

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vi har valt att skriva om separationsrätt i konkurs och vid utmätning, eftersom ämnet är svårgreppbart och vi vill göra ett försök att reda ut hur och när det får ske genom en annorlunda indelning i tre kategorier. Dessa hänför sig dels till huruvida fullbordandet av det sakrättsliga momentet är uppfyllt dels till begreppet äganderätt.

Separation av egendom sker när någon annan än gäldenären har anspråk på äganderätt till saken, d v s en sakrätt. Sakrätter har företräde framför fordringar som i sin tur bara är anspråk på en gäldenärs totala förmögenhetsmassa. Äganderättsbegreppet i sig kan vara diskuterbart därför inleds uppsatsen med en fördjupning om äganderätten. Likaså går vi igenom principerna om tradition. I huvudsak kommer vi att inrikta oss på separationsrätt då gäldenären inte har äganderätt till föremålet men att det sakrättsliga momentet t ex besittning av egendomen föreligger så att det utåt sett framstår som om gäldenären har äganderätt till föremålet. Två andra separationsfall kan föreligga när gäldenär visserligen har äganderättsanspråk men inte har uppfyllt det sakrättsliga momentet samt när gäldenär både har uppfyllt det sakrättsliga momentet och har anspråk på ägande till objektet men att saken ändå kan separeras i vissa fall.

Av speciellt intresse är företeelsen kommission och konsignation då dessa begrepp används utan att det för den sakens skull alltid verkligen rör sig om kommission eller konsignation. Rubriceringen på avtalet spelar ingen roll eftersom de sakrättsliga reglerna är tvingande. Det kan därför vara intressant att ta reda på hur gällande rätt ser ut på området, om det nu finns någon gällande rätt i alla frågor som rör dessa områden. Vi kommer även att se om möjliga förändringar av sakrätten går att genomföra. Det har varit

en del offentliga utredningar med förslag på ny lagstiftning på området samt olika förslag från doktrin på förändringar inom detta komplicerade område.

1.2 Syfte och metod

Syftet med uppsatsen är att deskriptivt redogöra för när separationsrätten kan utövas vid konkurs och utmätning – speciellt avseende det fallet då gäldenären har besittning av saken men ändå inte är ägaren – och då i huvudsak kommission och näraliggande konsignation. Mellanmannen har ofta en massa egendom i sitt lager och det måste vid en konkurs kunna avgöras vem som har äganderätten till denna egendom. Enligt Kommissionslagen behåller kommittenten äganderätten till egendomen i kommissionärens besittning fram tills tredje man köpt den. Ett lager består sällan av en rad individualiserbara objekt utan det är oftast en mängd av olika kvalitéer och kvantiteter. Ett justitieråd uttryckte sig i en dom från början av förra seklet angående lager med att konstatera att det är en allmän rättsgrundsats att sakrätter måste vara knutna till en visst bestämd sak. Halvgeneriska saker är föremål för fordringsrätt men är ingen sakrätt. Ett lager av olikartade saker eller likartade saker av olika kvalitet kan inte heller till viss icke individualiserad del vara föremål för sakrätt.¹

Vi vill även undersöka i vilken mån en ny lagstiftning skulle kunna förenkla sakrätten och då avser vi göra en samlad bedömning i våra slutsatser efter att vi har rätt ut den genomgripande problematiken i själva uppsatsen.

Metoden är att explorativt undersöka vad som har skrivits på området för att därigenom få fram gällande rätt samt att beskriva denna i den mån det går på ett klagörande sätt. Det material som används är doktrin, rättspraxis, förarbeten och artiklar som publicerats.

¹ NJA 1910 s 216, Just.Råd Sjögren utvecklade sin mening

1.3 Disposition

Dispositionen av uppsatsen är upplagd så att vi först avser att gå igenom de principer och begrepp som är centrala för separationsrätten. Separationsrätt behandlas sedan som ett eget avsnitt för att klargöra dess innebörd. Därefter görs en uppdelning av uppsatsen i tre punkter som vi sedan behandlar i ordning där vi redogör mer ingående om kommission och konsignation. Avslutningsvis tar vi upp egna slutsatser med en analys av lagförslag och doktrinen åsikter om möjliga förändringar inom sakrätten och ser om vi kan finna någon lösning på de specifika problem separationsrätten medför. I slutet av uppsatsen kommer således olika ståndpunkter att diskuteras tillsammans med de konklusioner vi har kommit fram till under arbetes gång. Slutsatserna baseras på de egna reflektioner författarna fått efter att ha behandlat detta område inom sakrätten.

1.4 Problemställning och avgränsningar

När en borgenär skall bedöma gäldenärs kreditvärdighet kan man tro att det är det viktigt för denne att det som för honom är synligt i gäldenärs besittning också skall vara i hans ägande till stor del. En kreditgivare kan aldrig förlita sig till att det han ser tillhör gäldenären eftersom det kan vara hyrt eller lånat eller på annat sätt kommit i gäldenärs besittning. Vid olika former av affärsmässiga avtal som kommission och konsignation, framgår det ofta inte alls för tredje man vem som äger egendomen som kommissionären / konsignatarien har i sin besittning.

Företagshypotek är ett bra exempel på hur en mängd föremål kan användas som säkerhet för krediter av olika slag. Om en borgenär får säkerhet i ett enskilt ting så blir det sällan problem utan dessa uppstår när förmögenhetsmassan är dynamisk d v s när gäldenären kan förfoga över den som vid

företagshypotek. Det är på grund av denna problematik som en utredning av begreppet separationsrätt, d v s att dela upp egendom i vad som gäldenär äger samt det som han inte äger, är nödvändigt vid en konkurs. Detta för att inte vissa borgenärer skall gynnas otillbörligen respektive missgynnas. Presumptionsreglerna i Utsökningsbalken² gör också att rätten att separera egendom blir besvärligare för den som har ett sakrättsligt anspråk. När t ex en bilhandlare går i konkurs måste konkursförvaltaren reda ut vilka bilar som handlaren köpt i fast räkning, vilka han säljer i kommission, vilka han sålt utan att kunden hämtat dem och vilka som är på lagning eller är uthyrda. Vilka bilar ingår då i konkursen? Det är många och komplicerade frågetecken som måste rätas ut vid separationsrättskonflikter. Ett bra exempel på svårigheterna i dessa sammanhang är att en huvudman låter en mellanman försälja egendom i eget namn men för huvudmannens räkning. Mellanmannen har i avtalet reglerat att han erlägger betalning till huvudmannen när han sålt godset samt att han har returrätt för osåld egendom – men har aldrig utnyttjat den – vilket låter som ett avtal om kommission. Emellertid kanske det inte alls är fråga om kommission utan om konsignation eller köp med återtagandeförbehåll. Avtalets rubrik är inte alltid rättvisande och parterna vill naturligtvis bära så liten kreditrisk som möjligt. Skall en leverantör överhuvudtaget kunna ha säkerhet i den egendom som detaljisten skall sälja eller surrogat för den?

Uppsatsen behandlar endast frågan om separationsrätt gällande lös egendom, därmed diskuteras inte den sakrättsliga problematiken kring fast egendom. Vidare går vi inte in på återvinningsinstitutets retroaktiva verkan i konkursen. Den särskilda lagstiftning som finns för skepp- och luftfartyg, finansiella instrument, patent och varumärken berörs endast ytligt i uppsatsen.

² UB 4:17-19

1.5 Äganderättsbegreppet

Äganderätten är för de flesta människor helt självklar. Vi menar att äganderättsbegreppet innebär att gäldenären har gjort ett obligationsrättsligt giltigt fång och har förvärvat de rättigheter att förfoga, överlåta m m som följer av vad vi allmänt sätt menar med äganderätt. Att generellt sett definiera äganderätten, är emellertid inte så enkelt. Millqvist menar att äganderätten är beroende av så många faktorer, dels i vilket sammanhang äganderätten efterfrågas och dels vilken egendom som avses.³ Håstad tycker att äganderätten kan definieras negativt, d v s ”... ägaren får utnyttja sin egendom som han vill, såvida inte begränsningar följer av lag eller avtal han själv ingått.” Således kan ägarens rätt begränsas genom avtal om t ex nyttjanderätt. Äganderättsbefogenheterna har alltså i vissa fall en dynamisk karaktär, eftersom de ändras hela tiden. Äganderätten är emellertid en rättighet som är starkt beskuren genom lagstiftning.⁴ Äganderätten tillförsäkras också genom bl a Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Äganderätten inskränks av lagar och avtal. Ett exempel på detta är att om du äger en fastighet är det inte säkert att du kan bygga ett hus där, eftersom t ex bygglov krävs. De rättsfakta och de rättsföljder som uppstår är beroende på det specifika fallet och vilka rättsregler som är tillämpliga. Expropriation är en annan inskränkning av äganderätten, där egendomen tvångsvis tas ifrån ägaren. Ersättning utgår emellertid, men det är ju inte säkert att man ville sälja sin egendom. I sakrättsliga sammanhang – och därmed vid separationsrätt – är äganderättens innebörd av stor vikt. Vem äganderätten tillfaller och vad det innebär att äga viss egendom, är frågor som uppkommer inom sakrätten.

³ Millqvist, Sakrättens grunder, s 22 f

⁴ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 23 f

En annan fråga är hur äganderätt uppkommer. De olika *laga fång* som kan göras är; originära fång, derivativa fång och exstinktiva fång.

De originära fången är ursprungliga fång, t ex äganderätt till fynd av herrelös egendom, d v s ockupation med de begränsningar som ställda av olika lagar bl a hittegodslagen eller kulturminneslagen m m. Vidare uppstår äganderätt till avkastningen av redan ägd egendom och i vissa fall äganderätt vid bearbetning och sammanfogande av annans egendom. Vid bearbetning av *annans* egendom är rättsläget osäkert i förhållande till äganderätten. Bearbetning kan ske dels på uppdrag och dels olovligen. Vid bearbetning utan ägarens samtycke, d v s i fall där bearbetaren med ond eller god tro bearbetat annans egendom anses äganderätten tillfalla bearbetaren om värdet väsentligt överstiger värdet av det ursprungliga materialet. Var gränsen går för värdehöjningen är enligt Håstad oklar. Dessa fall av äganderättsövergångar kallas för specifikation, ägaren till materialet skall inte kunna vägra bearbetaren ersättning för dennes arbete, se t ex JB 5:3. Kommissionslagskommittén föreslog att lagen skulle utformas så att det bearbetade godset var förbehållet beställaren framför bearbetarens borgenärer, förutom vid fall när beställarens material är betydelselöst i förhållande till produkten.⁵

I praxis har avbetalningsgods som sålts med äganderättsförbehåll gett separationsrätt till säljaren trots att godset – i detta fall grisar – har förädlats och blivit slaktfärdiga och därmed en färdigbearbetat produkt.⁶ HD ansåg emellertid att uppfödaren rent principiellt borde ha blivit ägare till grisarna. Millqvist menar att värdet på den ursprungliga egendomen kontra värdet på den bearbetade delen blir avgörande för äganderätten. Är värdet av insatsen ungefär lika skulle det kunna innebära att samäganderätt uppstår.⁷ Vid sammanfogning kan också frågan om vem som skall anses ha äganderätt uppkomma.

⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 46 f

⁶ NJA 1966 s 857

I praxis har flera sammanfogandefall tagits upp i samband med giltighetsprövning av s k ägarförbehåll, d v s återtagandeförbehåll, hävningsförbehåll m m. Det mest omtalade fallet är NJA 1960 s 9 – bildäcksmålet – där A hade sålt däck till B på avbetalning med återtagandeförbehåll. B hade även köpt ett fordon av C på avbetalning med återtagandeförbehåll, när B inte kunde betala återtog C fordonet. När A ville ha ersättning för sina däck vägrade C ersätta A. Frågan uppkom om A hade separationsrätt till däcken. HD ansåg att det inte var lämpligt att tillerkänna A separationsrätt eftersom däcken var att se som ett tillbehör till fordonet. Håstad menar att när det rör sig om egendom – i detta fall däck – som är så lätt avskiljbara är osäkert om ett sådant radikalt agerande avseende äganderätten gäller utanför avbetalningsköpens område. Enligt Håstad skall separationsrätt ges dels om egendomen lätt kan avskiljas och dels att avskiljandet kan ske utan väsentliga kostnader eller väsentlig värdeförstöring. Vidare diskuteras samäganderätt som en möjlig lösning på sammanfogandefallen.⁸

De derivativa fången är den vanligaste äganderättsövergången. Dessa fång kan härledas från föregående ägare och de delas upp i singular- och universalfång. Singularfång innebär en övergång av äganderätten genom köp, byte eller gåva. Även upplåtelse av rättigheter hör till denna grupp, som t ex nyttjanderätt eller panträtt. Äganderätt kan också erhållas genom universalfång, som vid arv, testamente och bodelning.⁹

Slutligen de exstinktiva fången, där äganderätt kan uppstå oberoende av tidigare äganderättsförhållanden. Det innebär att den nya ägaren *utsläcker* tidigare ägares rätt. Godtrosförvärv – lagen om godtrosförvärv av lösöre 1986:796 – är det vanligaste exemplet på exstinktiva fång. Vidare kan även olika tvångsförvärv såsom expropriation och exekutiva köp, hamna under de exstinktiva fången. Exempel på ett exstinktivt fång är när B förfogar över egendom som tillhör A. B har egendom som tillhör A i sin besittning

⁷ Millqvist, Sakrättens grunder, s 24

⁸ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 47 f

och han säljer och traderar A:s egendom till C som är i god tro gällande B:s äganderätt till egendomen. Äganderätten tillfaller i dessa fall C om denne var i god tro vid köpet. Ett annat exempel är när B gör ett s k dubbelförfogande, d v s säljer samma sak till A och C, om C har fått egendomen i sin besittning och var i god tro tillfaller äganderätten C. Dessa förfoganden skyddar en godtroende förvärvare och kallas för omsättnings-skydd.

Traditionsprincipen och därmed besittning av egendomen är således av yttersta vikt för äganderätten. Det har emellertid inte alltid varit på det viset, under bl a 17- och 1800-talet gällde en annan princip, avtalsprincipen. Enligt avtalsprincipen övergick äganderätten och köparen fick borgenärs-skydd redan genom avtalet och då hade frågan om egendomen traderats ingen betydelse.¹⁰

1.6 Traditionsprincipen

1.6.1 Historik

Den romerske kejsaren Diocletianus utfärdade redan år 293 e kr en konstitution som löd enligt följande; ”Genom tradition och hävd, icke blotta avtalet, överförs äganderätten till saker...” och härigenom blev traditionsprincipen etablerad.¹¹ Praktiska problem uppstod dock vid fall när objektet redan befann sig hos köparen, om objektet befann sig hos tredje man eller om objektet utav någon anledning behövde vara kvar hos säljaren. Därav uppkomsten till de s k traditionssurrogaten, traditio brevi manu, traditio longa manu samt constitutum possessorium.¹² Det första traditionssurrogatet, traditio brevi manu, den s k korthandstraditionen

⁹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 48

¹⁰ Göranson, Traditionsprincipen, s 282 ff

¹¹ A a s 37

¹² A a s 61 ff

innebar att själva avtalet var tillräckligt om objektet redan befann sig i köparens besittning. Detta undantag gjordes för att det inte fanns några skäl till att formalisera traditionskravet ytterligare, eftersom det i sådana fall skulle innebära att parterna blev tvungna att flytta objektet fram och tillbaka för att uppnå skydd. Den andra motsvarigheten till tradition, *traditio longa manu*, innebar att i huvudsak att parterna slöt avtalet i objektets fysiska närhet. Det krävdes inte att köparen tog den i sin besittning utan man kunde låta den vara kvar på platsen om den var svår att flytta, alternativt lämna objektet i tredje mans vård. Att däremot förvärva något som befann sig hos tredje man och som var avsett att kvarvara hos tredje man var emellertid inte möjligt. Det tredje och sista alternativet, *constitutum possessorium*, medförde att sakrättsligt skydd även om säljaren hade kvar objektet i sin besittning efter överlåtelsen. Eftersom romarna inte erkände avtalsprincipen uppstod problem vid fastighetsöverlåtelser och därför uppkom detta förfarande. Det sistnämnda traditionssurrogatet fick också rättsverkningar inom lösöresrätten, framförallt vid förvärv av generiskt bestämd egendom. Även avtal genom ombud utan att parterna personligen sammanträffade blev möjliga genom detta institut. Således behövde inte köparen fysisk kontroll över objektet för att besittning skulle anses föreligga, utan det räckte med att säljaren var rättsenligt förhindrad att förfoga eller disponera över objektet.

I samband med naturrättens utveckling utkom – dess främste förespråkare – Grotius med sitt verk, "*De iure belli ac pacis libri tres*". Grotius ifrågasatte traditionskravets nödvändighet bl a genom sitt uttalande; ”Angående köp bör märkas, att äganderätten kan överföras i själva kontraktsögonblicket även om tradition inte sker; och detta synsätt är också det enklaste”. Därmed har Grotius presenterat avtalsprincipen. Traditionsprincipen var emellertid i vissa fall så urholkad att avtalsprincipen redan tillämpades, men Grotius var först med att förespråka ett avståndstagande.¹³

¹³ Göranson, Traditionsprincipen, s 79 f

I Sverige var avtalsprincipen förhärskande under en längre period, men i samband med inrättandet av lösöreköpsförordningen grundlades den svenska traditionsprincipen.¹⁴ Lösöreköpsförordningen eller som den numera heter Lösöresköpslagen stadgade att det krävdes registrering av överlåtelsen om man lämnade kvar objektet hos säljaren. Detta krävdes för att få borgenärsskydd. LkF var från början tänkt att gälla omsättningsöverlåtelser eftersom säkerhetsöverlåtelser egentligen är pantsättningar, men gränsdragningsproblematiken i praxis medförde att LkF även skulle vara tillämplig på säkerhetsöverlåtelser.¹⁵

1.6.2 Tradition och traditionssurrogat

Traditionsprincipen är en av grundpelarna inom sakrätten och därmed av yttersta vikt inom separationsrätten. Äganderätten, oavsett om det är köp eller gåva av lös egendom, överförs i de flesta fall genom tradition – besittningsövergång – eller i vissa fall med hjälp av något surrogat till tradition, exempelvis registrering genom LkL.

Tradition eller något av dess surrogat är sakrättsliga moment som krävs för att sakrättsligt skydd skall kunna erhållas. Praxis och doktrin är av den uppfattningen att ändamålen bakom traditionsprincipen skall avgöra dess utformning.¹⁶ Ett av det mest huvudsakliga ändamålet till de sakrättsliga momenten är att dessa skall skapa publicitet, d v s någon yttre manifestation om att överlåtelse har skett. Publiciteten ger berörda tredje män, d v s överlåtarens borgenärer möjlighet att få kännedom om att överlåtelse har skett, därav termen borgenärsskydd. Dessutom ger den yttre manifestationen – publiciteten – ett förhållandevis tydligt objektiva faktum

¹⁴ Göranson, Traditionsprincipen, s 313 f

¹⁵ NJA 1912 s 156

¹⁶ Se bl a Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 221 och Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, s 347 f

vid eventuella rättsliga tvister.¹⁷ Det idag främsta skälet till de sakrättsliga momenten är att arbeta emot skentransaktioner genom att säljarens förfoganderätt blir avskuren och publicitetskravet är ett led i detta arbete.¹⁸ De sakrättsliga momenten skyddar även omsättningsintresset, d v s att exempelvis traditionskravet har en slags preventiv effekt och förhindrar att köparen blir lurad av säljaren om denne redan överlåtit objektet till någon annan, därav termen omsättningsskydd. Förvisso finns reglerna om godtroshövet, där den andre köparen ändå blir skyddad. Om istället ovan nämnda avtalsprincip varit förhärskande skulle en köpare – i princip – aldrig kunna vara säker på att han gjort ett sakrättsligt giltigt förvärv. Hellner menar att kravet på de olika sakrättsliga momenten ger ordning och reda i det rättsliga livet. Eftersom det är objektiva kriterier som skall uppfyllas kan rättsväsendet lättare konstatera rättsförhållandena. Hade domstolen varit tvungna att ta större hänsyn till parternas subjektiva inställning skulle rättsfrågan bli mer komplicerad.¹⁹ Frågan är om antalet tvister minskar med detta objektiva synsätt? Enligt Göransson innebär inte det objektiva synsättet nödvändigtvis att antalet minskar. Svårigheten ligger i att bedöma om det är en giltig tradition eller denuntiatio.²⁰ Det underlättar inte heller med de skraddarsydda lösningar HD nuförtiden tycks vilja göra. Dessa lösningar kan ibland verka som om de går tvärtemot de generella principerna.²¹ Ett annat argument som använts till stöd för tradition är att det skulle underlätta kreditvärderingen. Det argumentet är idag i det närmaste överflödigt eftersom gäldenärer kan ha egendom i sin besittning som utåt sett verkar tillhöra gäldenären men i själva verket är t ex leasad eller köpt på avbetalning med äganderättsförbehåll eller på något annat sätt inte ägs av gäldenären. Enligt vår mening är förutsägbarheten det viktigaste ändamålet bakom traditionsprincipen, även Göransson är av den uppfattningen.²²

¹⁷ Se bl a Göransson, Traditionsprincipen, s 621 ff, Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 212 ff

¹⁸ NJA 1987 s 3 och Göransson, SvJT 1987:6-7, s 486 f

¹⁹ Hellner, Speciell avtalsrätt Köprätt, s 251

²⁰ Göransson, Traditionsprincipen, s 634 f

²¹ Se NJA 1985 s 159, NJA 1986 s 217 och NJA 1989 s 705 II

²² Göransson, Traditionsprincipen, s 455 f

Avtalsprincipen övergavs av olika skäl – bl a förekomsten av LkL – till förmån för traditionsprincipen. Denna övergång ägde rum under början av 1900-talet och enligt Göranson kom ”omsvängningen” genom NJA 1925 s 130.²³ I aktuellt fall hade A beställt fyra ångvinschar av B. A behövde inte vinscharna omgående utan avtalade med B om att få förvara dessa hos B som sedermera gick i konkurs. Eftersom A inte hade använt sig av registreringsförfarandet i LkL fick därmed A ingen separationsrätt till vinscharna. Efter detta fall gällde således tradition eller lösöreköp för att erhålla borgenärsskydd. Ur ett sakrättsligt perspektiv kan man säga att tradition innebär att det överlåtna lösöret kommer ur säljarens besittning, d v s att säljaren förlorat förfogandemöjligheten över den sålda egendomen. Ur praxis framgår att det inte har någon betydelse om köparen fått möjlighet att förfoga över egendomen, huvudsaken är att säljaren avskurits från rådigheten över lösöret.²⁴ Ett av skälen till kravet på tradition är att borgenärsskyddet förstärks när egendom måste genomgå en besittningsövergång. Efterhandskonstruktioner försvåras så när säljaren förlorat rådigheten över lösöret uppnås syftet bakom traditionskravet.

Under 1900-talets rättspraxis inrättades – som ovan nämnts – traditionsprincipen genom NJA 1925 s 130 och denna princip har vidhållits även i senare praxis, bl a genom NJA 1997 s 660. I detta fall hade B säkerhetsöverlåtit en flytdocka till A. B hade kvar flytdockan efter överlåtelsen och fick lov att nyttja den enligt ett hyresavtal med en köpeoption som B skulle infria på A:s uppmaning. I hyresavtalet fanns ett äganderättsförbehåll som skulle träda i kraft om köpeoptionen användes. När B gick i konkurs hade två tredjedelar av flytdockan betalats av B. Frågan var huruvida A fått borgenärsskydd till flytdockan antingen genom köpeavtalet eller i vart fall via inskrivningen av förklaringen gällande industritillbehör enligt JB 2:3 och därför, genom sitt äganderättsförbehåll, hade separationsrätt till flytdockan i B:s konkurs. HD menade att A inte fick separationsrätt genom

²³ Göranson, Traditionsprincipen, s 369 f

²⁴ Jfr NJA 1998 s 379 och NJA 1996 s 52

avtalet eftersom flytdockan inte kommit ur B:s besittning. Vidare gav inskrivningen enligt 2 kap JB ej borgenärsskydd eftersom en sådan förklaring måste gälla alla industriella tillbehör inte bara något eller några tillbehör och därmed gällde inte äganderättsförbehållet. HD betonade att köpet skulle ha registrerats via LkL för att borgenärsskydd skulle kunna erhållas. Slutligen framhöll HD att; ”Traditionsprincipen 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.”

Ett alternativ till tradition är – som ovan nämnts – LkL. Om någon handlar lösören och låter dessa vara kvar i säljarens vård skall registrering enligt LkL utföras för att köparen skall kunna få sakrättsligt skydd och därmed ge honom separationsrätt.

Den första förordningen angående registrering av lösöreköp utfärdades redan 1845 och den tillkom för att förebygga efterhandskonstruktioner. Det var en specialförfattning med ett undantag från den då rådande avtalsprincipen. LkL kan som tidigare sagts även användas vid s k säkerhetsöverlåtelser, d v s en slags pantförskrivning av gäldenärs egendom där avtalet påminner om ett köpeavtal.

Ett annat surrogat till tradition och därmed sakrättsligt moment, är som ovan nämnts s k denuntiation. Egendomen befinner sig då hos tredje man och om köparen underrättar – denuntierar – tredje man kan sakrättsligt skydd uppnås. Denuntiation är lagfäst i dels 31 § SkbrL som behandlar överlåtelse av enkla skuldebrev och dels i lagen (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man. Den senare lagen har dock begränsad betydelse eftersom den inte tillämpas analogt på överlåtelser.²⁵ 31 § SkbrL är däremot relevant och i motiven framgår att lagen är tänkt att

²⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 230 f

tillämpas analogt på annan lös egendom än skuldebrev och den lyder enligt följande:²⁶

31 § Överlåter någon ett enkelt skuldebrev, vare överlåtelsen ej gällande mot hans borgenärer, med mindre gäldenären om åtgärden underrättats av överlåtaren eller den till vilken överlåtelsen skett; innebar överlåtelsen gåva, gälle om dess verkan vad därom särskilt är stadgat.

Varder enkelt skuldebrev överlåtet till flere, gälle tidigare överlåtelse framför senare; dock äge den senare överlåtelsen företräde, där den tidigare än den andra meddelats gäldenären på sätt som nu är sagt och förvärvaren då var i god tro.

Har någon avhänt sig rörelse varmed följer skyldighet att föra handelsböcker, och omfattar avhändelsen de i rörelsen uppkomna fordringar, äge vad i första stycket är stadgat ej tillämpning.

Vidare framgår av motiven att syftet med denuntiationen skall vara detsamma som grunderna till traditionskravet, med andra ord skall säljaren rådighet avskäras och därmed skall skentransaktioner undvikas. Denuntiationen skall utformas så att det vid en objektiv tolkning framgår – av säljarens underrättelse – att säljaren ej längre har förfoganderätt över objektet. 31 § SkbrL och dess verkan är således en förfogandelegitimation och det krävs att verklig underrättelse skett.

En annan legitimationsregel är 29 § SkbrL där det framgår när man kan prestera till överlåtaren med befriande verkan och den lyder enligt följande:

29 § Har enkelt skuldebrev överlåtit, vare, där gäldenären ändock erlägger betalning till överlåtaren, sådan betalning gill, utan så är att gäldenären visste, att den andre ej längre ägde uppbära betalning, eller hade skälig anledning att det misstänka.

²⁶ NJA II 1936, s 113 ff

Är tredje man i ond tro kan han inte betala till överlåtaren med befriande verkan och här krävs inte någon underrättelse från överlåtaren. I motiven menade man att förvärvaren måste meddela tredje man för att undvika att denne presterar till överlåtaren med befriande verkan. Meddelandet samt det faktum att det i bevishänseende skulle underlätta om man kunde få en objektiv bekräftelse på att överlåtelse skett från tredje man som avgjorde utformningen av 31 § 1 st SkbrL. Frågan är om det inte är onödigt att kräva ett formellt meddelande, eftersom tredje man ändå fräntas möjligheten att prestera med befriande verkan om han är i ond tro om överlåtelsen. Eftersom överlåtarens rådighet blir avskuren under sådana omständigheter skulle ju han ha svårt att överlåta den på nytt därför att en presumtiv förvärvare skulle ta kontakt med tredje man för att kontrollera att saken inte redan var överlåten.²⁷ Lindskog menar att man borde ge förvärvaren sakrättsligt skydd om tredje man var i ond tro om överlåtelsen innan överlåtaren gick i konkurs, oavsett om det skett en denuntiation enligt 31 § 1 st SkbrL eller inte.²⁸ Troligen krävs det någon form av underrättelse, eftersom det framgår både av lagtexten och motiven att tredje mans onda tro är inte relevant i bedömningen av förvärvarens sakrättsliga skydd.²⁹

Efter att tredje man mottagit en denuntiation är denne förpliktigad att inte lämna ut objektet till överlåtaren. Denna förpliktelse eller snarare förbud att utlämna objektet behöver inte uttryckligen framgå av denuntiationen utan det är en följd av att överlåtarens betalningslegitimation blir avskuren enligt 29 § SkbrL och gäldenären blir därmed försatt i ond tro.

I praxis har dock visats att det inte rör sig om en denuntiation om underrättelsen inte fräntar överlåtaren möjligheten att utan samtycke från förvärvaren få besittning av objektet.³⁰ Denuntiationen skall ersätta traditionskravets funktion, men om överlåtaren trots denuntiationen kan få

²⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 255

²⁸ Lindskog, SvJT 1994:2, s 113 ff

²⁹ SkbrL 31 § och NJA II 1936

³⁰ NJA 1949 s 164

besittning av saken utan köparens tillstånd, har någon egentlig besittningsövergång aldrig ägt rum.

Exempel på andra sakrättsliga moment är dels märkning – lag 1944:302 om köpares rätt till märkt virke – och dels registrering i offentligt register där särskild lagstiftning för skepp- och luftfartyg, finansiella instrument, patent och varumärken ger sakrättsligt skydd. Endast undantagsvis ger själva avtalet sakrättsligt skydd, exempelvis vid köp av byggnad på annans mark där det räcker med avtalet.³¹

Håstad menar att äganderätten övergår successivt och köparen skyddas delvis genom avtalet men först och främst genom tradition. Därigenom erhåller köparen legitimation som ägare till egendomen. Vidare tar Håstad upp frågan varför säljarens borgenärer har rätt till dels egendomen – om den inte traderats – och dels till köpeskillingen. Svaret är enligt Håstad att tillgångarna i ett konkursbo inte räcker till om alla som har ett krav på överlåten egendom skulle bli tillgodosedda. För att en köpare skall få separationsrätt måste det finnas ett positivt skäl, eftersom varken långivare eller leverantörer får betalt för sina fordringar, såvida de inte har något förbehåll eller säkerhetsrätt.³²

Millqvist menar att risken för efterhandskonstruktioner måste vägas mot köparens förlust och frågan är om det tidigare är ett tillräckligt allvarligt problem för att berättiga ett generellt krav på tradition. Dessutom är frågan om det inte är tillräckligt med återvinningsreglerna i konkurslagen för att skydda borgenärerna. Därutöver riktar Millqvist kritik mot det oklara rättsläget som omgärdar traditionsprincipen. Förklaringen torde ligga i att principen utvecklats genom rättspraxis och att ha en genomgripande

³¹ Jfr NJA 1952 s 407

³² Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 210 f

lagstiftning är i princip en omöjlighet på det breda rättsområde regeln gäller.³³

En statlig utredning tillsattes för att utreda om traditionskravet vid konsumentköp kan frångås. Avtalet skulle ges sakrättslig status eftersom konsumenterna vanligtvis inte känner till kravet på tradition och dessutom värnar lagstiftaren om den svagare parten, i detta fall konsumenten. Utredningen har ännu inte lett till någon lagändring.³⁴ Exempel på ett fall där konsumenten råkat illa ut är NJA 1975 s 638, det s k husvagnsfallet. I detta fall hade konsumenten A köpt en husvagn av näringsidkare B. A lämnade kvar husvagnen hos B för förvaring och vissa smärre reparationer. A fick ett par nycklar, registrerade ägarbyte och lät goda vänner nyttja husvagnen vid två tillfällen. Därefter utfördes en utmätning – på uppdrag av C – hos B där bl a den aktuella husvagnen utmättes. HD menade att B aldrig förlorat rådigheten över husvagnen eftersom den hela tiden funnits i hans förvar, därmed hade A inte fått borgenärsskydd eftersom ingen verksam tradition ägt rum. De åtgärder A hade vidtagit ansågs inte vara av den beskaffenheten att det genom dessa blivit tillräckligt tydligt ådagalagt att säljaren saknade förfoganderätt över husvagnen. Därmed befäste och förstärkte HD publicitetskravet och därigenom traditionskravet. HD underkände A:s borgenärsskydd på den grunden att A förvarat husvagnen hos B. Provturen, nyckelförvärvet och registreringen kunde i och för sig vara tillräckligt för att åstadkomma tradition, men förvaringen av husvagnen omöjliggjorde sakrättsligt skydd. Det var således den bristande publiciteten efter traditionen som fällde avgörandet, d v s ett rådighetsavskärande hade krävts. Minoriteten i HD (tre mot två) ansåg att A fått borgenärsskydd genom ovan nämnda handlingar. Det fanns inga skäl till att misstänka en skentransaktion i aktuellt fall.

³³ Millqvist, Sakrättens grunder, s 89 f

³⁴ SOU 1995:11

Göranson menar att hänsyn borde ha tagits till partsavsikten och de bakomliggande förhållandena. Han menar vidare att det är förvånande att skyddsregeln för köparen är så sträng att köparen själv drabbas om rekvisiten inte uppfyllts till fullo.

Gränsdragningssvårigheterna i dessa fall blir komplicerade och det leder till orimliga resultat eftersom det sakrättsliga skyddet blir beroende av tillfälliga åtgärder som t ex en provtur. Göransson förespråkar således en mer ändamålsenlig hantering av traditionsfrågorna, d v s att hänsyn skall tas till de bakomliggande rättsförhållandena.³⁵ Avslutningsvis efterlyser Göransson en ändring till avtalsprincipen för konsumenter. Sakrättsligt skydd skall uppstå redan genom avtalet, där köparen skall styrka avtal om köp och säljaren skall vara näringsidkare samt att varan skall i huvudsak användas för enskilt bruk.³⁶

Håstad hävdar att HD:s domslut i detta fall kan tolkas såsom att traditionskravets främsta syfte är att visa eller varna personer om att äganderätten övergått till någon annan. Vidare menar Håstad att HD kan ha tyckt att de åtgärderna köparen hade vidtagit inte tillräckligt tydligt visat domstolen att en överlåtelse skett. Det kan istället ha rört sig om en nyttjanderätt eller helt enkelt ett lån. Registreringen i bilregistret har HD inte tagit hänsyn till eftersom den inte har något att göra med den faktiska besittningen. En annan möjlighet är att HD tvivlat på överlåtelsens äkthet, men Håstad tycker att det i sådana fall är fel av HD att ta hänsyn till det i sin bedömning eftersom traditionskravet tillkom för att sådana bedömningar skulle undvikas.³⁷

Millqvist tar upp frågan om tillfälliga besittningsförändringar, d v s om den nyblivna husvagnsägaren tagit en provtur med husvagnen, sedan upptäckt fel och brister och reklamerat och därefter lämnat husvagnen till säljaren för

³⁵ Göranson, Traditionsprincipen, s 378 ff

³⁶ A a s 680 f

avhjälpande. Om säljaren innan avhjälpande har skett sedan går i konkurs kan det tyckas att köparen självklart skall få ut husvagnen, men enligt Millqvist finns det inte mycket stöd för detta i rättskällorna.³⁸ Det finns ett visst stöd för separationsrätt i praxis gällande panträtt, där pantbrevet efter tradition av misstag och utan panthavarens vetskap återigen hamnat hos pantsättaren.³⁹ Millqvist menar vidare att det borde ingå ett hänsynstagande i traditionskravet till det specifika fallet, d v s att särskilt beakta det yttre omständigheterna när egendomen – efter köp – fortfarande inte har traderats till köparen.

Även mellan ett företag och dess ägare aktualiseras problematiken kring tillräckliga besittningsförändringar. Ägaren till företaget kan köpa egendom av företaget och vice versa, frågan är då om säljaren har blivit avskuren från rådigheten.

I NJA 2000 s 88 hade en pantsättning skett av ett företagshypoteksbrev. Pantsättningen hade gjorts av ett företag till dess ende ägare som säkerhet för ett lån. Eftersom det kan tyckas att ägaren och företaget i princip är samma person uppkommer frågan om borgenärsskydd uppnåts. HD menade att det var ostridigt att ett bindande pantavtal ingåtts mellan företaget och dess ägare. HD menar vidare att även om panten – i detta fall ett företagshypoteksbrev – lämnats till någon som även hade rätt att företräda bolaget inte medförde att pantsättningen blev sakrättsligt ogiltig. Eftersom ägaren inte mottagit panten såsom bolagets företrädare och därmed hade bolagets rådighet avskurits. Pantsättningen var således sakrättsligt skyddad.

I ett annat avgörande hade HD även där underkänt köparens anspråk på separationsrätt. I domskälen menade HD att även om traditionskravet i många fall där det av praktiska skäl är omöjligt att genomföra tradition –

³⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 225 f

³⁸ Millqvist, Sakrättens grunder, s 93 f, Jfr också NJA 1925 s 535 och NJA 1934 s 193

som i ovan angivet fall med flytdockan – försvårar och vissa fall omöjliggör förfoganden som borde ha haft rättssamhällets stöd, är det ändå av större vikt att kunna motverka skentransaktioner.⁴⁰ Traditionskravets lämplighet har emellertid ifrågasatts då det gäller att motverka skentransaktioner. Transaktioner som egentligen är helt klanderfria kan omöjliggöras av traditionskravet.⁴¹

Även Lindskog diskuterar ovan refererade rättsfall i sin artikel om ”Sakrättsligt misstroende”. I denna artikel myntar Lindskog begreppet ”rådighetssken”, d v s att B i det aktuella fallet haft skenet av att ha rådighet över husvagnen. Eftersom rättsordningen misstror B så leder hans missbruk av sitt rådighetssken till att A förlorar sitt borgnärsskydd. Om saken innehas av tredje man kan rättsordningen i vissa fall även misstro tredje man. Detta misstroende uppstår när tredje man är uppdragstagare för B eller när tredje man är ställföreträdare för ett bolag (B). Lindskog menar att tilltron till den som innehar överlåtet lösöre blir avgörande, för hur genomförandet av det sakrättsliga momentet bedöms. Lindskog menar vidare att rättssystemet misstror den som befinner sig i en viss position i det sakrättsliga systemet, en hypotetisk misstro. Denna tilltro till den hypotetiska misstron bör – enligt Lindskog – omprövas. Han menar att ett sådant system inte är försvarbart och han ifrågasätter rådighetsavskärans funktion om hypotetisk tilltro skall styra bedömningen.⁴²

³⁹ NJA 1958 s 422 och NJA 1983 s 103

⁴⁰ NJA 1987 s 3

⁴¹ Göransson SvJT 1987 : 6-7, s 489 och Millqvist, Sakrättens grunder, s 97

⁴² Lindskog, JT 1990, s 276 ff

1.6.3 Utmätning

Vid utmätning används – som ovan nämnts – en särskild presumptionsregel i UB 4:19 och av denna regel framgår följande:

19 § Om gäldenären är gift och varaktigt sammanbor med sin make och de har lös egendom i sin gemensamma besittning, anses gäldenären som ägare till egendomen, om det ej görs sannolikt att de är samägare till egendomen enligt lagen (1904:48 s.1) om samäganderätt och att det ej heller framgår att egendomen tillhör den andre eller någon annan. Detsamma gäller, när gäldenären varaktigt sammanbor med annan under äktenskapsliknande förhållanden.

Om gäldenären och någon annan som avses i första stycket har lös egendom i sin gemensamma besittning, får egendomen eller andel däri utmätas endast om det framgår att egendomen eller andelen tillhör gäldenären.

Presumptionsregeln innebär att det i makars eller sambos gemensamma hem föreligger en presumtion för att all egendom som påträffas där tillhör gäldenären. Hänsyn tas emellertid till beneficiereglerna i UB:s 5:e kapitel. Gäldenärens partner kan dock bryta presumtionen genom att göra det sannolikt att egendomen ägs gemensamt eller styrka att egendomen inte alls tillhör gäldenären. Kan partnern styrka alternativt göra det sannolikt att gäldenären inte äger respektive äger egendomen med samäganderätt, skall partnerns rätt respekteras vid utmätningen. Problem uppstår emellertid när äganderätten överförs från den ena partnern till den andre. Hur skall sakrättsligt skydd uppnås? Tradition eller något surrogat till tradition måste ha genomförts för att erhålla borgenärsskydd. Även i dessa fall krävs en besittningsförändring alternativt krav på fullbordande enligt GåvoL eller registrering enligt ÄktB 8:e och 16:e kapitlet, där ett bristtäckningsansvar gäller för gåvotagaren.

I NJA 1998 s 545 hade A gett delar av en båt till sin son B och båten låg hos U när en utmätning gjordes på uppdrag av C. HD anförde att i ett tidigare fall – NJA 1987 s 3 – att efter sk andelsöverlåtelse har sakrättsligt skydd ej givits eftersom enbart överlåtelseavtalet inte är tillräckligt. Beslutet motiverades främst av intresset att motverka skentransaktioner. Utöver avtalet krävs även att en besittningsförändring äger rum eller om egendomen befinner sig hos tredje man krävs en denuntiation. I aktuellt fall befann sig båten hos U, men eftersom både A och B hade nycklar till båten samt det faktum att B kunde förfoga över båten ensam gjorde att HD inte ansåg att båten befann sig hos tredje man och därmed hade den av B gjorda denuntiationen ingen verkan. Därefter diskuterade HD hur ideella andelar i lösöre rent praktiskt skall överlåtas. HD:s slutsats blev att i fall då överlåtaren och förvärvaren har sambesittning till egendomen och överlåtaren har kvar äganderätt till andel i egendomen blir förvärvaren blir då skyddad mot överlåtarens borgenärer i och med överlåtelseavtalet. Trots tidigare praxis ansåg ändå HD att överlåtelseavtalet var tillräckligt för borgenärsskydd.

2. Separationsrätt

I en konkurs och vid utmätning är det motstående intressen som aktualiseras. Borgenärerna vill naturligtvis ha ut så mycket som möjligt av den numera insolvente gäldenären och samtidigt finns det ett skydd för äganderätten i samhället. För att den allmänna handeln överhuvudtaget skall fungera är det viktigt att de som exempelvis hyrt ut eller deponerat eller bara lånat ut sin egendom skall ha en rätt att få tillbaka det som de rätteligen äger utan att saken tas i anspråk av konkursgäldenärens borgenärer.

Av KL 3:3 framgår att egendom som inte tillhör en konkursgäldenär inte heller skall ingå i gäldenärens konkurs. Detta lagrum lyder enligt följande:

3 § Till ett konkursbo räknas, i den mån inte något annat följer av 2 §, all egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades eller tillfaller honom under konkursen och som är sådan att den kan utmätas.

Till konkursboet räknas även den egendom som kan tillföras boet genom återvinning enligt 4 kap.

Således skall egendom som tillhör någon annan än gäldenären inte ingå i konkursen utan separeras från konkursbomassan. Denna rätt att separera egendomen kallas för separationsrätt, d v s ett anspråk på att få ut saken med äganderätt.

I UB 4:17-19 föreligger en presumtion som innebär att den egendom som gäldenären har i sin besittning – vid utmätning – presumeras tillhöra denne vilket medför bevisvårigheter för den som påstår att egendomen istället tillhör någon annan än gäldenär. Problemet med separationsrätten är att denna presumtion även gäller i konkursfallet, d v s att den egendom som en gäldenär har i sin besittning eller under sin kontroll, presumeras tillhöra gäldenären. Denna presumtion kvarstår tills det visas att egendomen bevisligen tillhör någon annan. Då uppkommer frågan vad som krävs för att kunna bevisa att egendomen tillhör annan än gäldenären d v s vilket sakrättsligt moment krävs. Om separationsrätten inte kan utövas så har naturligtvis den rätte ägaren till saken ändå ett fordringsanspråk i konkursen, t ex skadestånd p g a kontraktsbrott. Detta anspråk består oftast av en oprioriterad fordran i konkursen vilken oftast ger lite utdelning vid konkursens avslutande. De situationer då separationsrätt kan aktualiseras är som ovan nämnt när ägaren deponerat, hyrt ut eller på något sätt anförtrott gäldenär saken. Gäldenären innehar således saken med begränsad rätt.⁴³ Han kan även ha gjort ett sakrättsligt giltigt äganderättsförvärv men att detta av någon anledning är ogiltigt eller kan hävas, samt att gäldenären kan ha överlåtit saken men att han fortfarande besitter den när konkursen sker.

⁴³ Begreppet besittning innebär att inneha något med eller utan rätt.

Ett klassiskt exempel är ”Kalmarvarvfallet”.⁴⁴ Där hade ett företag levererat järnplåt på kredit till ett varv eftersom varvet hade uppgett att de skulle få statligt stöd. Det visade sig sedan att staten inte alls tänkte ge detta och varvet gick i konkurs. Frågan gällde om leverantören av järnplåten kunde åberopa förutsättningsläran för ogiltigförklaring av avtalet och därmed få separationsrätt? HD ansåg att leverantören inte var bunden av avtalet eftersom förutsättningen förföll. Invändningen om bristande förutsättningar godtogs av HD i detta fall. För att förenkla det hela skulle man kunna dela upp separationsrättsfallen i tre kategorier:

- 1. Inga anspråk på äganderätt till saken men det sakrättsliga momentet är uppfyllt.**
- 2. Anspråk på äganderätt till saken men det sakrättsliga momentet är inte uppfyllt.**
- 3. Anspråk på äganderätt till saken samt att det sakrättsliga momentet är uppfyllt.**

Den första punkten innefattar t ex fall då gäldenären besitter deponerad egendom, leasad egendom, säljer eller köper saker i kommission eller den speciella formen som kallas konsignation. Fall då gäldenären överlåtit saken – obligationsrättsligt giltigt – genom avtal eller dylikt, men köparen inte uppfyllt det sakrättsliga momentet som krävs för att få borgenärsskydd. Samt de fall då gäldenären är redovisningsskyldig enligt RedovL. Även de fall då gäldenären är tjuv, fraktförare eller panthavare går in under denna punkt.

Den andra punkten avser då gäldenären köpt egendom som är obligationsrättsligt gällande men ännu inte uppfyllt det sakrättsliga momentet och aktualiserar problematiken med stoppningsrätt och detentionsrätt.

⁴⁴ NJA 1985 s 178

Den tredje punkten handlar om när gäldenären anser att han obligationsrättsligt förvärvat något men äganderättsförbehåll, återtagandeförbehåll, kontraktsbrott samt ogiltiga avtal kan göras gällande för den andra parten.

Saker och ting kompliceras ytterligare genom att det sakrättsliga momentet varierar beroende på vad för slags egendom det är fråga om.

2.1 Specialitetsprincipen

Som en introduktion vill vi skriva om den vikt som specialitetsprincipen har i sammanhanget. Huvudregeln för att separationsrätt skall kunna genomföras är att egendomen skall vara individuellt bestämd och att besittaren innehar egendomen med begränsad rätt.

Specialitetsprincipen innebär således att saken skall gå att identifiera på något sätt annars är det svårt att hävda äganderätt och sakrätten urholkas om sammanblandning, sammanfogning, konsumtion eller bearbetning sker. Definitionen av specialitetsprincipen är; ”Objekt för äganderätt kunna endast bestämda, individualiserade föremål vara. Äganderätt kan icke gälla i avseende å en allenast till värde eller kvantitet bestämd varumängd.”⁴⁵ Denna princip fyller en viktig funktion i och med att den drar en gräns när anspråk på äganderätt eller panträtt inte längre kan föreligga. Enligt Håstad har dock denna princip urholkats på grund av skälighetssynpunkter och praktiska behov. Sakrätten upphör dock inte alltid. Ett exempel är när enskild äganderätt övergår till samäganderätt eller istället blir andelsrätt eller när saken blir en annan sak s k surrogation.⁴⁶

⁴⁵ Undén, Svensk sakrätt I, s 60 och Rodhe, Handbok i sakrätt, s 196

⁴⁶ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 152

I 1734 års lag fanns en paragraf som talade om att vid konkurs skulle uttas vad som tillhörde annan såsom inlagsfä, stulet, rövat, lånt och lagt gods.⁴⁷ Var det däremot förvandlat och ej i behåll, hänvisades ägaren till bara ett skadeståndsanspråk. I rättsfallet NJA 1910 s 413 så var det fråga om skenkommission. Där ansåg HD att det inte var att anse som verklig kommission utan att det var "...uppenbart att firman och C icke avsett att genom upprättandet av berörda handling sluta för dem bindande avtal av den innebörd som handlingen angive." så fick leverantören bara en skadeståndsfordran. Detta är huvudregeln nämligen att separation inte kan ske i dessa fall. Sammanblandning utesluter inte separationsrätt men dess utövande försvåras och i en del fall kan samäganderätt uppstå eller situationen i vart fall behandlas som om det vore samäganderätt.⁴⁸ Vid surrogation uppstår problem med specialiteten av naturliga skäl. Det finns dock undantag som när gäldenären före konkursen har avyttrat egendom som han inte äger. Då kan ägaren enligt KL 7:23 få separationsrätt till betalningen som konkursboet mottar för den avyttrade egendomen. Av denna paragraf framgår följande:

23 § Särskilda bestämmelser finns om en kommittentens rätt att, när gäldenären såsom kommissionär för kommittentens räkning i eget namn har ingått avtal, mot tredje man göra gällande fordringsrätt på grund av avtalet. Detsamma är fallet ifråga om en kommittents rätt till redovisning för sådan belopp som flutit in till kommissionärens konkursbo för sålt gods.

Om gäldenären i något annat fall före konkursbeslutet har sålt någon annans egendom, har den vars egendom sålts rätt att, om betalningen helt eller delvis flutit in till konkursboet efter konkursbeslutet, av förvaltaren få redovisning för vad som flutit in. I den mån betalningen inte erlagts av köparen har han dessutom rätt att själv göra fordringsrätten gällande gentemot köparen, om inte köparens rätt därigenom skulle åsidosättas.

⁴⁷ HB 17:2

⁴⁸ Walin, Separationsrätt, s 14

Vad som har sagts nu om rätt att få redovisning av förvaltaren skall också gälla om det i något annat fall till konkursboet flyter in medel för vilka gäldenären skulle haft skyldighet att redovisa till annan.

Enligt motiven skulle det vara oskäligt mot den riktige ägaren att inte ge denne separationsrätt till surrogatet eftersom borgenärerna i dessa fall inte gynnas obehörigen.⁴⁹ Detta medför att om gäldenären handlat otillåtet i eget intresse så kan rätte ägaren utfå sitt objekt genom separation. Walin menar att bedömningen bör vara snällare i de fall någon blivit bestulen men strängare vid frivilligare uppgörelser.⁵⁰

2.1.1 Huvudmannen tillåter förfogande i eget intresse

Om förfogandet var tillåtet av den rätte ägaren så kan han hävda separation till sitt objekt i de fall det finns kvar eller mellanmannen ordnar fram ny egendom – surrogat – som avskiljs för huvudmannens räkning innan mellanmannen blir insolvent. Huvudmannen kan få separationsrätt trots medgivande till omvandling men det krävs en solvent mellanman.⁵¹ Det främsta exemplet på surrogation i dag är lagen 1944:181 om redovisningsmedel. Genom denna lag kan en huvudman få separationsrätt i surrogatet till den egendom som ursprungligen kom från huvudmannen. Lagtexten talar om ”medel” men lagen tillämpas analogt på fungibelt gods eftersom fungibel egendom till sin art påminner om pengar.⁵²

2.1.2 Surrogation i övriga fall

Ett annat typiskt fall på surrogation är försäkringsersättning. Rätten till försäkringsersättningen tillkommer i regel ägaren även om egendomen

⁴⁹ Prop 1986/87:90, Konkurslagen

⁵⁰ Walin, Separationsrätt, s 15

⁵¹ KommL 53 och 57 § §

⁵² Millqvist, JT 1994-95, s 500

befunnit sig i någon annans besittning.⁵³ Walin ställer sig positiv till surrogation som tydligt rättfärdigas vid utbetalning av försäkringsersättning. Ingen tycker det är konstigt att få pengar istället för stulen eller förkommen egendom vid försäkringsutbetalning.⁵⁴ Ytterligare ett exempel då separationsrätt i samband med surrogation kan utövas är när konkursgäldenären sålt annans egendom – strax innan konkursen – enligt KL 7:23 2 st. Då kan ägaren till egendomen – under förutsättning att betalningen influtit till konkursboet – kräva redovisning av konkursförvaltaren eller själv kräva betalningen av köparen om han inte hunnit betala. Om inte denna regel hade funnits hade ägaren fått en oprioriterad fordran på konkursboet. Detta innebär en förmån till äganderätten som utövas i form av separationsrätt till surrogatet. Surrogationsrätten gäller dock endast för köpeskillingsfordringar inte till köpeskilling som betalats före konkursutbrottet. Slutligen måste alltså sambandet mellan ursprungsegendomen och surrogatet alltid vara klar och tydlig.

Genom praxis har surrogation godtagits trots att det inte funnits något klart lagstöd. Sambandet mellan surrogatet och den ursprungliga egendomen har i dessa fall varit nära och tydlig.⁵⁵ I NJA 1941 s 711 så fick en säljare som sålt en bil med äganderättsförbehåll separationsrätt till den utestående fordringen på tredje man när den ursprunglige köparen sålt bilen.

Wallin är positiv till surrogation men han påpekar att det ibland synes bryta mot likabehandlingsprincipen av borgenärerna samt att det finns risk för godtycke med tanke på de praktiska problem surrogationen medför att tillämpa.⁵⁶

⁵³ 54-58 § § FAL

⁵⁴ Walin, Separationsrätt, s 164 f f

⁵⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 164 ff

⁵⁶ Walin, Separationsrätt, s 165

2.2 Redovisningslagen

Eftersom redovisningslagen är en av grundstenarna kring ämnet separationsrätt, krävs en utförlig beskrivning om dess tillämpning för att öka förståelsen kring ämnet. Lagen 1944:181 om redovisningsmedel är enligt förarbetena även tillämplig på annan fungibel egendom än penningmedel.⁵⁷ I lagrummet anges förutsättningarna för att separationsrätt skall föreligga till redovisningsmedel och det har följande lydelse:

Vad den som mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem, för sådant ändamål har inestående på räkning i bank eller annorledes håller avskilt skall vara förbehållet huvudmannen, såvitt beloppet avskilts utan dröjsmål. Samma lag vare ifråga om belopp som avskilts senare, om den redovisningsskyldige ej var på obestånd när beloppet avskildes.

Vad den redovisningsskyldige har omedelbart tillgängligt för att avskiljas vare ock förbehållet huvudmannen, såvitt dröjsmål med avskiljandet inte föreligger.

Är bankräkning eller kassa avsedd för flera huvudmäns medel, njute de inbördes lika rätt, envar i förhållande till sin redovisningsfordran.

För att separationsrätt skall kunna utövas krävs att medlen skall ha mottagits för huvudmannen med redovisningsskyldighet och att mottagaren har avskilt ett motsvarande belopp, d v s han skall i princip inte ha sammanblandat dem med sina egna medel. Redovisningsskyldighet anses föreligga om medlen inte får äventyras. Huvudmannen har separationsrätt om mellanmannen mottagit pengarna för hans räkning med redovisningsskyldighet samt att pengarna blev avskilda utan dröjsmål. Det är ingen förutsättning för separationsrätt att pengarna skulle hållas avskilda, bara att de var det när huvudmannen ville ha dem. Redovisningslagen innehåller ett rekvisit som saknas i KommL 53 §, nämligen att medlen skulle mottagits

⁵⁷ Prop 1944:81, s 31

med redovisningsskyldighet eftersom det måste dras en gräns mot vad vi kallar vanlig kreditgivning. 53 § har nämligen följande lydelse:

53 § Gods, som lämnats till kommissionären för försäljning, förbliver i kommittentens ägo, intill dess äganderätten övergår till tredje man eller till kommissionären, där denne själv inträder såsom köpare.

Till gods, som av kommissionären förvärvas för kommittentens räkning, bliver denne omedelbart ägare.

I dessa fall står kreditgivaren en risk till skillnad från de fall då egendom som mottas inte får sättas i fara, d v s de fall då redovisningslagen är tillämplig. Kreditgivning utesluter en förskingringssituation. Förskott som t ex lämnas till en handelsresande till omkostnader och som denne måste redovisa till huvudmannen kan alltså bli föremål för förskingringsansvar.⁵⁸ För att medel skall anses ha mottagits med redovisningsskyldighet krävs det att den som överlämnat pengarna inte tillåter att någon sammanblandning sker med mellanmannens egna pengar om han är insolvent. Rekvisitet om solvens är alltså en förutsättning för att separations skall få ske.

Lagen om redovisningsmedel föreskriver ingen skyldighet att hålla medlen avskilda utan anger förutsättningarna för att ett sakrättsligt borgenärs-skyddat anspråk på redovisningsmedel – en separationsrätt – skall kunna göras gällande i gäldenärens konkurs eller vid utmätning hos honom.

Beträffande uppdragsavtal i allmänhet gäller bl a att uppdragstagaren har en allmän – obligationsrättslig – skyldighet att visa omsorg vid fullgörandet av uppdraget. Häri ligger att uppdragstagaren anses skyldig att behandla de tillgångar han får ta hand om för sin huvudmans räkning som främmande värden i sin ekonomi. För penningmedel innebär detta bl a att uppdragstagaren måste avskilja medlen från sina egna. En bristande uppfyllelse av uppdragstagarens förpliktelser gentemot huvudmannen i detta hänseende kan leda till att denne häver uppdragsavtalet och / eller kräver skadestånd.

För viss uppdragsverksamhet är en skyldighet för uppdragstagaren att avskilja egendom för huvudmannens räkning särskilt föreskriven, t ex för advokater, mäklare och i inkassoverksamhet. Efterlevnaden tillförsäkras av de civilrättsliga förpliktelseerna i uppdragsförhållandet och samhälleligt ytterst av det straffrättsliga ansvaret för förskingring och olovligt förfogande.

För att separationsrätt skall föreligga krävs det som tidigare nämnts är att egendomen är individuellt bestämd och att besittaren har egendomen med en begränsad rätt. Håstad menar att det finns ett eventuellt undantag från det sistnämnda kravet. Det finns en diskrepans mellan å ena sidan lagen om redovisningsmedel och å andra sidan 53 § 1 st KommL. Konflikten, menar Håstad, uppkommer p g a att lagen om redovisningsmedel – som även är tillämplig på fungibel egendom – inte ger innehavaren en rätt till självinträde medan kommissionslagen ger en sådan rätt till självinträde. Håstad tycker att det verkar som att redovisningslagen utesluter separationsrätt till anförtrodda pengar om inte mellanmannen varit skyldig att oavbrutet hålla pengarna avskilda eller åtminstone hålla sig solvent så länge sammanblandning sker. Detta förhållningssätt borde likaväl tillämpas avseende anförtrodda varor, oavsett om det rör sig om fungibel eller individualiserade varor. Håstad menar att det skulle var märkligt om huvudmannen fick separationsrätt till t ex individualiserade aktier som skulle säljas av kommissionär som har rätt till självinträde oavsett solvens, men inte fick separationsrätt till pengar som lämnats för inköp av aktier till huvudmannen. Resultatet av en sådan tillämpning blir således att kommissionsavtal i bil- och båtbranschen inte kommer att ge separationsrätt vid kommissionärens konkurs, eftersom kommissionären generellt sätt haft rätt till självinträde utan omedelbart krav på betalning. Det är inte troligt att det anses att kommissionären har antagit en redovisningsskyldighet med risk för förskingringsansvar vid en eventuell konkurs.

⁵⁸ NJA II 1942 s 433

Självinträde görs med stöd av 40 § KommL eller allmänna standardvillkor hos fondkommissionärer och redovisningsskyldighet borde enligt Håstad föreligga, annars skulle ju huvudmannen redan från början ha en oprioriterad fordran.⁵⁹ Millqvist menar att en sådan konflikt kan undvikas på ett ganska enkelt sätt genom att inte analogt tillämpa redovisningslagen vid fungibel egendom i de fall då kommissionslagen är direkt tillämplig. Vidare menar Millqvist att kommissionslagen ändå har ett försteg, i de fall båda lagarna är analogt tillämpliga enligt *lex specialis*, eftersom 53 § KommL avser gods medan redovisningslagen huvudsakligen avser penningmedel.⁶⁰

Redovisningslagen kan som ovan nämnts tillämpas analogt i förhållande till fungibel egendom – sådan som saknar individuell karaktär – men det krävs ett avskiljande av egendomen enligt motiven till redovisningslagen.⁶¹ Håstad tycker inte om motstridigheten mellan pengar och varor eftersom Redovisningslagen tvingar kommissionären att hela tiden hålla pengarna avskilda eller i vart fall vara solvent så länge pengarna är sammanblandade.⁶²

Redovisningslagen används också när någon kommit över pengar genom brott. I ett fall då en tjuv vid ett inbrott stulit en summa pengar i utländsk valuta och direkt därefter växlat pengarna till svenska pengar. Om då tjuven grips i samband med växlingen och pengarna blir utmätta för tjuvens skulder, kan ändå den bestulne – genom redovisningslagen – hävda separationsrätt till pengarna trots sammanblandning och omvandling. Redovisningslagen är således ett utökat skydd för äganderätten till pengar och ger därmed en utvidgad separationsrätt.

⁵⁹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 155 ff

⁶⁰ Millqvist, Sakrättens grunder, s 64

⁶¹ SOU1943:24, s 41

⁶² Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 158

2.2.2 Medel mottagits för annan eller för egen del

Ett annat rekvisit av vikt i redovisningslagen är att medlen skall ha mottagits ”för annan” förutom att de skall ha mottagits med redovisnings-skyldighet. Eftersom en vanlig finansiär lånar ut pengar för kredittagarens egen skull så kan det i dessa fall aldrig bli tal om separationsrätt hur åtskilda dessa medel än är. Om en syssloman säljer saker åt huvudmannen och först efter en viss tid redovisar försäljningen för huvudmannen, så har denne ändå separationsrätt i sysslomannens konkurs. Det krävs dock ett sysslomannaskap för att medlen skall anses mottagna ”för annan”.

Vid s k ”factoring” tar ett factoringbolag över kreditrisken från den ursprungliga borgenären genom att det får panträtt i fakturorna till ett visst pris. Då är det viktigt att gäldenären denuntierats för att han skall veta vem han skall betala till annars uppfylls inte rekvisitet ”mottas för annan” i redovisningslagens mening. Denuntiation skall ske enligt SkbrL 31 § och görs inte detta har panthavaren – d v s factoringbolaget – inte en sakrättsligt skyddad fordran och således kan inte separation ske.⁶³ Övriga rekvisit i redovisningslagen måste också vara uppfyllda för att överhuvudtaget någon separation ska komma i fråga.

NJA 1995 s 367 I+II handlar om investerleasing och fallet berörde delvis frågan om medel som inbetalats hållits avskilda. Ett finansbolag hade leasat ut egendom som sedan överläts till ett investmentbolag. I avtalet ingick även ett återköpsvillkor att investorn skulle kunna återställa egendomen till finansbolaget om leasetagaren av någon anledning inte fullföljde avtalet. Leasetagaren denuntierades och av det framgick att finansbolaget skulle fortsätta att sköta administrationen. Vid tolkningen av denuntiationen framkom att leasetagaren hade rätt att lämna egendomen till finansbolaget i dess egenskap som uppdragstagare till investmentbolaget. Tvisten gällde både den utleasade egendomen och de hyror som förfallit innan

finansbolagets konkurs. HD menade att om borgenärsskydd fanns för egendomen borde också egendomens avkastning vara skyddad och eftersom denuntiationen godtogs fick investorn borgenärsskydd. HD uttalade att det avgörande för om denuntiationerna kunde godtas var om de kunde fullgöra sin funktion att förhindra efterhands- och skentransaktioner. Denuntiationen innebar – enligt HD – en tillräcklig yttre manifestation och det var klart att denuntiationen överflyttade legitimationen att överlåta och pantsätta den överlåtna egendomen från finansbolaget till investorn. Vidare noterade HD att ett avtal om finansiell leasing normalt är tänkt att gälla under objektets hela ekonomiska livstid. HD menade att investorn när som helst kunde meddela tredje man att avtalet upphört och att alla fortsatta prestationer skulle ske till investorn själv. Ur ett redovisningshänseende hade finansbolaget från betalningens erläggande fram tills redovisning skett till investorn visserligen möjlighet att förfoga över medlen men det ansågs ändå att borgenärsskydd förelåg och finansbolaget av hade därför en redovisningsskyldighet för de mottagna hyrorna.

Aktuellt mål har diskuterats och till viss del kritiserats i SvJT, där författaren menar att HD:s bedömning av fallet var alltför domaranpassad. Vidare menar författaren att det behövs tydligare regler i dessa avseenden, eftersom minsta felsteg kan få ödesdiga konsekvenser för endera part. Dessutom jämförs utgången av aktuellt fall med minoritetens votum i ovan refererade husvagnfall. Detta menar författaren framgår eftersom investorn avtalat om en återställanderätt i samband med köpet samt det faktum att finansbolaget hade via sitt uppdragsavtal en fortsatt – om än – kortvarig besittning till egendomen genom befogenheten att motta egendomen. Med andra ord om man överförde detta resonemang till traditionsfallet är att ett återställande kan ske med bevarat borgenärsskydd om återställandet endast är kortvarigt och i förvärvarens intresse.⁶⁴

⁶³ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 161 f

⁶⁴ Johansson, SvJT 1997 s 356 f

2.2.3 Avskiljandets betydelse vid sammanblandning

Frågan gäller här om den rätte ägaren kan få separationsrätt trots att gäldenären har sammanblandat egendomen med sin egen. Redovisningslagen spelar här en stor roll eftersom den anger de fall då separation trots sammanblandning är möjlig. Huvudregeln är nämligen att det inte går att separera sammanblandad egendom. Om mellanmannen har mottagit medel för annan med redovisningsskyldighet finns rätten till separation trots sammanblandning om huvudmannens anspråk är generiskt bestämt och om det ursprungligen anförtrodda går att urskilja hos mellanmannen. Vidare kan huvudmannen – enligt redovisningslagen – få separationsrätt till egendom som är sammanblandad, om den finns omedelbart tillgänglig för att avskiljas utan dröjsmål, trots mellanmannens insolvens vid avskiljandet. Är det dröjsmål med avskiljandet skall det ha gjorts för redovisningsändamål. Den avtalade tiden för parternas redovisning spelar roll huruvida det föreligger dröjsmål eller ej och föreligger det inget dröjsmål skall egendomen finnas omedelbart tillgänglig för avskiljande.⁶⁵

För att förtydliga vad som menas i dessa fall ska vi ta upp en del rättsfall som belyser omständigheterna i dessa fall. Dessa rättsfall behandlar frågan om huruvida dröjsmål föreligger i bl a NJA 1987 s 517, där A sålde en bil för B:s räkning. Avskiljandet företogs efter cirka en dag genom att pengarna blev placerade i ett kuvert som i sin tur blev placerat i en byrålåda i A:s bostad. HD ansåg inte att det var ett dröjsmål med avskiljandet. I ett annat rättsfall hade A råkat betala en faktura två gånger till B. I samband med att felbetalningen upptäcktes, gick B i konkurs. HD ansåg att med hänsyn till den korta tid under vilken B haft möjlighet att upptäcka dubbelbetalningen innan konkursen utbröt, att dröjsmål med avskiljandet inte förelegat vid konkursbeslutet.⁶⁶ Ett annat mål berörde frågan om dröjsmål med avskiljandet. I detta fall hade A sålt en fastighet till B där fick

⁶⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 155 ff

⁶⁶ NJA 1985 s 836

A ovetandes en utbetalning som ingick i den egendom som överlåtits till B. C begärde kvarstad på A:s konto där pengarna från utbetalningen fanns. Under tre dagar fanns aktuella pengar på A:s konto. HD ansåg att A mottagit pengarna med redovisningsskyldighet och att pengarna hade funnits omedelbart tillgängliga för avskiljande. Hänsyn togs dock till att A inte hade varit medveten om inbetalningen. Tre dagar var ej att anse som ett dröjsmål och kvarstaden hävdades således till denna del.⁶⁷ Även i senare praxis har gränsen för dröjsmål dragits vid tre dagar.⁶⁸

Att återskapa separationsrätt för huvudmannen till likvärdigt objekt om mellanmannen är solvent och har avskiljt objektet i redovisningsavsikt går bra.⁶⁹ För att ett avskiljande skall ha skett krävs juridiskt sett att pengarna satts in på ett särskilt bankkonto i gäldenärens namn.

Publicitetsprincipen gäller inte för anförtrodd egendom. Därför måste det inte anges att det handlar om redovisningsmedel. Det har dock förekommit andra sätt att avskilja som har varit tillräckliga, som i ovannämnda fall där pengarna stoppades i ett kuvert och pengar hade lagts i en låda. I ett annat fall ansågs det däremot inte vara ett avskiljande att stoppa pengarna i en strumpa.⁷⁰ Om mellanmannen får pengar av huvudmannen, men sedan förskingrar dem kan inte separationsrätt återskapas vid ett avskiljande senare, om inte mellanmannen var solvent vid själva avskiljandet. Om kommissionären köper varan som han skulle enligt sysslomannaavtalet så blir kommittenten ägare till det köpta omedelbart vid köpet enligt KommL 57 §.

Redovisningslagen innebär att separationsrätten förloras vid sammanblandning med mellanmannens egna egendom, men detta är inte lagens mening enligt motiven till redovisningslagen. Av motiven framgår att

⁶⁷ NJA 1987 s 18

⁶⁸ NJA 1999 s 812

⁶⁹ NJA II 1944, s 405 och 410

⁷⁰ NJA 1983 s 109

huvudmannen bör få separationsrätt även om mellanmannen tillfälligtvis placerat egna pengar på kontot eller om t ex ränta tillhörande mellanmannen funnits på kontot.⁷¹ Håstad menar att samäganderätt i vissa fall aktualiseras och då vid fall där sammanblandning skett med en avgränsad del av mellanmannens tillgångar, som tidigare nämnts. Vidare menar Håstad att å ena sidan kan därmed uttag fördelas proportionellt eller å andra sidan kan samäganderättsandelarna räknas om vid nya insättningar eller uttag. Fördelarna är större vid tillämpning av den proportionella metoden när mängden minskas genom våda, eftersom insatserna räknas om både vid uttag och vid insättning. Om det är fungibel egendom, tycker Håstad att separationsrätt skall ges under förutsättning att den totala mängden inte understiger huvudmannens del. Har däremot den totala mängden understigit huvudmannens del skulle det innebära separationsrätt till det lägsta saldo som funnits i den sammanblandade mängden.

Vid generisk egendom kan emellertid inte ovan nämnda metoder användas, utan här ges huvudmannen en andel av värdet på gjorda insatser.⁷² Exempel på gällande rätt finns bl a i ett fall där spannmål sammanblandats med gäldenärens eget spannmål och frågan var härvid om den som deponerat sin spannmål hade separationsrätt trots sammanblandningen. HD ansåg att så var fallet, men det var en mängd omständigheter som talade till fördel för deponenten. Omständigheter såsom att mängden spannmål hela tiden funnits i behåll och att det var avtalat att mellanmannen inte fick förfoga över spannmålet, samt att det var fråga om fungibel egendom spelade roll. Vidare var det fråga om en tydligt avskiljbar förmögenhetsmassa. Dock var redovisningslagen inte tillämplig. Det spelade även roll att det i motiven anges att samägande är möjligt i dessa fall.⁷³

⁷¹ SOU 1943:24, s 31 ff

⁷² Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 173 ff

⁷³ NJA 1994 s 506

engar som måste anses vara mer fungibel egendom än spannmål behandlas i praxis i rättsfallet NJA 1995 s 367 II. Där togs frågan upp huruvida en sammanblandning av pengar på sysslomannens s k klientmedelskonto kunde ge huvudmannen separationsrätt. Det var ett finansbolag som mottagit leasingavgifter för annans räkning, men finansbolaget hade även haft egna pengar på samma konto. HovR och HD ansåg att inte varje förekomst av egna medel på ett redovisningskonto medför att samtliga medel därmed förlorar sin egenskap att vara avskilda. Vidare gjordes en jämförelse vad som framgick i förarbetena till redovisningslagen om att underlåtenhet på grund av förbiseende att ta ut tillgodohavande som tillkommer sysslomannen inte borde medföra att bankräkning med redovisningsmedel förlorade sin speciella karaktär.⁷⁴ Dessutom skulle en redovisningsräkning kunna godtas – även om något slarvigt skött – om det framgick att sysslomannen avsett att hålla medlen avskilda genom insättningen.⁷⁵ Det måste undersökas så att alla belopp som är insatta gjorts i behörig ordning. Walin menar dock inte att försvara slarvigt skötta konton.

2.3 Ej individuellt bestämd egendom

Om gäldenären fått gods i sin besittning som är deponerad, utlyrd, utlånad eller anförtrodd till honom samt att han inte måste lämna tillbaka *exakt* den egendomen enligt deras avtal, så är egendomen inte specialiserad på det sätt som ger separationsrätt. Denna rätt att återlämna *annan* egendom kan vara given antingen i huvudmannens eller i mellanmannens intresse. I vilket fall som helst innebär det att separationsrätten förfaller på g a att specialitetsprincipen inte är tillvaratagen. Gränsen i dessa fall är så snäv gentemot det vi kallar försträckning där det aldrig är separationsrätt. Det spelar ingen roll vad parterna kallar avtalet utan det är de verkliga förhållandena som måste utredas.

⁷⁴ Vilka kommenterats i NJA II 1944 s 411

⁷⁵ Walin, Separationsrätt, s 112

Att det är fråga om försträckning kan vara att låntagaren har fri förfoganderätt över det lånade eller att lånet är taget helt i låntagarens intresse – ränta räknas ej – och att han inte har något vinstintresse i långivarens verksamhet. En annan sak är när låntagaren otillåtet förfogar över saken, då kan separation till surrogatet tillåtas med tillämpning av redovisningslagen. Om gäldenären förfogar över egendomen men återanskaffar precis likadan kan huvudmannen ändå få separationsrätt i fall gäldenären fortfarande är solvent då återanskaffningen gjordes.

Gräns måste även dras mot vad vi kallar ett köpeavtal d v s att köparen får pengar eller en sak och är skyldig att lämna tillbaka en annan sak.

2.3.2 Förfoganderätt som är given i huvudmannens intresse

Om förfoganderätten är given i huvudmannens intresse samt att godset kan identifieras eller dess surrogat så kan separationsrätt utövas. Till exempelvis enligt kommissionslagen 53 § 1 st eller 56 § så har kommittenten separationsrätt till godset som kommissionären innehar eller pengarna från försäljningen. Detta trots att en omvandling då har skett, om reglerna enligt redovisningslagen om avskilda medel har iakttagits.

Mellanmannen får förfoga över generiskt bestämt anspråk som är given i huvudmannens intresse. Exempel på detta kan vara t ex pengar som kan sammanblandas med andra pengar eller användas för egen räkning. Eller en försäljningskommissionär som använder mottagna medel med medgivande från tredje man under en tid till dess redovisning skall ske. Enligt Håstad⁷⁶ så innebär detta att det inte längre är fråga om en sakrätt utan en fordran, han menar dock att rättsläget är osäkert på denna punkt.

⁷⁶ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 155

Enligt KommL 53 § så har kommittenten separationsrätt till gods fram till dess att äganderätten övergått till tredje man, d v s köpet eller till dess kommissionären själv inträtt i köpet om han har tillåtelse till det. Detta gäller fram tills ett förfogande sker när det är fråga om egendom som är individualiserbar hos kommissionären. När det gäller pengar blir det lite mer komplicerat eftersom det då är fråga om generiskt bestämd egendom. Detta behandlades i avsnittet om Redovisningslagen, se ovan.

I tidigare kommenterat rättsfall – NJA 1994 s 506 – hade spannmål sammanblandats med mottagarens eget spannmål, med deponentens samtycke. Mottagaren fick även ta spannmål för egen räkning ur lagret om han återställde den ursprungliga mängden. Det var i målet tvistigt om han fick ta ut mer än att deponentens spannmål fanns i behåll. Detta styrktes dock aldrig och det var tur för deponenten som fick separationsrätt till sitt spannmål. Denna fungibla egendom hade annars inte hade gått att separera eftersom sammanblandning var för handen, trots att mottagaren blev insolvent. HD konstaterade bl a att den deponerade mängden hela tiden funnits i behåll. Det var fråga om fungibel egendom som efter sammanblandning ingick i en del av gäldenärens totala förmögenhet men att spannmålen ändå var tydligt avskiljbar från övrig förmögenhet.

3. Inga anspråk på äganderätt till saken men det sakrättsliga momentet är uppfyllt.

Av det tre ovan beskrivna punkterna kommer vi nu att redogöra för den första. En gäldenär kan av olika anledningar ha fått egendom i sin besittning⁷⁷ utan att han för den skull äger den. I dessa fall skall rätte ägaren kunna få ut sin sak om gäldenären går i konkurs. Om någon exempelvis passar en hund så skall den inte ingå i konkursen utan separeras. Ett

⁷⁷ För enkelhetens skull skriver vi besittning som sakrättsligt moment om det inte åsyftas något annat.

problem är att vid s k försträckning så är egendomen till sin art sådan, oftast pengar, att det inte spelar någon roll för den som försträckt vilka pengar han får tillbaka. I dessa fall föreligger det ingen separationsrätt. Om gäldenären hyrt eller lånat egendom, förvärvat genom kommission, konsignation eller om gods deponerats hos honom m m så har inte gäldenären anspråk på äganderätt till egendomen. Nedan skall de olika situationerna beskrivas.

3.1 Leasing och vanlig hyra

Leasing innebär att gäldenären hos leverantören väljer ut den sak han vill nyttja med en begränsad rätt. Det är således vanlig hyra av egendom och därmed blir det inga problem att separera saken så länge den är specialiserad och finns i behåll hos gäldenären. Det finns i princip två sorters leasing dels finansiell leasing och dels operationell leasing. Allt som inte faller under finansiell leasing kallas operationell leasing och till skillnad från finansiell leasing har leasegivaren vissa underhålls- och garantiåtaganden.⁷⁸ I denna uppsats presenteras endast problematiken kring finansiell leasing. Finansiell leasing kan uppdelas i två huvudgrupper, trepartsleasing och sale and lease back.

Vid trepartsleasing så är det oftast ett finansbolag som köper saken av leverantören som i sin tur levererar saken direkt till gäldenären. Sedan hyr gäldenären saken av finansbolaget. Här har finansbolaget separationsrätt till objektet vid konkurs hos användaren trots att det oftast är fråga om lösöre och att finansbolaget aldrig har haft egendomen i sin besittning. Vid denna typ av leasing är det tydligt att den som hyr saken inte tänker sig att bli ägare till den. Då föreligger det inga problem utan egendomen separeras. Resultatet av denna konstellation är övervägande positiv för alla inblandade parter. Leverantören har genomfört en s k kontantförsäljning och har därmed ingen kreditrisk. Gäldenären har fått tillgång till t ex en maskin utan

omedelbara ekonomiska konsekvenser för företaget förutom leasingkostnaden. Finansbolaget har äganderätten till maskinen och separationsrätt vid en eventuell konkurs hos gäldenären. Förfarandet är att likna vid ett avbetalningsköp med äganderättsförbehåll. Finansbolaget har emellertid tagit en kreditrisk, det är ju inte säkert att gäldenären kan betala leasingavgifterna och maskinen kanske inte har ett högt andrahandsvärde men å andra sidan kan finansbolaget göra skattemässiga avskrivningar på objektet. Vidare kan finansbolaget få problem vid en eventuell konkurs eller utmätning hos gäldenären om maskinen inte kan identifieras eller om gäldenären sålt den eller sammanfogat den med annan egendom. Vid dessa fall får ju finansbolaget endast en oprioriterad fordran. Det finns dock två fall av leasing då det är svårare att få separationsrätt. Det första fallet avses då gäldenären tänkt sig att så småningom bli ägare till saken, då föreligger ett avbetalningsköp.⁷⁹ Det andra fallet avser s k ”sale and lease back”, där ett företag vill frigöra kapital genom att sälja anläggningstillgångar och istället hyra maskinerna. Detta diskuteras utförligare nedan.

Oavsett vad parterna har satt för etikett på avtalet kan det ändå inte uteslutas att rättsförhållandet kan klassificeras på andra sätt än vad som framgår av rubrikerna.⁸⁰ Innehåller leasingavtalet en köpeoption kan det ju uppfattas som ett köpeavtal, men det innebär endast att leasetagaren har en rätt men inte skyldighet att köpa objektet. Leasegivaren i sin tur är förpliktigad till att sälja, men det gör inte avtalet till ett köpeavtal. Om däremot avtalet innehåller en rätt för leasetagaren att – vid avtalstidens slut – köpa objektet för ett pris som avsevärt understiger marknadsvärdet vid denna tidpunkt blir det svårare att bedöma avtalets klassificering. I sådana fall har leasegivaren inte ett beaktansvärt ägarintresse i objektet. Vid klara fall av bristande ägarintresse bör således avtalet klassas som ett köpeavtal.⁸¹ Den statliga utredning som företagits på detta område menar att leasing bör föreligga när

⁷⁸ Nyström, Leasing, s 11

⁷⁹ KonstrL 3 § samt Lag om näringsidkares avbetalningsköp 1 §

⁸⁰ Millqvist, SvJT 1995:7, s 554

⁸¹ SOU 1994:120, s 121 f

”...leasegivaren antingen har ett beaktansvärt intresse av att objektets restvärde blir högre än kalkylerat eller står en beaktansvärd ekonomisk risk av att restvärdet blir lägre än kalkylerat.”⁸²

3.1.2 Finansiell Leasing

Finansiell leasing används främst av mindre företag. Det är oftast det enda sättet att få tillgång till de nödvändiga inköp som krävs för en etablering på marknaden. Det avtalsrättsliga upplägget vid finansiell leasing är att det föreligger dels ett köpeavtal mellan leasegivaren och leverantören och dels ett leasingavtal mellan leasegivaren och leasetagaren. Det som skiljer finansiell leasing från andra nyttjanderättsavtal är främst det faktum att leasetagaren i princip kan nyttja objektet – utan att erlægga insatskapital eller ställa någon annan säkerhet – mot en ersättning som täcker hela eller i huvudsak hela anskaffningskostnaden. Investorleasing är en annan form av finansiell leasing som innebär att ett finansbolag överlåter leasingobjektet till ett företag som är i behov av avskrivningar, en s k investor. Således tillkommer ytterligare en part vid fall av investorleasing.⁸³

Enligt SOU 1994:120 behövs en civilrättslig lagreglering på området. Ett klagörande av bl a leasingsavtalets behandling vid konkurs och avtalsvilkorens skälighet, är några av önskemålen från utredningen. Vidare framhåller utredningen leasetagarens utsatta position gentemot leasegivaren och att varken rättspraxis eller avtal kan skapa passande regler. Ett av förslagen utredningen lägger fram är att Sverige skall tillträda och inkorporera Unidroit-konventionen om internationell finansiell leasing i svensk rätt. I utredningen presenteras bl a förloppet vid leasetagarens konkurs och det sakrättsliga skyddet för leasetagaren.⁸⁴

⁸² SOU 1994:120, s 388

⁸³ A a s 60 ff

⁸⁴ A a s 18 ff

Finansiell leasing och avbetalningsköp med äganderättsförbehåll är två olika sätt att förvärva egendom. De är ändå likartade som vid leasing då avtalet löper under hela t ex maskinens ekonomiska livstid. Den stora skillnaden är egentligen att vid avbetalningsköp med äganderättsförbehåll övergår äganderätten gradvis, men vid leasing finns endast en begränsad rätt – nyttjanderätt – till maskinen. Om ett leasingavtal uppfattas som ett förtäckt avbetalningsköp med äganderättsförbehåll är inte längre separationsrätten oinskränkt utan då tillämpas reglerna för förtida återtagande vid kreditköp.

3.1.3 Sale and lease back

Sale and lease back innebär att ett företag överlåter äganderätten till t ex en maskin till ett finansbolag. Försäljningen innebär att det säljande företaget har kvar maskinerna i sin besittning men att äganderätten övergår till det köpande företaget som i sin tur uppbär hyra för maskinerna. Här föreligger sålunda en partsidentitet mellan leasetagaren och leverantören, där leverantören vill frigöra kapital och därmed öka sin likviditet. Köparen får inte borgenärsskydd genom enbart avtalet och därmed ges ingen separationsrätt vid en eventuell konkurs hos säljaren. Om köparen däremot använder sig av lösöreköplagen kan sakrättsligt skydd uppnås. Registreringen och det formella utlysningförfarandet som används ersätter kravet på besittningsövergång.⁸⁵ Om maskinerna är s k industritillbehör och säljaren äger fastigheten måste köparen dessutom ombesörja att inskrivning i fastighetsboken blir utförd för att få borgenärsskydd och därmed separationsrätt.⁸⁶

⁸⁵ Millqvist, Sakrättens grunder, s 72 ff

⁸⁶ 24 kap JB

3.2 Kommission

Vid försäljningskommission som är vanligt i bilhandeln, värdepappershandeln, dagstidningsförsäljning, klädförsäljning, maskiner, textilvaror m m är anledningen till att välja kommission bl a att kommittenten står den huvudsakliga affärsrisken. Vid deposition är det givet att separationsrätt får ske och är det är fråga om kommission så anser kommissionslagskommittén att detta är att likna vid ett depositionsavtal kombinerat med ett försäljningsuppdrag.⁸⁷ Det är viktigt att skilja på kommission och köp i dessa sammanhang eftersom bara det ena kan ge leverantören separationsrätt. Det föreligger ett köp om kommissionären måste betala ett fast och förutbestämt pris för egendomen, även om han misslyckas med att sälja det.⁸⁸

Det finns som bekant två slags kommission; inköpskommission och försäljningskommission.⁸⁹ I båda fallen föreligger det som huvudregel separationsrätt för kommittenten eftersom kommissionären aldrig varit och inte heller är tänkt att bli ägare till egendomen. I vissa fall kan kommissionären göra ett självintråde och då blir han ägare till godset. Anledningen till att parter väljer att avtala om kommission istället för köp i fast räkning är att kommittentens kreditrisk minimeras. Risken minimeras genom att han behåller äganderätten till egendomen till dess försäljning sker. Kommittenten har vidare kravrätt mot tredje man, d v s köparen eller säljaren av egendomen. Kravrätten kvarstår trots att kommittenten inte har något direkt avtal med denne, i fall kommissionären skulle hamna på obestånd.⁹⁰ När köparen har betalt för godset så kan kommittenten få separera pengarna i den mån reglerna i Redovisningslagen har iakttagits. Även vid inköpskommission kan som huvudregel kommittenten separera

⁸⁷ SOU 1988:63, s 45

⁸⁸ A a s 57

⁸⁹ KommL 53 §

⁹⁰ KommL 57 och 61 § §

det inköpta godset. Det är bl a dessa fördelar som gör att avtalsformen kommission väljs av parterna.

Det är vissa kriterier som måste uppfyllas för att verklig kommission skall anses avtalad.⁹¹ Den som har att tolka kommissionsavtalet får s a s gå igenom avtalet för att försöka utröna huruvida det är kommission som ger separationsrätt eller något annat avtal som inte ger separationsrätt. Frågan huruvida det rörde sig om ett kommissionsavtal eller ett köpeavtal dryftades senast 2001-01-17 i HD. Där uttalade HD att avtalets beteckning förvisso var en viktig omständighet, men avtalets reella innebörd var avgörande. I detta fall hade en kommun tecknat avtal med A angående bl a leverans av ett kraftvärmeverk. A ingick avtal med B som inte kunde uppfylla avtalsvillkoren och detta ledde till att B blev skadeståndskyldigt till A för kontraktsbrott. Innan skadeståndet utbetalades fick A betalningssvårigheter och ett nytt avtal tecknades mellan kommunen och A, där kommunen skulle betala A:s leverantörer. Därefter avtalade A och B att skadeståndet skulle erläggas till kommunen och kort därefter gick A i konkurs. Frågan om återvinning uppkom och därmed frågan om det rörde sig om ett kommissionsförhållande. HD ansåg att det A:s åligganden visade påtagliga likheter med ett sysslomannaskap. A var ekonomiskt och tekniskt osjälvständig i förhållande till kommunen och HD menade att A endast hade en förmedlande roll. HD anförde bl a att alla leveranser skett till kommunen, A:s fakturor hade blivit betalda med kommunens pengar, A hade inte kunnat tillgodogöra sig någon vinst genom avtalet samt att A:s kontraktsrättsliga ansvar var begränsat till de belopp A erhöll från sina underleverantörer. Således ansåg HD att det förelåg ett kommissionsförhållande.

⁹¹ KommL 4 §

3.2.1 För annans räkning

Det kriteriet som är viktigast för bedömningen huruvida kommission anses föreligga är att försäljningen respektive inköpen görs ”för annans räkning”. Rekvisitet har behandlats i rättspraxis men det har inte utarbetats någon klar princip som gäller för att tydligt utläsa när det verkligen är för ”annans räkning”, mer än att kommissionärens returrätt har stor betydelse.⁹² Praxis styrker förhållandet att returrätt skall föreligga men det behöver inte vara ett tillräckligt faktum.⁹³ Det förekommer att returrätten är förenad med en avgift för kommissionären, den existerar visserligen men det är kostsamt att använda den. I vissa fall finns det returrätt som inte är avsedd att användas och parterna vet om att den inte är allvarligt menad. Ett exempel är att returrätt föreligger om en ny bil inte kan säljas för mer än 10 000 kronor. Att detta skulle hända är osannolikt och kommissionärens returrätt ter sig inte mer än ett ord i avtalet. Det viktiga vid bedömningen är att se vem som bär risken för den egendom som inte säljs.

3. 2. 2. Avskild egendom

För att separationsrätten ska kunna utövas krävs att egendomen kan identifieras hos kommissionären. Det är viktigt att varorna hålls avskilda och inte sammanblandas med kommissionärens övriga egendom. Detta har att göra med tidigare diskuterade specialitetsprincipen som är så viktig vid separationsrätt. Den kan avse antingen individuellt eller generiskt bestämd egendom men den måste vara specialiserad på så sätt att den riktas mot individuellt bestämda föremål. Har kommissionären sammanblandat varorna från t ex flera kommittenter så menar Walin att om varorna hålls avskilda från kommissionärens egna egendom, så kan varorna separeras till kommittenternas förmån. Det var enligt honom uppenbart att inte kommis-

⁹² SOU 1988:63, s 50

⁹³ BI a NJA 1940 s 164, NJA 1945 s 406

sionärens borgenärer skulle kunna ta dessa varor i anspråk i konkursen bara för att de sinsemellan sammanblandats.⁹⁴ Vid kommission har mellanmannen redovisningsskyldighet gentemot huvudmannen för de varor han säljer eller köper in för kommittentens räkning. Separationsrätten kan överflyttas till surrogat för den ursprungliga egendomen om sambandet gör det rimligt i det enskilda fallet, bl a att objektet är urskiljbart. Redovisningslagen ger också möjlighet till separationsrätt men det krävs att reglerna i Redovisningslagen har iakttagits för att separation ska kunna göras. Kommissionären har mottagit medel för annan med skyldighet att redovisa för dem. Specialitetsprincipen kräver då att pengarna har hållits avskilda på så sätt som redovisningslagen stadgar.

3.2.3 Den sammanfattande bedömningen

I doktrinen diskuteras även vilka andra faktorer som spelar in vid avtalstolkningen. Det fanns vissa som hävdade att huvudmannen regelbundet skall kontrollera att hans varor hålls avskilda och att gjorda försäljningar redovisas till honom. Vidare att kommissionären måste föra särskilda kommissionsräkenskaper.⁹⁵ Andra hävdar att den av parterna som håller godset försäkrat och betalar för lagerkostnaderna samt huvudmannens rätt att återkräva godset spelar roll.⁹⁶ Risken för osålda varor skall ligga hos kommittenten. Om kommissionären måste ta affärsrisken eller om han måste redovisa ett i förväg bestämt belopp till kommittenten föreligger ett köp och inte kommission.⁹⁷ Kommissionären får inte ha ett för stort egenintresse av själva försäljningen såtillvida att han kan gå i förlust på utebliven försäljning för att det skall vara fråga om verklig kommission.

⁹⁴ Walin, Separationsrätt, s 88

⁹⁵ Schmidt, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, s 208

⁹⁶ SOU 1988:63, s 55

⁹⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 147

Kommissionslagskommittén ansåg i sitt betänkande att innehållet i avtalet mellan huvudmannen och mellanmannen är det avgörande för om kommission föreligger. Även de kriterier som Schmidt nämner, som att kommissionären måste föra särskilda kommissionsräkenskaper och att kommittenten regelbundet ska kontrollera att varulagret hålls avskilt från kommissionärens andra egendom, kan tilläggas viss vikt av att vara bevisfakta.⁹⁸ Sedan Redovisningslagens tillkomst har Schmidts ståndpunkter mindre betydelse avseende avskilda medel samt avseende särskilda räkenskaper och huvudmannens kontroll.⁹⁹ Kommissionslagsberedningen anser vidare att det väsentligaste efter en sammanvägning av de uppräknade kriterierna ovan är vem av parterna som står risken för utebliven försäljning. Huvudmannen skall ha ett verkligt intresse av försäljningen men även sådana faktorer som returrätt och kommissionärens räkenskaper spelar stor roll vid den adekvata bedömningen.¹⁰⁰

Man måste dock ha i minne att beviskraven i utmätningssmål medför att det kan vara fråga om verklig kommission trots att det kanske inte går att bevisa. En tolkning av parternas avtal får göras för att utröna huvudmannens verkliga intresse för försäljningen till tredje man.

Kommittenten har separationsrätt till kommissionärsegendomen innan försäljningen har skett och därefter till fordran hos tredje man enligt 57 § KommL. Den inskränks dock av 64 § 2 st KommL där det anges att tredje man har kvittningsrätt mot kommissionären om inte han bort inse att kommittenten haft rätt att göra fordringen gällande.¹⁰¹ För att separationsrätten ska kunna göras gällande krävs att egendomen är individualiserbar d v s att specialitetsprincipen måste vara uppfylld.

⁹⁸ Schmidt, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, s 208 f

⁹⁹ SOU 1988:63, s 50

¹⁰⁰ A a s 54

¹⁰¹ NJA II 1912, s 256

3.3 Kommissionärens konkurs

Kommittenten har separationsrätt till kommissionsgodset även om det har sålts till tredje man såvida denne ej har fått egendomen i sin besittning, om det är nu tradition som är sakrättsmoment. Har kommittenten inte fått betalt från kommissionären så kan egendomen separeras till kommittentens fördel.¹⁰² (Har han fått betalt skall han inte även få egendomen.) Enligt 53 § 1 st KommL som talar om att godset ägs av kommittenten till dess att tredje man köpt det, (eller kommissionären självinträtt). Detta innebär att egendomen inte skall kunna tas i anspråk av kommissionärens borgenärer.¹⁰³

Före försäljning får kommittenten separera om godset är särskiljbart. Efter försäljning får kommittenten om han inte fått betalt för godset överta kommissionärens fordran på tredje man från kommissionären.¹⁰⁴ Det är en aning komplicerat på så vis att kommittenten och kommissionären har ett avtal sinsemellan och kommissionären och tredje man ett annat avtal. Då är det ändå så att kommittenten har rätt att kräva tredje man genom 57 § KommL, men tredje man kan inte rikta anspråk mot kommittenten enligt 56 § KommL. Detta är huvudregeln som naturligtvis har ett undantag i 56a § KommL som handlar om konsumenters rättigheter, men det tänker vi inte närmare behandla. Rättsförhållandet är asymmetriskt eftersom kommittenten och kommissionären har ett affärsförhållande så kan kommittenten ställa mer krav på kommissionären och tredje man enligt lag än de krav som tredje man kan ställa. Han kan alltid bara kräva kommissionären.¹⁰⁵

Kommittenten kan även separera pengarna som mottagits för varan enligt KL 7:23. Då är det viktigt att reglerna i Redovisningslagen har iakttagits. Medlen skall ha hållits avskilda eller att de avskiljts utan dröjsmål, för att de skall få separeras i kommissionärens konkurs. Skulle det vara så att

¹⁰² KommL 53 §

¹⁰³ NJA II 1914, s 274

¹⁰⁴ KommL 57 § och 61 § eller separera redovisningsmedlen enligt KL 7:23 §

¹⁰⁵ Hästad, Sakrätt avseende lös egendom s 234

köparen har betalt, men kommissionären har förskingrat pengarna så att kommittenten inte kan separera dem, så skulle det innebära att köparen kan separera det köpta godset men att kommittenten inte kan få ut betalningen! Detta skulle innebära att köparen redan genom avtalet får separationsrätt i kommissionärens konkurs. Detta skulle vara orättvist mot kommittenten som ändå är huvudman i förhållande till sin syssloman – kommissionären – som trots allt var behörig att emotta betalningen. Håstad anser dock att det skulle vara förenligt eftersom kommittenten är den som bär affärsrisken genom sitt huvudmannaskap.

Enligt 56 § 2 st KommL kan inte tredje man mot kommissionären eller hans konkursbo åberopa att kommissionären av kommittenten har att fordra eller fått gods eller pengar till fullgörandet av avtalet. Den paragrafen verkar strida mot 53 § 1 st KommL som säger att godset aldrig kan ingå i kommissionärens konkurs eftersom kommittenten förblir ägare till dess äganderätten övergått på tredje man.

Det intressanta är alltså efter försäljningen har gjorts till tredje man men innan han förvärvat fullständig äganderätt d v s det sakrättsliga momentet har inte uppfyllts. Vem ska då få egendomen om den inte ska ingå i kommissionärens konkurs och tredje man kan inte separera godset. Det är vad dessa två paragrafer säger.

Den här problematiken finns omnämnd i motiven till kommissionslagen. Det ena motivuttalandet talar om att kommittenten står utanför avtalet mellan tredje man och kommissionären, såvida inte tredje man har förvärvat äganderätt eller annan sakrätt till kommittentens gods. Det andra säger att tredje man inte har någon rätt att få kommissionärens fordran på kommittenten för att täcka kommissionärens förpliktelser, utan att konkursboet skall driva in den fordran i kommissionärens konkurs. Med detta menas att tredje man endast har en oprioriterad fordran i kommissionärens konkurs.

Håstad menar att man för att få KommL 53 § 1 st att gå ihop med 56 § 2 st måste skilja på olika sorters egendom och delar upp egendomen i generisk och individuellt bestämd. Vid individuellt bestämt gods så räcker avtalet som sakrättsligt moment för att en äganderättsövergång skall innebära en sakrätt och inte bara en fordran, förutsatt att egendomen hållits avskiljd. Köparen är ägare av den individuella saken och skall ha separationsrätt om saken går att identifiera i kommissionärens konkurs och inte sammanblandats med kommissionärens egen egendom. Walin skriver om detta och anser att det borde räcka med avtalet som sakrättsmoment för tredje man och att någon tradition knappast är befogad. Walin skriver inte om han menar individuellt bestämt gods eller generiskt utan uttalar sig i allmänhet.¹⁰⁶ Pfannenstill kommenterar problematiken genom att konstatera att det föreligger en obligationsrättslig konflikt mellan tredje man och kommittenten och i denna konflikt bör tredje man vinna. Eftersom det gäller bestämt gods kan inte kommissionärens konkursbo göra anspråk på godset.¹⁰⁷ Vid generiskt bestämt gods så förvärvas däremot inte någon sakrätt vid köpet eftersom det skulle strida mot specialitetsprincipen. Även om egendomen har hållits avskild så kan tredje man inte åberopa något annat än en fordran hos kommissionärens konkursbo, detta på grund av egendomens beskaffenhet. Pfannenstill hävdar att man i dessa fall måste skilja på två situationer. Antingen har godset sammanblandats med kommissionärens förmögenhetsmassa och då ingår godset i konkursboet eller så har ingen sammanblandning skett. I dessa fall ska inte den generiska egendomen ingå i konkursboets förmögenhetsmassa. Han anser vidare att godset i så fall bör kunna utfås av tredje man.¹⁰⁸ Han anser att generiskt gods kan bli föremål för separation om den inte har sammanblandats. Detta anser inte Håstad som klart skriver att bara individuellt bestämt gods omfattas av separation eftersom något annat skulle strida mot specialitets-

¹⁰⁶ Walin, Separationsrätt, s 31

¹⁰⁷ Pfannenstill, SvJT,1990:5, s 351

¹⁰⁸ A a s 352

principen. Köparen skulle då bara få en fordran i kommissionärens konkurs.¹⁰⁹

Håstad menar att om egendomen inte är specialiserbar förvärvar visserligen tredje man äganderätt vid köpet såsom 53 § åsyftar men något sakrättsmoment är inte uppfyllt eftersom avtalet inte räcker för att få borgenärskydd.

Även om kommissionären fått betalt, men förskingrat pengarna har köparen separationsrätt till den individualiserbara saken. Detta trots att kommittenten då inte kan separera sina pengar eftersom de inte förvarats enligt redovisningslagen.¹¹⁰ Men om egendomen är av generiskt slag har inte tredje man något sakrättsligt skydd.

Slutsatsen blir då att vare sig kommittenten eller tredje man har annat än oprioriterade fordringar i kommissionärens konkurs. ”Kommittentens separationsrätt gäller allt gods, men äganderättsövergången till köparen blir omedelbar endast vid försäljning av individuellt bestämt gods.”¹¹¹ Detta innebär således att det sakrättsliga momentet vid kommissionsförsäljning bara kan utredas om man först konstaterar om det är individuellt eller generiskt gods det är fråga om och sedan beroende på vad det är för slags egendom blir det avtalet eller tradition om det är lösöre eller något annat sakrättsmoment

Håstad anser att 53 § 1 st KommL har fått en mindre bra avfattning. Där borde istället ha skiljts mellan kommittentens separationsrätt för tiden fram till dess försäljning sker eller redovisning och avgränsats mot tredje mans äganderättsförvärv.¹¹² I SOU 1988:63 har det föreslagits att kommittenten har rätt att separera allt gods medan tredje man bara kan få separera

¹⁰⁹ KommL 56 §

¹¹⁰ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 235

¹¹¹ A a s 237

¹¹² A a s 238

individuellt bestämt gods. Det är dock så att när kommissionslagen skrevs var inte traditionsprincipen fulländad såtillvida att det inte var givet att det var tradition som var det sakrättsliga momentet för lösöre. Detta kan förklara något av den ovan behandlade problematiken i med separation av gods i kommissionärens konkurs.

Det finns andra åsikter inom doktrinen på hur detta problem skall kunna lösas. Hult skriver om en ändamålstolkning. Hult menar att kommissionärens rätt till täckning för sina förpliktelser gentemot tredje man baseras på det faktum att täckningen skall gå vidare till tredje man. Följden av denna rätt är att tredje man i sådana fall borde ha separationsrätt till kommissionsgods och till kommissionärens täckningsfordran på kommittenten. Hult gör däremot ett undantag för handelskommission. Eftersom sambandet mellan dels mottaget kommissionsgods och kommissionärens täckningsfordran och dels tredje mans fordringar på kommissionären är alltför svåra att fastställa.¹¹³ Lindskog anser att tredje man har separationsrätt till kommissionsgods som är individualiserat hos kommissionären. Vid inköpskommission, menar Lindskog, att tredje man har separationsrätt till avskilda pengar hos kommissionären och alltid till täckningsfordringar oavsett om köpet är individuellt eller generiskt bestämt gods. Vid fall då flera tredje män har anspråk av samma slag, anser Lindskog att separationsrätt skulle utövas i proportion till de olika anspråken.¹¹⁴ Det finns dock ett sätt där tredje man kan utfå även generisk egendom ur kommissionärens konkurs och även täckningsfordran som denne har mot kommittenten. Om det ligger i kommittentens intresse att kommissionären eller hans konkursbo vidarebefordrar kommittentens prestation till tredje man.

¹¹³ Hult, Om Kommissionärsavtalet, s 28 ff

¹¹⁴ Lindskog i JT 1989-90 s 207 ff

3.3.1 Inköpskommission

Vid inköpskommission är det kommissionären som gör inköp för kommittentens räkning och då får man tänka omvänt mot försäljningskommission. Enligt 53 § KommL så förvaras egendomen hos kommissionären för kommittentens räkning. Kommittenten har separationsrätt till den för hans räkning inköpta egendomen, vilket framgår av 53 § 2 st KommL. Även innan mellanmannen fått egendomen i sin besittning så har kommittenten separationsrätt till fordran som kommissionären har på tredje man att utfå egendomen.¹¹⁵ För att kontrollera om det är verklig inköpskommission som är för handen d v s att inköpen verkligen gjorts för huvudmannen så man fråga sig vem kommissionären tänkte på vid inköpet, den s k "inre viljan" hos kommissionären. I så fall övergår äganderätten direkt från tredje man till kommittenten¹¹⁶

Vidare kan också frågas huruvida kommissionären gjort ett köp som är i överensstämmelse med uppdraget och i så fall anses nämligen köpet gjorts inom kommissionsuppdraget, oavsett kommissionärens inre tankar. I SOU 1988:63 så var det på förslag att det skall vara kommissionärens inre vilja som är avgörande för om inköpskommission föreligger. Hult menade att det är avsänt meddelande om fullgjort uppdrag som är det avgörande för att ett köp i kommission skall anses föreligga.¹¹⁷

Vid inköpskommission då kommissionären köpt egendomen av tredje man och den har överlämnats till mellanmannen, så kan kommittenten separera godset från kommissionärens konkursbo enligt 53 § 2 st. Detta innebär att tredje man inte har någon sakrätt till godset utan bara en fordran eftersom att kommissionären vare sig mottagit gods eller pengar från kommittenten för tredje mans räkning, med redovisningsskyldighet mot denne. Har tredje

¹¹⁵ KommL 57 och 61 § §

¹¹⁶ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 149

¹¹⁷ Hult, Om kommissionärsavtalet, 116 ff

man ännu inte levererat egendomen, så kan han häva avtalet om kommissionären går i konkurs.

3.4 Kommittentens konkurs

När kommittenten går i konkurs och godset finns hos kommissionären kan tredje man utfå det om det är individuellt bestämt gods. Han blir s a s ägare direkt genom avtalet vare sig godset finns hos kommissionären eller kommittenten. Dock kan han inte separera det om det är kvar i kommittentens besittning vid dennes konkurs eftersom de sinsemellan inte har något rättsförhållande.

Om egendomen finns hos kommissionären blir det en fråga om godset är skyddat från kommittentens borgenärer, d v s om kommittentens konkursbo kan få ut egendomen eller om tredje man har fått borgenärsskydd till den individuellt bestämda egendomen genom avtalet. Genom avtalet får tredje man en fordran hos kommissionären på att få ut egendomen. Om det är så att kommissionären inte kommer åt egendomen p g a kommittentens konkurs så får tredje man kräva skadestånd. Det blir då kommissionären som får bära förlusten. Så länge som kommissionären inte hamnar på obestånd blir det inga problem eftersom skadeståndet täcker tredje mans förlust att inte få ut egendomen framför kommittentens borgenärer.

Här säger Håstad att tredje man inte har fått det. Här gäller inte avtalet som sakrättsligt moment för att erhålla borgenärsskydd. Håstad har redan tidigare konstaterat att för generiskt bestämd egendom så måste tradition skett (om det handlar om lösöre) för att borgenärsskydd ska ha uppnåtts.¹¹⁸ Men däremot när det gäller individuellt bestämd egendom duger avtalet som sakrättsmoment. Håstad resonerar vidare genom att det inte går att säga

¹¹⁸ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 245

att kommissionären är medelbar besittare för kommittentens räkning då det skulle vara självklart att inte tredje man hade borgenärsskydd. Inte heller går det att säga att kommissionären är en (annan) tredje man som själv denuncierats om tredje mans (köparen) köp. Om kommissionären skulle ses som medelbar besittare åt kommittenten och kommissionären är företrädare för kommittenten så kan köparen inte erhålla sakrättsligt borgenärsskydd genom tradition eller denuntiation. Håstad hänvisar till NJA 1972 s 246 där det handlade om A som hade lovat överlämna inteckningar som pant för en skuld. Dessa tog om hand av B som företrädde både A och borgenären C. HD ansåg att inte någon giltig pantsättning ägt rum.

Vidare resonerar Håstad fram till att om egendomen finns hos kommissionären vid kommittentens konkurs så har kommissionären fått sakrättsligt skydd mot kommittentens borgenärer. Kommissionären har därvid rätt att leverera egendomen till tredje man framför kommittentens borgenärers rätt att separera egendomen från kommissionären.

Slutligen säger Håstad att någon annan lösning inte är meningsfull eftersom kommissionären även sedan uppdraget måst upphöra på grund av kommittentens konkurs ändå har panträtt enligt KommL 31 och 49 §§, i godset för sina krav mot kommittenten.

3.5 Kommission som inte omfattas av Kommissionslagen

Kommission som inte regleras i kommissionslagen kan uppkomma i olika fall t ex transportavtal, fastighetsköp, försäkringsavtal eller vid uthyrning av kommittentens gods i eget namn. En kommissionär kan även låna ut pengar som kommittenten ställer till förfogande. Vid fastighetsköp så måste båda parter framstå som ägare vid avtalsslutet eller en lagakraftvunnen dom vara för handen, för att separationsrätten skall kunna utövas vid konkurs hos den andre delägaren. Det sakrättsliga momentet vid fastighetsköp är avtalet och

därmed kan t ex en dold samägare inte separera fast egendom trots att denne kan ha obligationsrättslig grund för ägande gentemot den andre ägaren som vid t ex bodelning. Den ena maken kan anses ha handlat i kommission vid köpet och handlat för dennes räkning men i eget namn. I praxis finns denna princip i rättsfallet NJA 1984 s. 772. Här uttalade HD bl a att det är "...i överensstämmelse med allmänna sakrättsliga principer och med formkravet vid fastighetsöverlåtelse att huvudmannen får skydd för sitt äganderättsanspråk först i och med att detta har manifesterats genom en formenlig överlåtelse från mellanmannen till huvudmannen. Härmed bör jämföras en lagakraftvunnen dom på huvudmannens äganderätt till fastigheten." I SOU 1988:63 vill de införa en möjlighet till en mer generell tillämpning av KommL 53 § även i andra sammanhang. Denna analogi skulle enligt Lindskog bygga på att KommL 53 § bryter mot traditionsprincipen, men detta anser inte Lindskog att paragrafen gör.¹¹⁹

3.5.1 Uthyrning i kommission

När någon hyr ut egendom i eget namn för annans räkning så uppkommer frågan om egendomen och hyresfordringarna kan separeras till förmån för ägaren d v s den som ställer egendomen till förfogande för uthyrning. Enligt kommissionslagsberedningen krävs det att kommissionslagen är tillämplig analogt på rättsförhållandet d v s att det verkligen föreligger ett kommissionsförhållande på uthyrningen.¹²⁰ De jämför med vad som gäller för försäljningskommission och huvudmannens verkliga intresse av uthyrningen och drar därvid paralleller till de kriterier som används för att se om ett sådant avtal har sakrättslig verkan. Det viktigaste är returrätten eller returrisken som bedöms för att avgöra huruvida det är kommission och inte ett köp. I övrigt när det gäller denna gränsdragning hänvisas till kapitlet om

¹¹⁹ Lindskog JT 1989-90 nr 2-3, s 211

¹²⁰ SOU 1988:63, s 198

den sammanfattande bedömningen för om verklig kommission föreligger.¹²¹ Egendomen som är utlånad av huvudmannen för att mellanmannen ska kunna hyra ut den är det oftast inga problem att separera. När det däremot gäller hyresfordringarna på tredje man, då krävs det att en analogi görs med Kommissionslagen 53 § om huvudmannens verkliga intresse för uthyrningen. Lindskog kommenterar detta och skriver om i fall kommittenten köper en bil av kommissionären och sedan ger kommissionären i uppdrag att hyra ut bilen till tredje man så kan inte kommittenten separera bilen om kommissionären skulle gå i konkurs.¹²² Han frågar sig sedan vad som skulle hända om tredje man fått bilen i sin besittning med kommittentens separationsrätt. Kommittenten har då aldrig fått bilen traderad till sig. I SOU 1988:63 anser de att huvudmannen skulle ha rätt att separera bilen.¹²³ Kommissionslagskommittén anser att det viktigaste är att kontrollera om det föreligger verklig kommission och går inte vidare in på förhållandet att huvudmannen egentligen aldrig haft separationsrätt till bilen, mer än att konstatera att kommittenten har separationsrätt till egendom vid inköpskommission. De vill tillämpa reglerna om försäljningskommission analogt i dessa fall.

3.5.2 Tillverkningsavtal i kommission

Om någon åtar sig att tillverka en produkt i eget namn men för huvudmannens räkning samt det faktum att huvudmannen står för materialet, så kan man säga att det föreligger en slags tillverkningskommission. Kan huvudmannen då separera den tillverkade egendomen? Innan någon tillverkning gjorts borde huvudmannen kunna få ut materialet om det är individualiserbart. Visserligen har mellanmannen materialet i sin besittning

¹²¹ SOU 1988:63, s 25

¹²² Lindskog, JT, 1990-91 : 4, s 214

¹²³ SOU 1988:63, s 199

men det är huvudmannen som äger materialet och det är aldrig meningen att mellanmannen ska bli ägare till det tillverkade. När sedan bearbetning sker är det delade meningar inom doktrinen huruvida det har uppkommit en ny sak som inte kan separeras eller om beställaren kan separera saken i alla fall. Forsell skriver om detta och han anser att om det inte kan anföras bra skäl emot en separation för beställaren så bör denna ha rätt att separera trots att en bearbetning har gjorts.¹²⁴

Kommissionslagsberedningen anför i sina slutsatser att rättsläget är oklart.¹²⁵ De anser att om en vanlig reparation utförs så blir det separation men om det föreligger ett beställningsköp som avses i Köplagen 2 § så blir det ingen separationsrätt för beställaren. De konstaterar vidare att i de fall huvudmannen tillhandahåller materialet och mellanmannen bearbetar mer än vad som är vanligt vid en ordinär reparation så föreligger det inget klart rättsläge. Klart är att mellanmannen har retentionsrätt för sina fordringar på huvudmannen för det arbete som denne gjort på just den saken. Det går inte att utöva retentionsrätt på annan egendom än just det gods som fordringen avser.¹²⁶

3.5.3 Konsignation

Konsignation är en relativt ny företeelse som har blivit en avtalstyp som medför separationsrätt för konsignanten – den som levererar – fram tills försäljning sker. Avtalstypen är konstruerad så att konsignanten deponerar egendom hos en konsignatarie – ofta detaljist – som sedan i takt med att försäljning sker till tredje man har rätt att förvärva egendomen. Konsignatariens optionsrätt utövas oftast i samband med att egendomen säljs till tredje man.

¹²⁴ SvJT 1981, s 639 ff

¹²⁵ SOU 1988:63 s 204

¹²⁶ NJA 1985 s 205

Vid konsignation säljer konsignatarien egendomen i eget namn till tredje man. Det är konsignatarien som har äganderättsanspråk till godset om han har betalt. I avtalen står det oftast att konsignatarien ska hålla godset avskilt från övrig egendom samt att betalning skall erläggas i takt med att utköpen sker. Kommissionslagsberedningen skriver att konsignatarien har returrätt till egendomen vilket talar för att det är konsignation och inte köp i fast räkning som avses. Så länge avtalsparterna håller sig till deposition samt att betalning för egendomen sker till konsignanten i samband med att tredje man köper, bör det inte bli några separationsrättsproblem.¹²⁷ Problemen uppstår när konsignatarien får rätt att förfoga över godset innan betalning sker till konsignanten. I vissa fall kan konsignatarien fått rätt av konsignanten att bearbeta, sammanfoga med annan egendom eller konsumera egendomen. De problem som uppstår då har att göra med att specialitetsprincipen går om intet och därmed separationsrätten. För att separationsrätten ska bestå krävs det att konsignatarien betalar innan han förfogar över egendomen eller i vart fall frågar om lov innan han förfogar över gods som inte är betalt. Har konsignanten lämnat kredit mer generellt på varorna kommer frågan upp om det viktigaste kriteriet för huruvida konsignation föreligger är att det är fråga om deposition eller ska avtalet tolkas som att det föreligger ett kreditköp?

Kommissionslagsberedningen ansåg att omständigheterna i det särskilda fallet avgör och vid den bedömningen bör hänsyn tas till returrisken, hur stor risk det är att konsignatarien återsänder det deponerade godset, för att se om det verkligen är konsignation. Vid tolkningen får man även se hur troligt det är att konsignatarien förfogar över egendomen innan betalning sker. I de fallen kan man dra paralleller till sålt gods med äganderättsförbehåll där detta mister sin sakrättsliga verkan som huvudregel när förfogande sker. Detsamma händer då med konsignationsgods. Konsignanten förlorar sin separationsrätt eftersom avtalet om deposition

¹²⁷ SOU 1988:63, s 95

inte är allvarligt menat.¹²⁸ Det saknas praxis på området och förarbeten existerar inte, eftersom denna speciella form av försäljning inte är lagreglerad.

Leverantören har – vid konsignation – inte någon rätt att överta någon fordran på tredje man som kommittenten har vid kommission, inte heller någon säkerhet i medlen som flyter in för försäljningen. Ibland konstrueras kommissionsavtal på så sätt att det från början är meningen att kommissionären ska göra självinträde i samband med köp. I dessa fall bör avtalen likställas med konsignationsavtal ifråga om separationsrätten anser kommissionslagsberedningen. Redovisningslagen är enligt Håstad inte tillämplig eftersom konsignatarien inte innehar medel för annans räkning eller med redovisningsskyldighet vid konsignation. Han kan således inte heller drabbas av förskingringsansvar om han inte betalar efter inträdet.¹²⁹ Det finns ett tidigare nämnt rättsfall som illustrerar deposition av spannmål hos ett kvarnföretag. Där hade depositarien rätt att göra uttag ur spannmåls-lagret. Spannmålen var också sammanblandad såtillvida att både deponenten och depositariens spannmål var i samma silo. Avsikten var att samma mängd skulle återlämnas som hade deponerats. Målet i fråga handlade om depositarien var skyldig att hålla den deponerade spannmåls-mängden intakt såtillvida att mängden hela tiden fanns i behåll trots egna uttag. Var det fråga om deposition med separationsrätt eller försträckning? HD ansåg att det var fråga om deposition på den grunden att det inte ansågs styrkt att den ifrågavarande mängden fick underskridas och medgav separationsrätt.¹³⁰ Millqvist anser att metoden att deponera varor hos en återförsäljare endast är ett försök att kringgå reglerna om återtagande-förbehåll. Vidare ifrågasätter Millqvist syftet med att deponera varor hos en återförsäljare, när det är uppenbart att varorna skall säljas av återförsäljaren.

¹²⁸ SOU 1988:63, s 96

¹²⁹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 159

¹³⁰ NJA 1994 s 506

Separationsrätt torde inte medges i fall där syftet med avtalskonstellationen endast ett kringgående av gällande regler.¹³¹

3.6 Egna kommentarer

Det kan tyckas självklart för en lekman att han ska ha rätt att få ut den egendom som han anförtrott gäldenären med begränsad rätt. En oprioriterad fordran på skadestånd i gäldenärs konkurs är oftast inte mycket värd. I näringsverksamhetsförhållanden anser vi att högre krav kan ställas eftersom dessa vet att det finns tvingande regleringar i övrigt som reglerar deras rättsförhållande.

Vid hyra, finansiell leasing och sale and lease back är de omgärdande reglerna förhållandevis tydliga, men vissa oklarheter finns ändå. Utgångspunkten vid finansiell leasing är att leasegivaren har separationsrätt, eftersom det rör sig om ett nyttjanderättsavtal där någon äganderättsövergång inte är avsedd. Det finns dock fall där separationsrätten kan gå förlorad, t ex om leasingobjektet blir ett fastighets- eller byggnadstillbehör genom 2 kapitlet JB. Om leasingobjektet infogats i lös egendom kan det innebära att separationsrätten upphör om den egendom som objektet infogats i betraktas som huvudsaken. Exempel på detta har nämnts ovan, det s k bildäcksmålet. Vidare förlorar leasegivaren sin separationsrätt om han har gett leasetagaren rätt att förfoga över egendomen t ex genom bearbetning. Det ligger i avtalstypens natur att leasetagaren saknar en sådan förfoganderätt. Leasingavtalet kan betraktas som ett förtäckt avbetalningsköp som nämnts ovan, men trots det får leasegivaren normalt sett separationsrätt eftersom ett återtagandeförbehåll intolkas i avtalet. Anledningen till denna intolkning är att leasegivaren förbehållit sig rätten till att häva avtalet samt de olika typer av förfogandeförbud som ingår i

¹³¹ Millqvist, Sakrättens grunder, s 76

avtalet. Vid sale and lease back uppstår däremot en hel del sakrättsliga problem. Detta eftersom registrering enligt LkL krävs för att få sakrättsligt skydd. Förfarandet enligt LkL är både dyrt och krångligt och enligt lag (1984:649) om företagshypotek 2 kap 4 § har företagsinteckningar som är uttagna 30 dagar efter ingivandet av köpehandling till KFM, företräde framför leasegivaren. Således är traditionskravet att föredra även om det innebär besvärligheter. Transaktioner av detta slag är emellertid inte ägnade att undandra egendom från borgenärerna, utan det är en slags finansieringsform. Frågan är om det inte vore lämpligare att införa avtalsprincipen även på detta område. Eftersom det i många fall är i det närmaste omöjligt att genomföra tradition i dessa fall då det oftast rör sig om stora maskiner som används i produktionen hos leasetagaren. Om tradition skulle användas finner vi ingen ledning i praxis om hur lång besittningsövergången måste vara eller under vilka former den skulle utföras. Sale- and leaseback är en flitigt använd avtalstyp i dagens samhälle och om inte lagstiftaren anpassar den – i vissa fall – ålderdomliga sakrätten kanske det skulle vara bättre att underkänna avtalstypen som sådan.

Vidare uppkommer frågan varför nyttjanderätter inte har sakrättsligt skydd i dagens samhälle? För många företag är deras nyttjanderätter ett mycket viktigt led i verksamheten. Nyttjanderätter går i regel förlorad i två fall, dels när upplåtaren säljer egendomen till någon annan och dels när det sker en exekution hos upplåtaren och anspråk görs på den aktuella egendomen. Walin är en av förespråkarna till att införa sakrättsligt skydd för nyttjanderätter genom praxis. Att införandet skulle ske genom praxis motiverar han med det faktum att det skulle vara vanskligt att försöka reglera frågorna genom lagstiftning. Dessutom påpekar han att det redan gjorts klara nybildningar i praxis på sakrättens område.¹³² Håstad ser inte heller något hinder mot att domstolarna inför att generellt sakrättsligt skydd för nyttjanderätt av lös egendom.¹³³ I ett leasingförhållande betalar

¹³² Walin, Separationsrätt s 46 f

¹³³ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 437

leasetagaren mer i hyra än vad som belöper på själva nyttjandet, eftersom leasingavgiften uträknas på hela avtalstiden där eventuella köpeoptioner eller sänkt hyra vid avtalsslutet inräknas. Upphör leasingavtalet under avtalstiden exempelvis på grund av leasinggivarens konkurs, orsakar det leasetagaren en märkbar förlust. Hessler menar att eftersom nyttjanderätt till lös egendom har ökat så mycket i omfattning är det frågan om tiden inte är mogen för att införa sakrättsligt skydd även på detta område.¹³⁴

Vid kommission är det oftast näringsidkare som bestämmer sig för att göra affärer på detta sätt eftersom de vill ha ut de fördelar som denna avtalsform innebär. Detta har lett till flera fall som rätten har underkänt avtalet på grund av att inte verklig kommission ansetts föreligga.

I SOU 1988:63 beskriver de olika kriterier som bör vara uppfyllda vid den bedömningen. Dessa kriterier har ovan behandlats och de flesta av dem, som till exempel utredandet huruvida det verkligen är för annans räkning som försäljning respektive inköpen sker, känns relevanta och väl inarbetade. Ett av dem som handlar om kommissionärens s k ”inre vilja” vid inköpskommission verkar dock vara något svårt att tillämpa med tanke på utformningen av rekvisitet. De lagförslag som kommissionslagsberedningen framförde i bedömningsfrågan om separationsrätt ska kunna ges gällande bl a utformningen av en lagregel som skulle förhindra separation vid de tillfällen som kommissionärens returrätt framstod som obetydlig vid leveransen. Huvudmannens intresse av försäljningen till tredje man skulle bedömas för att se om den var tillräcklig. I dessa fall skulle avtalet istället betecknas som om ett köp hade skett mellan parterna.

Lindskog gör en liknande indelning i tre kategorier, men talar om egendom på väg in, på väg förbi och på väg ut ur gäldenärens förmögenhetsmassa. Denna indelning härstammar emellertid från Rodhe.¹³⁵ När det gäller

¹³⁴ Hessler, Allmän sakrätt, s 300

¹³⁵ Rodhe, Handbok i sakrätt, s 169

egendom på väg förbi gäldenärs förmögenhetsmassa som t ex vid kommission, menar Lindskog att gäldenären saknar rättstitel till egendomen eftersom han aldrig ägt egendomen eller förvärvat den. Vi anser att hans indelning är intressant men att han inte tar hänsyn till äganderättsbegreppet och sakrättsproblematiken som är så betydelsefulla i sammanhanget. Det förefaller som om Lindskog tar äganderättsbegreppet för självklart.

Han talar om olika möjliga betraktelsesätt vid inköpskommission ifråga om egendomen har köpts för huvudmannens räkning och därför är att betrakta som hans direkt vid köpet, vilket 53 § stadgar. Vidare talar Lindskog om kommissionären p g a att han rättshandlar i eget namn, är att anse som om han skulle ha anspråk på äganderätt till egendomen. Eller som Lindskog skriver ”gods på väg ut ur” gäldenärens förmögenhetsmassa. Vi anser inte att detta skulle vara en adekvat ståndpunkt eftersom en stor anledning till att välja kommission just är att äganderätten övergår vid köpet direkt från tredje man till kommittenten eller vice versa. Lindskog anser att eftersom traditionsprincipen är förhärskande skulle det kunna krävas tradition av godset till huvudmannen för att borgenärsskydd ska kunna uppnås.¹³⁶

Avtalsprincipen var som ovan nämnts förhärskande vid Kommissionslagens tillkomst så huvudmannens separationsrätt till gods i mellanmans besittning skulle kunna separeras bara på den grunden vid en studie i förarbetena till kommissionslagen. Detta är dock emellertid lagreglerat i 53 § där det uttryckligt står att äganderättsövergången sker direkt mellan tredje man och huvudmannen. En analog tillämpning av 53 § 2 st har av HD inte ansetts möjlig enligt NJA 1984 s 772 där dold samäganderätt i fast egendom inte kan vara föremål för borgenärsskydd för den dolde samägaren. Detta anspråk måste manifesteras i dom eller skriftligt avtal för att denna effekt ska kunna uppnås.

¹³⁶ Lindskog JT 1990-91 nr 4, s 662 f

Vid kommissionärens konkurs aktualiseras en rad separationsrättsliga problem som har att göra med den direkta äganderättsövergången mellan tredje man och huvudmannen. Att vi i dag år 2001 fortfarande har paragrafer som bygger på avtalsprincipen som frångicks definitivt för snart hundra år sedan är i sig beklagligt eftersom det oftast är fråga om lösöre och då gäller som bekant traditionsprincipen. Men den stora problematiken har nog att göra med att avtalsprincipen bara kan tillämpas i de fall godset avser individuellt bestämd egendom. I övriga fall d v s vid generisk egendom måste tradition ske för att tredje man ska kunna få sakrättsligt skydd. Detta beror på specialitetsprincipen men det framgår inte av kommissionslagen. Logiskt sett förstår vi att någon annan lösning kanske inte är möjlig i dagsläget. Det är ju omöjligt att identifiera egendom som inte är individualiserad. För köparen d v s tredje man måste det te sig obegripligt att i vissa fall kunna få ut köpt gods och i andra fall få nöja sig med skadeståndsfordran i kommissionärens konkurs.

Vid kommittentens konkurs så har inte tredje man någon rätt att utfå egendom i kommissionärens besittning enligt Håstad.¹³⁷ Här gäller alltså inte avtalsprincipen i de fall godset avser individuellt bestämd egendom som i 53 § KommL stadgar. Detta tycker vi verkar märkligt eftersom det inte borde vara någon skillnad vems konkurs det är. Det vore snarare mer sannolikt att kunna få ut egendom som finns i mellanmannens besittning eftersom inte han är i konkurs. Det borde inte vara något hinder för honom att lämna ut den sålda egendomen till tredje man oavsett om det handlar om generisk eller individuellt bestämd egendom. Köpeskillingen kommer konkursboet tillgodo när kommissionären betalt och för kommittentens konkursbos räkning borde det vara bättre med kontanta medel för egendom såld till marknadspris än egendom som måste avyttras i konkursen, kanske till underpris. Håstad konstaterar även att kommissionären har rätt att leverera kommissionsgods i sin besittning till tredje man, ”en annan

¹³⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 245

bedömning vore meningslös”.¹³⁸ Trots att kommissionsavtalet upphör vid kommittentens konkurs så har kommissionären panträtt i gods och utestående fordringar för sina krav mot kommittenten enligt KommL 31 och 49 § §. Ibland så kanske den teoretiska diskussionen gör saker mer komplicerade än vad de i verkligheten är. Vi anser, om vi uppfattat Håstad rätt, i denna diskussion om kommittentens konkurs, att det verkar likna begreppsjurisprudens och det är inte bra för den allmänna förståelsen av ämnet att lösningar på problem teoretiseras för mycket.

Lindskog skriver om problematiken med tredje mans anspråk i de fall kommittenten skulle gå i konkurs innan tredje man fått egendomen i sin besittning och är kritisk till KommL 56 § som föreskriver att tredje man inte kan kräva något från kommittenten eftersom han rättshandlar med kommissionären. Vid kommittentens konkurs så kan inte kommissionären längre utfå bortlovat gods utan tredje man har bara skadestånd att fordra från sin avtalspart kommissionären. Lindskog menar att tredje man visst har rätt att kräva kommittenten att utfå sin köpta egendom trots ordalydelsen i paragrafen på den grunden, eftersom kommissionären är avtalsenligt förpliktigad att leverera till tredje man. Mot huvudmannen har kommissionären rätt att leverera utan hinder av dennes konkurs till tredje man.

Tredje mans rätt är vad Lindskog menar indirekt. Han kan framtvinga ett agerande av mellanmannen. Han jämför förhållandet med att tredje man köpt en sak som någon annan innehar och på den grunden ska han kunna kräva innehavaren av saken att utfå densamme. Att kräva en sak inte är en fordringsrätt som avses i 56 § 1 st KommL.¹³⁹ Detta tycker vi verkar vara ett märkligt resonemang eftersom traditionsprincipen krävs för att uppnå sakrättsligt skydd. Lindskog påpekar dock att tredje man visserligen inte har en sakrättsligt skyddad äganderätt till egendomen redan genom avtalet men

¹³⁸ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 246

¹³⁹ Lindskog JT 1990-91 nr 4, s 662 f

att kommissionären är skyldig att leverera till tredje man. Tredje man skulle därför med framgång kunna väcka talan mot kommissionären med krav på utfående av den berörda egendomen. Kommissionärens invändning om att godset ägs av kommittenten skulle då inte stå sig om tredje man hävdade att det förelåg inköpskommission anser Lindskog.¹⁴⁰ Lindskogs resonemang stämmer såtillvida att tredje man har adekvata anspråk på äganderätt. Kommissionärens invändning om att kommittenten har äganderättsanspråk är felaktig eftersom äganderättsanspråken övergår direkt från kommittenten till tredje man. Problematiken är den att det inte spelar någon roll vem som är mest att anse som ägare när det hela ytterst handlar om att traditionsprincipen inte är uppfylld. Äganderättsanspråken må vara hur starka som helst men de kan bara göras gällande i form av fordran i konkursen. Dessutom torde det inte vara några problem med skadeståndsanspråket mot kommissionären från tredje man i och med att han inte är i konkurs.

4. Anspråk på äganderätt till saken men det sakrättsliga momentet är inte uppfyllt.

Det andra huvudavsnittet i uppsatsen behandlar separationsrätten i de fall då gäldenären köpt något men inte uppfyllt det sakrättsliga momentet när han går i konkurs. Ofta handlar det om lösöre och gäldenären har inte fått saken i sin besittning. Vid dessa fall så har inte borgenärsskydd uppnåtts och separationsrätten aktualiseras på så sätt att borgenären hindrar att egendomen kommer i gäldenärens besittning genom att utöva legala medel såsom stoppningsrätt. Detentionsrätt som regleras i KöpL 10 § innebär att om säljaren inte givit anstånd med betalningen eller kredit så är han inte skyldig att lämna ut varan till köparen, en slags innehållanderätt som även kallas ”zug um zug principen”.

¹⁴⁰ Lindskog JT 1990-91 nr 4, s 663

4.1 Stoppningsrätt

Den passiva stoppningsrätten regleras i KöpL 61 §. En säljare kan stoppa leverans om det finns risk för att mottagande part inte kan betala för varan. Denna stoppningsrätt gäller fram tills varan levererats. Om egendomen hunnit komma i köparens besittning så upphör denna passiva stoppningsrätt och egendomen kommer att ingå i köparens konkurs om inte något annat såsom ett giltigt återtagandeförbehåll gjorts. Leverantören kan således genom denna passiva stoppningsrätt hindra att egendomen kommer att ingå i gäldenärens konkurs genom att vägra fullfölja avtalet. Stoppningsrätten upphör om köparen ställer godtagbar säkerhet för betalningen. Varan kan köprättsligt sätt vara avlämnad till exempelvis en speditör men detta hindrar inte säljaren från att använda sin passiva stoppningsrätt.¹⁴¹ I NJA 1985 s 879 så hade en dansk leverantör sålt varor till en svensk detaljist. Denne anlitate en speditör som i sin tur såg till att varorna kom till Sverige genom en dansk speditör. När varorna anlönt till Sverige i den stad där köparen hade sin verksamhet så tog den svenske speditören hand om dem. HD kom fram till att varorna kunde omfattas av stoppningsrätt fram tills köparen bad speditören att omhänderha varorna i hans lager, då upphörde den danske säljarens stoppningsrätt.

Således hade den danske säljaren stoppningsrätt trots att det var köparen som anlitat speditören, även sedan varorna anlönt till denne i köparens stad. Den upphörde först när transportavtalet var slutfört och avtal om lagring tog över. Slutsatsen Håstad drar av detta rättsfall är att det fortfarande är gällande rätt, trots att en ny Köplag har tillkommit sedan rättsfallet avgjordes, eftersom att det inte kommenterats i motiven till den nya Köplagen.¹⁴² I analogi med detta rättsfall kan även dras slutsatsen att då egendom säljs som finns i tredje mans besittning, så kan stoppningsrätt utövas fram tills tredje man denuncierats om äganderättsövergången. Det

¹⁴¹ KöpL 6,7 § §

¹⁴² Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 178

finns dock möjlighet att uppnå borgenärsskydd för köparen trots att säljaren har kvar sin stoppningsrätt. Detta är när köparen mottagit ett transportdokument som ger denne en slags medelbar besittning och rätt att förfoga över varan samt är vad man kallar ”behörig” mottagare enligt SjöL 13:52 eller kan vidareöverlåta dokumentet till en godtroende tredje man som får sakrättsligt skydd till godset enligt SjöL 13:57 såtillvida det är av löpande karaktär.

Vid aktiv stoppningsrätt enligt KöpL 63 § 4 st § så kan säljaren återkräva en fullbordad leverans om fullbordandet gjordes efter det att gäldenären gått i konkurs. Här har gäldenären uppfyllt det sakrättsliga momentet och den aktiva stoppningsrätten hamnar då egentligen under nästa kapitel om egendom som både är i gäldenärs besittning samt att han har anspråk på äganderätt.¹⁴³ För enkelhetens skull väljer vi att behandla den aktiva stoppningsrätten här. När gäldenären hamnat i konkurs så kan alltså säljaren hindra varan på vägen till köparen samt utkräva varan från konkursboet genom stoppningsrätten, förutsatt att konkursen inträffat innan avlämnandet. Detta gäller även vid företagsrekonstruktion. Om konkursboet förfogat över varan så att den inte finns i behåll anses boet inträtt i avtalet och blir därmed skyldiga att betala för varan.¹⁴⁴

Har köparen fått varan i sin besittning innan konkursutbrottet är någon aktiv stoppningsrätt inte möjlig. Håstad skriver om i det problematiska när köparen fått varan i sin besittning men inte konkursboet. Köparen är i egenskap av konkursgäldenär inte behörig att motta varor för konkursboet enligt KL 3:2.¹⁴⁵ Konkursboet i sin tur ansvarar inte heller för varor de inte fått i sin besittning. Den passiva stoppningsrätten faller eftersom att konkursboet inte har besittning av varan om konkursgäldenären rättshandlat så att han fått den i sin besittning. Den som sålt varan får då kräva tillbaka

¹⁴³ Kapitel 5 i uppsatsen

¹⁴⁴ KöpL 63 § st 4 och 5

¹⁴⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 201

den från honom. Men det kan bli problem om konkursgäldenären i sin tur överlåtit varan till en godtroende tredje man.¹⁴⁶

Detentionsrätten är en rätt som säljaren kan använda för att hindra köparens borgenärer från att ta prestationen i anspråk. Han behöver nämligen inte fullgöra sin prestation när köparen dröjer med betalningen vid fall när den skall erläggas kontant. Denna rätt framgår ur stadgandet i 10 § KöpL. Köplagen regler gällande både stoppningsrätt och detentionsrätt kan även tillämpas analogt i andra avtalsförhållanden. I praxis bl a NJA 1981 s 1050 och 1982 s 404 får en uppdragstagare anses i princip ha rätt att hålla inne räkenskapsmaterial, som han i enlighet med uppdraget själv har framställt, i avvaktan på betalning.

4.2 Egna kommentarer

Gällande tillämpningen av aktiv och passiv stoppningsrätt är den förhållandevis klar eftersom det finns en tydlig lagstiftning på området. Stoppningsrätten fungerar som en säkerhetsrätt för säljaren mot köparens borgenärer. Även detentionsrätten fyller en funktion som säkerhetsrätt. Men däremot vid de tillfällen då godset överlämnats till en självständig fraktförare och s a s är avlämnad i köplagens mening enligt 6 och 7 § § så förefaller det egendomligt att stoppningsrätten trots detta faktum skall bestå. HD:s resonemang om att stoppningsrätten kvarstod trots att godset kommit i speditörens besittning ger en utökad tillämpning av stoppningsrätten som kanske inte är alldeles självklar. Detta är dock tillåtet enligt KöpL 61 §. Det väsentliga är väl att i vart fall varan inte kommit i köparens besittning

¹⁴⁶ KL 3:2 § 2 st

5. Anspråk på äganderätt till saken samt att det sakrättsliga momentet är uppfyllt.

Det tredje huvudavsnittet i uppsatsen behandlar separationsrättsfall då någon form av återkrav förekommer. Återkraven är i samband med återtagandeförbehåll eller hävningsförbehåll som i praktiken är samma sak eller att avtalet hävs på andra grunder såsom kontraktsbrott och ogiltighet. Gälldenären har vid återtagandeförbehåll förvärvat egendom som obligationsrättsligt är giltig men frågan gäller hur sakrättsliga anspråk kan göras gällande. Att återtagandeförbehåll och hävningsförbehåll kan användas som en slags ägarförbehåll är gällande rätt enligt Håstad. Däremot Almén ansåg att hävningsrätt och återtaganderätt bara kan göras gällande obligationsrättsligt men Undén menade att de även kan gälla sakrättsligt.¹⁴⁷ Det är i alla fall meningen att äganderätten successivt skall gå över på gälldenären vid avbetalningsköp. Vem som har äganderätt till föremålet är naturligtvis en fråga att diskutera. En stor grupp av avtal rör återtagandeförbehåll eller äganderättsförbehåll som står sig trots besittningsövergången d v s separationsrätt kan utövas av den som gjort ett giltigt återtagandeförbehåll. Hävningsrätten kan inte aktualiseras om köparen överlåter varan i sin tur, men ett återtagandeförbehåll gör att säljaren har säkerhet i fråga om kontraktsbrott från köparens sida, såvida det står sig i förhållande till köparens borgenärer. Att detta är möjligt fastslogs i NJA 1975 s 222 där HD uttalade att dessa kan ha sakrättslig verkan. I aktuellt fall hade A sålt en bil till B med återtagandeförbehåll som skulle aktualiseras om inte köpeskillingen betalades i tid. B sålde bilen till C och A gjorde sitt förbehåll gällande gentemot C när betalningen uteblev. C ansågs inte ha gjort ett extinktivt godtrosvärv och blev därför skyldig att ersätta A. Vad som är viktigt när det gäller dessa förbehåll är att något förfogande inte får göras, för då förlorar förbehållen sin giltighet. Med förfogande avses fall då

¹⁴⁷ Almén, Om köp och byte av lös egendom s 183

egendomen konsumeras, bearbetas, överlåtes eller blir tillbehör till annan egendom.

För att ett återtagandeförbehåll eller äganderättsförbehåll skall vara giltigt krävs att det görs före avlämnandet av varan eller samtidigt därvid, samt att det accepterats av båda parterna. Det finns inget formkrav utan det räcker med ett konkludent eller underförstått avtal. Detta framgår i NJA 1971 s 288, där en TV hade sålts på kredit med äganderättsförbehåll. Eftersom den TV:n var defekt byttes den ut, men köpekontraktet förnyades inte utan det ursprungliga kontraktet behölls. Vid en utmätning hos gäldenären beslagtogs TV:n och hänsyn togs ej till äganderättsförbehållet eftersom det gällt avseende den första TV:n. HD ansåg däremot att köpekontraktet – underförstått – gällde även den andra TV:n och därför kunde inte utmätning ske.

5.1 Avbetalningsköp

Ett avbetalningsköp föreligger om det är meningen från början att köparen skall bli ägare till egendomen, i alla fall obligationsrättsligt.¹⁴⁸ Huvudregeln är att näringsidkaren har separationsrätt till den egendom som gäldenären besitter om han har gjort ett giltigt återtagandeförbehåll eller äganderättsförbehåll vid gäldenärens konkurs.

I NJA 1976 s 134 uppstod frågan om ett hyresavtal för en TV i själva verket var ett avbetalningsköp och om ett äganderättsförbehåll därmed kunde intolkas. I detta fall hade A hyrt ut en TV till B som också kunde köpas och i sådana fall skulle erlagda hyresbetalningar avräknas från köpesumman. C företog genom kronofogdemyndigheten en utmätning och frågan uppkom om det var ett avbetalningsköp eller ett hyresförhållande och om det i

¹⁴⁸ KonstrL 3 § 2 st och Lag om Näringsidkares avbetalningsköp 1 §

sådana fall var ett köp där TV:n var såld med ett äganderättsförbehåll. A och B hävdade att det var ett hyresförhållande, C menade att hyresavtalet övergått till ett köpeavtal och att skyst äganderättsförbehåll inte hade någon rättsverkan i svensk rätt. Eftersom intolkade äganderättsförbehåll kunde användas i efterhandskonstruktioner och därmed skulle egendom kunna undanhållas borgenärerna. HD ansåg emellertid att det var ett hyresavtal, eftersom ingenting i utredningen bevisat något annat. Således kunde inte utmätning genomföras avseende TV-apparaten. Håstad anser att om uthyraren trodde att han var uthyrare, men i själva verket var en säljare borde han rätteligen ha separationsrätt.¹⁴⁹ Vid hyra föreligger separationsrätt men vid köp gör det inte det, därför var det så viktigt att utröna huruvida ett giltigt äganderättsförbehåll hade gjorts.

5.2 Hävningsförbehåll och återtagandeförbehåll

Förbehåll om äganderätt gäller mot köparens borgenärer och det underlättar för säljaren som då får en säkerhet i den sålda egendomen. Det är dock så att panträtt i lös egendom kräver ett besittningstagande av godset så det krävs en del för att ett hävningsförbehåll skall kunna göras gällande eftersom ett återtagandeförbehåll kan liknas vid en säkerhet för säljaren. Det är dock en skillnad i syftet med pantsättning för att få pengar och att köpa något på avbetalning. En kreditgivare kan aldrig lita på att det som finns i gäldenärs besittning också är egendom som han äger. En säljare har i praxis sedan länge kunnat erhålla separationsrätt i köparens konkurs eller vid utmätning hos denne genom att förbehålla sig äganderätten till varan tills denna blivit fullt betald.¹⁵⁰ Ursprungligen har denna princip sin grund i förbehållet av just äganderätt. Numera anses det dock klart att separationsrätten inte är beroende av att äganderätt förbehållits. Genom rättspraxis har det sålunda slagits fast att det är tillräckligt att säljaren förbehållit sig rätten

¹⁴⁹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 152

¹⁵⁰ NJA 1915 s 305

att återta varan om den inte betalas, ett s k återtagandeförbehåll. Det anförda innebär att enligt gällande rätt ger ett sådant förbehåll i ett köpeavtal skydd mot köparens borgenärer intill dess varan är fullt betald. Säljaren kan alltså vid köparens insolvens kräva att varorna skall fränskiljas köparens övriga egendom och återställas till säljaren. Som ett viktigt undantag gäller dock att någon sådan rätt inte tillkommer säljaren när köparen trots förbehållet haft rätt att förfoga över varan före betalning genom att infoga den i annan egendom, förbruka den eller sälja den vidare. Ett återtagandeförbehåll förlorar således sin sakrättsliga verkan om det t ex blir tillbehör till fastighet eller blir byggnadstillbehör.¹⁵¹

5.3 Fall då återtagandeförbehåll inte kan göras gällande

Enligt vad som ovan nämnts så kan ett återtagandeförbehåll inte göras gällande när det blivit tillbehör enligt JB 2:1 och 2. En tillåtelse att infoga i fastigheten innebär att förbehållet förfaller. Då det gäller återtagandeförbehåll till egendom som skall bli inmonterad i en fastighet av säljaren, har praxis visat att återtagandeförbehållet består. I ett fall sålde A industriportar till B med äganderättsförbehåll, A skulle enligt köpeavtalet montera in portarna, *efter* leverans och *innan* monteringen gick B i konkurs. HD ansåg att förbehållet gällde eftersom monteringen – enligt avtalet – skulle utföras av A.¹⁵² Likaväl när det infogats i en annan sak så att det inte längre självständigt existerar som i NJA 1942 s 195 och 1955 s 1. I det rättsfallet hade A sålt en lastbil med äganderättsförbehåll till B. B hade sedan bytt ut två däck som han hade köpt med äganderättsförbehåll av C. A tog sedan tillbaka lastbilen av B utan hänsyn till C:s rätt. HD menade att däcken hade blivit en beståndsdel eller ett tillbehör till lastbilen. Därmed kunde inte C göra sitt äganderättsförbehåll gällande.¹⁵³ Förbehållet kan heller inte göras

¹⁵¹ JB 2:4

¹⁵² NJA 1974 s 660

¹⁵³ NJA 1960 s 9

gällande i de fall som egendomen överlåtits ytterligare en gång eller har konsumerats eller förbrukats. Då försvinner sakrätten. Surrogat till den ursprungliga egendomen kan som huvudregel inte ge separationsrätt utom i de fall då gäldenären olovligen har förskingrat godset och i de fallen som ovan nämnts kan det även bli fråga om samäganderätt till egendomen.

De fall då säljaren har medgivit ett förfogande före betalning så förfaller återtagandeförbehållet oavsett om köparen verkligen utnyttjar möjligheten eller inte. Även tillåtelse till överlåtelse medför att återtagandeförbehållet upphör vilket faller sig naturligt då det inte längre finns i behåll hos förste köparen. Håstad menar att det krävs lagstiftning för att helt hindra att återtagandeförbehållen blir gällande i de fall detaljister och grossister får förfoga över varan genom försäljning före betalning.¹⁵⁴ Enligt gällande rätt så anses återtagandeförbehållen inte allvarligt menade i de fall vidareförsäljning sker med tillåtelse från den ursprungliga säljaren. Om säljaren låter köparen överlåta varan till annan med reservation att denne i sin tur åtar sig ansvar för den ursprungliga skulden så kan säljaren ha kvar sitt återtagandeförbehåll som i NJA 1980 s 219.

5.3.1 Surrogation av egendom med återtagandeförbehåll

NJA 1976 s 251 tar upp frågan om C:s rätt till utmätning genom kronofogdemyndigheten. A hade vid olika tillfällen sålt containrar till B med äganderättsförbehåll. Köpeskillingen ackumulerades efter varje köp och därmed gick det inte att utröna vilka containrar som var slutbetalda. HD menade att betrakta alla containrar som ett enhetligt utmätningssubjekt skulle medföra skada för utmätningssborgenären, eftersom "...värdet av köparens rätt enligt ett visst avbetalningskontrakt, ...tages i anspråk för betalning av gods sålt genom annat avbetalningskontrakt." Således godtogs

¹⁵⁴ Håstad., Sakrätt avseende lös egendom, s 193

utmätningen utan hänsyn till äganderättsförbehållen. NJA 1935 s 33 handlar om äganderättsförbehåll i avkastning. När någon behåller äganderätt till godset för en annan fordran än den i den ursprungliga egendomen så anses det inte tillåtet. Det finns ett rättsfall på sådana s k kopplingsförbehåll NJA 1958 s 577 . Gränsfall finns i praxis, bl a i rättsfallet NJA 1975 s 198 som handlade om A som sålde en kviga med äganderättsförbehåll till B. Affären finansierades genom ett lån från C där A gjorde ett borgensåtagande för B:s skuld. Frågan som uppkom var om utmätning var möjlig, dvs om äganderättsförbehållet var giltigt, eftersom A fått betalt. HD menade att förbehållet hade fallit i samband med betalningen och borgensansvaret gjorde inte att rättsläget förändrades.¹⁵⁵ Vad beträffande sekundära äganderättsförbehåll så anses det gå bra enligt NJA 1980 s 219.

5.3.2 Övriga återtagandeförbehåll

Vid byte så går det att separera saken om någon av parterna bryter avtalet och vid gåva så är det också möjligt, enligt Almén.¹⁵⁶ När det gäller annan egendom än lösöre som t ex byggnad på annans grund så kan det vara möjligt enligt Håstad men att det inte skulle kunna tillämpas eftersom nyttjanderätten sätter praktiska hinder i vägen.¹⁵⁷ Vad det gäller fast egendom så tillämpas reglerna i JB 4:4-6. Immaterialrätter kan inte säljas med äganderättsförbehåll eftersom de aldrig anses vara i någons besittning. Det medför att köplagens regler om hävningsförbehåll i vart fall inte kan tillämpas direkt utan bara analogt och då är det en ytterligare fråga om det överhuvudtaget är giltigt sakrättsligt.

¹⁵⁵ Se NJA 1972 s 451 och NJA 1966 s 350

¹⁵⁶ Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom, 57 § vid not 14 ff

¹⁵⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 199

5.4 Vilka rättsföljder blir det vid utmätning och konkurs?

Enligt UB så är det själva godset som utmäts och det innebär att om köpeskillingen täcker avbetalningssäljarens fordran så är den nye köparen ägare till ett belastningsfritt gods.¹⁵⁸ Alternativt kan han ta över den gamle insolvente köparens villkor och således äga egendomen med återtaganderättsförbehåll i likhet med övertagande av förre ägarens skulder vid försäljning av fast egendom på exekutiv aktion. Detta medför att priset kan bli lite högre än det skulle ha blivit om köparen var tvungen att betala hela summan kontant vid aktionen. Om gäldenären är i konkurs så medför ett återtagandeförbehåll att säljaren separerar varan i konkursen. Detta såvida inte konkursboet går in och betalar restskulden för gäldenären, vilket ibland ter sig fördelaktigare för boet.¹⁵⁹ I de fall varan hinner avlämnas till konkursboet, d v s när säljaren missar sin stopp- och detentionsrätt så medför det att konkursboet varken ansvarar för någon återlämning eller för någon betalning till säljaren. Detta framgår av KöpL 63 § och KL 3:2.

5.5 Egendom som gäldenären vidareöverlåtit

Har den ursprunglige säljaren medgivit att godset säljs vidare före betalning så innebär det att förbehållet blir ogiltigt. Säljaren måste dessutom ha fått betalt innan ett förfogande görs av den förste köparen, annars förfaller återtagandeförbehållet. Avtalet får inte heller dem emellan vara utformat på så sätt att den ursprunglige säljaren inte ska få betalt förrän det är uppenbart att förfogande måste ha skett, eller att den ursprunglige säljaren skall ha någon rätt enligt deras avtal att kräva tredje man. Sådana avtal gör också att återtagandeförbehållen blir ogiltiga. En lösning på problemet enligt Håstad skulle kunna vara att köparen betalar en veckas försäljning i förskott hela tiden men innehar resten av lagret med återtagandeförbehåll. I så fall har

¹⁵⁸ UB 5:5 och 9:10

¹⁵⁹ KöpL 63 §

han betalt för de varor han säljer samtidigt som säljaren har säkerhet i resten av lagret.¹⁶⁰ Det måste dock innebära en hel del specialitetsproblem när det gäller för konkursförvaltaren att utröna vilka objekt som är förskotterade och vilka objekt som är belagda med återtagandeförbehåll. Dessutom kan det diskuteras om det överhuvudtaget är möjligt i ett annat lagerbestånd än väldigt specialiserade saker.

Gäldenären kan olovligen ha sålt egendom som är belastad med äganderättsförbehåll till en godtroende köpare som dock inte har hämtat godset när den ursprunglige gäldenären kommer på obestånd. De har ett obligationsrättsligt giltigt avtal men frågan uppkommer hur detta står sig sakrättsligt. Enligt gällande rätt borde det bli så att både den ursprunglige säljaren och tredje man bara får fordringar i konkursen eftersom ett förfogande skett genom avtal om försäljning som gör att förbehållet förfaller. Om tredje man inte fått borgenärsskydd genom besittningstagande så kan han inte heller åberopa någon sakrätt till föremålet. Detta diskuterar vi dock i de egna kommentarerna nedan.

5.6 Ogiltighet och felaktiga förutsättningar

Som huvudregel gäller att båda vad vi kallar svaga och starka ogiltighetsgrunder gör att separationsrätt kan utövas för den förfördelade partens fördel i avtalet NJA 1930 s 306. Vad beträffande felaktiga förutsättningar så finns det ett intressant rättsfall där förutsättningsläran tillämpades.¹⁶¹ I förevarande fall hade A levererat fartygsplåtar till B efter att tidigare stoppat leveransen då B ställt in sina betalningar. Den nya leveransen genomfördes när B i ett brev förklarade att staten skulle bidra ekonomiskt för att rekonstruera verksamheten och med denna förutsättning återupptog A leveranserna. Kort efter leveransen gick B i konkurs. Fartygs-

¹⁶⁰ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 191

¹⁶¹ NJA 1985 s 178

plåtarna var identifierbara eftersom de ännu inte sammanfogats. A hävdade separationsrätt på grund av ogiltighet av avtal och använde bl a förutsättningsläran som grund. HD menade att generellt sett måste en part själv stå för konsekvenserna av oriktiga förutsättningar gällande motpartens kreditvärdighet. I aktuellt fall var dock uppgiften om statligt stöd så avhängigt för fortsatta leveranser så det var inte mer än rimligt att B – konkursboet – fick bära risken. Vidare menade HD, att egendom som är individualiserbart vid ett avtals återgång har separationsrätt och därmed skydd mot medkontrahentens borgenärer.

5.7 Franchising

Vid franchising är det så att franchisetagaren hyr ett koncept av franchisegivaren. Meningen med franchising är att det medför en rätt för tagaren att saluföra varor eller tjänster under ett visst namn utan att själv utarbeta ett koncept och för givaren en möjlighet att expandera sin verksamhet utan större ekonomisk risk eftersom tagaren bär denna. För köparna innebär franchising enhetlighet såtillvida att de känner igen varumärket och kan köpa i stort sett samma varor eller tjänster i alla franchisebutikerna. En franchisegivare kan häva avtalet, vilket förutsättes, vid tagarens kontraktsbrott t ex vid betalningsförsummelser. Frågan uppkommer då vad som händer med egendomen som franchisetagaren har i sin besittning. Sohlberg skriver om detta och han uppger att franchisegivaren inte vill att konkursboet ska fortsätta driva franchising om inte givaren medger det. Därför regleras alltid det förhållandet att tagaren själv eller hans företag skulle hamna på obestånd som en hävningsgrund.¹⁶² Han skriver vidare att vissa konkursförvaltare hävdar att det inte går att häva avtal p g a konkurs.

¹⁶² Sohlberg, Franchisejuridik, s 82

Franshisetagaren besitter således en hel del egendom med anspråk på äganderätt men denna egendom vill franshisegivaren ha om franshisetagaren skulle gå i konkurs. Troligtvis innebär en konkurs för franshisetagaren att franshisegivaren bjuder över alla andra för att säkerställa att den egendomen som franshisegivaren är intresserad av återgår till honom. Några avtal som skulle reglera en eventuell automatisk återgång av egendomen kan knappast göras gällande i konkursen eftersom det trots allt är franshisetagaren som har anspråk på äganderätt till egendomen. Någon rätt för franshisetagaren att kunna separera egendomen föreligger alltså inte.

5.8 Egna kommentarer

I de fall som behandlats under den sista av våra tre kategorier har det handlat om rättsförhållanden där någon form av återkrav har förekommit. Det är såväl två eller ibland tre subjekt som hävdar någon form av äganderätt. Först och främst den som sålt varan med äganderättsförbehåll sedan köparen som anser att han är ägare till saken och till sist ibland en tredje man som avtalat om köp av egendomen. Egendomen är belastad med ett förbehåll om äganderätt för den ursprunglige säljaren och han tar för givet att hans förbehåll står sig mot köparens borgenärer. Det blir förvirrande att reda ut alla äganderättsanspråk samtidigt som det visar på hur mycket begreppsjurisprudens vi har i svensk juridik som ställer till det när gällande rätt ska utrönas.

Att använda sig av en klausul om återtagandeförbehåll innebär en kreditsäkerhet för säljaren. Men möjligheten får inte missbrukas såtillvida att de strikta reglerna om gäldenärens förfoganden före betalning inte ska kunna kringgås.

Återtagandeförbehållet blir sakrättsligt ogiltigt om gäldenären överlåter, bearbetar, sammanfogar eller konsumerar egendomen. Vid medgivande till förfogande före betalning faller återtagandeförbehållet. Även om den ursprunglige säljaren var en grossist som förbjudit detaljisten som köpt av honom att låta varan komma i tredje mans besittning före betalning så förfaller återtagandeförbehållet. Håstad skriver att tredje man i dessa fall skulle få bättre rätt till varan än grossisten.¹⁶³ Att avtalet om äganderättsförbehåll skulle ge tredje man någon bättre rätt än den ursprunglige säljaren har vi svårt att förstå. Går detaljisten i konkurs med den lösa egendomen i sin besittning så kan vi inte se att någon av de andra två parterna skulle ha något annat än fordringar i konkursen. Varan har trots allt blivit förfogad över så att äganderättsförbehållet har förfallit. Tredje man har inte fått något borgenärsskydd eftersom han inte fått varan i sin besittning.

Men vad händer om förste köparen går i konkurs och tredje man inte har fått saken i sin besittning då borde väl återtagandeförbehållet från den förste säljaren fortfarande gälla eftersom han aldrig fått tillåtelse till att förfoga över egendomen, i vart fall dem emellan? Detta är under förutsättning att försäljningen var förbjuden i förhållande till den ursprunglige säljaren. Tredje man har bara en fordran och den ursprunglige säljaren har aldrig givit tillåtelse till förfogande. Kanske har ändå ett förfogande gjorts bara genom avtal om överlåtelse gjorts. Här kan det diskuteras om det borde göras skillnad på generisk och individuellt bestämd egendom. Individuellt bestämd egendom kan förlora sitt återtagandeförbehåll redan genom avtal om överlåtelse eftersom själva förfogandet är individualiserbart till en viss sak. Vid generiskt bestämd egendom så kan det fortsätta att gälla även om ett olovligt avtal har gjorts mellan köparen och tredje man förutsatt att tredje man inte fått borgenärsskydd för sitt förvärv. Här har visserligen ett olovligt förfogande gjorts genom avtalet men eftersom egendomen inte är

¹⁶³ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 190

individualiserbar så räknas inte avtalet som ett förfogande som gör så att återtagandeförbehållet förfaller.

I SOU 1988:63 så kom de fram till – när det gäller problematiken med återtagandeförbehållen – att det inte fanns tillräckligt starka skäl för någon reform på området. Det skulle medföra osäkerhet i tillämpningen av återtagandeförbehållen om något förfogande före betalning blev tillåtet i någon form. Fortfarande i dag så blir återtagandeförbehåll sakrättsligt ogiltiga om förfogande, bearbetning, konsumtion eller sammanfogning skett. Vi tycker inte att det finns något speciellt att anföra i den frågan eftersom det verkar irrationellt att tillåta förfogande i egendom som kan komma att tas tillbaka av säljaren. Hela den ursprungliga idén med att förbehålla sig rätten att återta eller häva bygger på att saken skall finnas intakt och i behåll.

Det förefaller långsökt att utvidga återtagandeförbehållen till en slags allmän säkerhetsrätt och kreditmöjlighet för detaljister om den reella risken att varan kan tas tillbaka urholkas.

6. Avslutande synpunkter

Vi tänkte först gå igenom vad doktrin och offentliga utredningar hade på förslag till förändringar sedan försöka dra några egna slutsatser på dessa förslag och till sist komma med lite egna synpunkter på sakrätten. Vi har följt vår uppdelning i de tre punkterna genom att skriva egna kommentarer efter varje kategorikapitel och avslutar här i detta kapitel med övergripande synpunkter i ämnet, för ett konsekvent avslutande på vår uppsats.

Sakrätten är ett mycket komplicerat ämne och vi undrar över hur mycket som skulle kunna förenklas. Sakrätten styrs fortfarande av principer som härstammar från början av förra seklet och det innebär en rättsosäkerhet i

samhället. Det är inte många som känner till att avtalsprincipen var förhärskande när kommissionslagen skrevs. Därigenom skall kommissionslagen tolkas till viss del efter denna och inte efter traditionsprincipen som sakrättsmoment när det gäller lösöre.

Det har framlagts en del offentliga utredningar på området som inte har lett till någon lagstiftning. Doktrin har en del förslag på förändringar. Praxis har väglett i många frågor när det gäller ”laglösa” frågor vid separationsrättens utövande.

När det gäller kommission så uppfattar vi det som om hela det området behöver en ordentlig revidering och då särskilt med tanke på tredje mans rätt i förhållande till godset som han har köpt och som finns kvar hos kommissionären. Vi har fört en tämligen ingående diskussion om detta i anslutning till det kapitlet ovan. Vi vill bara här anföra att vi tycker det är lite märkligt att ingenting görs på området. Det är trots allt snart 15 år sedan utredningen gjordes.¹⁶⁴ Avtal om kommission är en så pass vanlig företeelse i affärlivet att det borde göras en klarare sakrättslig reglering på området. Att förklara för en framtida klient att han inte kan få ut spannmålen han köpt som ligger blandad med annans spannmål i en silo, men däremot de tomma säckarna spannmålet skulle legat i p g a att de är märkta med klientens namn. Detta måste vara fullkomligt obegripligt för en lekman.

När en detaljist går i konkurs så innebär det nästan alltid att leverantörerna som bekant blir oprioriterade. Det är som vi flera gånger konstaterat i stort sett omöjligt att åstadkomma separationsrätt i detaljistens lager eftersom detta består av en dynamisk massa av olikartade ting från en mängd olika leverantörer. Att avtala om kommission är en variant som ger huvudmannen separationsrätt men då är det just det förhållandet att det måste finnas en huvudman som bär affärsrisken m m så att det framgår att varorna säljs för

¹⁶⁴ SOU 1987:63

huvudmannens räkning. De flesta leverantörer är inte intresserade av att göra det eftersom deras marginaler inte tillåter att de bär mer än sin egen affärsrisk. Äganderättsförbehåll förutsätter att varorna inte får säljas vidare före betalning gjorts och detta medför att en detaljist knappast kan visa att de varor han har "till försäljning" inte är "till försäljning" eftersom de inte är betalda. Konsignation som är en variant på kommission ger inte heller separationsrätt i de fall då varorna i något fall är sålda på kredit. Affärsrisken för osålt lager måste vara konsignantens problem om det hela skall kunna liknas vid deposition med självinträde för konsignatarien i takt med försäljningen. Både i fallet med äganderättsförbehåll och vid konsignation är det stora problemet själva försäljningsögonblicket för detaljisten om vi nu ska anta att lagret är behäftat antingen med äganderättsförbehåll eller har deponerats av en konsignant. Skulle det gå att åstadkomma en transaktion som medger att självinträde görs för detaljisten precis vid själva försäljningsögonblicket utan att det för den sakens skull skulle kunna likna någon slags kredit eller skentransaktion. Vi anser att eftersom vi har sådan långt framskriden datateknik i dag så borde det kunna gå att åstadkomma med datateknisk hjälp att detaljistens lager hålls avskilt på elektronisk hjälp. Det kanske inte går att komma åt varorna annat än med elektronisk kod som inte fungerar förrän betalning flutit in och på så sätt åstadkomma separationsrätt för leverantörerna. En betalningstransaktion kan med datorns hjälp registreras direkt och lagret s a s öppnas för detaljisten för att komma åt varorna som tredje man har betalt. Vi är dock bara jurister och inte tekniker men en sådan här lösning skulle kunna innebära att problematiken med fiktiva kommissionsavtal eller felaktiga förbehållsavtal eller tvivelaktiga konsignationsavtal inte behövdes, utan det skulle klart framgå vid en konkurs hos detaljisten vilka varor som tillhörde leverantörerna. Den returrisk som skulle drabba dessa i form av varor måste te sig mer lösningsbara än bara en oprioriterad fordran i detaljistens konkurs. Sakrätten i att kunna få tillbaka varorna innebär trots allt en mindre kreditrisk för leverantörerna än det system vi har i dag när varorna istället

blir företagshypotek eller någon som har allmän förmånsrätt får värdet av dem.

Leverantörer skulle ha stor nytta av att kunna avtala om återgång av köpet vid betalningssvårigheter hos köparen. Avtal om kommission som inte är verklig kommission förekommer som ovan nämnts. Liknande är förhållandena när detaljisten tillåts sälja vidare gods som är behäftat med återtagandeförbehåll innan betalning gjorts till leverantören. Återtagandeförbehållet gäller då inte. En annan möjlig väg för att kunna sälja vidare på kredit är då återförsäljaren hela tiden håller en mängd medel hos leverantören som s a s skulle utgöra betalning för de varor som sålts. Varan säljs trots att ett återtagandeförbehåll är avtalat, men eftersom leverantören har fått betalt så har han inte gått med på att förfogande sker före betalning. Det kan dock uppstå problem med redovisningen av dessa medel. Det måste gå att hänföra pengarna till rätt leverantör och knyta dem an till rätt varor. Det hela skulle kunna jämföras med en slags kreditkonsignation men med deponerade medel som tas i anspråk i samband med försäljning till tredje man. Vi ser fram emot någon ny statlig utredning på området som kanske nästa gång lyckas åstadkomma någon lagstiftning som kan medföra en lättare tillämpning på området för alla inblandade parter.

Problematiken med tredje man som vill ha ut sina köpta varor när mellanmannen/ detaljisten gått i konkurs, kan bli än mer intressant att finna lösningar på om man antar att tredje man är en konsument. I SOU 1995:11 har utrett traditionsprincipens verkningar ur ett konsumentperspektiv. Enligt utredningen framgår det att konsumenter lider förlust när de lämnat kvar köpta och betalda varor hos säljaren när denne kommer på obestånd. Förlusten består av det faktum att varan tas i anspråk av säljarens borgenärer och konsumenten får istället bara en oprioriterad fordran på konkursboet. Utredningen har visat att det inom vissa områden är förhållandevis vanligt att konsumenten lämnar kvar den köpta varan hos säljaren, t ex när det gäller köp av fritidsbåtar och pälsar. Detta förfarande

har av utredningen bedömts som praktiskt omöjligt att ändra på genom upplysning till konsumenten eller andra åtgärder. Konsumenternas skydd vid säljarens insolvens måste därför förstärkas genom ett alternativ till traditionsprincipen. En variant är avtalsprincipen, det vill säga att sakrättsligt skydd uppkommer redan genom överlåtelseavtalet. Ett annat förslag är att förenkla förfarandet vid användning av Lösöresköplagen. Det förslaget förkastas emellertid av utredningen eftersom ett registreringsförfarande – om än förenklat – ändå medför ett visst besvär för konsumenten. Vidare skulle registreringen åsamka konsumenten en extra kostnad, så troligen skulle detta förfarande ändå inte användas i den utsträckning som är nödvändig för att få separationsrätt.¹⁶⁵

Fördelarna med traditionsprincipen är bl a att den är enkel att tillämpa. Har förvärvaren tagit egendomen i sin besittning så blir det inga problem. Förutom detta motverkas skenöverlåtelser genom att traditionsprincipen bevaras eftersom besittningsövergång krävs för att erhålla skydd. I verkligheten tvekar inte en konkursgäldenär när det gäller att undandra egendom från borgenärerna. Gäldenären hindras knappast av det faktum att besittningsövergång måste ha skett innan konkursen, utan anpassar sig till gällande system. Dessutom är de regler som traditionsprincipen omgärdas av i många fall tvetydiga och det finns inga klara regler för vad som exakt krävs i alla situationer för att besittningsövergång skall anses ha skett. Det är inte många som känner till kravet på tradition, särskilt bland konsumenterna. När en konsument har gjort ett regelrätt köp men begått misstaget att lämna varan hos säljaren, blir förlusten en mycket obehaglig överraskning för konsumenten.

Ett exempel som kan ges i detta sammanhang är när en konsument renoverar sitt kök och går till en vitvaruaffär och köper diverse maskiner. Konsumenten lämnar sedan kvar maskinerna i affären till han är helt färdig

¹⁶⁵ SOU 1995:11, s 142 ff

med det resterande arbetet. När han sedan kommer till affären för att hämta sina maskiner möts han av beskedet att säljaren har gått i konkurs och maskinerna tillhör konkursboet.

För en konsument kan det ha varit en betydande summa som erlagts som betalning för maskinerna och förståelsen för traditionsprincipens syfte är inte stor i dessa fall. Avtalsprincipen skulle däremot skydda konsumenten i dessa fall. Avtalsprincipen skulle visserligen kunna innebära att fler påståenden om att egendomen ägs av någon annan, d v s skenöverlåtelse, skulle kunna bli vanligare. Troligen skulle antalet oriktiga påståenden öka under en inledningsperiod, men eftersom de flesta konsumenter redan idag tror att avtalet skyddar dem skulle förändringen ändå inte bli så omfattande. Risken är troligen större med skentransaktioner näringsidkare emellan eller sinsemellan privatpersoner, än risken mellan näringsidkare och konsument.

Traditionskravet uppkom i en tid då de ekonomiska förhållandena i samhället var betydligt mera okomplicerade. Kravet på en besittningsövergång kanske föll sig mer naturligt på den tiden. Idag är det ekonomiska området betydligt snabbare och har en helt annan rörlighet och omsättning än vad det hade vid traditionsprincipens tillkomst. Är det egentligen rimligt att säljarens borgenärer skall kunna tillgodogöra sig både köpeskillingen och egendomen i fråga? Enligt vår mening kan traditionskravet upphov till förödande konsekvenser för konsumenter, som i fallet ovan.

Ett annat spørsmål är frågan om traditionskravets effektivitet. Traditionskravets främsta syfte är ju att förhindra skentransaktioner. Kravet på tradition kan ibland medföra risker för en köpare som av någon anledning inte hämtar det köpta objektet vid tiden för köpet. Köparen drabbas även då delar av köpeskillingen är betald när säljaren går i konkurs. Köparen förlorar objektet han har köpt samtidigt som han endast får en oprioriterad fordran på den erlagda köpeskillingen. En fråga som uppkommer är i fall problemet med undandragande av egendom är så allvarligt att det motiverar

traditionskravets fortsatta existens? Ett alternativ om traditionskravet skulle avskaffas är att utvidga användningen av återvinningsinstitutet. Att använda reglerna om återvinning för att komma åt illojala transaktioner är en fråga som Millqvist ställer i sin bok om sakrätt.¹⁶⁶ I fråga om s k sken-transaktioner skulle återvinningsreglerna i konkurslagen kunna användas, eventuellt skulle vissa modifieringar göras så reglerna skulle bli lättare att tillämpa.

En förändring som skulle innebära en förenkling av återvinningsinstitutet är om bevisbördan underlättades. Detta skulle kunna ske genom en lagändring av *actio paulina-regeln* i KL 4:5. Denna paragraf innehåller ett subjektivt rekvisit på ond tro som i många fall är omöjligt att bevisa. Vi menar att det subjektiva rekvisitet skulle tas bort och de objektiva rekvisiten skulle kvarstå. Otillbörlighetsrekvisitet är ett självständigt objektiva rekvisit som inte skall förväxlas med t ex moralisk klandervärdighet. För att en transaktion skall bedömas som otillbörlig krävs bl a att den avsett betydande belopp, att den skett kort tid före konkursen och att transaktionen i övrigt är av extraordinär karaktär. Medkontrahentens onda tro är förvisso av betydelse för helhetsbedömningen av otillbörlighetsrekvisitet, men det är inte avgörande för rekvisitets uppfyllande. Ett annat objektiva rekvisit är insolvenskravet, d v s att gäldenären vid tiden för transaktionen var eller blev insolvent genom förfarandet ensamt eller i anknytning med annan omständighet. Nämnade objektiva rekvisit och även icke nämnda objektiva rekvisit som t ex det indirekta skaderekvisitet kan – enligt vår mening – vara kvar, däremot skulle tiden för återvinning ändras till en kortare period från fristdagen räknat. En subjektiv återvinningsparagraf med lång återvinningstid måste även finnas kvar naturligtvis.

Vidare skulle själva förfarandet som sådant förenklas. Ett alternativ skulle vara att använda kronofogdemyndigheten som första instans och utveckla

¹⁶⁶ Millqvist, Sakrättens grunder, s 89 f

ett slags ”återvinningsföreläggande”. Därigenom skulle åtminstone det inledande förfarandet inte bli så ekonomiskt betungande för konkursboet som att väcka talan i allmän domstol.

Naturligtvis finns det både fördelar och nackdelar med en sådan förändring. Å ena sidan skulle det kunna vara en nackdel för den som köper något av gäldenären eftersom rättshandlingen kan återvinnas om den bedöms som otillbörlig. Det skulle innebära inskränkningar i den allmänna handeln om det blev lättare att framtvunga återgång av prestationer. Å andra sidan kan förändringen innebära att medkontrahenter blir mer medvetna om riskerna med otillbörliga rättshandlingar och därmed får regeln en preventiv effekt. Det skall aldrig bli förbjudet att göra en god affär, men gränsen till vad som är otillbörligt skall inte överträdas. Denna förenkling har här endast presenterats i grova drag, men vi anser att det skulle kunna vara ett tänkbart scenario.

Det bristande skyddet av nyttjanderätter är ett annat spørsmål som vi anser bör ses över. Nyttjanderätter är idag av yttersta vikt för företag, eftersom fler och fler använder sig av t ex leasing för att kunna utvecklas till ett kapitalstarkt företag. I Sverige använder vi oss av en mycket gammal regel; köp bryter lega, men vid regelns tillkomst var förhållandena helt annorlunda än vad de är idag.¹⁶⁷ Denna regel härstammar från romarrätten och har idag försvagats på vissa områden, bl a inom fastighetsrätten eftersom hyresgäster och arrendatorer har ett sakrättsligt skydd till en viss gräns. Regeln har kritiserats kraftigt i doktrin eftersom den inte är anpassad till nutid.¹⁶⁸

Leasing är – som tidigare nämnts – en flitigt använd nyttjanderätt. I enlighet med Håstad tycker vi också att om en nyttjanderätt gäller mot ägaren borde den också gälla mot exempelvis borgenärer eller singularsuccessorer,

¹⁶⁷ 1734 års lag 16:15 JB

¹⁶⁸ Walin, Separationsrätt, s 46 och Hessler, Allmän sakrätt, s 255

eftersom dessa härleder sin rätt från ägaren.¹⁶⁹ Den allmänna uppfattningen är att åtminstone det rättsliga systemet skall vara uppbyggt kring tro och heder. Håstad menar emellertid att skydd i princip kan uppstå vid fall där singularsuccessorer känt till nyttjanderätten vid sitt förvärv.¹⁷⁰ Har ett företag leasat en maskin som är en viktig del i deras produktion och leasegivaren säljer maskinen utan förbehåll för leasetagarens rätt, kan konsekvenserna bli ödesdigra för berört företag oavsett om de har rätt till skadestånd av leasegivaren. En annan viktig anledning till skydd är att en leasetagare betalar i allmänhet mer i hyra än vad som belöper på själva nyttjandet eftersom avtalet oftast löper över egendomens ekonomiska livstid. I leasingavtalen finns oftast en köpeoption eller en rätt att fortsätta hyresförhållandet efter avtalsslutet till en betydligt lägre hyra. I princip kan man säga att hyran är amorteringar eller avbetalningar på egendomen och upphör hyresavtalet i förtid, åsamkas leasetagaren – i dagens läge – en kännbar förlust.

Varför nyttjanderätt till fast egendom skyddas men att nyttjanderätt till lös egendom inte skyddas, kan enligt doktrin förklaras genom att nyttjanderätt till fast egendom anses innebära en rättighet mot själva fastigheten men vid nyttjanderätt till lös egendom har man endast en rättighet mot uthyraren.¹⁷¹ Vi anser emellertid att rättigheten riktad till saken i båda fallen, eftersom hela rättsförhållandet baseras på det faktum att saken skall nyttjas.

Samhällspolitiskt sett skulle det – enligt kritikerna – innebära att omsättningen skulle hindras om fler sakrätter tilläts, eftersom obligationsrätterna aldrig kan rikta anspråk mot tredje man. Det skulle inte vara så lämpligt att det blev fler sakrätter. Å ena sidan kan man föreställa sig ett husköp där det finns nyttjanderättshyresgäster som hyr fastigheten viss del av året. Om deras nyttjanderätt skulle vara ett anspråk som står sig vid en försäljning av fastigheten så skulle värdet för fastigheten minska

¹⁶⁹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 430

¹⁷⁰ A a s 437

drastiskt eftersom nyttjanderätten kan ses som en belastning. Å andra sidan kan man förespråka vikten av att ha en skyddad nyttjanderätt som t ex i leasingfallen där stora värden står på spel. Det finns således ingen rak linje att hålla fast vid i frågan om sakrättsligt borgenärsskydd av nyttjanderätter, utan det är en mängd av faktorer som bör beaktas. En nyttjanderätt kan förloras i fall då dels exekution utförs hos nyttjanderättsgivaren och dels då objektet för nyttjanderätten överlåtits till någon annan. Vi menar att om sakrättsligt skydd skulle införas för leasing blir konsekvenserna enbart att förbehåll skall göras för nyttjanderättens bestånd och den nya ägaren blir förpliktigad att respektera nyttjanderätten under resterande avtalstid. Därmed skulle de ovan nämnda förlusterna kunna undvikas och även onödiga rättsförluster skulle elimineras.

I övrigt kan stadgandet i 13:2 HB vara värt att nämna. I detta lagrum regleras dubbelöverlåtelse av nyttjanderätt, av stadgandet framgår att den som först hyrde har skydd mot den senare nyttjanderättshavaren. Doktrin har dock menat att den senare nyttjanderättshavaren kan ha gjort ett godtrosvärv om egendomen traderats till denne.¹⁷² UB innehåller inte heller några stadganden kring exekutiv försäljning av lös egendom belastad med nyttjanderätt. I frågan om försäljning kan ske av sådan egendom, råder det delade meningar.¹⁷³ Det finns emellertid inget i UB som hindrar att sådan egendom säljs med förbehåll för nyttjanderätten om det finns objektiva skäl för domstolarna att omvärdera nyttjanderättens borgenärsskydd.¹⁷⁴ I förarbetena till UB framgår ganska klart att nyttjanderätt till lös sak saknar borgenärsskydd. Beredningen menade att sakrättsligt skydd främst skall ges vid besittningstagande eller alternativt genom att nyttjanderättshavaren skulle få retentionsrätt i egendom för kostnader och för förskotterad hyra. Avslutningsvis menade beredningen att eftersom det inte

¹⁷¹ Hessler, Allmän sakrätt, s 81

¹⁷² Hessler, Allmän sakrätt, s 312 och Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 438 f

¹⁷³ SOU 1994:120, s 191

¹⁷⁴ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 434

var möjligt att skydda nyttjanderätten vid en frivillig överlåtelse kunde den inte heller skyddas vid en exekutiv försäljning.¹⁷⁵

I doktrinen är flera författare positiva till införande av sakrättsligt skydd för nyttjanderätter, åtminstone för vissa områden där nyttjanderätten är särskilt viktig. Walin menar att borgenärsskydd skall införas genom rättspraxis, eftersom det skulle vara besvärligt att reglera området genom lagstiftning. Han hänvisar till flera klara utfyllnader av sakrätten som gjorts i praxis, bl a nämner han införandet av kravet på denuntiation för att en överlåtelse av andel i dödsbo skall skyddas mot överlåtarens borgenärer. Aktuellt rättsfall – NJA 1972 s 512 – är enligt Walin ett utmärkt exempel på utfyllnad av regelsystemet om överlåtelsers verkan i sakrättsligt hänseende och han efterlyser ytterligare utfyllnad inom sakrättens område. En sådan nybildning krävs enligt Walin också på nyttjanderättens område. Håstad ser inte heller något hinder till att ett generellt sakrättsligt skydd införs för nyttjanderätter via domstolarna. Rodhe menar däremot att det är lagstiftarens uppgift att stifta lag och domstolarnas uppgift att tolka densamma.¹⁷⁶ Även Hellner instämmer med Rodhe, men hans motivering är att det skulle innebära rättstekniska svårigheter om man införde skyddet genom lagstiftning. Detta eftersom området är så komplicerat och att det därmed skulle vara ytterst svårt för domstolarna att åstadkomma en generell princip för det sakrättsliga skyddet.¹⁷⁷

Leasingutredningen menade att lagstiftning är det enda sättet att reglera området. De menade att ”Det synes stå klart att ett konsekvent utformat och fullt utbyggt sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak inte inom överskådlig tid kan komma till stånd genom annat än lagstiftning.”¹⁷⁸ Anledningen till detta ställningstagande är att skyddet – enligt beredningen – omfattar flera delproblem som hänger samman. Leasetagarens skydd mot

¹⁷⁵ SOU 1973:22, s 273 f

¹⁷⁶ Rodhe, Handbok i sakrätt, s 566 f

¹⁷⁷ Hellner, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, s 191 f

¹⁷⁸ SOU 1994:120, s 437

leasgivarens borgenärer respektive leasetagarens skydd mot ny ägare, anses vara de viktigaste problemen. Även övriga sakrättsliga konflikter såsom fall av dubbeldisposition och s k godtrosvärk är andra viktiga sakrättsliga konflikter som – enligt utredningen – måste tas med i bedömningen.¹⁷⁹

Vi menar att det förvisso skulle vara vanskligt att formulera en lagtext som s a s täcker alla möjliga situationer som kan uppstå, men vi ser det inte som en omöjlighet att lagstifta och sedan genom praxis fylla ut de tveksamheter lagtexten lämnat.

¹⁷⁸ SOU 1994:120, s 438 ff