vilket HD fastslagit att sakrättsligt giltig pantsättning inte kan föreligga när en pant som måste traderas innehas av någon som företräder både

pantsättaren och panthavaren eftersom pantsättaren då inte har frånhänts råddigheten över panten. Också fallet NJA 2000 s 88 behandlades av HD. I det fallet har HD, vilket beskrivits ovan, modifierat resonemanget från 1972 års fall såtillvida att man ansett att råddigheten är tillräckligt avskuren i de fall där den som tagit emot panten är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget. I anledning av detta fall uttalar HD i det nu aktuella fallet att:

Innehavarens behörighet att företräda pantsättaren och hans rent faktiska möjlighet att på nytt förfoga över den pantsatta egendomen till förmån för pantsättaren är således inte i sig tillräckliga omständigheter för att anse att pantsättaren fortfarande kunnat råda över egendomen och att tradition därför inte skett, utan det måste också bedömas om innehavaren haft ett tillräckligt eget intresse av att hålla fast vid transaktionen.

När detta fastslagits tar HD ett nytt grepp i analysen av huruvida sakrättsligt skydd kan uppnås genom att konstatera att:

[S]akrättslig fullbordan [kan] äga rum, även om innehavaren varken är förvärvaren eller panthavaren utan bara en representant för denne men innehavaren i denna egenskap är skyldig att tillvarata förvärvarens eller panthavarens intresse och skulle riskera såväl straffansvar enligt 10 kap. 1 och 5 §§ BrB som skadeståndsansvar om han handlade i strid mot överlåtelsen eller pantsättningen.

Dock menar HD att straffansvaret enligt bestämmelsen om olovligt förfogande i 10 kap. 4 § BrB inte kan vara tillräckligt för att anse råddigheten avskuren för överlåtaren. Detta eftersom alla avtal om överlåtelse eller pantsättning i så fall skulle medföra att råddigheten ansågs avskuren och därmed skulle kraven på besittningsövergång eller registrering vara överflödiga.

HD gjorde avseende råddigheten även en analogi från ABL 2:20 som stadgar att det som inbetalats som aktiekapital är skyddat mot inbetalarens borgenärer när beloppet tillförts bolaget och stiftelseurkunden undertecknats av samtliga firmatecknare. Denna regel gäller även för enmansaktiebolag där ägaren skulle kunna anses ha intresse av att förfoga över bolagets tillgångar för egen räkning och rent faktiskt kan göra det. Trots dessa omständigheter anses alltså inbetalarens

rådighet avskuren. Med stöd i detta menar HD att rådighetsavskärandet inte skall drivas så långt att legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs.

Avseende frågan om huruvida en transaktion måste ha blivit tydlig för utomstående (fått publicitet) för att ha sakrättsligt skydd menar HD med stöd i tidigare praxis (särskilt NJA 1996 s 52) att det kan finnas skäl att i vissa fall göra avsteg från ett sådant krav. Enligt motiveringen menar HD att ett krav på att besittningsövergången inte bara skall ha avskurit överlåtaren från dennes tillgång till egendomen utan även skall tydligt ha ådagalagt att överlåtelsen skett skulle leda för långt och medföra gränsdragningsproblem.

I det aktuella fallet ansågs MF efter överlåtelsen skyldig, i egenskap av representant för NV AB, att iaktta NV AB:s intressen. Det faktum att han rent faktiskt kunnat återlämna fordonen till V AB ansågs inte tillräckligt för att anse att rådigheten inte var avskuren. Mot bakgrund av detta och resonemanget om att publicitet inte krävs i fall som detta kom HD till slutsatsen att NV AB skulle anses ha erhållit sakrättsligt skydd för förvärvet gentemot V AB:s borgenärer.

4.4.2.3 Högsta domstolen mål nr T 1657/06

I HD mål nr T 1657/06⁶⁹ hade ett finansbolag (Elcon A/S) förvärvat en räkpackningslinje från Sannäs räkor AB för att leasa ut denna till Sannäs helägda dotterbolag Havmannen A/S. Ägare till Sannäs var BH som var ensam styrelseledamot och firmatecknare. BH var tillika firmatecknare, samt en av fyra styrelseledamöter, i Havmannen.

I samband med förvärvet transporterades leasingobjektet från Sannäs lokaler i Sverige till Havmannens lokaler i Norge där det monterades upp. Vid monteringen konstaterades att räkpackningslinjen var behäftad med fel och att tillräckliga förberedelser inte heller vidtagits i Havmannens maskinhall. Havmannen reklamerade felet och Sannäs företrädare BH kontaktade därför Elcon och begärde en temporär retur av leasingobjektet för att Sannäs under fyra månader skulle kunna reparera felen och Havmannen skulle ges tid att iordningställa sin maskinhall. För att kunna utföra justeringsarbeten med

⁶⁹ Dom meddelades 11/6 2008.

anledning av reparationerna skulle räkpackningslinjen till viss del tas in i Sannäs produktion.

Elcon godkände returen under förutsättning att tullmyndigheterna särskilt meddelades om den temporära förflyttningen samt att objektet var försäkrat under tiden. Efter att leasingobjektet anlänt till Sannäs och monterats upp försattes Sannäs på egen begäran i konkurs. Frågan i målet var om Elcons förvärv av leasingobjektet uppfyllde de krav som skall ställas för att erhålla sakrättsligt skydd mot konkursborgenärerna.

HD hänvisar i domskälen till omständigheterna i NJA 2007 s 413 och menar att det precis som i det fallet fanns en skyldighet att tillvarata bolagets intressen. Dessutom pekar HD återigen på att det finns ett legitimt behov av att kunna genomföra transaktioner mellan närstående parter. Efter att ha fastslagit detta menar HD att det även här fanns ett sådant straffrättsligt ansvar som i NJA 2007 s 413. Precis som i 2007 års fall ansåg HD att det straffrättsliga ansvaret för den som representerade dotterbolaget innebar att denne hade ett sådant eget intresse av transaktionens bestånd att överlåtarens rådighet skulle anses avskuren. Den avskurna rådigheten leder enligt HD:s resonemang till att traditionskravet skall anses uppfyllt vilket leder till att förvärvaren skall ges sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer.

5 Avtalsprincipen

I motsats till den svenska rättsordningen, där tradition i de flesta fall krävs för sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer, accepterar flera utländska rättsordningar att sakrättsligt skydd uppkommer redan genom avtalet vid köp av individualiserade varor.⁷⁰ Detsamma brukar gälla vid genusköp, om säljaren efter köpet förbundit sig att leverera viss bestämd vara. Ytterligare andra rättsordningar godtar avtalstidpunkten som uppkomst för det sakrättsliga skyddet om säljaren efter avtalet själv bestämt vilken vara som skall levereras och på något sätt manifesterat detta.⁷¹

Vid tillämpning av *avtalsprincipen* finns således inget krav på något, utåt synligt, sakrättsligt moment. Själva avtalet räcker då för att ge förvärvaren sakrättsligt skydd.

I detta kapitel behandlas de fall då sakrättsligt skydd genom avtalet godtagits i svensk rätt, och varför avtalsprincipen accepterats i dessa fall. Vidare görs en kortfattad internationell utblick för att beskriva några utländska rättsordningar.

5.1 Avtalsprincipen i Sverige

I detta avsnitt behandlas ett antal transaktioner där avtalsprincipen, av olika anledningar, redan godtas i svensk rätt.

5.1.1 Konsumentköp

Sedan 2002 gäller enligt konsumentköplagens 49 § att konsumenters köp är gällande mot säljarens borgenärer redan genom avtalet. Något krav på besittningsövergång upprätthålls således inte på området utan avtalet i kombination med specialitet räcker för att skydda köparen. För generiska varor krävs således att varan avskiljs, märks eller att det på annat sätt visas att varan är avsedd för en speciell köpare. I förarbetena diskuteras fördelarna med införandet av avtalsprincipen vid konsumentköp i termer av enkelhet och klarhet. Vidare

⁷⁰ A a s 207.

⁷¹ A st.

nämns även att principen framstår som naturlig för allmänheten samt att den överensstämmer med vad som gäller i flera andra länder.⁷²

5.1.2 Överlåtelse av fast egendom

När det gäller förvärv av fastigheter får köparen skydd mot säljarens borgenärer redan genom avtalet. Besittningen av fast egendom är således helt utan intresse i sakrättsligt avseende. Anledningen till detta är att risken för skentransaktioner rörande fast egendom har ansetts vara mindre än för lös egendom tack vare det uppställda formkravet för överlåtelse av fast egendom.⁷³

Enligt en nyligen meddelad dom från HD⁷⁴ gäller avtalsprincipen även i fall då lösöre genom avtal övergår till att bli fastighets- eller industritillbehör. Detta motiverades av att det annars, i praktiken, skulle bli omöjligt för en förvärvare att uppnå sakrättsligt skydd då lösöre övergår till fastighetstillbehör.

5.1.3 Byggnad på ofri grund

HD har uttalat att det för sakrättsligt giltig pantsättning av en byggnad som står på annans mark, liksom för pantsättning av övrig lös egendom, krävs att panthavaren tar panten i besittning och behåller denna besittning under pantsättningens bestånd.⁷⁵ För sakrättsligt skydd vid överlåtelse av byggnad på ofri grund har HD däremot inte krävt tradition av byggnaden.⁷⁶ Detta innebär att pantsättning av byggnader på ofri grund i praktiken är uteslutet och att säkerhetsställandet istället löses med en säkerhetsöverlåtelse av huset.⁷⁷

Hur pantsättning av byggnader på ofri grund skall kunna möjliggöras har utretts vid ett flertal tillfällen, dock utan att leda till något resultat.⁷⁸

I NJA 1952 s 407 uttalar HD att eftersom LkL inte är tillämplig på byggnader på annans mark, dessa utgör inte lösöre utan fasta saker trots att de inte är

⁷² SOU 1995:11 s 148. Myrdal är dock kritisk till att anföra detta *syfte* som grund för införande av avtalsprincipen vid konsumentköp, se artikeln i JT 03-04 s 478.

⁷³ Grauers s 312 f och Jordabalken 4:1.

⁷⁴ NJA 2007 s 652.

⁷⁵ NJA 1954 s 455.

⁷⁶ NJA 1952 s 407.

⁷⁷ Millqvist s 149.

⁷⁸ A st med hänvisning till prop 2002/03:57 s 32 ff.

fastigheter, är besittningstagandet utan betydelse och skydd måste således uppstå redan genom avtalet.

Hade avtalet inte godtagits som tillräckligt för att ge förvärvaren sakrättsligt skydd hade byggnader på ofri grund, typiskt sett arrenderade sommarstugor, aldrig kunnat tjäna som säkerhet för belåning.⁷⁹

5.1.4 Överlåtelse av immaterialrätt

Vid förvärv av en immaterialrätt, exempelvis ett patent eller en upphovsrätt, kan inte lösöreköpslagen tillämpas. Inte heller finns det någon som kan underrättas som vid ett förvärv av en enkel fordran. Följden av detta är att köparen skyddas mot säljarens borgenärer redan genom avtalet.⁸⁰

5.1.5 Köp på exekutiv auktion

Även i de fall då köparen inropat lösöre på en exekutiv auktion som anordnats av kronofogdemyndigheten gäller att sakrättsligt skydd uppnås genom avtalet.⁸¹

Anledningen till detta är enligt HD:s domskäl i NJA 1985 s 159 att det skulle vara ”helt opraktiskt” att iaktta LkL vid exekutiva auktioner. Om inte sakrättsligt skydd mot förre ägarens borgenärer ansågs uppkomma redan genom avtalet skulle saker som försäljs på exekutiv auktion i en lokal som gäldenären disponerar kunna utmätas och försäljas gång på gång tills köparen transporterat bort godset. Sådan borttransport kan enligt HD inte alltid ske omedelbart, särskilt inte i det praktiskt viktiga fallet att förre ägarens make/maka inropar den utmätta egendomen för att denna skall kvarbliva i det gemensamma hemmet. Vid exekutiv försäljning är heller inte traditionskravet lika starkt då de skäl som brukar anföras för detta – vikten av att skapa klarhet om ägarförhållandena för att försvåra skentransaktioner – tillvaratas redan genom det offentliga förfarandet.⁸²

⁷⁹ Samma upplägg med säkerhetsöverlåtelse fick användas vid byggandet av Hötorgshöghusen i Stockholm innan lagfart och in-teckning i fastigheten hunnit ordnas. Håstad s 311.

⁸⁰ Håstad, Köprätt s 152.

⁸¹ NJA 1985 s 159 och Håstad, Köprätt s 151.

⁸² NJA 1985 s 159 och Håstad s 229.

5.1.6 Överlåtelse av ideell andel i sambesutten egendom

NJA 1998 s 545 ligger till grund för avtalsprincipens införande vid överlåtelse av ideell andel i lösöre som parterna har sambesittning till. Fallet gällde frågan om gåvor av andelar i en segelbåt skulle anses sakrättsligt skyddade då segelbåten hela tiden befann sig i överlåtarens och förvärvarens sambesittning. Domstolen konstaterade att överlåtaren måste ha kvar en andel i den överlåtna egendomen för att avtalsprincipen skall godtas.

Som skäl för att låta avtalet utgöra sakrättsligt moment anförde HD att ett krav på överlåtaren att avstå från sin del av besittningen skulle förhindra eller åtminstone avsevärt försvåra överlåtelse av ideell andel i lösöre även i fall då dessa överlåtelser har ett legitimt syfte. HD konkluderade att skälen för att låta avtalet utgöra sakrättsligt moment vägde över.

Fallet innebar en utveckling av tidigare praxis, i NJA 1987 s 3 ansågs förvärvaren av andel i en travhäst inte få sakrättsligt skydd genom avtalet.⁸³

5.1.7 Sammanfattning

Vid en jämförande studie av de transaktioner vid vilka avtalsprincipen godtagits i svensk rätt finner man att dessa utan större problem kan delas in i huvudsakligen två kategorier där avsteget från traditionsprincipen motiveras på olika sätt.

Den första kategorin kan definieras som transaktioner med lägre risk – det vill säga sådana där risken för skentransaktioner ansetts lägre. Till denna kategori räknas överlåtelse av fast egendom och förvärv på exekutiv auktion. I båda fallen anses risken för skentransaktioner av olika anledningar lägre än i normalfallet.

Den andra kategorin präglas av nödvändighet. För överlåtelse av ideell andel i sambesutten egendom respektive överlåtelse av immaterialrätter gäller att det är tvunget att avtalsprincipen accepteras för att dessa transaktioner skall vinna sakrättsligt skydd.

Konsumentköpen är något av en specialgrupp, vilken motiverats med att det framstår som enkelt och naturligt för konsumenten att vara skyddad mot säljarens borgenärer så fort man köpt en sak. Här är det alltså omtanke om

⁸³ Det finns vissa skillnader mellan NJA 1987 s 3 och NJA 1998 s 545. I det förra fallet var det aldrig fråga om sambesittning då överlåtaren inte hade kvar någon andel.

konsumentkollektivet som fått styra lagstiftningen och inte andra överväganden kring traditionsprincipens vara eller icke-vara.

5.2 Internationell utblick

I detta avsnitt kommer vi kortfattat och översiktligt att redogöra för vad som krävs för borgenärsskydd i några utvalda länder. Syftet är att visa på alternativ till den svenska modellen varför urvalet av länder främst baserats på att de skall ha en annan metod för att hantera borgenärsskyddsspörsmål än den vi har i Sverige. Framställningen tar i första hand sikte på vad som gäller vid överlåtelse av lösöre men hanterar även i förekommande fall problematiken kring distinktionen mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser.

5.2.1 Danmark

Redan överlåtelseavtalet ger köparen sakrättsligt skydd i Danmark, vilket anses framgå av rättspraxis. Detta gäller dock endast vid omsättningsöverlåtelser, och alltså inte vid säkerhetsöverlåtelser där det istället ställs krav på fysisk besittningsövergång. I praxis har distinktionen mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse varit föremål för prövning ett flertal gånger. Danskarna har lyckats hantera denna problematik väl genom att bland annat lägga bevisbördan på den som gör gällande separationsrätt.⁸⁴ För borgenärsskydd vid pantsättning av lösöre krävs besittningsövergång.

5.2.2 Frankrike

För omsättningsöverlåtelser gäller i fransk rätt avtalsprincipen enligt Code civil (1804) art. 1138 och 1583.⁸⁵ Som krav för att fredas från säljarens borgenärer gäller dock att varan är individualiserad. Denna fråga har kommit att bli omstridd i Frankrike. Enligt litteraturen gällde tidigare att individualiseringen sågs som en ömsesidig rättshandling medan det numer torde räcka med uppmärkning eller avskiljande.⁸⁶

Säkerhetsöverlåtelser är inte godkända i fransk rätt och borgenärsskydd vid pantsättning uppnås genom tradition. Enligt Göransson återfinns inte någon

⁸⁴ SOU 1995:11 s 139

⁸⁵ Håstad, Europeisk sakrätt s 748

⁸⁶ SOU 1995:11 s 140

diskussion om problematiken mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse i den franska debatten. Detta förklaras enligt honom troligen av möjligheten att i Frankrike utnyttja institutet återvinning både *i* och *utom*⁸⁷ konkurs (*l'action paulienne*).⁸⁸

5.2.3 England

I England har man gjort en uppdelning såtillvida att man tillämpar både avtalsprincipen och traditionsprincipen beroende på vilken typ av transaktion det är fråga om. Äganderättsövergången är beroende på vad man avtalat om men huvudregeln vid överlåtelse av specificerad lös egendom är avtalsprincipen enligt avsnitt 18.1 i Sale of Goods Act (1979).⁸⁹ Det krävs dessutom också i vissa fall registrering, nämligen när det är fråga om skriftliga avtal. Detta gäller dock inte vid vanliga förvärv ("in the ordinary course of business") ur en köpmans rörelse.⁹⁰

Rörande panträtt gäller att sådan kan åstadkommas genom besittningsförändring (tradition). För säkerhetsöverlåtelse (mortgages) av lösöre är det i praktiken endast bolag som kan genomföra sådana. För att säkerhetsöverlåtelsen skall vara giltig krävs registrering i bolagsregistret inom 21 dagar. Detta krav gäller även för den närliggande säkerhetsrätten charge (bibehållen äganderätt) medan institut som avbetalningsköp och finansiell leasing faller utanför registreringskravet.⁹¹

5.2.4 Tyskland

I Tyskland, liksom i övriga nämnda länder, är äganderättsbegreppet det centrala. Genom äganderätten, som anses vara den fulla sakrätten ges ägaren frihet att disponera och förfoga över egendomen. Detta innefattar inte bara rätten att

⁸⁷ Angående det i svensk rätt näst intill okända institutet återvinning utom konkurs kan sägas att dess uppbyggnad och funktion är likvärdigt med de vanliga svenska återvinningsreglerna. Skillnaden är, som namnet antyder, att borgenärsskadliga transaktioner kan angripas redan innan en obeståndssituation. Institutet återfinns inte bara i fransk rätt utan även i engelsk och tysk rätt. En närmare studie av detta institut faller utanför ramarna för denna uppsats utrymme. För den intresserade hänvisas till Göransson, Återvinning utom konkurs (1989).

⁸⁸ Göransson s 168

⁸⁹ Se van Vliet s 91 f.

⁹⁰ SOU 1995:11 s 140 och Håstad, Europeisk sakrätt s 748

⁹¹ Håstad, Europeisk sakrätt s 748

inneha, konsumera och avyttra egendomen utan också ett skydd mot tredje man. Det senare uppkommer genom den så kallade abstraktionsläran. Innebörden av denna dualistiska lära är att ett sakrättsligt avtal om äganderättsöverlåtelse är abstrakt, fristående från och oavhängigt ett obligationsrättsligt köp-, bytes- eller gåvoavtal. I samband med att någon av de sist nämnda avtalstyperna ingås så ingås alltså ett sakrättsligt avtal.⁹²

Enligt huvudregeln i § 929 BGB krävs besittningsövergång men enligt ett undantag i § 930 BGB räcker att det avtalas att säljaren fortsättningsvis skall besitta egendomen för förvärvarens räkning (så kallad *constitutum possessorium*) för att han senare skall medges skydd mot säljarens borgenärer. Angående avtalet om *constitutum possessorium* krävs inte att det föreligger ett faktiskt avtal, det kan räcka att detta anses underförstått.⁹³

Säkerhetsöverlåtelser är tillåtna och följer i stort samma regler gäller som för omsättningsöverlåtelser.⁹⁴ Enligt Göransson finns det, då man som i Tyskland tillåter formlösa underpantsättningar, inte någon större anledning att bekymra sig över gränsdragningen mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser.⁹⁵

5.2.5 Sammanfattning

Som synes innebär även ett tillämpande av avtalsprincipen, i likhet med ett tillämpande av traditionsprincipen, att det i vissa fall blir nödvändigt att tillämpa specialreglering. Skillnaden är dock att motivet till specialregleringen inte är att möjliggöra transaktioner i närståendeförhållanden utan att få dessa att gå åter i de fall då de varit illegitima.

⁹² Göransson s 107 ff.

⁹³ A a s 116 ff.

⁹⁴ SOU 1995:11 s 140.

⁹⁵ Göransson s 122.

6 Andra närliggande regler

I det här kapitlet behandlas regler vilka ligger utanför själva sakrätten men som ändå får viss betydelse i de situationer då de sakrättsliga reglerna aktualiseras.

6.1 Aktiebolagslagens kapitalskyddsregler

Borgenärsskyddet i aktiebolagslagen är uppbyggt av de regler som syftar till att bevara aktiebolagets egna kapital intakt.⁹⁶ Bortsett från att kapitalet kan förbrukas genom förlustaffärer kan bolagets egna kapital minskas genom värdeöverföring från bolaget. Med begreppet värdeöverföring avses, enligt ABL 17:1, vinstutdelning; förvärv av egna aktier; minskning av aktiekapital eller reservfond för återbetalning till aktieägarna samt annan affärshändelse som innebär att bolagets förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

De tre första slagen av värdeöverföringar kan definieras som formenliga då de regleras i ABL. Den typ av vinstutdelning som avses i ABL 17:1 är den öppna och formenliga vinstutdelningen så som den regleras i 18 kap ABL. Förtäckta vinstutdelningar faller med denna indelning in under definitionen ”annan affärshändelse” i 17:1 p 4.⁹⁷

Gränsen för vad som får överföras från bolaget utgörs av den så kallade *beloppsspärren* och *försiktighetsregeln* i ABL 17:3. Beloppsspärren stadgar att en värdeöverföring inte får inkräkta på bolagets bundna egna kapital. Även om värdeöverföringen är mindre än det fria egna kapitalet måste den anses försvarlig med hänsyn till de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på det egna kapitalet samt med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.⁹⁸

En formenlig värdeöverföring som överstiger beloppsspärren skall återbäras till bolaget om mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen var i strid med ABL. Samma sak gäller för en värdeöverföring som inte bryter mot beloppsspärren men som strider mot försiktighetsregeln. För en värdeöverföring i

⁹⁶ Se af Sandeberg s 178.

⁹⁷ Nerep & Samuelsson s 190.

⁹⁸ ABL 17:3 1&2 st.

form av en annan affärshändelse, vilken inte utgör en gåva till allmännyttigt ändamål⁹⁹, gäller att återbäringsskyldighet uppstår så snart mottagaren insåg eller bort inse att transaktionen innebar en värdeöverföring från bolaget.¹⁰⁰

6.2 Konkurslagens återvinningsregler

Som ett ytterligare skydd för borgenärerna finns återvinningsreglerna i 4 kap. KonkL. Huvudsyftet med detta regelkomplex är att säkerställa konkursinstitutets yttersta funktion, att främja likabehandling av borgenärerna. Detta syfte tillgodoses genom att återvinningsreglerna ger möjlighet till ingripande mot transaktioner som en gäldenär vidtagit för att kringgå följder av en förväntad konkurs.¹⁰¹ Ytterligare ett syfte som anförts är att återvinningsreglerna förhindrar ”kapploppningar” mellan fordringsägare inför hotande konkurs. Detta eftersom konkursen genom återvinningsinstitutet ges retroaktiv verkan.¹⁰²

För att återvinning skall kunna aktualiseras krävs¹⁰³ för det första att transaktionen inte kan angripas med andra civilrättsliga regler såsom obligationsrättsliga, bolagsrättsliga och sakrättsliga ogiltighetsregler.¹⁰⁴ För det andra krävs att transaktionen som skall angripas har varit till nackdel för gäldenärens borgenärer. Detta framgår inte direkt av lagtexten utan anses vara underförstått, eftersom det knappast kan anses nödvändigt med återvinningsregler om någon nackdel ej uppstått.¹⁰⁵ För det tredje skall rättshandlingen ha företagits inom en speciell tid den så kallade *återvinningsfristen*. Återvinningsfristen framgår av lagtext och fastställs genom att man räknar bakåt i tiden från den så kallade fristdagen, vilken i normalfallet är tämligen okomplicerad att fastställa. Enligt 4:2 KonkL är fristdagen den dag då konkursansökan kom in till tingsrätten.¹⁰⁶ Mer komplicerat kan det vara att fastställa vilken dag transaktionen skall anses

⁹⁹ ABL 17:5.

¹⁰⁰ ABL 17:6.

¹⁰¹ Lennander s 23.

¹⁰² Folkesson s 133.

¹⁰³ Jämför dock diskussionen i kapitel 9 om huruvida detta krav verkligen är befogat.

¹⁰⁴ Folkesson s 133.

¹⁰⁵ Jfr Lennander s 90

¹⁰⁶ I vissa fall kan fristdagen vara annan dag än den nämnda. Som exempel kan nämnas fall då konkursen föregåtts av ett företagsrekonstruktionsförfarande. Lennander beskriver detta på s 73 f.

genomförd. Utgångspunkten vid denna bedömning är att rättshandlingen anses företagen vid den tidpunkt som borgenärsskyddet uppstått.¹⁰⁷ Detta är en naturlig konsekvens av att återvinningsinstitutet inte kan användas då det finns möjlighet att angripa transaktionen på grund av att det sakrättsliga momentet inte är uppfyllt.

I 4:6-13 KonkL finns återvinningsregler för specifika transaktioner. Exempelvis nämns gåva, betalning av skuld och överlämnande av säkerhet vilka alla alltså kan bli föremål för återvinning. För dessa stadganden gäller de ovan nämnda kraven jämte de rekvisit som återfinns i respektive paragraf.

Något annorlunda förhåller det sig med den allmänna otillbörlighetsregeln 4:5 KonkL som behandlar otillbörliga rättshandlingar. Enligt detta stadgande kan transaktioner återvinnas om de är otillbörliga och gäldenären varit eller genom transaktionen blivit insolvent. Dessutom krävs att den som gäldenären rättshandlat med insett eller borde ha insett att båda dessa objektiva rekvisit var uppfyllda.

Vad avser närståendetransaktioner så intas en strängare attityd gentemot sådana transaktioner än mot övriga transaktioner. Detta kommer i återvinningsreglerna till uttryck genom att återvinningsfristen vid närståendetransaktioner är längre (och enligt Lennander i vissa fall obegränsad¹⁰⁸, se nedan). Motiven bakom denna reglering är som Lennander skriver att det är ”i relationen mellan gäldenären och hans närstående som de flesta misstänkt illojala transaktioner utspelas”.

Gruppen som anses som närstående definieras i 4:3 KonkL. I paragrafen görs en uppdelning mellan å ena sidan närstående till gäldenär som är fysisk person och å andra sidan närstående till näringsidkare eller juridisk person. Den första kategorin innefattar make/maka, syskon, släkt i rakt upp- eller nedstigande led, besvägrade i rakt upp- eller nedstigande led och fall där den ene är gift med den andres syskon. Paragrafen omfattar även annan person som står gäldenären personligen särskilt nära.

¹⁰⁷ Lennander s 75.

¹⁰⁸ Den här inställningen har kritiserats, se exempelvis Hägge i JT 2006-07 s 793 ff. Hägge anför att när anspråket på återvinning av en viss sak bytts mot en fordran på sakens värde bör den allmänna preskriptionstiden på 10 år bli tillämplig. Lennanders resonemang bygger å andra sidan på tanken att återvinningsanspråk till en viss sak i grunden är en sakrätt och att sakrätter inte preskriberas.

Utöver dessa anses som närstående till näringsidkare och juridiska personer de som står i *väsentlig ekonomisk gemenskap* med dessa. Lennander anför som ledstjärna i bedömningen av detta uttryck att ”den ekonomiska gemenskapen skall vara så stor att man generellt och objektivt sett kan befara att parterna kan frestas att företa otillbörliga transaktioner till förmån för någon av dem”.¹⁰⁹ Vidare innefattas personer som genom en ledande ställning har ett bestämmande inflytande över näringsidkarens eller den juridiska personens verksamhet. De som ryms under detta uttryck är således exempelvis VD och stundom även styrelseledamöter. Slutligen tar 4:3 KonkL också upp närstående till närstående i uppräknningen av närstående till näringsidkare och juridiska personer. Denna formulering, som är något lustig, har större betydelse än man kan tro vid första anblicken. Detta då den förhindrar transaktioner mellan en juridisk person och exempelvis ägarens hustru eller mellan två aktiebolag som är dotterbolag till samma moderbolag.¹¹⁰

Som ett viktigt tillägg till 4:3 KonkL, vilket inte framgår av lagtexten men av förarbetena, gäller att reciprocitet föreligger mellan parterna. Innebörden härav är att då en till ett bolag närstående fysisk person försätts i konkurs så skall bolaget anses som närstående till den fysiska personen.

I denna del skall också sägas något om tidpunkten för bedömning av huruvida någon är att anse som närstående eller inte. Denna tidpunkt är då rättshandlingen företas – om ett närståendeförhållande då förelåg gäller de särskilda återvinningsreglerna för närstående.

Vilka särregler gäller då vid återvinning av transaktioner företagna mellan närstående? Den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 KonkL förändras i tre avseenden när en rättshandling vidtagits mellan närstående. För det första dels genom att den närstående presumeras ha haft kännedom om gäldenärens insolvens och för det andra att bevisbördan för sådan kännedom kastas om så att den närstående måste göra sannolikt att han varken hade eller borde ha haft sådan kännedom. För det tredje gäller, enligt vissa, en oändlig återvinningsfrist vid närståendetransaktioner.¹¹¹

¹⁰⁹ A a s 83.

¹¹⁰ A a s 85.

¹¹¹ Jfr ovan not 103.

6.3 Utsökningsbalkens presumtionsregler

Ofta framhålls att de regler som finns i utökningsbalken angående presumtion för vem som skall anses vara ägaren till en specifik sak i kombination med andra exekutionsrättsliga regler skulle kunna vara ett alternativ till traditionsprincipen.¹¹² I denna del skall vi kort redogöra för de bevisregler som återfinns i UB 4:18. Enligt detta stadgande gäller att gäldenären anses vara ägare till lös egendom som han har i sin besittning såvida det inte framgår att egendomen tillhör någon annan. Således föreligger en presumtion för att det som finns i gäldenärens besittning är hans. Med en traditionsprincip som är formalistisk, det vill säga med fokus på besittningsförändring, kan ifrågasättas vilken reell betydelse presumtionsregeln i UB 4:18 har. Enligt Håstad blir den enda egentliga möjligheten att motbevisa presumtionen registrering enligt LkL.¹¹³ Denna uppfattning måste rimligen gälla vid utmätning hos försäljaren av en vara, i andra fall måste presumtionsreglerna i UB vara av stor vikt.

¹¹² Se exempelvis Håstads tillägg i "Sannäs räkör" T 1657/06.

¹¹³ Håstad s 212 f.

7 Diskussion och analys i allmänhet

Detta kapitel består av analys och diskussion kring flera av de olika faktorer som berörts tidigare i uppsatsen. Analys av olika typer av transaktioner i närståendeförhållanden görs i nästa kapitel.

7.1 Publicitet eller rådighetsförändring

De faktorer som återkommande diskuteras när de sakrättsliga momenten behandlas är publicitet och rådighetsförändring. Frågan är vilka krav som ställs på att transaktionen skall ha fått publicitet och/eller att den lett till en rådighetsförändring.

Begreppsparet rådighet och rådighetsförändring har redan diskuterats ingående. Det förtjänar dock att upprepas att utvecklingen har gått från att det i äldre praxis uppställtts krav på förvärvarens besittningstagande till att det i nyare praxis ansetts tillräckligt att överlåtarens rådighet avskurits. Således uppställs inte längre något krav på att förvärvaren skall ha fått rådighet över saken genom att ha fått denna i sin besittning för att uppnå sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer.¹¹⁴ Istället är det rådighetsavskärandet som är det centrala. För frågan om rådighetsavskärandets innebörd hänvisas till avsnitt 4.2.1.

Sedan tidigare gäller, utöver kravet på rådighetsförändring, även ett krav på publicitet. Detta krav var en viktig grund för kravet på besittningsövergång – synbarhet krävdes som huvudregel för att förvärvaren skulle få sakrättsligt skydd. Detta krav måste numera anses upphävt genom praxis från HD. Redan domskälen i NJA 1996 s 52 tyder på detta och publicitetskravet måste anses helt överspelat genom HD:s beslut i Vitala-målet NJA 2007 s 413 där domstolen uttalar att: ”det måste vara nog att [...] överlåtarens rådighet över egendomen blivit i väsentlig grad avskuren”.¹¹⁵ Att det självständiga kravet på publicitet upphävts genom praxis måste dock inte innebära att publiciteten som sådan helt förlorat sin betydelse i sakrättsliga sammanhang. I NJA 2000 s 88 gjorde JustR Svensson ett tillägg till domen där han uttalade att skrivningen i NJA 1996 s 52 inte utesluter

¹¹⁴ Myrdal s 79, 82 och 84.

¹¹⁵ Se Millqvist (Pointlex) samt Myrdal som även hänvisar till fallen NJA 1989 s 705 II, 1998 s 379 och NJA 2000 s 88.

att även publiciteten tillmäts betydelse vid bedömningen av en transaktions sakrättsliga verkningar. Vid transaktioner med ett aktiebolag skulle publicitet enligt Svensson uppnås genom kravet på offentlig årsredovisning. Då årsredovisningen offentliggjorts genom ingivande till bolagsverket bör tradition enligt Svenssons synsätt anses fullbordad ”även om brevet bara har flyttats mellan lådor i ett gemensamt bostads- och kontorsutrymme.”¹¹⁶

Att det skett en förändring av de krav som ställs för att förvärvaren skall få sakrättsligt skydd torde vara klart. Vad denna förändring får för effekt behandlas i nästa avsnitt.

7.2 Ändamålsinriktad sakrätt

Åtminstone fram till början av 1980-talet präglades den svenska sakrätten av ett formalistiskt synsätt vilket varit starkt styrt av regler utan att hänsyn tagits till vad konsekvenserna av detta blivit i det enskilda fallet.¹¹⁷ Senare rättsfall tyder dock på en tilltagande pragmatism där större hänsyn tas till vad konsekvenserna blir i det enskilda fallet. Syftet att förhindra borgenärsbedrägerier har beaktats men det överordnade syftet att underlätta omsättningsintresset har givits större vikt.¹¹⁸ Det finns ett antal tänkbara anledningar till denna förskjutning. Ökad komplexitet i affärslivet, med nya former av affärsupplägg, och ett tillnärmande till övriga europeiska rättsordningar, där avtalsprincipen är det normala, framstår, inte minst genom Sveriges inträde i EU, som de viktigaste faktorerna. Till dessa faktorer skall också läggas uttalanden som gjorts i doktrin och förarbeten. Helander har förordat att rådighetsavskärande skall vara tillräckligt för att uppnå borgenärsskydd och Göranson riktade i sin avhandling kritik mot traditionsprincipen.¹¹⁹

I NJA 1998 s 545 – rörande andelsöverlåtelse av segelbåt – tillämpas traditionsprincipen på ett betydligt mer pragmatiskt vis än vad som var den tidigare uppfattningen om dess innebörd. Som nämnts ovan beaktar domstolen

¹¹⁶ NJA 2000 s 88 in fine.

¹¹⁷ Helander s 526. Avhandlingen behandlar rättsläget fram till utgången av 1982 – se not 1a på s 1.

¹¹⁸ Exempel på sådana rättsfall är: NJA 1983 s 103, NJA 1985 s 159, NJA 1986 s 217, NJA 1995 s 367, NJA 1996 s 52, NJA 1997 s 660 och NJA 1998 s 545, se Myrdals genomgång s 111 ff.

¹¹⁹ Myrdal s 114 f och Göranson s 619 ff.

inte endast det direkta syftet att undvika borgenärsbedrägerier utan det överordnade syftet att främja omsättningsintresset ges en mer framträdande roll. För den som vill agera bedrägligt mot sina borgenärer torde det vara tämligen enkelt att påstå att den egendom han har i sin besittning andelsöverlåtits till annan, samt att eventuellt även ha upprättat ett skenkontrakt.

I fallet anser HD att ”övervägande skäl” talar för att ge andelsöverlåtelsen sakrättsligt skydd även om överlåtaren fortfarande har sambesittning till egendomen. Grunden för detta ställningstagande är bland annat att ”[r]isken för konstruerade överlåtelser” inte skall överdrivas och att det handlar om att tillgodose ett ”legitimt syfte” som inte bör motverkas. Syftet att skydda ”legitima transaktioner” återkommer sedan i NJA 2007 s 413. I detta fall används det dock som motiv för att kravet på rådighetsavskärning inte skall utsträckas så långt att det gör det praktiskt omöjligt att genomföra ”legitima transaktioner mellan närstående”.

Det mer överordnade syftet med den civilrättsliga lagstiftningen, att främja omsättningsintresset och skapa ett väl fungerande handelsliv, har således av domstolen tillmätts större värde än de direkta syften med traditionsprincipen som tidigare framhållits i en serie domar.¹²⁰ Omsättningsintresset har givits sådan vikt att en transaktion där förvärvaren har ”tillräckligt eget intresse” av överlåtelsens, eller pantsättningens, bestånd ansetts värd att ge sakrättsligt skydd.¹²¹

Konsekvensen av denna mer pragmatiska tillämpning av traditionsprincipen är ett slopande av publicitetskravet.¹²² Även om det inte längre uppställs något fristående krav på publicitet har det förts fram tankar i doktrinen som talar för att publiciteten ändå skall tillmätas viss betydelse vid bedömningen av huruvida sakrättsligt skydd uppnåtts. Enligt dessa tankar skulle en stor publicitet kunna kompensera för en lägre rådighetsförändring. Sakrättsligt skydd skall enligt denna teori anses grundat på flera faktorer och medges förvärvaren om dessa faktorer är uppfyllda i tillräcklig mån. Det som är det nya i denna tankegång är att ett högre uppfyllande av en faktor, exempelvis publicitet, skall kunna kompensera ett lägre

¹²⁰ Se uppsatsens kapitel 3.2 om de sakrättsliga momentens syften.

¹²¹ NJA 2000 s 88 och NJA 2007 s 413.

¹²² Millqvist (Pointlex).

uppfyllande av en annan faktor, exempelvis rådighetsförändring.¹²³ Detta synsätt skulle ligga väl i linje med HD:s uttalande i NJA 2007 s 413 att inte heller kravet på rådighetsavskärning skall drivas så långt att det i sig blir ett hinder för ”legitima transaktioner”.

Exempel på tillämpningen av detta synsätt är JustR Svenssons tillägg i NJA 2000 s 88 där det argumenteras för att publikation av ett bolags ställande av säkerhet, genom offentliggörandet av årsredovisningen, skall anses tillräckligt för att uppnå sakrättsligt skydd. Även denna teoribildning måste anses tyda på en utveckling mot en mer pragmatisk sakrätt.

I NJA 2007 s 413 skapade HD dessutom en modell för att avgöra huruvida rådigheten är tillräckligt avskuren i vissa fall. Även om denna modell kan ifrågasättas tyder den på en ändamålsinriktad tillämpning av sakrätten.¹²⁴

7.3 Parterna i transaktionen

I detta avsnitt skall diskuteras vilken betydelse parterna i transaktionen har för dess sakrättsliga giltighet. Det är endast betydelsen av vem som är part i transaktionen som behandlas i detta avsnitt, frågan om den sakrättsliga giltigheten behandlas nedan.

I Vitala-fallet¹²⁵ företrädde det förvärvande bolaget av modern till den person (MF) som var företrädare för det överlåtande bolaget samt firmatecknare i det förvärvande bolaget.

Frågan är vilken betydelse företrädarnas personliga relation skall tillmätas. Den här frågan kan ses ur två olika perspektiv – ett ändamålsorienterat och ett formalistiskt. Ur det förra perspektivet ser man till vad som verkligen hänt och vilka ändamålen med normerna är. Då måste det faktum att MF inte rättshandlat med sig själv utan med sin mor tillmätas mindre betydelse. Ur ett formalistiskt perspektiv skall dock det faktum att det inte råder partsgemenskap tillmätas större betydelse. Kraven skall anses uppfyllda så fort MF inte rättshandlar med sig själv, oavsett vilket förhållande han har till motparten.

¹²³ Martinson s 304 f med hänvisning till fallen NJA 1986 s 217, NJA 1995 s 367 och NJA 2000 s 88.

¹²⁴ Mer om denna diskussion i kapitel 9.4.

¹²⁵ NJA 2007 s 413.

I fallet använder HD ett ändamålsorienterat perspektiv och slår fast att det inte är möjligt att gå runt reglerna genom att låta en annan person företräda motparten. Enligt vår bedömning använder HD samma synsätt i NJA 2000 s 88 – Kinnagarn – där det handlar om pantsättning av ett företagsinteckningsbrev till en av bolagets tre företrädare. Beslutet fattades i detta fall av en av de övriga tre firmatecknarna.

HD:s synsätt tyder enligt vår mening på att det är de faktiska omständigheterna i fallet som skall ligga till grund för avgörandet istället för formella omständigheter.

7.4 Straffrätt och sakrätt

Som ovan nämnts menade HD i NJA 2000 s 88 att den omständigheten att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget inte i sig självt hindrar att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum. Det avgörande skall istället vara i vilken egenskap den som har att företräda båda parter agerar. I fallet var den som tog emot panten själv den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget och han hade därför inte mottagit panten i egenskap av företrädare för bolaget (pantsättaren) varför transaktionen kunde ges sakrättsligt skydd. Detta innebar en utveckling av tidigare praxis där det förefallit omöjligt att uppnå sakrättsligt skydd i denna typ av transaktioner (jfr NJA 1972 s 246 och RH 1990:116).

I konsekvens med 2000 års avgörande konstaterade HD i NJA 2007 s 413 att det även i de fall där innehavaren inte de facto var den avsedde förvärvaren eller panthavaren utan en företrädare för någon av dessa (samtidigt som han var företrädare för överlåtare/pantsättaren) måste vara möjligt att uppnå sakrättsligt skydd. För att uppnå ett sådant resultat formulerade HD vad Millqvist kallar en ”delvis ny huvudprincip”.¹²⁶ Enligt denna är det avgörande för huruvida rådgivningsavskärandet skall anses tillräckligt i en dylik transaktion, och transaktionen därför skall erhålla sakrättsligt skydd, om innehavaren haft ett *tillräckligt eget intresse* av att hålla fast vid transaktionen. För att avgöra om så är fallet görs en prövning av huruvida företrädaren i ”denna egenskap är skyldig att tillvarata förvärvarens intresse och skulle riskera såväl straffansvar enligt 10 kap.

¹²⁶ Millqvist (Pointlex).

1 § eller 5 § BrB som skadeståndsansvar om han handlade i strid mot överlåtelsen eller pantsättningen”. HD utelämnade dock 10 kap. 4 § BrB om olovligt förfogande eftersom man ansåg att konsekvensen av att inkludera denna regel i modellen skulle bli en direkt övergång till avtalsprincipen.¹²⁷ Samma modell användes sedan i Sannäs räkör.¹²⁸

Frågan är vilka konsekvenser denna bedömningsmodell kan få i andra fall än det prövade. I det följande är vår avsikt att redogöra för tänkbara fördelar och nackdelar med modellen i den framtida tillämpningen. Innan vi gör detta skall vi dock kortfattat redogöra för de straffrättsliga stadgandena som senare skall diskuteras.

7.4.1 Förskingring

I 10 kap. 1 § BrB regleras förskingringsbrottet. Av lagtexten följer att bestämmelsen kan delas upp i fyra brottsförutsättningar. För det första skall gärningsmannen ha anförtrotts egendom i besittning för annan. För det andra skall gärningsmannen vara skyldig att utge mottagen egendom eller redovisa för denna. För det tredje skall gärningsmannen ha åsidosatt vad han haft att iaktta för att kunna fullgöra sin skyldighet. Slutligen, för det fjärde så skall gärningen ha inneburit vinning för gärningsmannen och skada för den berättigade.¹²⁹

Innebörden av att gärningsmannen skall ha *anförtrotts egendom i besittning för annan* är ett krav på att någon på grund av avtal, allmän eller enskild tjänst eller dylik ställning fått egendom i besittning för annan. Enligt litteraturen är typiska avtal exempelvis uppdragsavtal, låneavtal (ej försträckning), reparationsavtal och pantavtal.¹³⁰

¹²⁷ Jfr HD:s skrivning i skälen: ” Däremot kan det inte vara tillräckligt, för att en överlåtare eller pantsättare skall anses frånhänd rådigheten, att han i sin egenskap av överlåtare eller pantsättare gör sig skyldig till olovligt förfogande enligt 10 kap. 4 § BrB om han frånhänder den andre dennes tillförsäkrade äganderätt eller panträtt, ty i så fall skulle alla avtal om överlåtelse eller pantsättning medföra att rådigheten ansågs avskuren och besittningsövergång eller registrering enligt lösöreköpslagen alltid vara överflödig.”

¹²⁸ T 1657-06.

¹²⁹ KBrB s 10:6

¹³⁰ KBrB s 10:7

Av intresse angående besittningsbegreppet är att en verkställande direktör inte själv besitter all bolagsegendom som inte anförtrots åt andra anställda endast på grunden att det ankommer på honom att utöva kontrollen för bolagets räkning. Däremot uppstår besittningsförhållande för det fall att han sköter in- och utbetalningar eller andra sysslor som förutsätter att viss egendom anförtrots i hans vård.¹³¹ Detta torde vara vanligt i småföretag. Ytterligare en intressant aspekt avseende besittningen är att detta är konstruerat för fysiska ting. Av denna anledning har inte exempelvis tillgodohavande på bankkonto ansetts vara föremål för besittning. Den som fått behörighet och befogenhet att å annans vägnar göra in- och utbetalningar på dennes bankkonto gör sig därför inte skyldig till förskingring genom att, utan att ha fått fysiska pengar i sin besittning, föra över tillgångar till sitt eget bankkonto (se dock nedan om trolöshet mot huvudman).¹³²

Rekvisitet att gärningsmannen skall ha *skyldighet att utge den mottagna egendomen eller redovisa för den* tar sikte på dels så kallad sakförskingring (utge) och dels så kallad penningförskingring (redovisa). Pant- och reparationsavtal är exempel på fall då det föreligger skyldighet att utge mottagen egendom. Till de redovisningsskyldiga hör bland annat uppdragstagare och arbetstagare som å arbetsgivarens vägnar sköter in- och utbetalningar. Således kan konstateras, i enlighet med vad som nyss sagts om verkställande direktörer, att de endast kan göra sig skyldiga till förskingring om de anförtrots dylika uppdrag.¹³³

Själva gärningen, dvs. *åsidosättandet av vad gärningsmannen haft att iaktta* kännetecknas i regel av att gärningsmannen tillägnar sig själv eller annan den anförtrodda egendomen. Det krävs således inte att gärningsmannen gör sig av med egendomen. Angående tidpunkten så föreligger fullbordat brott redan när gärningsmannen *beslutat* att uppta egendomen bland sina egna tillgångar.¹³⁴

Slutligen, vad avser rekvisitet *vinning för gärningsmannen och skada för den berättigade*, skall endast sägas att detta innebär ekonomisk skada respektive

¹³¹ KBrB s 10:8

¹³² KBrB s 10:10

¹³³ KBrB s 10:14, 10:18

¹³⁴ KBrB s 10:23

ekonomisk vinning samt att som ekonomisk skada även räknas beaktansvärd risk för sådan skada.¹³⁵

7.4.2 Trolöshet mot huvudman

Brottet trolöshet mot huvudman, 10 kap. 5 § BrB, kan delas upp i tre brottförutsättningar. För det första skall gärningsmannen på grund av förtroendeställning ha fått till uppgift att sköta viss angelägenhet för någon annan. För det andra skall han missbruka denna förtroendeställning. För det tredje skall missbruket leda till skada eller förfång för huvudmannen.¹³⁶

Vad avser *åliggande på grund av förtroendeställning* innefattas häri att någon, på grund av förtroendeställning, fått till uppgift att sköta ekonomisk eller rättslig angelägenhet eller för någon annan självständigt handha kvalificerad teknisk uppgift. I litteraturen nämns bland annat anställda, uppdragstagare, styrelseledamöter och bolagsmän i handelsbolag som exempel på personer som kan inta förtroendeställning. För att det skall bli tal om trolöshetsbrott krävs dock även att personen anförtrotts någon av de nämnda uppgifterna. Att sköta ekonomisk eller rättslig uppgift omfattar allt från VD:s skötsel av den löpande förvaltningen i ett aktiebolag till en kassörskas ansvar för att ta betalt och redovisa för kassan. Att handha eller övervaka skötsel av en kvalificerad teknisk uppgift tar närmast sikte på tekniskt ansvariga personer i nyckelpositioner (inklusive inhyrda konsulter).¹³⁷

Rekvisitet *missbruk av förtroendeställning* innebär enligt litteraturen att förtroendemannens gärning skall ha karaktären av missbruk av hans maktposition och det är därmed inte tillräckligt att han missköter de ålägganden han anförtrotts.¹³⁸ Som exempel anförs bland annat flagranta befogenhetsöverskridanden, lojalitetsbrott, att bedriva konkurrerande verksamhet och underlåtelse att fullgöra ett tillsynsansvar.¹³⁹

Angående kravet på *skada eller förfång för huvudmannen* gäller att om det rör en ekonomisk angelägenhet eller kvalificerad teknisk uppgift är kravet ekonomisk

¹³⁵ KBrB s 10:26 och 10:32

¹³⁶ KBrB s 10:64

¹³⁷ KBrB s 10:64 f.

¹³⁸ KBrB s 10:66

¹³⁹ KBrB s 10:67 ff.

skada medan det räcker med förfång, det vill säga skada av icke ekonomisk art, om det gäller skötsel av rättslig angelägenhet¹⁴⁰

7.4.3 Olovligt förfogande

Brottet olovligt förfogande, 10 kap. 4 § BrB, fungerar som sekundärbrott till förskingring. Konsekvensen av detta är att den tilltalade ofta döms för olovligt förfogande så snart det brister i något av rekvisiten i förskingringsstadgandet.¹⁴¹ Utan att närmare gå in på betydelsen av respektive brottförutsättning i stadgandet om olovligt förfogande skall endast några korta ord sägas om dessa. Det första kravet som måste vara uppfyllt är att gärningsmannen skall ha egendom i sin besittning, det är utan betydelse hur han fått egendomen i sin besittning. Nästa brottförutsättning är att ägande- eller säkerhetsrätten skall vara förbehållen, tillförsäkrad eller eljest tillkomma annan. Den rätt som det här handlar om behöver inte vara sakrättsligt skyddad. Den tredje och sista förutsättningen är att egendomen skall frånhändas den andre eller att denne på annat sätt berövats sin rätt.¹⁴²

Märkas kan således att, till skillnad från vad som gäller enligt förskingringsstadgandet, det inte finns något krav på förmögenhetsöverföring eller att skada åsamkas den berättigade. Denna skillnad uttrycks i doktrin som att ”[m]edan förskingringsbrottet riktar sig mot ett värde som tillkommer en berättigad, riktar sig brottet olovligt förfogande sålunda mot den berättigades rätt.”¹⁴³

7.4.4 Konsekvenser av kopplingen mellan straffrätt och sakrätt

HD:s konstruktion i Vitala¹⁴⁴ med en koppling mellan BrB 10 kap 1 och 5 §§ och sakrätten innebär enligt vår mening primärt en metod för att beskriva när överlåtarens rådighet anses avskuren genom att ett *tillräckligt eget intresse* föreligger hos den som uppträder som representant för den egentlige

¹⁴⁰ KBrB s 10:73

¹⁴¹ KBrB s 10:44

¹⁴² KBrB s 10:45

¹⁴³ KBrB s 10:45

¹⁴⁴ NJA 2007 s 413.

förvärvaren/panthavaren.¹⁴⁵ HD:s formulering av denna metod för att bestämma vad som är tillräckligt eget intresse hos representanten tyder inte på att denna metod är avsedd att vara exklusiv. Tvärtom tyder formuleringarna i domen på att denna metod kan vara en av flera för att bestämma när representanten har tillräckligt eget intresse för att rådigheten skall anses avskuren.

HD:s resonemang kan kritiseras med grund i det undantag som görs för olovlig förfogande, BrB 10:4, när det uttryckligen sägs att det inte är tillräckligt att representanten riskerar ansvar för olovligt förfogande över varan för att sakrättsligt skydd skall erhållas.

Med ett pragmatiskt synsätt är det lätt att förstå varför HD gör undantag för BrB 10:4 när de konstruerar den tydliga kopplingen mellan straffrätt och sakrätt. Precis som HD säger i NJA 2007 s 413 skulle det innebära en övergång till avtalsprincipen om det var tillräckligt att mottagarens representant handlade under ansvar för olovligt förfogande. ”[T]y i så fall skulle alla avtal om överlåtelse och pantsättning medföra att rådigheten ansågs avskuren och besittningsövergång eller registrering enligt lösöreköpslagen alltid vara överflödig.”

På ett principiellt plan kan man dock kritisera det undantag som görs för brottet olovligt förfogande. Denna kritik grundas främst i de straffrättsliga reglernas handlingsdirigerande funktion och kräver en jämförelse med det rättsfall, NJA 2000 s 88, där konstruktionen med rådighetsavskärande genom tillräckligt eget intresse hos mottagaren först grundades. I det nämnda rättsfallet hade en av det pantsättande bolagets företrädare lånat ut pengar till bolaget mot säkerhet i ett företagsinteckningsbrev, HD uttalade då att bolagets rådighet över panten skulle anses avskuren eftersom mottagaren hade tillräckligt eget intresse av att inte förfoga över denna till förmån för bolaget och till nackdel för sig själv. Detta resonemang måste grundas i en tes om att den som kräver säkerhet för att låna ut pengar till ett bolag där han har en ledande position, i en situation där han tvingas välja mellan att gynna sig själv eller bolaget, kommer att se till sina egna intressen i första hand.

På samma sätt måste den som, i egenskap av representant för mottagaren, riskerar att ställas till ansvar för ett brott som kan ge fängelse, rimligen se till sitt eget intresse av att slippa påföljd snarare än han väljer att förfoga över det

¹⁴⁵ Jfr vad som sägs i NJA 2000 s 88 där mottagaren är den egentlige panthavaren.

mottagna till överlåtarens förmån. Så långt är HD:s konstruktion fullt rimlig. Sett till straffrättens handlingsdirigerande funktion blir det dock tveksamt att undanta olovligt förfogande från listan över brott i BrB 10 kap vilka innebär rådighetsavskärande hos överlåtaren genom att representanten har tillräckligt eget intresse av att hålla fast vid transaktionen. Det ter sig orimligt att den som riskerar att bli fälld för olovligt förfogande skulle vara mer benägen att utsätta sig för risken att dömas till ansvar än någon som handlar med risk för att bli dömd för förskingring (10:1) eller trolöshet mot huvudman (10:5). Straffskalan är identisk för brotten i 10:4 och 10:5 nämligen böter eller fängelse i högst två år, och det faktum att böter saknas i straffskalan för förskingring gör knappast detta brott mer avskräckande. Till detta kommer det faktum att olovligt förfogande är sekundärbrott till förskingring samt att man inte kan dömas för trolöshet mot huvudman om man riskerar ansvar för förskingring. Brotten är så pass lika i sin utformning att gärningsmannen ofta åtalas enligt både 10:1 och 10:4, men döms enligt 10:4 då det brister i rekvisitetet förmögenhetsöverföring. Därför är det principiellt tveksamt att som HD undanta sekundärbrottet från listan över de brott som innebär rådighetsavskärande genom att *tillräckligt eget intresse* uppnås hos mottagarens representant.

För den händelse HD ansåg det omöjligt att konstruera en modell som innebär stringent tillämpning av såväl primär- som sekundärbrott i BrB 10 kap, vilket är svårt utan att öppna för avtalsprincipens införande, borde de avhållit sig från att konstruera en modell baserad på straffrättsliga bedömningar. Domslutet torde kunna ha motiverats på annat sätt eller endast genom att domstolen slog fast att det i detta aktuella fallet förelåg tillräckligt eget intresse hos mottagarens representant för att överlåtarens rådighet skulle anses avskuren.

Ytterligare en aspekt på lämpligheten med en modell som den HD i NJA 2007 s 413 har föreslagit är vad som skall innefattas i uttrycket ”riskera [...] straffansvar enligt 10 kap. 1 och 5 §§ BrB”. I SvJT 1973 rf s. 78 frikändes en ensam styrelseledamot i ett aktiebolag trots att han hade tillägnat sig 120 000 kr utav en köpeskilling på 180 000 kr, vilken han hade mottagit å bolagets vägnar. Frikännandet grundades på att mannen som ensamägare till bolaget kunde samtycka till användandet av medlen, trots att detta var i strid med bolagets ändamål. Eftersom det de facto finns möjligheter för exempelvis en ensamägare av ett bolag att samtycka till åtgärder som annars kan vara att betrakta som

förskingring eller trolöshet mot huvudman så kan det finnas anledning att ifrågasätta vad som inryms i uttrycket.

Frågan om huruvida straffansvar enligt 10 kap. 1 och 5 §§ BrB för MF i NJA 2007 s 413 förelegat eller ej kan alltså vara beroende av huruvida det funnits möjlighet till samtycke. Förvisso kan man argumentera för att ett eventuellt handlande sker under straffansvar (vilket sedan kan brytas av regler om ansvarsfrihet) och därmed träffas av den formulering HD använder i rättsfallet. Man kan å andra sidan hävda att eftersom ägare kan samtycka till handlande som annars skulle vara att anse som förskingring eller trolöshet mot huvudman så uppstår ingen skada och därmed föreligger inget handlande under straffansvar.¹⁴⁶ HD har tydligen valt att se saken med det förra synsättet (enligt utgången i fallet) men det kan konstateras att också när man ser på saken utifrån perspektivet vad som skall anses som handlande under straffansvar lämnar HD:s modell mer att önska. I synnerhet gäller detta vid transaktioner mellan enmansbolag och deras företrädare. Det vore även i detta sammanhang troligen lämpligare med en annan bedömningsgrund än den straffrättsliga kopplingen.

7.4.5 Den straffrättsliga modellen tillämpad på NJA 1972 s 246

Låt oss nu titta närmare på vad som skulle bli konsekvenserna av att tillämpa den straffrättsligt grundade analysmodellen på fallet NJA 1972 s 246.¹⁴⁷ Omständigheterna i fallet var i korthet att ett byggbolag hade pantsatt inteckningshandlingar till en stiftelse. Verkställande direktör i byggbolaget var Bengtsson som även företrädde stiftelsen. HD ansåg inte att laga panträtt uppkommit.

Det intressanta här är vilket brott Bengtsson kunnat göra sig skyldig till om han förfogat över de pantsatta inteckningshandlingarna till förmån för pantsättaren.

Grundat i vad som framgår av rättsfallsreferatet är det inte orimligt att anta att Bengtsson, genom sin roll som företrädare för stiftelsen, innehaft en sådan förtroendeställning som avses i BrB 10:5. I denna förtroendeställning ingick uppgiften att handha stiftelsens ekonomiska angelägenheter. Paragrafens skaderekvisit skulle uppfyllas om Bengtsson återlämnade de pantsatta

¹⁴⁶ Wennberg s 260, jfr för handelsbolag s 142.

¹⁴⁷ Fallet finns beskrivet ovan i kapitel 7.3.2.1.

inteckningshandlingarna till det pantsättande bolaget. Att företrädaren genom sitt handlande riskerar att straffas för *trolöshet mot huvudman* innebär enligt HD i NJA 2007 s 413 att denne har *tillräckligt eget intresse* av rättshandlingens bestånd. Detta skall, enligt den nya bedömningsmodellen, medföra att sakrättsligt skydd uppkommer hos förvärvaren/pantsättaren.

Som synes skulle detta innebära att stiftelsen i NJA 1972 s 246, med utgångspunkt i den straffrättsliga analysmodell HD konstruerade i NJA 2007 s 413, skulle ha erhållit en legal panträtt vilken hade skyddat mot byggbolagets borgenärer. Detta resultat är motsatt till vad HD kom fram till i den prövning som gjordes 1972. Om detta skall ses som en förändring av praxis på området, borde inte då saken ha prövats i plenum?¹⁴⁸

7.5 Återvinningsreglernas tillämplighet

Som sades ovan i kapitel 8.2 är den allmänna uppfattningen idag att återvinningsreglerna skall ses som en sista utväg vilken kan användas på sakrättsligt fullbordade rättshandlingar vilka inte kan angripas med andra civilrättsliga regler.¹⁴⁹ Enligt denna uppfattning skall i första hand såväl obligations- som sakrättsliga ogiltighetsregler samt bolagsrättsliga regler om olovlig värdeöverföring prövas. Först efter att dessa regler visat sig utan verkan för att öka konkursboets förmögenhet skall återvinningsreglerna tillämpas.

Även om den rådande uppfattningen är att återvinningsreglerna alltid skall tillämpas sekundärt till övriga civilrättsliga regler, bör detta synsätt kunna ifrågasättas, om inte annat så av processekonomiska skäl. I en närståendetransaktion skall mottagaren, enligt konkurslagens återvinningsregler, presumeras vara i ond tro rörande överlåtelsens konsekvenser för det överlåtande bolaget.¹⁵⁰ Det bör således vara betydligt enklare att uppfylla återvinningsreglernas rekvisit än många andra civilrättsliga bestämmelser för att framtvinga en återgång av det överlåtna.

¹⁴⁸ Omständigheterna i fallet verkar ha varit tämligen märkliga vilket kan förklara att domstolen inte tillmätt fallet så stor betydelse att ett pleniavgörande ansetts nödvändigt för den nu konstruerade lösningen. Hur korrekt ett sådant agerande är kan man med ett juridiskt synsätt fråga sig, som en icke-juridisk, och pragmatisk, förklaring kan argumentationen dock tjäna.

¹⁴⁹ Folkesson s 133 och Lennander s 39.

¹⁵⁰ KonkL 4:5 2 st, Lennander s 149 och Folkesson s 135.

Ur en processekonomisk synvinkel är det onödigt att göra, den i många fall svåra och osäkra, bedömningen av huruvida en transaktion har givits sakrättsligt skydd eller inte eftersom tillämpningen av återvinningsreglerna ändå slår hål på förvärvarens sakrättsliga skydd. Samma argumentation kan föras rörande de aktiebolagsrättsliga kapitalskyddsreglerna.¹⁵¹ Det finns ingen anledning att uppehålla sig vid frågan om mottagaren av värdeöverföringen insåg att det rörde sig om en värdeöverföring från bolaget eftersom en sådan i vilket fall kan återvinnas i en närståendetransaktion. Konsekvenserna är desamma oavsett vilka regler som tillämpas – ABL 17:6 respektive KonkL 4:5 stadgar båda att transaktionen skall gå åter – varför det ter sig rimligt att börja med de regler som innebär att målet uppnås till lägst kostnad.

Det förefaller således rimligt att synen på återvinningsreglerna förskjuts så att dessa betraktas som ett sidoordnat komplement till övriga civilrättsliga regler om återgång, snarare än som en sista utväg när alla andra möjligheter uttömts.¹⁵²

Viss osäkerhet kvarstår dock med hänsyn till de uttalanden som JustR Lennander, i egenskap av referent, gjorde genom ett tillägg till NJA 2000 s 685. Där vidhöll hon sin uppfattning, tidigare presenterad i doktrin, att återvinningsreglerna inte kan tillämpas på en ogiltig transaktion eftersom en sådan inte kan vara till nackdel för borgenärerna.¹⁵³

Det återstår att se om en domstol är mottaglig för den nyare processordning som förespråkas här eller om de anser sig tvungna att följa den ordning som tidigare varit den förhärskande. Det förefaller dock osannolikt att domstolen i ett dispositivt tvistemål skulle underkänna processordningen på eget initiativ. Det är heller inte troligt att svaranden kommer invända att en transaktion inte kan återvinnas eftersom den är ogiltig eller att det sakrättsliga momentet inte

¹⁵¹ Se främst ABL 17:1 p 4 och 17:6.

¹⁵² Denna ståndpunkt företräds numer av Folkesson i artikeln *Förhållandet mellan ogiltighetsregler, sakrättsliga regler och konkurslagens återvinningsregler*. Folkesson synes därmed ha ändrat uppfattning och brutit med den i doktrin förhärskande ståndpunkten, jfr Folkesson s 133.

¹⁵³ Lennander s 39 & 88.

uppfyllts.¹⁵⁴ Detta sammantaget leder till att det bör vara möjligt att tillämpa återvinningsreglerna utan att först pröva övriga civilrättsliga regler.

¹⁵⁴ Se Folkesson, Förhållandet mellan ogiltighetsregler, sakrättsliga regler och konkurslagens återvinningsregler.

8 Analys av närståendetransaktioner

I detta kapitel analyseras olika transaktioner i närståendeförhållanden. Dessa delas upp i transaktioner mellan bolaget och dess företrädare samt i transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare.

8.1 Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare

Transaktioner mellan bolaget och dess företrädare behandlas ur två perspektiv; då bolaget överlåter till företrädaren respektive då företrädaren överlåter till bolaget.

Inledningsvis skall konstateras att det är ett faktum att styrelseledamöter och andra bolagsrepresentanter har en lojalitetsplikt i förhållande till bolaget, vilken följer av deras ställning.¹⁵⁵ Den huvudsakliga innebörden av lojalitetsplikten är att bolagsföreträdarna vid fullgörande av sitt uppdrag skall undvika att skada bolaget och sätta dess intressen i första rummet.¹⁵⁶ Lojalitetsplikten är en naturlig följd av att företrädaren har en syslomannaliknande position då han ansvarar för förvaltningen av annans förmögenhet.¹⁵⁷ En styrelseledamot som bryter mot lojalitetsplikten kan bli skadeståndsansvarig enligt reglerna i 29 kap ABL.

Ovan i kapitel 2 behandlades den aktiebolagsrättsliga koncerndefinitionen. En koncern är en ekonomisk enhet där dotterbolagens resultat kan tillgodoräknas moderbolaget. Det är dock av vikt, särskilt i obeståndssituationer, att beakta det faktum att koncernförhållandet på inget sätt förtar respektive bolags ställning som separata juridiska personer. Detta är särskilt viktigt i ljuset av ABL 1:3 som stadgar att delägarna i ett aktiebolag inte svarar för bolagets skulder, av detta följer att inte heller ett moderbolag i en koncern svarar för dotterbolagens skulder.

8.1.1 Överlåtelse från bolaget till dess företrädare

Tiden mellan avgörandet i RH 1990:116 och avgörandet i NJA 2000 s 88 förefaller ha varit förvirrad avseende vilken vikt som skulle läggas vid hovrättsavgörandet. Skulle kravet på tradition medföra att det är omöjligt för

¹⁵⁵ Af Sandeberg s 138.

¹⁵⁶ Dotevall s 277.

¹⁵⁷ Dotevall s 274 ff.

företrädare för juridiska personer och den juridiska personen att rättshandla med varandra eller var hovrättens dom inte lämplig?

Hovrätten kom ju fram till att det på grund av traditionsprincipen var omöjligt för Peter Z, som ensam företrädare för bolaget, att avskära bolagets rådighet över båten genom att överföra besittningen till Peter Z själv. Håstad frågar sig om det inte är ”fantasifullt i överkant att företrädaren skulle i strid med köpeavtalet disponera över båten till förmån för bolaget när detta stod på randen till konkurs?”¹⁵⁸

Frågan är om 1990 års fall, trots HD-avgörandet i Kinnagarn, fortfarande kan anses gällande i något fall. I litteraturen har framförts att en anledning till att HD tog upp Kinnagarn till behandling var att undanröja den osäkerhet som skapats av RH 1990:116.¹⁵⁹ I det följande gör vi en kort rättsjämförande studie av fallen för att klargöra i vilken mån hovrättsfallet kan anses helt och hållet överspelat.

Skillnaderna i fallen var i huvudsak följande. I hovrättsfallet var Peter Z ende styrelseledamot och firmatecknare medan det i Kinnagarn fanns två ytterligare styrelseledamöter respektive firmatecknare (utöver styrelsen som en enhet). Det var en av dessa som undertecknade avtalet med Ronny B å bolagets vägnar. Vidare fanns det en skillnad i det faktum att det i Kinnagarn-målet fanns möjlighet att registrera pantsättningen vilket det inte var fallet i RH 1990:116. Slutligen rörde hovrättsfallet en överlåtelse och det senare fallet en pantsättning.

Frågan uppstår då vilken betydelse som kan tillmätas dessa skillnader. För det första kan sägas att genom avgörandet i NJA 2000 s 88 står det numera klart att ställföreträdarskapet inte i sig är ett hinder för sakrättslig verkan. Detta uttrycks i domen som att ”[d]en omständigheten att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum”. Citatet tyder på att det var av underordnad betydelse att det i Kinnagarn fanns andra styrelseledamöter än Ronny B. Detta uttalande leder till slutsatsen att det faktum att Peter Z var ende styrelseledamot idag knappast skulle anses ha den betydelse som hovrätten tillmätte denna omständighet.

¹⁵⁸ Håstad s 227 f.

¹⁵⁹ Håstad (2007) s 10.

För det andra kan sägas att den skillnaden att det i Kinnagarn-målet fanns möjlighet till registrering av företagsinteckningsbrevet, rimligen är av liten betydelse. Håstad, som var ett av justitieråden som dömde i Kinnagarn-målet, menar att anledningen till att domskälen är generellt skrivna, utan omnämnande av registreringsmöjligheten, är att just denna aspekt skall lämnas utan avseende vid bedömningen av om transaktionen skall uppnå sakrättsligt skydd eller ej.¹⁶⁰ Detta stämmer enligt hans mening väl överens med resonemanget i NJA 1975 s 638 där HD inte lade någon vikt vid att försäljningen av husvagnen registrerats i fordonsregistret.

Den tredje, och enligt oss den mest intressanta skillnaden, är frågan om betydelsen av huruvida det rör sig om pantsättning eller överlåtelse. I Kinnagarn rörde saken alltså pantsättning. Det finns en klar skillnad mellan pant och överlåtelse, såtillvida att en försträckningstransaktion från bolagets företrädare till bolaget där bolaget ställer säkerhet i form av pant typiskt sett är till fördel för bolaget genom att kapital tillförs. En transaktion där företrädaren förvärvar något från bolaget kan däremot vara mer tveksamt ur ett borgenärsperspektiv. Detta då det antagligen är typiskt sett lockande för företrädaren att förvärva egendomen till ett så förmånligt pris som möjligt. Även om en sådan underprisöverlåtelse sker inom bolagets utdelningsbara medel kommer den att missgynna borgenärerna då försäljningslikviden understiger marknadsvärdet av den försålda egendomen.

Frågan är dock om man skall lägga ett dylikt resonemang till grund för bedömningen om en transaktion skall anses sakrättsligt skyddad eller ej.

HD uttalar, i anslutning till ovan nämnda citat i Kinnagarn, att "[å]tminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget [...] får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten över panten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltig". Detta uttalande tyder enligt vår mening på att den bakomliggande transaktionens karaktär är av intresse för bedömningen av om tillräckligt rådighetsavskärande skett för att anse traditionskravet uppfyllt. I anledning av detta kan ifrågasättas vad som krävs vid en överlåtelse för att uppnå ett liknande förhållande. Det förefaller rimligt att anta att den som förvärvar något från sitt bolag alltid hamnar i den position HD avser i Kinnagarn eftersom han, precis som

¹⁶⁰ Håstad supplement s 20 med hänvisning till Håstad s 228.

Håstads uttalande angående RH 1990:116 antyder, rimligen inte nyttjar den förvärvade egendomen i egenskap av företrädare för bolaget utan snarare i egenskap av förvärvare.

Det förefaller således som om frågan om den bakomliggande transaktionens karaktär är av yttersta betydelse. Antingen anser man att resultatet skall vara beroende av vilken roll den rättshandlande företrädaren intar. Detta leder till att rådigheten skall anses avskuren så snart man kan anse innehavaren agera i egenskap av förvärvare/panthavare och inte som företrädare för bolaget. Alternativet är att anse Kinnagarnfallets resonemang, och utgång, enkom tillämpligt på pantsättningstransaktioner. Väljs det senare alternativet kvarstår registrering enligt LkL som enda möjlighet att uppnå sakrättsligt skydd för den företrädare som vill förvärva något från sitt bolag. Väljs det första alternativet däremot torde näst intill varje överlåtelsestransaktion från bolaget till dess företrädare vara sakrättsligt skyddad. Om man som ett led i prövningen av om traditionen är tillräcklig skall pröva den bakomliggande transaktionens parter och deras intressen ligger man väldigt nära en prövning av transaktionens äkt- och riktighet. I sådana fall kan ifrågasättas vad som alls legitimerar ett krav på tradition vid överlåtelser. Det är ju undvikandet av prövningar som dessa som ansetts vara en av traditionsprincipens starkaste fördelar.¹⁶¹ Dessutom har syftet med traditionsprincipen sagts vara undvikande av sken- och efterhandskonstruktioner.

Konsekvensen av att låta den som förvärvar något från sitt eget bolag erhålla sakrättsligt skydd under förutsättning att den överlåtelsestransaktionen är av sådan karaktär att förvärvaren är ”den avsedde” köparen torde bli att det är enklare att uppnå sakrättsligt skydd för den som rättshandlar som närstående än för övriga. Samtidigt skulle det, om man lät utgången i Kinnagarn endast gälla pantsättningstransaktioner, verka försvårande för den som agerar i egenskap av närstående. Möjligen är det bäst att domstolarna fortsätter att skraddarsy lösningar beroende på vilken situation som skall hanteras. I litteraturen har framförts olika modeller för att förutsägbarheten inte skall bli alltför bristande i sådana fall. Myrdal föreslår exempelvis en tvåstegsmetod där första steget är att undersöka om rådighetsavskärande skett och om så ej är fallet huruvida det finns skäl att, som ett

¹⁶¹ Håstad (2007) s 1.

undantag, anse att borgenärsskydd uppkommit.¹⁶² I ett fall där överlåtelse skett från ett bolag till dess företrädare skulle det, med tillämpning av Myrdals metod och med bortseende från att NJA 2000 s 88 eventuellt även gäller vid överlåtelser, betyda att även om rådigheten inte ansågs tillräckligt avskuren p.g.a. exempelvis närståendesituationen så skulle transaktionen kunna anses sakrättsligt skyddad ändå. Detta eftersom det i fall som dessa inte finns något annat lämpligt tillvägagångssätt samt att det ligger i omsättningens intresse att dylika transaktioner kan genomföras.

Martinson har för sin del föreslagit en metod som innebär att tre komponenter; kontrollerbarhet, synliggörande och rådighetspåverkan får avgörande betydelse. Hög uppfyllandegrad av en komponent skall enligt Martinson kunna kompensera för låg uppfyllandegrad av en annan.¹⁶³ Vid en liknande prövning som den som nyss genomförts med Myrdals metod skulle Martinsons metod innebära att även om rådighetspåverkan vore att anse som låg på grund av närståendeförhållandet så kan övriga faktorer, exempelvis hög kontrollerbarhet, medföra att sakrättsligt skydd uppnås.¹⁶⁴

Den rimligaste tolkningen av NJA 2000 s 88 torde vara att fallet undanröjer RH 1990:116 och därmed är gällande även vid överlåtelser från ett bolag till dess företrädare. Denna tolkning synes också ha stöd i doktrin.¹⁶⁵ Efter att fallet NJA 2007 s 413 avgjorts synes det än mer klart att 2000 års fall kan tillämpas analogivis även vid överlåtelser. Detta kan sägas ligga implicit i det faktum att HD i det senare fallet stöder sig på Kinnagarnfallets domskäl för att rättfärdiga sitt avgörande.¹⁶⁶ Eftersom detta avgörande rörde en överlåtelse bör alltså även Kinnagarnfallet kunna sägas omfatta överlåtelser.

¹⁶² Myrdal s 231.

¹⁶³ Martinson s 305.

¹⁶⁴ Jfr Johanssons kritik mot skraddarsydda lösningar s 351f.

¹⁶⁵ Se exempelvis Håstad supplement s 20 med hänvisning till Håstad s 228 och Zackariasson SvJT 2003 s 858

¹⁶⁶ Jfr domskälen i NJA 2007 s 413 på sidan 422 ”[...] tillräckligt eget intresse av att hålla fast vid transaktionen. I enlighet med detta [...]”

8.1.2 Överlåtelse till bolaget från dess företrädare

I avsnittet ovan har konsekvenserna av transaktioner från bolaget till dess företrädare analyserats. Frågan som skall diskuteras här är vad som gäller när riktningen är den motsatta, det vill säga när en företrädare för ett bolag överlåter egendom till det bolag han företräder. Risken i denna typ av transaktioner är att egendom, i syfte att undvika en eventuell utmätning, överlåts till ett bolag som kontrolleras av företrädaren.

Det verkar vara så att praxis på området är begränsad till två hovrättsavgöranden, det ovan nämnda RIC 50/93 och RH 1985:6 vilket handlade om överlåtelse av en skogsmaskin från en fysisk person till ett handelsbolag som denne bildat tillsammans med sin sambo.¹⁶⁷

I RIC-fallet ifrågasätter HovR lagenligheten i upplägget där rätten till STIM-ersättning överläts till ett helägt aktiebolag och uttalar att det är ”uppenbart att mannen aldrig haft för avsikt att avhända sig rätten till ersättningen”. Domstolen tar utgångspunkt i det faktum att parterna i transaktionen är närstående och att mannen i egenskap av ensam aktieägare kan kontrollera bolaget och därigenom få överlåtelsen att gå åter om han så önskar. Sakrättsligt skydd för överlåtelsen ansågs inte ha uppkommit.

Även i fallet med skogsmaskinen underkände HovR upplägget med motiveringen att överlåtare, även efter den påstådda överlåtelsen, utövat besittning av maskinen på samma sätt som tidigare varför sakrättsligt skydd inte uppkommit.

Det är svårt att dra några generella slutsatser från denna begränsade rättspraxis, särskilt eftersom det är svårt att utröna om domstolen i 1993 års fall underkände transaktionen på obligations- eller sakrättslig grund. I doktrin har påståtts att sakrättsligt skydd inte kan uppnås vid överlåtelse från företrädare till bolag eftersom företrädaren kontrollerar bolaget och genom sin kontroll kan förfoga över egendomen för egen räkning.¹⁶⁸ Samma kontroll över förvärvaren har den som är gemensam företrädare för två bolag som rättshandlar med varandra, se nedan. I de fallen har, i doktrinen, rådighetsavskärande ansetts kunna uppstå

¹⁶⁷ Vi har inte lyckats finna ett enda fall från HD, så verkar inte heller vara fallet i den inventering av praxis som gjorts av Zackariasson i SvJT 2003 s 753 ff, se särskilt s 814.

¹⁶⁸ Johansson SvJT 1997 s 343-277

genom att representantens lojalitetsplikt mot det förvärvande bolaget gör att han agerar under skadeståndsansvar när han företräder bolaget.¹⁶⁹ Samma lojalitetsplikt finns rimligen i relationen mellan bolaget och dess företrädare även om denne bara företräder ett bolag vilket rättshandlar med representanten själv i egenskap av fysisk person.

Det finns förvisso starkare skäl att underkänna transaktioner där egendom överläts från förvärvare till bolag denne företräder än vid överlåtelser i motsatt riktning. I NJA 2000 s 88 betonas att det är osannolikt att företrädaren skulle gynna bolaget på sin egen bekostnad. Det motsatta framstår, enligt vår bedömning, dock som mer troligt varför det skulle vara mer befogat att underkänna transaktioner i riktning från företrädaren till bolaget. Ur ett principiellt perspektiv bör dock samma lojalitetsplikt som kan ge rådighetsavskärande vid en transaktion mellan bolag med en gemensam företrädare även kunna ge rådighetsavskärande när bolaget förvärvar något från företrädaren. Stöd för detta synsätt återfinns i ABL 2:20 och HD:s därpå grundade uttalande i NJA 2007 s 413. Kravet på rådighetsavskärande skall enligt HD inte drivas så långt att legitima transaktioner mellan närstående i praktiken förhindras. De rena skenavtalen kan ju alltid underkännas på obligationsrättslig grund.¹⁷⁰

I de fall företrädaren äger det bolag till vilket han överlåter egendom kan det dock ifrågasättas om denna transaktion egentligen innebär någon nackdel för ägarens borgenärer. Tillförs bolaget egendom torde aktierna i bolaget, åtminstone i teorin, öka i värde för att kunna tas i utmätning då ägaren kommit på obestånd.

8.2 Transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare

I inledningen till detta kapitel, konstaterades att bolag i samma koncern är separata juridiska personer och således är transaktioner mellan bolagen transaktioner mellan skilda rättssubjekt.

Eftersom en bolagsföreträdare har lojalitetsplikt mot det bolag han företräder har han också lojalitetsplikt mot respektive bolag i de fall han företräder flera olika bolag. Det faktum att en person innehar flera bolag innebär per definition

¹⁶⁹ Dotevall s 349 ff.

¹⁷⁰ Se resonemanget i RIC 50/93.

inte att en lojalitetskonflikt uppstår, men lojaliteten skall vid varje tillfälle ligga hos det bolag som företräds i det aktuella fallet. En intressekonflikt anses inte kunna lösas genom att försummelse mot ett bolag gottgörs av uppfyllande av förpliktelserna mot ett annat bolag eftersom företrädaren har lojalitetsplikt mot samtliga företrädda bolag.¹⁷¹ Det skall här sägas att transaktioner mellan bolag i en koncern är uttryckligt undantagna från reglerna om ställföreträdarjäv, se ABL 8:23.

Den fråga som skall analyseras här är hur en företrädarens dubbla lojalitet påverkar möjligheten att göra sakrättsligt skyddade förvärv mellan bolag med gemensamma företrädare.

I det första fall som tog upp problemet med rådighetsavskärning i transaktioner mellan bolag med gemensamma företrädare, NJA 1972 s 246, nekades förvärvaren sakrättsligt skydd. Fallet har behandlats ovan men i korthet handlade det om att företrädaren för ett byggbolag hade pantsatt inteckningshandlingar till en stiftelse som företräddes av samma person. Eftersom pantsättaren och panthavaren företräts av samma person ansåg domstolen att pantsättarens rådighet inte var avskuren oavsett om företrädaren avsåg att hålla panten avskild för panthavarens räkning. Det är enkelt att då dra slutsatsen att företrädarskapet i sig förhindrar att sakrättsligt skydd uppkommer i transaktioner mellan bolag med gemensamma företrädare. I doktrin kommenterades utgången i rättsfallet som väntad eftersom företrädaren kunde förfoga över panten till pantsättarens fördel om så önskades.¹⁷²

Till delvis annan slutsats kom HD i NJA 2007 s 413 där domstolen tillämpade ett resonemang som hämtades från NJA 2000 s 88. Där uttalades det att sakrättsligt skydd kunde uppnås om mottagaren, i 2000 års rättsfall en panthavare som även var behörig företrädare för pantsättaren, hade *tillräckligt eget intresse* av att hålla fast vid transaktionen. HD uttalade då att sådant tillräckligt intresse fanns hos den som agerade som företrädare, i 2007 års fall för förvärvaren, om denne handlade under skadestånds- och straffansvar. Till samma slutsats, och med

¹⁷¹ Dotevall s 349 ff.

¹⁷² Göranson s 567.

samma motivering, kom HD i målet T 1657-06.¹⁷³ Eftersom det norska dotterbolaget fått den maskin som överlåtits från moderbolaget i sin besittning för finansbolagets räkning hade besittningsförändring skett i fallet. Detta faktum verkar HD dock inte tillmäta någon betydelse utan använder istället den straffrättsbaserade modell som konstruerats i NJA 2007 s 413.

Slutsatsen av detta är att dubbla lojaliteter hos en företrädare inte utgör ett absolut hinder för avskärning av överlåtarens rådighet. Den dubbla lojaliteten utgör dock ett relativt hinder som enligt domstolen måste övervinnas genom att företrädaren beslås med något ytterligare ansvar. Sådant ytterligare ansvar kan enligt domstolens resonemang utgöras av skadestånds- och straffansvar men det är fortfarande osäkert om den bolagsrättsliga lojalitetsplikten kan utgöra medel för att övervinna det relativa hinder som utgörs av företrädarens dubbla lojaliteter. Det har förvisso uttalats i doktrin rörande NJA 1972 s 246 att det avgörande skulle varit att panthavaren inte meddelats av dess företrädare att panten tagits om hand för dess räkning. Hade så skett skulle representanten ha handlat under skadeståndsansvar vilket borde anses som tillräckligt för att avskära pantsättarens rådighet även om representanten var behörig företrädare även för denne.¹⁷⁴ Det har uttalats att det avgörande för om sakrättsligt skydd skall uppkomma i en transaktion mellan parter med gemensam företrädare är huruvida den representant som innehar egendomen är förpliktad att följa panthavarens, eller förvärvarens, instruktioner.¹⁷⁵

Vidare kan diskuteras om bolagets hypotetiska förfogandemöjlighet genom ställföreträdaren, då inte bolaget självt utan ställföreträdaren förfogar över viss egendom, skall tillmätas betydelse. Ett sådant ställningstagande verkar ha gjorts av dissidenten i NJA 1972 s 246 som uttalar att det inte framkommit något som talar för att pantsättaren skulle kunna råda över panten endast på den grund att representanten för panthavaren även kunde företräda pantsättaren.

¹⁷³ Underrätterna använder sig dock av ett resonemang baserat på en i norsk rätt lagfäst bolagsrättslig lojalitetsplikt för att tillerkänna finansbolaget skydd mot det överlåtande moderbolagets borgenärer.

¹⁷⁴ Håstad (2007) s 9 som gör en jämförelse till rådighetsavskärningen i NJA 1995 s 367.

¹⁷⁵ Lindskog s 280 ff.

9 Något annat?

Som visats i tidigare avsnitt har frågan om huruvida sakrättsligt skydd för en transaktion skall medges baserats på huruvida traditionskravet ansetts uppfyllt eller inte. För de fall där tradition inte ansetts möjlig har istället avtalsprincipen ansetts vara det enda alternativet. Konsekvensen av att traditionskravet, i betydelsen rådighetsavskärande, skall vara uppfyllt är att man klär in de argument man anför för sakrättsligt skydd i en opassande kostym.¹⁷⁶ Med detta menar vi att man konstruerar argument för att tradition skall anses ha förelegat genom rådighetsavskärande istället för att vara öppen med vad som faktiskt skett och hantera situationen utifrån detta. Vi vill i detta avsnitt, som avslutning på uppsatsen, undersöka huruvida det finns anledning och möjlighet att frångå, alternativt modifiera, traditionsprincipen.

9.1 Antingen eller?

Den första frågan som måste ställas är om det faktum att man väljer att lämna den traditionella traditionsprincipen, där rådighetsavskärandet ses som det centrala, bakom sig innebär att man automatiskt börjar tillämpa avtalsprincipen. Är det omöjligt att se ytterligare alternativ?

Enligt vår mening måste den klassiska traditionsprincipen, grundad i traditio, respektive avtalsprincipen ses som två ytterligheter. Skalan är dock glidande vilket bör innebära att det är möjligt att finna en eller flera alternativa, eller kompletterande, principer mellan dessa ytterligheter. Redan när kravet på fysiskt besittningstagande hos mottagaren frångås, även om detta görs endast för att låta rådighetsavskärande hos överlåtaren vara avgörande, har rättstillämparen börjat röra sig på skalan. När sedan allt mer långsökta argument och modeller för rådighetsavskärande börjar tillämpas är avståndet plötsligt långt till det ursprungliga traditionskravet.

Avtalsprincipen är, enligt vårt förmenande, därför inte det enda alternativet om man lämnar den förhärskande tanken om rådighetsavskärande hos överlåtaren.

¹⁷⁶ Se exempelvis vår kritik i kapitel 7.4.4 och 7.4.5 mot den straffrättsgrundade modell som HD konstruerade i NJA 2007 s 413.

9.2 Behövs något utöver avtalet?

En grundläggande fråga i sökandet efter ett alternativ till, eller en komplettering av, dagens traditionsprincip är vilka faktorer som motiverar att avtalsprincipen inte skall tillämpas. Det är här rimligt att ta utgångspunkt i de av traditionsprincipens, förmodade, syften som ofta lyfts fram i doktrin och praxis. För dessa syften finns en redogörelse tidigare i uppsatsen och de kommer därför inte att behandlas mer djupgående här.

Till de klassiska syftena för traditionsprincipens tillämpning hör förhindrande av borgenärsbedrägerier, det vill säga försvårande av skentransaktioner och efterhandskonstruktioner. Även om det finns argument för att traditionsprincipen inte särskilt effektivt tillgodoser detta syfte, särskilt i ljuset av presumptionsreglerna i UB och återvinningsreglerna i KonkL, torde syftena fortfarande kunna anföras som argument mot en ren avtalsprincip.¹⁷⁷ Kravet på något utöver avtalet, oavsett om detta är rådighetsavskärande eller något annat, måste anses försvåra eventuella borgenärsbedrägerier. Detta då det krävs någon ytterligare åtgärd hos parterna vilket innebär en form av uppoffring och försvåring för dessa.

Även om avtalsprincipen är den princip som vunnit störst genomslag internationellt är den förknippad med vissa problem som undviks genom tillämpande av traditionsprincipen. Ett sådant problem är gränsdragningen mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse. Som bekant leder det svenska systemet med gemensamma regler till att någon gränsdragning inte behöver göras. Enligt vad som framgår av uppsatsens internationella utblick uppställs någon form av traditionskrav för pantsättning även i de länder där huvudregeln för omsättningsöverlåtelser är avtalsprincipen. Således finns det i dessa länder ett behov av att hålla ordning på om en transaktion egentligen är en pantsättning i köpets form eller en verklig överlåtelse, denna gränsdragning behöver inte göras i svensk rätt. Vidare behövs det specialregler för att hantera illegitima transaktioner i de rättsystem som har avtalsprincipen som huvudregel. Ofta är detta regler för

¹⁷⁷ Se Håstad s 212 där det talas om att ”skjuta mygg med kanon” när traditionsprincipen skall användas för att försvåra efterhandskonstruktioner. Med den mer pragmatiska tillämpning av traditionsprincipen som HD tillämpat under de senaste 10-15 åren torde detta argument väga mindre tungt i dagsläget.

hur obehörig vinst skall hanteras, något som inte är särskilt utbrett i det svenska rättssystemet. Slutligen kan anföras problemet med specialitet i de fall man tillämpar avtalsprincipen. Även om man tänker sig en konstruktion med märkning enligt den modell som återfinns i den svenska konsumentköplagen torde det i praktiken ofta vara svårt att avgöra vad som skall anses utgöra märkning och i förlängningen då vad avtalet egentligen omfattar.

9.3 Diskussion kring ett nytt alternativ

Som synes ovan finns det anledning att rikta kritik mot hur traditionsprincipen kommit att tillämpas idag och inte heller avtalsprincipen framstår som ett optimalt alternativ. Detta avsnitt ägnas åt nackdelarna med dagens traditionsprincip och vad som talar för att ett nytt synsätt bör anläggas.

9.3.1 Negativt med dagens traditionsprincip

Som anförts tidigare i arbetet uppställs inte längre något krav på besittningstagande utan det avgörande har i praxis ansetts vara huruvida överlåtarens rådighet avskurits. Olika metoder för att uppnå sådant rådighetsavskärande har sedan genom åren konstruerats av domstolen.

Den stora nackdelen med den pragmatiska tillämpningen av traditionsprincipen som kommit att utvecklas i praxis under de senaste 10-15 åren är, enligt vår mening, att domstolen inte öppet redovisar de överväganden som gjorts för, respektive emot, sakrättsligt skydd. Att domstolen inte tydligt redovisar de överväganden den gör när den konstruerar olika lösningar för uppkomsten av sakrättsligt skydd leder till minskad förutsebarhet.¹⁷⁸ Det skall redan här betonas att det inte är domstolens pragmatiska hållning vi vänder oss mot, utan det faktum att den inte redovisar bedömningarna öppet.

Den minskade förutsebarheten måste rimligen missgynna handelslivet på så sätt att det blir svårt att avgöra i vilka fall domstolen kommer upprätthålla de formalistiska kraven och i vilka fall domstolen kommer att göra en pragmatisk bedömning av situationen och skraddarsy en lösning utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Enligt vår mening finns det en överhängande risk att den

¹⁷⁸ Som Myrdal anför skulle det optimala ur denna synvinkel vara om man kunde hitta en exakt regel som kunde tillämpas i princip utan undantag. Detta ter sig dock omöjligt. Myrdal s 230.

bristande förutsebarheten i förlängningen kommer ha negativa processekonomiska konsekvenser. När förutsebarheten minskar kommer domstolarna att tvingas behandla fler fall i högre instans eftersom det är svårt för underrätterna att utröna i vilka fall en särskild lösning skall konstrueras baserad på de materiella omständigheterna i fallet.¹⁷⁹

9.3.2 Motiv för ett nytt synsätt

Många av de argument som idag anförs för att traditionskravet skall anses uppfyllt skulle kunna läggas till grund för en ny metod för att avgöra huruvida en transaktion skall anses sakrättsligt giltig. I många fall skulle en sådan argumentationsmodell ligga närmare verkligheten och därmed passa bättre. I det följande avsnittet ämnar vi ge exempel på sådana argument som använts i doktrin och praxis för att överlåtarens rådighet skall anses avskuren. Vi menar dock att dessa argument snarare bör ges en egen innebörd än att pressas in i mallen för huruvida rådighetsavskärande skett eller inte. Fördelarna med ett sådant synsätt (eller en sådan metod) och en öppenhet om detta i domskälen är enligt vår mening många. Genom att skraddarsy lösningar utefter förutsättningarna i fallen når man en ökad överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet genom att domarna blir mer materiellt riktiga. I takt med att det i praxis¹⁸⁰ fastslås vilka kriterier man skall fästa vikt vid kan också en ökad förutsebarhet uppnås. Detta då domstolarna har att förhålla sig till och laborera med ett antal kriterier istället för att endast hantera rådighetsavskärandet. Vidare menar vi att en tydligare modell och öppnare domskäl leder till positiva samhällsekonomiska effekter. Detta på grund av att när en modell som innehåller fler kriterier än rådighetsavskärande utkristalliserats blir det enklare att avgöra huruvida sakrättsligt skydd skall anses föreligga vilket i sin tur torde leda till färre tvister både i underrätt och överrätt.

¹⁷⁹ Som exempel på ett sådant fall kan tas NJA 2007 s 413, där det var frågan om hur rättegångskostnaderna i ett desert mål skulle fördelas, vilket måste anses orimligt att ta upp i HD ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Sett i ljuset av domen i Sannäs räkor T 1657-06 är det dock mer förståeligt, men fortfarande lika oekonomiskt, att HD tog upp målet till prövning.

¹⁸⁰ Naturligtvis bör hänsyn i denna del även tas till vad som föreslagits vara lämpliga kriterier enligt den rättsvetenskapliga litteraturen.

9.4 Vårt förslag

Eftersom vi konstaterat att det bör vara möjligt att finna något alternativ mellan dagens traditionsprincip, baserad på rådighetsavskärande, och avtalsprincipen skall vi i detta avsnitt försöka identifiera några faktorer som bör tillmätas värde i ett sådant alternativ.

Vi ser inget fel i att kontrollera en transaktions konsekvenser för rådighet/rådighetsavskärande, tvärtom torde en sådan kontroll vara central för att säkerställa de syften som angetts med traditionsprincipen. Eftersom termen rådighet genom åren ”infekterats” av en (inte alldeles självklar) innebörd som lätt får tankarna att fastna i de resonemang domstolen fört kommer vi dock nedan, i brist på bättre termer, att tala om förfogandemöjlighet.¹⁸¹

Som visats tidigare i uppsatsen har HD i sina domskäl tagit hänsyn till flera olika faktorer för att motivera att ett rådighetsavskärande skall anses föreligga. Detta har lett till att syftet att förhindra borgenärsbedrägerier till viss del fått vika för det överordnade syftet att underlätta omsättningsintresset. Denna utveckling är i våra ögon positiv, det negativa är att utvecklingen förkläs till ett resonemang om vad som krävs för att kravet på rådighetsavskärande, och i förlängningen även tradition, skall anses uppfyllt.

I bedömningen kan rimligen fler faktorer föras in vid sidan av bedömningen av vilken påverkan på förfogandemöjligheten ett visst agerande innebär. Exempel på sådana faktorer är i vilken utsträckning det finns en möjlighet att i efterhand kontrollera vad som hänt – transaktionens kontrollerbarhet – samt i vilken utsträckning transaktionen är synbar för utomstående – transaktionens synbarhet eller publicitet.

Tanken med de bedömningsfaktorer man väljer är att de skall kunna uppfyllas genom vad som är logiska åtgärder i en legitim transaktion. De bör dock varken vara av sådan art att de uppställer så höga krav på de inblandade parterna att normala omsättningar försvåras avsevärt, inte heller får de vara så enkla att uppfylla att kraven blir helt meningslösa (i så fall skulle konsekvenserna bli i det närmaste desamma som vid en övergång till avtalsprincipen).

¹⁸¹ I allmänt språkbruk torde innebörden av *förfogandemöjlighet* ligga nära det som avses med *rådighet* samtidigt som termen inte väcker samma tankebanor.

I praktiken får man då en tvåstegsraket: Först kontrolleras om överlåtarens förfogandemöjlighet är avskuren – är den det så är förvärvaren skyddad mot säljarens borgenärer. När man däremot slutsatsen att överlåtarens förfogandemöjlighet inte är tillräckligt avskuren, måste transaktionens kontrollerbarhet och publicitet bedömas. En hög uppfyllelsegrad av någon av dessa faktorer skall då kompensera för de fall då förfogandemöjligheten inte påverkats tillräckligt.¹⁸²

Vårt förslag blir därför närmast ett komplement till, och en modifikation av, traditionsprincipen. Modifikation på så sätt att fixeringen vid rådighetsavskärning kan släppas och komplement på så sätt att sakrättsligt skydd kan uppnås även om förfogandemöjlighet kvarstår.

Med detta förslag erbjuds en möjlighet att undvika de principiella problem som är förenade med den straffrättsbaserade bedömningsmodellen för rådighetsavskärning som HD konstruerat i senare praxis. Vidare ligger vårt förslag i linje med den ändamålsinriktade sakrätt som utvecklats i praxis under de senaste 10-15 åren där ökad hänsyn tas till de materiella omständigheterna på bekostnad av formalistisk tillämpning av principen. Genom att förslaget tillåter en öppen redovisning av de bedömningar som görs kommer den även att leda till att krystade motiveringar till varför rådighetsavskärning skall anses föreligga undviks. Slutligen kan anföras att det torde vara enkelt för domstolarna att tillämpa förslaget då det inte är revolutionerande utan ligger tämligen nära vad som gäller idag.

9.5 Särreglering av närståendetransaktioner?

Det finns en skillnad mellan närståendetransaktioner och andra typer av transaktioner i det att en närstående är förhindrad att skära av överlåtarens rådighet genom tradition. Frågan är om traditionskravet har någon betydelse i närståendetransaktioner. Traditionens funktion är ju primärt att skära av överlåtarens rådighet över det försålda. I ett närståendeförhållande är det inte möjligt att avskära rådigheten genom förflyttning mellan parterna. Därför torde traditionen vara betydelselös vid transaktioner mellan närstående, även om HD i

¹⁸² Detta bedömningssätt torde då hamna någonstans mittemellan de modeller som förespråkas av Martinson respektive Myrdal. Se Martinson s 305 f och Myrdal s 230 f.

Vitala och Sannäs räkör faktiskt betonar det faktum att det överlåtna traderats mellan de närstående bolagen. Eftersom rådigheten över det överlåtna kvarstår även om det förflyttas har HD skapat metoder för att hantera problematiken med sakrättsligt skydd vid transaktioner mellan närstående.

Genom rättsfallen Kinnagarn, Vitala och Sannäs räkör har HD konstaterat att det är förvärvarens eller dennes företrädares intresse av transaktionens bestånd som skall vara avgörande för bedömningen av huruvida överlåtarens rådighet är avskuren. Finns ett sådant *tillräckligt eget intresse* skall sakrättsligt skydd anses ha uppkommit. Denna bedömning kan enligt vår uppfattning grundas i flera faktorer, de som prövats i praxis är: panthavarens ovilja att låna ut pengar till bolaget utan säkerhet (Kinnagarn) respektive det faktum att förvärvaren agerat under straff- och skadeståndsansvar (Vitala och Sannäs räkör). Inget tyder dock på att dessa faktorer skall anses som exklusiva grunder för bedömningen.

I varje fall där transaktionen inte uppenbart syftar till att bedra överlåtarens borgenärer måste förvärvaren rimligen anses ha sådant *tillräckligt eget intresse* som HD uttalat skall vara tillräckligt för att uppnå sakrättsligt skydd. Varje förvärvare som erlagt annat än symboliskt vederlag är rimligen mer intresserad av att gynna sig själv än av att gynna överlåtaren. Som vi ser det är det motiverat att hävda att avtalsprincipen i realiteten, om än i något maskerad form, redan är gällande för närståendetransaktioner. Det domstolen gör när den konstruerar specialregler för bedömningen av huruvida överlåtarens rådighet är avskuren i dessa fall är att förklä avtalsprincipen i en ”traditionsenlig” kostym.

Konsekvensen av dessa specialregler i kombination med att vi anser traditionskravet betydelselöst vid närståendetransaktioner torde vara att det, åtminstone i teorin, är lättare för en närstående att få sakrättsligt skydd för ett förvärv.¹⁸³

Frågan är om den skillnad mellan närståendetransaktioner och andra transaktioner som blir konsekvensen av en glidning mot avtalsprincipen är önskvärd eller om glidningen även kommer att göra sig gällande för andra

¹⁸³ Det skall dock påpekas att domstolarna verkar ha en tendens att med oklar motivering underkänna transaktioner de misstänker ha illegitima syften. Se exempelvis de två hovrättsfallen RIC 50/93 RH 1985:6 där domstolen är allt annat än glasklar i sin motivering. Dessa fall är dock både underrättspraxis och från tiden före HD:s avgöranden i Kinnagarn och Vitala.

transaktioner. Även om det är motiverat att närstående ges samma möjligheter till legitima transaktioner som övriga rättssubjekt finns det knappast någon anledning att särbehandla dem positivt. Om närstående i praktiken får sakrättsligt skydd genom avtalet borde, i konsekvensens namn, även andra förvärvare erhålla sakrättsligt skydd under förutsättning att de har *tillräckligt eget intresse* av transaktionens bestånd. Gäller avtalsprincipen i närståendeförhållanden bör den rimligen gälla även för andra överlåtelsetransaktioner.

Detta principiella problem bör bli hanterbart genom den bedömningsmodell i tvåstegsform baserad på ett flertal faktorer som vi presenterat ovan. En tillämpning av denna modell innebär enligt vår mening att samma krav kan ställas på närståendetransaktioner som på andra transaktioner. Även om det är omöjligt att skära av förfogandemöjligheten i en närståendetransaktion bör övriga element kunna uppfyllas i så hög grad att sakrättsligt skydd erhålls utan att domstolen tvingas konstruera olika långsökta modeller för när rådighetsavskärande skall anses föreligga. Därför kan den föreslagna metoden tillämpas likartat på alla typer av transaktioner vilket leder till att problemet att det idag är enklare att få sakrättsligt skydd i en närståendetransaktion elimineras.

9.6 Avslutning

Som synes behöver ett avsteg från den rådighetsfixerade traditionsprincip som utkristalliserats i praxis tvunget inte innebära en övergång till avtalsprincipen. Det finns alternativ däremellan. Vi har lagt fram ett förslag och det är säkerligen möjligt att identifiera flera andra. Det centrala bör vara att hitta en metod som ger materiellt riktiga domar och som ställer samma krav oberoende av vilka som är parter i transaktionen. Dessutom bör metodens krav inte vara avsevärt försvårande för parternas rättshandlande. Uppfylls dessa mål torde resultatet bli ett system som är begripligt för medborgarna och som ligger väl i linje med det allmänna rättsmedvetandet.

Vårt förslag torde, utöver dessa mål, även vara principiellt hållbar på ett sätt som den straffrättsbaserade bedömningen av rådighetspåverkan som HD tillämpat i de senaste närståendefallen inte kan sägas vara.

Huruvida traditionsprincipen, med eller utan modifikationer, avtalsprincipen eller något annat skall vara gällande i svensk rätt är en fråga öppen för debatt. Vi har under uppsatsarbetet kastats fram och tillbaka mellan de två ytterligheterna.

Undéns uttalande som vi tidigare i denna uppsats förklarat vara något exotiskt, att ”invand uppfattning och anpassning i handel och vandel efter en viss regel *skall* betyda ett starkt skäl för dess bibehållande” kanske med en liten modifiering kan anses gällande. Angående frågan om traditionsprincipens bevarande kanske det är så att invand uppfattning och anpassning i handel och vandel efter en regel *kan* betyda ett skäl för dess bibehållande. Åtminstone förefaller man, som Helander påpekat, inte stå helt fri vid värderingen av traditionsprincipen eftersom den funnits sedan länge. Att dagens tillämpning är problematisk torde dock stå klart varför något bör göras.

10 Källförteckning

Till litteraturen hänvisas, där annat inte anges, endast med författarens efternamn.

10.1 Offentligt tryck

SOU 1995:11 Nya konsumentregler

Proposition 2002/03:57 Effektivare pantbrevshantering m.m.

10.2 Litteratur

Dotevall, Rolf, *Skadestånd för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts 1989

Folkesson, Enar, *Företaget i ekonomisk kris – en inblick i insolvensjuridiken*, 6:e uppl., Thomson fakta 2006

Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, 16:e uppl., Juristförlaget i Lund 2005

Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen – De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning*, Iustus förlag 1985

Helander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, Norstedts 1984

Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts 1973

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole & Wennberg, Susanne, *Brottsbalken – En kommentar, Del I (1-12kap.) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, Studentutgåva 5, Norstedts Juridik 2007 (Cit: KBrB)

Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, 5:e omarbetade upplagan, Iustus Förlag 2003 (Cit: Håstad, Köprätt)

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6:e omarbetade upplagan med supplement, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts Juridik, 1996.

Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 3:e uppl., Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts 2004

Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar, *Fordran och Skuld*, 8:e uppl., Iustus Förlag 2007

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder – En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 4:e uppl., Norstedts Juridik 2006

Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet – Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, Norstedts Juridik 2002

Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar*, del 2 kapitel 11-22, Thomson fakta 2007

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts 1985

af Sandeberg, Catarina, *Aktiebolagsrätten*, Studentlitteratur 2006

Undén, Östen, *Svensk sakrätt 1 – lös egendom*, faksimilupplaga, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Fritze 1995

van Vliet, L.P.W, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Ars Aequi Libri 2000

Walén, Gösta, *Panträtt*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts Juridik 1998

Wennberg, Suzanne, *Förskingring*, Almqvist & Wiksell International, 1977

10.3 Tidskriftsartiklar

Håstad, Torgny, *Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor*, JT 2002-03 s 745-777 (cit Håstad, Europeisk sakrätt)

Hägge, Ulrik, *Preskription av återvinning*, JT 2006-07 s 793-795

Johansson, Marcus, *Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken*, SvJT 1997 s 343-377

Lindskog, Stefan, *Om sakrättsligt misstroende*, JT 1991-92, s 275-285

Mellqvist, Mikael, *Recension av Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet, Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, JT 2002/2003 s 708-713

Myrdal, Staffan, *Några synpunkter på borgenärsskyddet*, JT 2003-04, s 468-481

Zackariasson, Laila, *Svensk rättspraxis – Sakrätt 1982-2001*, SvJT 2003 s 753-956

10.4 Övriga skriftliga källor

Folkesson, Enar, *Förhållandet mellan ogiltighetsregler, sakrättsliga regler och konkurslagens återvinningsregler*, AC-nytt – nyhetsbrev från Ackordscentralen, Nr 1 mars 2008 s 7-8

Håstad, Torgny, *Manus till inledningsanförande vid Insolvensrättsligt forum 2007* (opublicerat) (cit Håstad 2007)

10.5 Elektroniska källor

Millqvist, Göran, *Millqvist analyserar traditionsfall*, från den juridiska nyhetstjänsten PointLex (www.pointlex.se) 2007-06-14 (cit Millqvist (Pointlex))

10.6 Rättsfall

10.6.1 Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1925 s 130

NJA 1925 s 535

NJA 1934 s 193

NJA 1952 s 407

NJA 1954 s 455

NJA 1956 s 485

NJA 1958 s 422

NJA 1972 s 246

NJA 1975 s 638

NJA 1979 s 451

NJA 1983 s 103

NJA 1985 s 159

NJA 1986 s 217

NJA 1987 s 3

NJA 1988 s 257

NJA 1989 s 705 II

NJA 1995 s 367

NJA 1996 s 52

NJA 1997 s 660

NJA 1998 s 379

NJA 1998 s 545

NJA 2000 s 88

NJA 2007 s 413

NJA 2007 s 652

T 1657-06 (Sannäs räkor)

10.6.2 Rättsfall från hovrätterna

RH 1985:6

RH 1990:116

RIC 50/93

SvJT 1973 rf s 78