

Juridiska institutionen

Examensarbete på Juristprogrammet, 30 hp, Vt 2014

Förfogandeförbudets framtid

Förutsättningar för, och eventuella konsekvenser av, ett avskaffande av kravet på förfogandeförbud vid användning av återtagandeförbehåll

Daniel Strand

Handledare: Kristoffer Schollin

Examinator: Claes Martinson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehåll

Förord	4
Summary.....	5
Förkortningar.....	6
1. Inledning	7
1.1 Beskrivning av problematiken	7
1.2 Syfte	9
1.3 Metod och material	9
1.4 Avgränsningar	14
1.5 Terminologi.....	16
1.6 Framställningens fortsatta disposition.....	16
2. Återtagandeförbehållet i svensk rätt.....	17
2.1 Inledning	17
2.2 Historisk bakgrund – varför ett återtagandeförbehåll?.....	18
2.3 Återtagandeförbehållets funktion.....	19
2.3.1 <i>Allmänt</i>	19
2.3.2 <i>Förbehållets obligationsrättsliga och sakrättsliga funktion</i>	20
2.3.3 <i>Återtagandeförbehållet – en säkerhetsrätt utan sakrättsligt moment</i>	21
2.4 Förutsättningar för ett sakrättsligt giltigt återtagandeförbehåll.....	22
2.4.1 <i>Inledning</i>	22
2.4.2 <i>Förbehållet måste utgöra en del av avtalet</i>	23
2.4.3 <i>Tidpunkten för förbehållsklausulens upprättande</i>	23
2.4.4 <i>Förbehållet måste avse ett bestämt föremål – kravet på specialitet</i>	24
2.4.5 <i>Möjligheten till undantag från specialitetsprincipen genom surrogation</i>	26
2.4.6 <i>Förbehållet får endast säkerställa köpeskillingen och därmed sammanhängande förbindelser</i>	28
2.4.7 <i>Det måste vara säljaren som lämnar krediten</i>	29
2.5 Begränsningar i återtagandeförbehållets giltighet.....	29

2.6 Närmare om förfogandeförbudet.....	30
2.6.1 Allmänt	30
2.6.2 När inträder ogiltigheten?.....	30
2.6.3 Vad krävs för att förfoganderätt skall anses föreligga?.....	31
2.6.4 Presumerad förfoganderätt vid försäljning till återförsäljare	33
2.6.5 Möjligheten att medge förfoganderätt i det särskilda fallet	34
3. Förfogandeförbudet i en nationell kontext.....	35
3.1 Inledning	35
3.2 En närmare beskrivning av problematiken	36
3.2.1 Sämre möjligheter till separationsrätt för leverantörer vid köparens obestånd.....	36
3.2.2 Ökat beroende av bankerna för kreditgivning.....	37
3.2.3 Försök till kringgående av reglerna genom olika avtalskonstruktioner	38
3.2.4 NJA 2009 s. 79.....	39
3.3 Argument för ett upprätthållande av förfogandeförbudet	41
3.3.1 Förbehållet inte allvarligt menat om köparen får förfoga över egendomen.....	41
3.3.2 Det sakrättsliga systemet i svensk rätt kräver ett förfogandeförbud	46
3.3.3 Tendenser till ett skiftande fokus inom den svenska sakrätten?	48
3.3.4 Köparens förfoganderätt medför en slumpartad säkerhetsrätt	52
3.3.5 Risk för att företagshypoteket urholkas	57
3.3.6 Risk för negativ inverkan på konkursinstitutet	60
3.4 Argument till fördel för ett avskaffande av förfogandeförbudet.....	61
3.4.1 Tvivelaktiga avtalskonstruktioner blir onödiga och rättsystemet mer konsekvent.....	61
3.4.2 <i>À conto</i> -upplägg – en möjlig lösning?.....	64
3.4.3 Produktionsfrämjande och rättvist med företräde för den kredit som möjliggjort förvärvet	65
3.4.4 Fokus på återtagandeförbehållets funktion.....	67
3.5 Registreringsförfarande – en möjlig helhetslösning?.....	71
3.6 Sammanfattande kommentarer.....	74

4. Förfogandeförbudet i en internationell kontext.....	76
4.1 Inledning	76
4.2 En närmare beskrivning av problematiken	77
4.2.1 Risk för att den gränsöverskridande handeln hämmas	77
4.2.2 Risk för att de svenska reglerna är oförenliga med EU-rätten	79
4.3 Argumenten.....	80
4.3.1 Ett avskaffande av förfogandeförbudet skulle gynna den internationella handeln	80
4.3.2 En reglering utan förfogandeförbud är mer förenlig med EU-rätten.....	82
4.4 Internationella åtgärder	83
4.4.1 Inledning.....	83
4.4.2 Draft Common Frame of Reference	84
4.4.3 Ytterligare initiativ på internationell nivå.....	88
4.5 Sammanfattande kommentarer.....	91
 Källförteckning	 93
Rättsfallsregister	97

Förord

Med detta examensarbete avslutar jag mina studier vid Juridiska institutionen vid Göteborgs Universitet. Nu i efterhand kan konstaterats att det varit en resa som, likt så många andra, haft både toppar och dalar. Utan tvekan har resan dock varit oerhört lärorik och jag vill mena att den slutar på en av de förra. Jag vill på denna sida rikta ett tack till min handledare Kristoffer Schollin som kommit med värdefulla synpunkter på innehållet i uppsatsen. Av samma anledning vill jag tacka Jens Andreasson som i inledningsskedet av mitt skrivande även bidrog med idéer och tankar kring innehåll och upplägg. Vidare vill jag rikta ett stort tack till de nära och kära som tagit sig tid till att bistå med korrekturläsning och allmänna kommentarer på texten.

Framförallt vill jag dock tacka min mamma, Marie, som gick bort under min tid på Juristprogrammet. Utan hennes ständiga stöd och uppmuntran hade jag inte befunnit mig där jag gör idag. Tack för allt.

Göteborg i april 2014

Daniel Strand

Summary

In order for a retention of title clause (ROT-clause) to be valid against third parties under Swedish law, the debtor must be prohibited to dispose of the object transferred. For instance, the debtor must not be allowed to resell the object without the creditor's permission or before the object has been fully paid. If the creditor gives consent to the debtor's disposal, he loses his right of separation. Consequently, and contrary to the regulation in most other states, the retailer can not use the payment from the resale to pay for the goods acquired. Hence, the ROT-clause becomes more or less unusable in for instance wholesaler-retailer relations. An abolishment of the rule that invalidates retention of title in cases where consent to disposal is given, would mean that the ROT-clause could provide a safer and more effective method for wholesalers and other suppliers to secure their credit and offer a better position in the case of debtor insolvency. This could potentially increase both credit sales and the overall competition in lending, which has been on decline since the recent financial crisis. Since the Swedish regulation can be considered an anomaly, an abolishment of the current regulation could also promote and facilitate international trade. A deviant regulation could otherwise have a deterring effect on foreign businesses and interfere with the principle of free movement of goods.

However, several possible side effects have been mentioned in the debate on the abolishment of the rule. Also, the possibilities for an abolishment are somewhat limited, mainly because of the requirement under Swedish law of individualisation in order for the creditor to own the right of separation. A change to the current regulation, in order to allow for the creditor to separate the object until the disposition actually takes place, should not necessarily constitute a violation of the requirement. The view that right of separation is sometimes possible despite consent to disposal is further supported by the Swedish Supreme Courts decision in NJA 2009 s. 79. However, doubts have been raised over the potential for increased lending in such a regulation. A possibility could be to introduce a registration system for security rights. The system would function as a substitute to the requirement of individualisation and could allow for the creditor to also obtain security in proceeds and other substitutes of the originally transferred object. This way, some of the more significant arguments for the preservation of the present regulation would become irrelevant. Furthermore, a registration system allowing more functional security rights and placing fewer restrictions on the parties, would be a step closer to an appropriate and more harmonised international regulation of security rights.

Förkortningar

AvbetKöpL	Lag (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare
Dir	Kommittédirektiv
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FHL	Lag (2008:990) om företagshypotek
FN	Förenta nationerna
FrekL	Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
FRL	Förmånsrättslagen (1970:979)
HB	Handelsbalk (1736:0123 2)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
JustR	Justitieråd
KAL	Kreditaftaleloven, LBK nr 761 af 11/06/2011 (Danmark)
KonkL	Konkurslag (1987:672)
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KöpL	Köplag (1990:931)
LkL	Lag (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (lösöreköplagen)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
PECL	Principles of European Contract Law
PL	Lov om pant, 8 februari 1980 nr 2 (Norge)
Prop	Proposition
RedovL	Lag (1944:181) om redovisningsmedel
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rådhusrätt
SCB	Statistiska centralbyrån
SGECC	Study Group on a European Civil Code
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

1 Inledning

1.1 Beskrivning av problematiken

I sin egenskap av en säkerhetsrätt som kan upplåtas i lös egendom och medge en godtagbar säkerhet för säljaren, trots att köparen inte behöver avstå från besittningen av den aktuella egendomen, har återtagandeförbehållet haft en stor ekonomisk och social betydelse i Sverige. Institutet har länge utgjort ett användbart redskap för att näringsidkare enkelt och billigt skall kunna finansiera varandra, exempelvis genom avbetalningsköp. Sedan återtagandeförbehållet introducerades i svensk rätt har emellertid de ekonomiska förhållandena och de gängse affärsmetoderna i samhället utvecklats, samtidigt som gällande rätt avseende förbehållsklausulerna och sakrätten i stort har bestått oförändrad. Argument har därför framförts om att de formella krav som ställs i svensk rätt för att en förbehållsklausul skall tillerkännas sakrättslig effekt, rimmar dåligt med exempelvis omsättningsintresset och behovet av extern kreditgivning i dagens moderna affärsliv.

Ett rekvisit som varit föremål för en långvarig debatt är förfogandeförbudet. För att ett återtagandeförbehåll skall vara sakrättsligt giltigt krävs nämligen i svensk rätt att klausulen innehåller ett förbud för köparen att förfoga över egendomen, exempelvis genom vidareförsäljning, före dess att betalning är slutligt erlagd. Om säljaren anses ha givit köparen rätt att förfoga över egendomen är förbehållsklausulen redan från början sakrättsligt ogiltig. Något uttryckligt medgivande till förfoganderätt behöver inte ha lämnats och därtill inträder ogiltigheten oavsett om köparen faktiskt har förfogat över egendomen eller ej. Effekterna av förfogandeförbudet blir särskilt tydliga och betungande i relationer mellan tillverkare/grossister och återförsäljare/detaljister, samt vid försäljning av så kallade omsättningsvaror. I dessa fall är ju själva syftet med affären att köparen skall sälja varorna vidare till tredje man. På grund av förfogandeförbudet blir återtagandeförbehållet i princip oanvändbart i dessa situationer. För köparens del innebär detta att tillgången till extern kredit försämras och riskerar att bli dyrare. Vidare ökar likviditetskraven för dessa näringsidkare, eftersom förfogandeförbudet omöjliggör betalning av den aktuella egendomen med medel som inflyter från vidareförsäljningen av densamma.

Ur säljarens synvinkel innebär förfogandeförbudet att det blir svårare att skaffa sig säkerhet. De berörda säljarna tvingas därför ofta leverera utan skydd mot köparens eventuella insolvens och, i de fall ett förbehåll uppställs, är risken stor att det underkänns, eftersom köparen anses ha förfoganderätt över egendomen. Följden blir att dessa leverantörer istället erhåller en oprioriterad fordran i köparens konkurs. Med anledning av detta, och på grund av att det för den nu nämnda typen av avtalsförhållanden inte finns någon annan lämplig kreditform, söker avtalsparterna istället andra vägar för att skapa en säkerhetsrätt som täcker säljarens risk. Vanligt är att parterna ser sig tvungna att upprätta olika invecklade avtalskonstruktioner för att kringgå reglerna för återtagandeförbehåll. Bland annat förekommer att parterna försöker framställa mellanhavandet som ett kommissionsavtal, för att säljaren på så vis skall kunna få separationsrätt. Detta leder till gränsdragningsproblem både för domstolar och konkursförvaltare, när det kommer till att avgöra huruvida avtalet utgör ett kommissionsavtal eller köp i fast räkning. Förutom att det är bekymmersamt med en reglering som tvingar parterna att laborera med olika invecklade avtalskonstruktioner, riskerar avtalen dessutom att underkännas, eftersom de krav som ställs för att ett kommissionsavtal skall föreligga inte anses uppfyllda.

På grund av den minskade möjligheten för företag att finansiera varandra i de nu nämnda situationerna ökar behovet av kreditgivning från annat håll. Eftersom siffror från bland annat Finansinspektionen visar på minskad kreditgivningsvilja från banker till små och medelstora företag, blir situationen av förståeliga skäl än mer problematisk för dessa företag. Risken är att nuvarande reglering hämmar kreditgivningen och i längden inverkar negativt både på företagandet och ekonomin i stort. Vidare kan konstateras att den allt mer utbredda gränsöverskridande handeln riskerar att påverkas. Vid en internationell jämförelse är nämligen förfogandeförbudet ett rekvisit som förutom i Sverige bara uppställs i ett fåtal andra länder. Lika litet som svenska leverantörer önskar få sina säkerhetsrätter sakrättsligt ogiltigförklarade gäller detsamma rimligen för utländska leverantörer. Risken är därför att förfogandeförbudet får en avskräckande effekt och att utländska företag söker sig till handelspartners i andra länder. Dessutom har ifrågasatts hur pass förenligt förfogandeförbudet egentligen är med EU-rätten. Rekvisitet kan nämligen tyckas motverka principen om fri rörlighet för varor.

1.2 Syfte

Ämnet för denna uppsats är således återtagandeförbehållet, närmare bestämt förfogandeförbudsrekvisitet. Med anledning av de ovan belysta problem som rekvisitet medför i näringslivet kan ett avskaffande av förfogandeförbudet anses vara motiverat. Syftet med detta arbete är därför att analysera förutsättningarna för, samt diskutera de eventuella konsekvenserna av, ett avskaffande av förfogandeförbudet i svensk rätt. För att kunna uppnå nämnda syfte skall följande delfrågor utredas:

- Vad motiverade ursprungligen förfogandeförbudet?
- Vilka problem medför rekvisitet?
- Vilka argument har förts fram i den juridiska litteraturen för ett avskaffande respektive för ett bibehållande av förfogandeförbudet och hur pass övertygande är dessa argument i en modern kontext?
- Hur ser regleringen beträffande förbehållsklausuler ut i andra stater och kan några slutsatser för svensk del dras av detta?
- Hur ser regleringen beträffande förbehållsklausuler ut i de lagmodeller som framtagits på internationell nivå och påverkar detta förutsättningarna och de eventuella konsekvenserna?

1.3 Metod och material

För att kunna uppnå syftet med denna uppsats har flera olika metoder använts. Genomgående har dock en rättsvetenskaplig metod brukats. Den rättsvetenskapliga metoden får anses vara tämligen bred och inbegriper i sig även ytterligare metoder, bland annat den juridiska metoden vilken i sin tur kan sägas inkludera den traditionella rättskälleläran.¹ Arbetet baseras följaktligen i huvudsak på studier av lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. I synnerhet för att kunna redogöra för förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet är det nödvändigt att redogöra för återtagandeförbehållets funktion, dess säkerhetsrättsliga egenskaper samt för skälen till förfogandeförbudet. Gällande det senare är avsikten att redogöra dels för de ursprungliga orsakerna till rekvisitet och dels för de skäl som idag motiverar rekvisitet. Tanken är att detta även bidrar till diskussionen kring de eventuella konsekvenserna av ett avskaffande av förfogandeförbudet genom att underlätta

¹ Se Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2 uppl., 2007, s. 35 ff, särskilt s. 37, 40.

bedömningen av de argument som gjorts gällande i doktrinen.² Avsikten är nämligen att ställa motiven till rekvisitet mot de komplikationer som riskerar att uppstå på grund av det samma.

En delvis komparativ och delvis analytisk metod anläggs vid redogörelsen för de argument som förts fram för ett upprätthållande respektive ett avskaffande av förfogandeförbudet. Vad gäller möjligheten att bedöma konsekvenserna av ett avskaffande av förfogandeförbudet i svensk rätt måste märkas att vissa metodologiska begränsningar råder, eftersom det är svårt att med säkerhet säga vilka effekter ett avskaffande skulle leda till. För att undvika rena spekulationer och för att så långt som möjligt komma till rimliga slutsatser, är det först och främst viktigt att redogöra för de problem som förfogandeförbudet medför samt skapa belegg för dessa. Ju starkare koppling som kan visas mellan en bestämmelse och problem som förekommer exempelvis inom affärlivet, desto mer troligt får det ju anses vara att problemen upphör ifall den aktuella bestämmelsen ändras. Samtidigt kan dock självfallet nya problem uppstå. För att kunna dra trovärdiga slutsatser bör redogörelsen för eventuella konsekvenser ske på ett sakligt vis och därför tas hänsyn även till möjliga negativa effekter som riskerar att uppkomma. Då möjligheterna att förutspå ekonomiska och samhällseliga effekter av en ändring i svensk rätt är begränsade, läggs fokus särskilt på de tänkbara effekter som gjorts gällande i doktrinen.

För att ytterligare skapa belegg för slutsatser kring konsekvenserna är avsikten att metodologiskt föra in diskussion och resonemang kring argumenten i en så modern kontext som möjligt. Förutom i redogörelsen kring problematiken beaktas därför även förändringar i det ekonomiska klimatet, den tekniska utvecklingen och utvecklingen inom den internationella handeln. Vidare tas hänsyn till tecken på förändringstendenser inom sakrätten samt givetvis rättspraxis av senare datum. Vikten av att föra diskussionen i en modern kontext blir också tydlig med beaktande av att mycket av litteraturen på ämnet, samt stora delar av praxis, är av äldre datum.

² Syftet har inte varit att ge uppsatsen en regelrätt de lege ferenda-karaktär. Snarare än att föreslå konkreta regleringsvägar är syftet att redogöra för förutsättningar för, och eventuella konsekvenser av, den alternativa reglering som ett avskaffande av förfogandeförbudet skulle innebära. Trots detta diskuteras vissa möjliga tillvägagångssätt, eftersom både förutsättningar och konsekvenser kan tänkas variera beroende på dessa.

Samtidigt utgör detta enligt min mening ytterligare motivering av en uppsats på det aktuella ämnet.

Även den komparativa metoden faller inom den rättsvetenskapliga metoden³ och motiveras i detta arbete av ökande utrikeshandel och de problem som uppstår när förbehållsklausulernas rättsverkningar varierar mellan stater. En jämförande utblick är också intressant av den anledningen att svensk reglering, framförallt genom förfogandeförbudet, avviker från hur flertalet andra stater har valt att reglera användningen av förbehållsklausuler. Ändamålet med jämförelsen är att bredda och ge underlag till diskussion och argumentation, för att på så vis bättre kunna uppnå syftet med uppsatsen. Avsikten är att visa på alternativa sätt att reglera användandet av förbehållsklausuler, för att på så vis tydliggöra den avvikelse som den svenska regleringen utgör. På detta vis kan jämförelsen bidra till diskussionen kring förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet samtidigt som diskussionen kring eventuella konsekvenser berikas. Jämförelser med utländsk rätt görs löpande genom en analytisk metod, vilket i regel får anses vara det tillvägagångssätt som ger intressantast resultat.⁴

Också för de komparativa avsnitten finns begränsningar. Exempelvis måste beaktas att andra länders lagregler figurerar i en annan normativ miljö och under påverkan av ett annat samhällssystem.⁵ Studierna av utländsk lagstiftning har också varit relativt smal och fokus har legat specifikt på möjligheten för säljaren att erhålla säkerhetsrätt, trots att köparen får förfoga över egendomen. Det vore allt för tidskrävande att skaffa ingående kunskaper om de aktuella staternas rättssystem. Ambitionen har istället varit att presentera relevanta regler samt att, i förekommande fall, analysera gemensamma problem i syfte att finna möjliga lösningar för svensk del. Trots de nämnda begränsningarna får de komparativa avsnitten anses berika uppsatsen i sin helhet.

I materialhänseende kan märkas att de uttryckliga lagreglerna beträffande förbehållsklausuler både är få och ålderdomliga och dessutom huvudsakligen av

³ Se Sandgren, s. 39.

⁴ Ursprungligen utgjorde det komparativa avsnittet en separat del i detta arbete, enligt den så kallade Länderberichtmetoden. Även om den tidigare utformningen hade vissa fördelar, bl.a. genom sin överskådlighet, får medges att uppsatsen i sin helhet blev bättre efter omarbetning till nuvarande form. Beträffande olika metoder för redovisning av material från utländska rättsordningar se Sandgren, s. 70.

⁵ Se Sandgren, s. 75 f.

obligationsrättslig karaktär. Därför har förbehållens ställning främst utvecklats genom rättspraxis. Utöver relevanta förarbeten har därför praxis spelat stor roll för att kunna fastslå gällande rätt. Många rättsfall är av äldre datum, vilket i och för sig inte nödvändigtvis behöver inverka negativt på arbetet.⁶ Vissa rättsfall av senare datum är emellertid viktiga för detta arbete.⁷ I några få fall där vägledande domar från HD inte står att finna tas hänsyn till domar från hovrätten. Detta görs med beaktande av det lägre prejudikatvärdet i dessa domar.

Vad gäller litteraturläget har en långvarig diskussion förts i den svenska doktrinen kring återtagandeförbehållen. I viss mån kan en skiljelinje dras mellan de framställningar som behandlar förbehållen ur ett obligationsrättsligt perspektiv och de som behandlar dem ur ett sakrättsligt dito. I arbetet med denna uppsats har verk av det senare slaget fått mest utrymme. I de litteraturstudier som företagits i samband med skrivandet av denna uppsats kan tre verk av senare datum nämnas som huvudsakliga källor. Det är dels Annina H. Perssons avhandling "Förbehållsklausuler: en studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning". Vidare dels Torgny Håstads bok "Sakrätt avseende lös egendom" och dels Bo Helanders avhandling "Kreditsäkerhet i lös egendom". Gemensamt för Perssons och Helanders verk är att författarna förespråkar någon form av förnyat system för säkerhetsrätter. Båda författarna intar dessutom, enligt min uppfattning, en kritisk hållning till förfogandeförbudet. Håstad påpekar också svagheter med den nuvarande utformningen men för att komma till rätta med problematiken kring underkända återtagandeförbehåll förespråkar han snarare att sakrättsligt helt underkänna förbehållsklausuler avseende vidareförsäljningsgods. Håstad förefaller dock sedan boken skrevs ha ändrat uppfattning i frågan, något som behandlas utförligt nedan. Intressant att notera är vidare att både Persson och Helander tämligen utförligt behandlar de möjliga fördelarna med införandet av ett registreringsförfarande.⁸

Ytterligare författare som behandlar förbehållsklausulerna i sakrättsligt avseende och vars verk varit till stor hjälp i arbetet är Folke Schmidt, Henrik Hessler, Östen Undén

⁶ Se Persson, Förbehållsklausuler: En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning, 1998, s. 51, särskilt not 90.

⁷ Några viktiga avgöranden har dessutom gjorts efter att den litteratur som används i uppsatsen utkom. Detta har givetvis beaktats vid litteraturstudierna.

⁸ Helanders avhandling bygger i stora delar på en jämförelse med den amerikanska regleringen där ett sådant förfarande inrättats genom art. 9 Uniform Commercial Code (UCC).

och Tore Almén. Almén hade stort inflytande i arbetet med både 1905 års KöpL⁹ och 1915 års AvbetKöpL¹⁰ och bidrog dessutom i stor grad till att förbehållsklausulerna tillerkändes sakrättslig effekt. Hans bok ”Om köp och byte av lös egendom” utgavs första gången 1905 (i denna uppsats har fjärde upplagan från 1960 begagnats) och utgör tillsammans med Schmidts ”Om ägareförbehåll och avbetalningsköp” från 1938 följaktligen några av de äldre verken på området. Vissa betydande förändringar har skett sedan böckerna skrevs, exempelvis genom att äganderättsterminologin i huvudsak övergivits. Trots detta fyller de äldre verken en viktig funktion genom att bidra till förståelsen, dels för hur dagens återtagandeförbehåll vuxit fram och dels för den bakomliggande problematiken. Inget torde i övrigt behöva anmärkas kring ovan nämnda författares auktoritet inom området. Rent allmän får doktrinen sägas inta en stark ställning inom sakrätten, inte minst på grund av rådande osäkerhetsmoment.¹¹

Flera artiklar, främst ur Svensk Juristtidning (SvJT) men också ur Juridisk Tidskrift (JT), har varit av relevans vid uppsatsens tillkomst. Vidare fyller kommissionslagskommitténs slutbetänkande SOU 1988:63 en viktig funktion i arbetet. Kommittén utredde bland annat huruvida en utvidgning av förbehållsklausulerna, exempelvis till att medge vidareförsäljning, bör ske. Man undersökte också särskilt sambandet mellan kommission och återtagandeförbehåll. Även om kommittén kom fram till att en utvidgning inte bör ske, redogörs tämligen utförligt för många av de argument som genom åren förts fram i diskussionen kring förfogandeförbudet. Samtidigt som slutbetänkandet fyller en viktig funktion intas en kritisk hållning vid analysen av argumenten. Givetvis måste den utveckling som skett inom de områden som nämndes ovan under metodavsnittet sedan utredningen gjordes beaktas.

För att skapa stöd i resonemanget för eventuella konsekvenser av ett avskaffande av förfogandeförbudet används visst empiriskt material i uppsatsen. Mer specifikt sker detta exempelvis för att belägga problematiken kring förfogandeförbudet samt för att visa på de ekonomiska realiteter som förbehållsklausulerna verkar i. Exempelvis finns statistik från vedertagna och trovärdiga källor som Finansinspektionen och SCB

⁹ Se Lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom.

¹⁰ Se Lag (1915:219) om avbetalningsköp.

¹¹ Se Persson, s. 52.

tillgänglig via internet. Samtidigt bör man vara uppmärksam på att denna typ av källor i vissa fall kan variera i tillförlitlighet, varför försiktighet bör iakttas vid användandet. En klar fördel är dock att synnerligen aktuellt material kan tillhandahållas på detta vis och att det är möjligt att notera utvecklingstendenser genom tillgången även till äldre material.

I det komparativa arbetet har valet av länder för jämförelsen gjorts på basis av att landet i fråga antingen har ett rättssystem som påminner om det svenska eller att landet har en reglering som tillåter så kallade förlängda eller utvidgade förbehållsklausuler.¹² Jämförelser görs därför med dansk, norsk, tysk samt amerikansk rätt. I uppsatsens komparativa delar utgör dels Perssons ”Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem” och dels relevant lagtext de huvudsakliga källorna.¹³ Gällande de internationella lagmodellerna utgör, utöver lagtexten, de ofta mycket omfattande kommentarerna en värdefull källa för information kring motiv till den aktuella regleringen. Beträffande valet av lagmodeller redogörs för några av de initiativ som i min mening utgör de största framstegen inom området på senare tid och som kan anses relevanta för uppsatsens syfte. I åtanke skall hållas att lagmodellerna i nuläget utgör just modeller och följaktligen inte har bindande verkan.

1.4 Avgränsningar

Detta arbete har ovan delvis avgränsats genom det syfte samt de delfrågor som angivits. Trots detta skall påpekas att den problematik som omgärdar återtagandeförbehållet även kan återfinnas för andra säkerhetsrätter och i sakrätten i stort. Som exempel kan nämnas att ineffektivitet och tillämpningsproblem förekommer, inte minst på grund av avsaknaden av uttrycklig lagstiftning. Dessutom har, som ovan nämnts, de ekonomiska förhållandena i samhället utvecklats samtidigt som det aktuella rättsområdet i stora delar bestått oförändrat. I detta arbete behandlas emellertid återtagandeförbehållet i viss mån avskilt, även om diskussionen nedan i

¹² Jämförelsen med tysk rätt kan vidare motiveras av det faktum att återtagandeförbehållet faktiskt härstammar just från Tyskland. Se Persson, s. 60.

¹³ Vissa språkbarriärer tillstötte beträffande den tyska lagstiftningen, varför Perssons bok i detta fall fyller en större funktion. Boken är skriven 1998 och med anledning därav bör erinras om att vissa ändringar kan ha skett i tysk rätt. Detta skall dock inte inverka märkbart på de slutsatser som dras nedan eller på arbetet i sin helhet.

förekommande fall förs i ett större sammanhang. Vidare skall sägas att den fortsatta framställningen i huvudsak fokuserar på sakrättsliga aspekter, snarare än obligationsrättsliga. Framställningen behandlar uteslutande kommersiella förhållanden och konsumentförhållanden lämnas således obehandlat. Även sakrättens statiska skydd, exempelvis straffrättsliga och skadeståndsrättsliga bestämmelser, lämnas utanför och beträffande det dynamiska skyddet ligger fokus på säljarens skydd mot köparens borgenärer. Vidare behandlas varken säljarens eller köparens skydd mot singularsuccessorer. Utöver återtagandeförbehåll behandlas andra säkerhetsrätter tämligen sparsamt. I vissa fall är dock jämförelser mellan instituten påkallat.

Beträffande förfogandeförbudet är det endast vidareförsäljningsfallet som behandlas. Övriga situationer där återtagandeförbehållet riskerar att förlora sin sakrättsliga effekt, exempelvis på grund av sammanblandning eller infogande i annan egendom, lämnas följaktligen utanför den fortsatta framställningen. Anledningen är dels att det vore en allt för stor uppgift att behandla samtliga dessa fall och dels att förbudet mot vidareförsäljning torde vara det rekvisit som är mest omdebatterat och särskiljande för svensk rätts del. I arbetet behandlas försäljning av lös egendom på kredit mot återtagandeförbehåll. Eftersom den svenska regleringen blir särskilt problematisk i relationer mellan grossister/tillverkare och detaljister/återförsäljare, samt vid försäljning av omsättningsvaror (eller överlag varor ämnade för vidareförsäljning) är detta det huvudsakliga förhållande som framställningen fortsättningsvis utgår från.

Gällande de argument som framförts i doktrinen till fördel för ett upprätthållande respektive för ett avskaffande av förfogandeförbudet, har avsikten varit att behandla dessa så utförligt som möjligt. Av utrymmesskäl har emellertid fokus legat på att föra fram de mest frekvent förekommande och de för en modern debatt mest relevanta argumenten, samt eventuella motargument. Beträffande de komparativa delarna redogörs huvudsakligen för förbehållssäljarens möjlighet att i andra rättsordningar erhålla separationsrätt till förbehållsegendomen, trots att köparen har givits rätt att förfoga över egendomen före betalning. I vissa fall behandlas även möjligheten att erhålla säkerhet i surrogat men endast i den mån det berikar diskussionen redogörs för övrig säkerhetsrättslig reglering.

1.5 Terminologi

Kårt barn har många namn brukar det heta och förbehållsklausulerna i svensk rätt utgör inget undantag. Förbehållsklausuler figurerar under en rad beteckningar där de mest förekommande torde vara ”hävningförbehåll”, ”äganderättsförbehåll”, ”ägarförbehåll” och ”återtaganderättsförbehåll”. Rättsföljderna av de olika förbehållen har visserligen varierat, men genom NJA 1975 s. 222¹⁴ fastslogs en gång för alla att ett förbehålls sakrättsliga effekt inte är beroende av hur parterna väljer att benämna klausulen. Med avsikten att vara så konsekvent som möjligt och då det dessutom förefaller vara det begrepp som förespråkas av lagstiftaren, används begreppet ”återtagandeförbehåll” i detta arbete. För att undvika upprepningar används emellanåt även begreppet ”förbehållsklausul” och ibland bara ”förbehåll” eller ”klausul”. I avsnitt där exempelvis historisk bakgrund förklaras, vid redogörelse för rättsläget i främmande stater samt i förekommande fall när äldre rättsfall och doktrin återges, har jag valt att använda den term som där begagnas.¹⁵

I avgränsningsavsnittet ovan klargjordes att detta arbete enbart behandlar vidareförsäljningsfallet. Med begreppet ”förfogandeförbudet” är det därför fortsättningsvis just detta fall som avses. Avslutningsvis skall påpekas att arbetet i sin helhet är författat med en tänkt läsare som är någorlunda väl bevandrad inom juridiken. Följaktligen ges i det fortsatta arbetet som huvudregel inte någon närmare förklaring av begrepp och termer som kan anses vara av grundläggande juridisk natur.

1.6 Framställningens fortsatta disposition

Detta arbete består av totalt fyra kapitel, vilka i sig är indelade i olika avsnitt med hjälp av en rad underrubriker. Respektive kapitel inleds med en kort men mer detaljerad beskrivning av innehållet i det aktuella kapitlet. Efter detta inledande kapitel övergår framställningen till att i kapitel 2 redogöra för återtagandeförbehållet och dess funktion i svensk rätt. Kapitlet är i huvudsak deskriptivt och även om den tilltänkte läsaren får antas känna till återtagandeförbehållets huvudsakliga egenskaper får ett mer allmänt hållet kapitel anses motiverat i ett arbete av denna omfattning. Avsikten har varit att hålla kapitlet så kortfattat som möjligt, utan att för den sakens

¹⁴ Rättsfallet behandlas närmare nedan i detta arbete.

¹⁵ Vanligen används i dessa fall ”äganderättsförbehåll”.

skull bortse från det faktum att kapitlet fyller en viktig grundläggande funktion för att i den fortsatta framställningen kunna uppnå syftet med förevarande arbete.

I arbetets tredje kapitel diskuteras förutsättningarna för, och de eventuella konsekvenserna av, ett avskaffande av förfogandeförbudet i en inhemsk kontext. Efter en närmare beskrivning av den problematik förfogandeförbudet medför i detta avseende, behandlas utförligt de argument som framförts, dels för ett upprätthållande av förfogandeförbudet och dels för ett avskaffande av rekvisitet. För att underlätta för läsaren har avsikten varit att föra en kontinuerlig analys i diskussionen, istället för att förlägga analysen till ett separat avsnitt. Särskild vikt har lagts vid att tydliggöra vad som utgör författarens egna åsikter samt vad som utgör uttalanden i doktrin och andra rättskällor. Som nämndes i metodavsnittet görs emellanåt vissa jämförelser med utländsk rätt för att berika diskussionen.¹⁶

Arbetets fjärde kapitel behandlar förutsättningar för, och eventuella konsekvenser av, ett avskaffande av det svenska förfogandeförbudet i internationellt avseende. Inledningsvis beskrivs den problematik som förfogandeförbudet medför i den gränsöverskridande handeln varpå en redogörelse för de argument som kan göras gällande i sammanhanget följer. Därefter följer en utblickande redogörelse för några av de lagmodeller som på internationell nivå utformats på det säkerhetsrättsliga området. Även i det fjärde kapitlet har avsikten varit att föra ett kontinuerligt analytiskt resonemang. Både för kapitel 3 och 4 gäller att respektive kapitel avslutas genom ett avsnitt med sammanfattande kommentarer.

2 Återtagandeförbehållet i svensk rätt

2.1 Inledning

I detta kapitel ges inledningsvis en beskrivning av återtagandeförbehållets uppkomst i svensk rätt. Redogörelsen görs tämligen kortfattat men motiveras av att den dels ger en grundförståelse för det ursprungliga syftet med institutet och dels tjänar som

¹⁶ Syftet med att i huvudsak förlägga dessa jämförande avsnitt till kapitel 3 är att jämförelserna kan påverka och underlätta bedömningen av de inhemska förutsättningarna och eventuella konsekvenserna beträffande ett avskaffande av förfogandeförbudet. Även om jämförelserna rent dispositionsmässigt vid första anblick kan tyckas höra hemma under kapitel 4 är detta alltså inte nödvändigtvis fallet.

introduktion till de problem och den debatt som förekommit allt sedan förbehållen började användas. Avsnittet utgör dessutom underlag för att bättre kunna bedöma förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet. Detsamma gäller avsnittet som följer därpå och som behandlar återtagandeförbehållets funktion och särskilda egenskaper. Därefter följer två avsnitt som redogör för de förutsättningar och begränsningar som uppställs i svensk rätt för att ett återtagandeförbehåll skall anses sakrättsligt giltigt. Beträffande förutsättningarna är dessa rekvisit självfallet av stor vikt rent generellt, men med beaktande av syftet med detta arbete är en ingående redogörelse inte motiverad. Som skall märkas är vissa av förutsättningarna dock av betydelse för den fortsatta framställningen, varför dessa inte kan lämnas obehandlade. Vad gäller begränsningarna kommer, i enlighet med vad som klargjorts i avgränsningsavsnittet ovan, enbart förfogandeförbudet i form av vidareförsäljningsfallet behandlas. Detta introduceras följaktligen i kapitlets avslutande avsnitt.

2.2 Historisk bakgrund – varför ett återtagandeförbehåll?

Den huvudsakliga anledningen till införandet av återtagandeförbehållet i svensk rätt var det behov som i början av 1800-talet fanns av en ny och smidigare form av kreditgivning.¹⁷ Med industrialiseringen ökade varuproduktionen i Europa avsevärt. Ökat tekniskt kunnande, nya uppfinningar och god tillgång på råvaror möjliggjorde en massproduktion av varor på ett sätt som inte tidigare varit möjligt. På grund av befolkningsökningen som skedde i många länder vid denna tidpunkt fanns också en efterfrågan som mötte de ökade produktionsmöjligheterna. Det saknades emellertid en lämplig kreditform. Säljarna önskade kunna sälja varor utan risk för att förlora varorna vid köparens kontraktsbrott eller för att få dem indragna i köparens konkurs. Vidare hade många köpare svårigheter att förvärva varorna kontant. Det fanns därför behov av att kunna bistå köpare med finansiering av köpet. Situationen komplicerades dock ytterligare av att de presumtiva köparna inte sällan saknade tillfredsställande säkerhet att erbjuda.

Det vanligaste tillvägagångssättet inom krediträtten vid denna tid var annars att erbjuda panträtt, antingen i lös eller fast egendom. På grund av vad som sagts ovan ansågs emellertid inte panträttsinstitutet lämpligt för det nya affärlivet. Istället

¹⁷ Här och i det följande se Persson, s. 29 ff.

efterfrågades en metod för creditsäkring som var smidig och billig och där säljaren kunde åtnjuta säkerhet för sin fordran i den sålda egendomen, utan ett krav på att han hade egendomen i sin besittning. Dessutom skulle köparen få tillgång till varan direkt. Sålunda växte under mitten av 1800-talet en ny kreditform fram. Genom ett förbehåll om köparens bibehållna äganderätt till varorna till dess att de var till fullo betalda, tilläts avbetalnings säljare och andra creditsäljare sälja sina varor på kredit och säkra betalningen genom ett förbehåll om hävningsrätt ifall köparen inte betalade. Förbehållsklausulen gav alltså säljaren möjlighet att, med försteg framför köparen och övriga borgenärer, återta varorna vid köparens bristande betalning och på detta vis möjliggjordes försäljning i de fall där köparen varken kunde betala kontant eller ställa erforderlig säkerhet.

2.3 Återtagandeförbehållets funktion

2.3.1 Allmänt

Återtagandeförbehåll används huvudsakligen vid försäljning av lösöre och då främst för kapitalvaror.¹⁸ Förbehållets huvudsakliga syfte är att säkra säljarens fordran vid försäljning på kredit¹⁹ och då det enda som krävs är en klausul i parternas avtal utgör återtagandeförbehållet ett billigt och jämförelsevis smidigt sätt för företag att finansiera varandra och för en säljare att skaffa sig säkerhet. Dessutom behöver ju inte köparen avstå från besittningen av egendomen. Även om förbehållen växte fram tillsammans med avbetalningsköpet bör märkas att kreditköp med återtagandeförbehåll förekommer utan att det för den sakens skull rör sig om ett avbetalningsköp. Oavsett form så utgör institutet en viktig finansieringsform i affärlivet.²⁰ Vidare skall noteras att återtagandeförbehållet utgör en säkerhetsrätt, med vilket avses en rätt för en borgenär att på ”ett i något eller flera hänseenden *privilegierat* sätt få använda egendom för att förskaffa sig betalning”.²¹ Förutsatt att de övriga villkor som gäller för förbehållsklausuler i svensk rätt är uppfyllda ges säljaren möjligheten att skydda sitt gods i fall av utmätning men också genom separationsrätt i köparens konkurs.

¹⁸ Se Persson, s. 160.

¹⁹ Se Zetterström, Sakrättens fyra huvudfall, 2 uppl., 2008, s. 61.

²⁰ Se Helander, Creditsäkerhet i lös egendom, 1984, s. 616.

²¹ Se Hessler, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, 1973, s. 51.

2.3.2 Förbehållets obligationsrättsliga och sakrättsliga funktion

Likt övriga säkerhetsrätter har återtagandeförbehållet dels en obligationsrättslig sida och dels en sakrättslig sida. Den obligationsrättsliga funktionen reglerar förbehållets verkan mellan köparen och säljaren. Av 54 § 4 st. KöpL framgår att säljaren har rätt att återta en vara som kommit i köparens besittning, förutsatt att han förbehållit sig rätten till detta.²² Säljaren kan därför använda återtagandeförbehållet som påtryckningsmedel för att få köparen att erlægga betalning. För det fall köparen inte följer den uppgjorda betalningsplanen har säljaren rätt att återta varan efter avräkning med vad köparen redan har betalat. Eftersom vanligen varken domstolsbeslut eller exekutivt förfarande är nödvändigt för att återta egendomen innebär förbehållets obligationsrättsliga funktion både ett tids- och kostnadseffektivt verktyg för säljaren.²³

På grund av att konkurrens om egendomen kan uppstå mellan säljaren och köparens övriga borgenärer krävs emellertid också sakrättsligt skydd för att säkerheten skall anses tillfredsställande. Återtagandeförbehållets sakrättsliga funktion är alltså en förutsättning för att förbehållet skall kunna göras gällande gentemot tredje man. Förutsatt att förbehållet i övrigt uppfyller de krav som ställs i svensk rätt åtnjuter säljaren därför borgenärsskydd, vilket innebär ett företräde till egendomen utan inblandning från köparens övriga borgenärer, med möjlighet att återta egendomen och sälja denna för att få täckning för sin fordran.²⁴ Till skillnad från den obligationsrättsliga funktionen framgår den sakrättsliga funktionen inte uttryckligen av någon lagtext. Istället har säljarens möjlighet att göra förbehållet gällande mot säljarens borgenärer slagits fast i praxis.²⁵

Avslutningsvis skall märkas att ett förbehåll som inte är obligationsrättsligt giltigt mellan parterna inte heller kan vara sakrättsligt giltigt. Ett förbehåll som inte är

²² Om något förbehåll inte har avtalats torde endast rätt till dröjsmålsränta föreligga enligt 71 § KöpL. Se Helander, s. 613.

²³ Se Persson, s. 87 f.

²⁴ Vid köparens konkurs medför detta att säljaren får separationsrätt, vilket innebär bättre rätt än borgenärer med både allmän och särskild förmånsrätt. Separationsrätten framgår inte direkt av någon lagtext. Grunden till separationsrätten förefaller dock vara 4:17 UB och 3:3 KonkL. Se Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., 1996, s. 144. Se även Persson, s. 88 f.

²⁵ Se t.ex. NJA 1959 s. 590 och NJA 1974 s. 660, vilka båda behandlas närmare nedan. Det skall dock sägas att äganderättsförbehåll redan vid tillkomsten av 1915 års avbetalningsköplag ansågs ha sakrättslig effekt. Se NJA II 1915 s. 304 f. Se även Håstad, s. 182 och vidare nedan under avsnitt 3.3.1.

sakrättsligt giltigt kan dock i vissa fall ändå vara gällande mellan parterna.²⁶ För det fall ett återtagandeförbehåll anses sakrättsligt ogiltigt på grund av att köparen har tillåtits förfoga över egendomen, torde i vissa fall förbehållet ändå kunna anses giltigt mellan parterna beträffande egendom som finns i behåll.²⁷

2.3.3 Återtagandeförbehållet – en säkerhetsrätt utan sakrättsligt moment

Även om återtagandeförbehållets sakrättsliga giltighet idag alltså är allmänt accepterad så var den länge omdebatterad. Återtagandeförbehållet är en realsäkerhet men anses utgöra en så kallad *tyst säkerhetsrätt*, eftersom något sakrättsligt moment inte krävs vid upprättandet av förbehållet.²⁸ För andra typer av säkerhetsrätter krävs för sakrättslig effekt annars normalt att en särskild åtgärd vidtas, exempelvis tradition, denuntiation eller registrering.²⁹ Kravet på sakrättsligt moment är en konsekvens av den i svensk rätt gällande publicitetsprincipen, enligt vilken överlåtelse av äganderätt och säkerhetsrättsupplåtelser skall kunna iaktas av tredje man. Syftet är sålunda att motverka exempelvis dubbelöverlåtelser och borgenärsbedrägerier.³⁰

Att publicitetsprincipen inte blir avgörande vid återtagandeförbehåll har motiverats med att risken för skentransaktioner inte är lika stor som vid användande av andra säkerhetsrätter.³¹ Exempelvis har anförts att de bakomliggande skälen till att traditionskrav uppställs vid pantsättning inte förekommer på samma sätt då återtagandeförbehåll används. I de fall krediten säkras med ett återtagandeförbehåll är det ju köparens behov av egendomen som är skälet till krediten medan, vid exempelvis pantsättning, gäldenären lånar pengar med säkerhet i egendom som han redan innehar. Bristen på publicitet vid användande av återtagandeförbehåll kompenseras till viss del genom kravet på att förbehållet skall avse viss bestämd egendom. Det råder således ett krav på *specialitet*.³² Dessutom råder som bekant ett förbud för köparen att förfoga över egendomen. I doktrinen har ett

²⁶ Se Persson, s. 449. Se även NJA 1923 s. 80 och vidare nedan under avsnitt 2.4.3, not 45.

²⁷ Se Hessler, s. 191.

²⁸ Se Helander, s. 614, Hessler, s. 350.

²⁹ Se Helander, s. 586, Persson, s. 89. Som exempel kan nämnas att vid pant krävs ett besittningstagande, medan registrering huvudsakligen förekommer för så kallade hypotekariska säkerhetsrätter. De så kallade tysta säkerhetsrätterna utgör då en tredje kategori, där något särskilt sakrättsligt moment alltså inte krävs.

³⁰ Se Persson, s. 90, Håstad, s. 212.

³¹ Här och i det följande se Helander, s. 615. Se även Håstad, s. 182 f.

³² Beträffande specialitetskravet se vidare nedan under avsnitt 2.4.4.

registreringsförfarande, likt det som gäller för exempelvis företagshypotek och pant i fast egendom, förespråkats för förbehållsklausulerna.³³ Ett sådant registersystem förekommer för återtagandeförbehåll och andra säkerhetsrätter, både i det amerikanska rättssystemet och i flera av de lagmodeller som tagits fram på internationell nivå.³⁴ Det är möjligt att ett sådant förfarande hade kunnat innebära fördelar även i svensk rätt.

Vidare har antagits att publicitetsprincipen motverkar risken för att kreditgivaren vilseleds beträffande gäldenärens solvens och bättre klargör vem som är rätt innehavare av egendomen.³⁵ Dock invändes i förarbetena till 1915 års avbetalningsköplag att det redan av 53 § i gamla KommL³⁶ framgår att en kreditgivare inte kan lita på att gäldenären äger den egendom han har i sin besittning.³⁷ Detsamma torde gälla beträffande andra typer av avtal och det hävdas därför att bedömningen av kreditvärdighet eller vem som äger viss egendom, idag istället bör göras på annat vis.³⁸ På grund av bristen på sakrättsligt moment, krävs för att återtagandeförbehållet skall uppnå sakrättslig effekt att ett antal förutsättningar är uppfyllda. I det följande avsnittet lämnas en redogörelse för dessa.

2.4 Förutsättningar för ett sakrättsligt giltigt återtagandeförbehåll

2.4.1 Inledning

Nedan följer en redogörelse över de förutsättningar som enligt svensk rätt är nödvändiga för att ett återtagandeförbehåll skall tillerkännas sakrättslig effekt. Villkoren bör skiljas från de begränsningar, bland annat innefattande förfogandeförbudet, som riskerar att leda till att ett annars giltigt återtagandeförbehåll förlorar sin sakrättsliga effekt. För tydlighets skull redogörs för dessa begränsningar separat nedan under avsnitt 2.5.

³³ Se t.ex. Persson, s. 714 ff, Helander, s. 617. Hur ett registreringsförfarande eventuellt kan påverka förutsättningarna för, och konsekvenserna av, ett avskaffande av förfogandeförbudet behandlas närmare nedan under avsnitt 3.5.

³⁴ Några av de internationella lagmodeller som framtagits behandlas närmare nedan under kapitel 4. Beträffande det amerikanska rättssystemet se nedan, särskilt under avsnitt 3.4.4.

³⁵ Se t.ex. Håstad, s. 182 in fine, Persson, s. 90.

³⁶ Se Lag (1914:45) om kommission.

³⁷ Se NJA II 1915 s. 305.

³⁸ Se Persson, s. 90, 142. Jfr 4 kap. 17, 18 §§ UB.

2.4.2 Förbehållet måste utgöra en del av avtalet

Till att börja med krävs för sakrättslig giltighet att förbehållet ingår i parternas avtal. Köparen måste följaktligen ha accepterat förbehållet.³⁹ Något särskilt formkrav torde dock inte råda. Istället hävdas att ett förbehåll till och med bör kunna avtalas konkludent eller underförstått.⁴⁰ I NJA 1971 s. 288 hade en TV-apparat sålts med äganderättsförbehåll. När det uppdagades att apparaten var behäftad med fel byttes denna ut mot en ny TV-apparat, dock utan att något närmare sades om huruvida även denna såldes med ett förbehåll. Efter en sorts fiktiv tolkning av parternas avsikt kom HD fram till att även den nya TV-apparaten var att anse som såld med äganderättsförbehåll.⁴¹ HD:s ställningstagande verkar senare ha styrkts genom rättsfallet NJA 1976 s. 134 där man återigen intolkade ett förbehåll i parternas avtal, trots att något sådant inte var uttryckligen avtalat.⁴²

Följden av att förbehållet *inte* blir inkorporerat i parternas avtal är att säljaren varken kan göra obligationsrättsliga eller sakrättsliga anspråk gällande med stöd av klausulen.⁴³ Huruvida förbehållsklausulen har inkorporerats i parternas avtal eller inte är dock en rent avtalsrättslig fråga och kommer inte behandlas ytterligare i detta arbete.

2.4.3 Tidpunkten för förbehållsklausulens upprättande

Vidare gäller att förbehållsklausulen skall avtalas före dess att köparen får varan i sin besittning, eller senast i samband med överlämnandet.⁴⁴ Regeln framgår bland annat av 54 § 4 st. KöpL. Om köparen redan har mottagit varan kan ett återtagandeförbehåll följaktligen inte upprättas i efterhand.⁴⁵ Skälet till den aktuella regeln är att den anses

³⁹ Här och i det följande se Håstad, s. 185 ff.

⁴⁰ Jfr dock Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis, 1959, s. 195, not 16. Jfr även Helander, s. 627, 634.

⁴¹ Det kan noteras att HD på detta vis undvek att behöva bedöma möjligheterna till surrogation. Utgången är omdebatterad i doktrinen. Se t.ex. Persson, s. 598 f.

⁴² Jfr även NJA 1989 s. 304. Se Persson, s. 437, not 1840.

⁴³ Se Persson, s. 407.

⁴⁴ Se Håstad, s. 185. Jfr dock Schmidt, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, 1938, s. 148. Schmidt gör gällande att den nu nämnda regeln inte hindrar förbehåll avseende gods som köparen före avtalet, av annan anledning än det stundande köpet, har i sin besittning. Som exempel nämns fall där godset lämnats till köparen för reparation eller förvaring. Enligt Schmidt skulle ett sakrättsligt giltigt förbehåll i dessa situationer kunna uppställas, förutsatt att säljaren vid köpet har en mot köparens borgenärer skyddad äganderätt till den aktuella egendomen.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 1899 s. 487, NJA 1916 s. 16 och NJA 1932 s. 755. Det nu sagda gäller förbehållets sakrättsliga giltighet. Som ovan har konstaterats kan ett återtagandeförbehåll som inte är sakrättsligt giltigt i vissa fall ändå vara gällande mellan parterna. Det torde alltså i vissa fall vara möjligt att

utgöra en ”nödvändig motvikt” till det faktum att återtagandeförbehållet som säkerhetsrätt inte kräver något sakrättsligt moment.⁴⁶ Villkoret måste ju på något sätt bli synligt utåt. Utan kravet på upprättandets tidpunkt är det möjligt att gäldenären upprättar skenavtal med en säljare för att på så vis undandra andra borgenärer egendom.⁴⁷

2.4.4 Förbehållet måste avse ett bestämt föremål – kravet på specialitet

En ytterligare förutsättning för sakrättslig giltighet är att förbehållet skall avse ett bestämt föremål. Kravet sammanhänger med den så kallade specialitetsprincipen som idag anses utgöra en allmän rättsgrundsats i svensk rätt.⁴⁸ Kravet på specialitet motiverats huvudsakligen av att det kompenserar för bristen på publicitet vid användande av återtagandeförbehåll. Kravet bidrar till reda och säkerhet och utan principen, har det anförts, finns risk för att det uppstår tvist om vilken egendom som omfattas av säljarens säkerhetsrätt.⁴⁹ Vid utmätning och konkurs blir kravet dessutom nödvändigt för att kunna fastslå vilka borgenärer som skall ges separationsrätt.⁵⁰

Specialitetskravet innebär dels att förbehållet måste upprättas avseende ett identifierbart objekt och dels att objektet skall behålla sin identitet när det befinner sig i köparens besittning.⁵¹ Kravet kan alltså sägas bestå av två moment. För det senare fallet gäller, att när köparen har fått egendomen i sin besittning, det vid varje tidpunkt måste kunna fastställas vilken egendom förbehållet avser. Det räcker således inte att egendomen endast är bestämd till art, värde eller mängd.⁵² Går egendomen inte att identifiera vid utmätning eller vid köparens konkurs blir förbehållet som huvudregel verkningslöst med följderna att säljaren mister sin separationsrätt. Så är fallet om exempelvis obetalt gods förvaras med helt eller delvis betalt gods. Det måste då kunna utredas till vilken kategori respektive gods tillhör. I annat fall kan gods ställas

upprätta en obligationsrättsligt giltig klausul även efter besittningstagandet. För ett sådant förbehåll har dessutom i praxis fastslagits att giltigheten någon gång kan gå längre än mot köparen personligen. Se NJA 1923 s. 80. Se även Helander, s. 629 f och Persson, s. 449 ff.

⁴⁶ Se Helander, s. 629.

⁴⁷ Se Schmidt, s. 148.

⁴⁸ Se Persson, s. 490. Se även NJA 1910 s. 216, särskilt på s. 220, där JustR Sjögren pekar på specialitetsprincipens ställning som allmän rättsgrundsats.

⁴⁹ Se Schmidt, s. 150, Helander, s. 631. Se även Håstad, s. 152 ff.

⁵⁰ Se Persson, s. 492.

⁵¹ Här och i det följande se Persson, s. 490 ff. Det kan tyckas att det senare fallet snarare är hänförligt till de begränsningar som anges nedan under avsnitt 2.5 och som kan leda till att ett annars sakrättsligt giltigt förbehåll underkänns. Jfr dock vad som sägs strax nedan i förevarande avsnitt.

⁵² Se Undén, Svensk sakrätt I. Lös egendom, 8 uppl., 1973, s. 101 in fine.

till säkerhet för betalningen av andra varor, vilket inte bara strider mot det sakrättsliga specialitetskravet utan även mot det obligationsrättsliga förbudet mot kopplingsförbehåll som råder vid kreditköp.⁵³

Ett i sammanhanget illustrativt rättsfall är NJA 1976 s. 251 (containerfallet).⁵⁴ I målet hade sopcontainrar sålts enligt flera olika avbetalningskontrakt och en del av den samlade avbetalningssumman var betald. Det var dock inte möjligt att utreda vilka containrar som omfattades av respektive köp. Det gick inte heller att säga huruvida köparens resterande skuld var hänförlig till samtliga köp eller enbart till vissa av dem och, i det senare fallet, i så fall hur restskulden var fördelad på dessa köp. Eftersom containrarna inte gick att skilja åt och då det inte kunde utredas vilka objekt som omfattades av respektive avbetalningskontrakt, ansåg HD att specialitet inte förelåg och förbehållen saknade därför sakrättslig verkan.

Beträffande specialitetsprincipen kan vidare märkas att förfogandeförbudet vid användande av återtagandeförbehåll visserligen kan ses som ett utslag av kravet på individualisering. Diskussionen om å ena sidan kravet på objektets individualisering och å andra sidan förbehållets ogiltighet, när köparen medges fri förfoganderätt, har dessutom emellanåt sammanförts. Trots detta bör ogiltighetsgrunden bristande individualisering hållas isär från den att köparen har medgivits förfoganderätt.⁵⁵ Även om rekvisiten i viss mån överlappar varandra rör det sig nämligen om två olika ogiltighetsgrunder. För det fall köparen äger förfoga över egendomen före betalning är det förfoganderätten som renderar förbehållet dess ogiltighet, inte den bristande specialiteten.⁵⁶ Har förfogandet varit olovligt blir dock förbehållets giltighet beroende av huruvida surrogation medges i det specifika fallet eller ej.⁵⁷

⁵³ Se SOU 1988:63 s. 70. Beträffande förbudet mot kopplingsförbehåll se nedan under avsnitt 2.4.6.

⁵⁴ Se även RH 1983:154 där omständigheterna var mycket lika. Även här ansågs förbehållet sakna verkan mot köparens övriga borgenärer.

⁵⁵ Se Schmidt, s. 149 f.

⁵⁶ Se Schmidt, s. 150, not 14. Eftersom något förfogande inte de facto behöver ha ägt rum kan ju hända att ett förbehåll anses sakrättsligt ogiltigt på grund av medgiven rätt till förfogande, trots att förfogandet som leder till att specialiteten går om intet ännu inte skett. Därmed kan konstateras att det inte nödvändigtvis behöver strida mot specialitetsprincipen att medge en förbehållssäljare separationsrätt till egendom som köparen har rätt att sälja vidare, så länge denna rätt ännu inte har utnyttjats. Se närmare om detta nedan under avsnitt 3.3.2.

⁵⁷ Angående surrogation se nedan under avsnitt 2.4.5.

Ett exempel på det nu sagda kan synas i rättsfallet NJA 1932 s. 103. I fallet hade A sålt en jordbruksfastighet inkluderat levande och döda inventarier till B. A förbehöll sig enligt avtalet äganderätten till inventarierna intill dess betalning gjorts. Samtidigt ägde dock B rätt att utbyta inventarier eller kreatur mot andra likvärdiga, som då skulle bli säljarens egendom. B gick sedermera i konkurs och hans konkursbo hävdade att förbehållet var ogiltigt på grund av att B hade rätt att byta ut egendomen och därmed ägde förfoga fritt över denna. Enligt HD kunde A inte göra förbehållet gällande på grund av den fria förfoganderätten. Man godkände således inte surrogation. Istället upprätthölls kravet på att förbehållet skall avse bestämd egendom.⁵⁸ Rörande det senare anför Helander att detta åtminstone gällde för de inventarier som de facto bytts ut. Han uttalar att "[d]å det däremot gäller underkännandet av ägarförbehållet i de inventarier som funnits [kvar], måste rättsfallet kunna uppfattas som ett exempel på ägarförbehålls ogiltighet på grund av köparens fria förfoganderätt".⁵⁹

2.4.5 Möjligheten till undantag från specialitetsprincipen genom surrogation

För återtagandeförbehåll gäller alltså som huvudregel ett krav på specialitet. Följaktligen kan säljaren inte göra sitt ursprungliga förbehåll gällande om den egendomen som förbehållet avsåg byts ut mot annan egendom. Från kravet på att objektet skall behålla sin identitet när det befinner sig i köparens besittning görs dock i vissa fall undantag genom att så kallad surrogation medges.⁶⁰ Vad gäller återtagandeförbehåll torde undantagsfallen huvudsakligen innefatta situationer där säljaren *inte* har medgivit förfoganderätt för köparen, det vill säga i fall av olovligt förfogande.⁶¹ Detta får anses vara en logisk följd av att förfogandeförbudet innebär att förbehållet, om köparen anses ha medgivits förfoganderätt, blir sakrättsligt ogiltigt redan på denna grund.⁶² Det kan ju knappast tyckas rimligt att en säljare erhåller säkerhetsrätt i egendom som träder i annan egendoms ställe om han inte hade en giltig säkerhetsrätt i den ursprungliga egendomen. Följaktligen medges inte separationsrätt i

⁵⁸ Se Helander, s. 632 f.

⁵⁹ Se Helander, s. 633, not 192.

⁶⁰ Se Persson, s. 492.

⁶¹ Se t.ex. Håstad, s. 188 f. Se även RH 1986:63. I rättsfallet anförde HovR att separationsrätt i vissa fall kan medges i det gods som träder i den ursprungliga egendoms ställe, när köparen avhänt sig godset utan säljarens lov.

⁶² Se i not 56 nämnda Schmidt, s. 150, not 14. Se även Håstad, s. 163.

exempelvis fordran på tredje man eller influten betalning från vidareförsäljning, i det fall köparen att tillåtits förfoga över egendomen.⁶³

Skälet till att surrogation i vissa fall medges är att ett undantag från specialitetskravet har ansetts vara den rimligaste lösningen, bland annat för att undvika att det övriga borgenärskollektivet blir orättvist gynnade på säljarens bekostnad och för att minska risken för värdeförstöring.⁶⁴ Mot surrogation talar emellertid principen att alla borgenärer skall behandlas lika. Genom att medge surrogation i vissa fall har man dock stannat för de förra argumenten. Möjligheterna till surrogation vid användning av förbehållsklausuler är huvudsakligen oreglerat, varför ledning får hämtas från reglering avsedd för andra situationer.⁶⁵ Situationer där säljaren ges separationsrätt till surrogat bör kunna omfatta exempelvis fall där egendomen som förbehållssäljaren har sålt förstörs av en brand. Försäkringsersättning torde i detta fall kunna omfattas av principen av surrogation.⁶⁶ Detsamma gäller, som nyss nämnts, vissa fall där köparen olovligen förfogar över egendomen. I dessa fall bör säljaren kunna få separationsrätt exempelvis till fordran hos tredje man.⁶⁷ Enligt Hessler torde surrogation särskilt kunna godtas i okomplicerade situationer, där det finns ett tydligt samband mellan ursprunglig egendom och surrogat.⁶⁸

Helander hävdar att det i förbehållsfallen finns tendenser i praxis till uppmjukning av kravet på specialitet.⁶⁹ Persson ifrågasätter dock påståendet och anför att det framför allt är doktrinen som intagit en mer liberal ställning i frågan.⁷⁰ Persson anför att, snarare än surrogationstanken, har resultatet i mål där förbehållet inte underkänts varit

⁶³ Se Håstad, s. 188.

⁶⁴ Se Persson, s. 493 f. Se även t.ex. Prop. 1986/87:90 s. 279.

⁶⁵ Uttrycklig reglering som kan tjäna som vägledning förekommer t.ex. i Lag (1944:181) om redovisningsmedel, Kommissionslagen (2009:865) och Konkurslagen (1987:672).

⁶⁶ Se Persson, s. 493, Helander, s. 633.

⁶⁷ Se Håstad, s. 188 och NJA 1959 s. 590. Jfr även NJA 1941 s. 711 I.

⁶⁸ Se Hessler, s. 161. Rättsfallet RH 1986:63 torde kunna tjäna till viss vägledning i detta avseende. I fallet ansågs situationen uppenbarligen inte tillräckligt okomplicerad och separationsrätt medgavs ej. Beträffande rättsfallet se även nedan not 69.

⁶⁹ Se Helander, s. 631 ff. Förutom de rättsfall som Helander behandlar kan också det något senare RH 1986:63 nämnas. I fallet yrkade en avbetalningssäljare på separationsrätt till egendom som, enligt honom, genom ett flertal bytesaffärer trätt istället för den ursprungliga förbehållsegendomen. Säljarens talan lämnades utan bifall med motiveringen att omständigheterna kring bytesaffärerna inte var kända. Det har anförts att hovrätten således inte förefaller helt främmande inför att i och för sig godkänna möjligheten till surrogation, såvida ett klart samband föreligger mellan objekten. Se Zackariasson, Svensk rättspraxis, SvJT 2003 s. 753, på s. 810. Se även Persson, s. 518 f angående NJA 1994 s. 506.

⁷⁰ Här och i det följande se Persson, s. 501 ff.

baserat på andra synpunkter, såsom omsättningens behov.⁷¹ Enligt Perssons mening torde huvudregeln alltså alltså alltså råda. I enlighet med vad som närmare behandlas nedan så hade en eventuell uppmjukning av specialitetskravet varit av intresse beträffande förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet. Möjligheten till surrogation vid köparens olovliga förfogande samt vid olycksfall och liknande situationer är dock av begränsad betydelse för syftet med detta arbete och kommer därför inte behandlas ytterligare.

2.4.6 Förbehållet får endast säkerställa köpeskillingen och därmed sammanhängande förbindelser

Ytterligare ett villkor som måste uppfyllas för att ett återtagandeförbehåll skall vara giltigt enligt svensk rätt är att förbehållet inte får säkerställa annat än köpeskillingen och med denna eventuellt sammanhängande förbindelser.⁷² Det råder således ett förbud mot så kallade kopplingsförbehåll. Följden av att ett återtagandeförbehåll används för att säkerställa andra fordringar än de nämnda blir att förbehållet förlorar både sin obligationsrättsliga och sakrättsliga verkan.⁷³

Även om kopplingsförbehåll tidigare tilläts i svensk rätt kan den nu nämnda begränsningen i användandet av återtagandeförbehåll anses rimlig med hänsyn till vad som ovan anförts rörande den privilegierade säkerhetsrätt som förbehållet innebär. Som nämnts ställs ju för återtagandeförbehåll inget krav på sakrättsligt moment, framförallt eftersom de skäl som vanligen framförs för ett traditionskrav exempelvis vid pantsättning inte är lika aktuella för förbehållsklausuler. Det kan då anses naturligt och befogat att användningsområdet för återtagandeförbehåll också begränsas till ett område där resonemanget är applicerbart, och inte omfattar säljarens andra fordringar mot köparen.⁷⁴ Samtidigt kan noteras att förbudet mot kopplingsförbehåll är ett tecken på den svagare position som svenska säljare och leverantörer intar vid en internationell jämförelse.⁷⁵

⁷¹ Se t.ex. tidigare nämnda NJA 1971 s. 288. Se även NJA 1959 s. 590.

⁷² Se Persson, s. 217 ff, 523, Håstad, s. 196.

⁷³ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, 1998, s. 141. Angående den obligationsrättsliga ogiltigheten finns för avbetalningsköp ett uttryckligt stadgande i 7 § AvbetKöpL.

⁷⁴ Se Helander, s. 637.

⁷⁵ I exempelvis tysk rätt uppställs inget förbud mot kopplingsförbehåll. Detsamma gäller för amerikansk rätt. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 141, 144 f.

2.4.7 Det måste vara säljaren som lämnar krediten

Slutligen krävs för ett sakrättsligt giltigt förbehåll att det är säljaren som lämnar krediten. Ett återtagandeförbehåll anses därför inte giltigt, varken inom krediträtten eller enligt praxis, för det fall köparen betalar säljaren med pengar han fått låna av en annan finansiär än den ursprunglige säljaren. Det rör sig följaktligen om olika typer av trepartskonstellationer som exempelvis är fallet vid låneköp.⁷⁶ Kravet fyller emellertid ingen central funktion i detta arbete och skall därför inte behandlas ytterligare. I nästföljande avsnitt skall fokus nu istället riktas mot förfogandeförbudet, rekvisitet som utgör ämnet för detta arbete.

2.5 Begränsningar i återtagandeförbehållets giltighet

Ovan under avsnitt 2.4 har de förutsättningar behandlats som gäller i svensk rätt för att ett återtagandeförbehåll skall vara giltigt. Förutom dessa rekvisit finns flera viktiga begränsningar som innebär att en annars giltig förbehållsklausul riskerar att förlora sin sakrättsliga och i vissa fall även obligationsrättsliga effekt. De begränsningar som brukar nämnas är:⁷⁷

- Egendomen som förbehållet avser blir förstörd eller bearbetad.
- Egendomen som förbehållet avser infogas i annan lös sak, så att den infogade egendomen utgör ett tillbehör eller en beståndsdel till denna sak.
- Egendomen som förbehållet avser infogas i fast egendom, så att den utgör tillbehör till fast egendom enligt 2 kap 1, 2 §§ JB, skeppstillbehör enligt 1 kap 3-5 §§ SjöL eller tillbehör till luftfartyg.
- Egendomen som förbehållet avser sammanblandas med egendom av samma slag tillhörig köparen, så att säljarens egendom inte går att skilja från köparens.
- Egendomen som förbehållet avser får vidareförsäljas eller konsumeras eller på annat vis förbrukas innan den är till fullo betald.

⁷⁶ Se Persson, s. 524 f, Håstad, s. 196. Se även Helander, s. 643 ff. I likhet med förbudet mot kopplingsförbehåll är kravet på att det måste vara säljaren som lämnar krediten ett rekvisit som förekommer i varierad utsträckning i andra stater. Se Persson, s. 534.

⁷⁷ Se Persson, s. 537 f, Håstad, s. 187 ff.

Som nämndes ovan är begränsningarna i viss mån relaterade till de förutsättningar som behandlades i föregående avsnitt, även om skillnader finns. Förfogandeförbudet framgår här genom att förbehållet är sakrättsligt ogiltigt ifall köparen ges rätt att förfoga över egendomen genom infogande, konsumtion eller överlåtelse.⁷⁸ Som tidigare klargjorts är det den sistnämnda begränsningen, förbudet mot vidareförsäljning, som utgör föremålet för denna uppsats.

2.6 Närmare om förfogandeförbudet

2.6.1 Allmänt

Förfogandeförbudet, som inte finns uttryckligen stadgat i lagtext, innebär att förbehållet förlorar sin sakrättsliga giltighet för det fall säljaren har givit köparen rätt att förfoga över egendomen genom vidareförsäljning, utan samtycke från säljaren och före dess att egendomen är betald.⁷⁹ Därmed kan säljaren inte göra separationsrätt gällande i köparens konkurs. I enlighet med specialitetsprincipen torde som huvudregel inte heller finnas någon rätt för säljaren till säkerhet i influtna medel eller i fordran mot tredje man. Situationen får alltså skiljas från den ovan behandlade, där köparen utan säljarens medgivande överlåter eller på annat sätt förfogar över egendomen. Som nämnts bör i detta fall surrogation ibland kunna medges och vidare torde förbehållet vara giltigt fram till dess att förfogandet faktiskt sker.⁸⁰ Så är inte fallet i den aktuella situationen, vilket skall visas närmare nedan.

2.6.2 När inträder ogiltigheten?

Om köparen anses ha medgivits rätt att förfoga över egendomen före betalningen är förbehållet redan inledningsvis sakrättsligt ogiltigt. Detta gäller dessutom oavsett om köparen har gjort bruk av förfoganderätten eller ej.⁸¹ Förbehållet kan alltså underkännas även om varorna i själva verket finns kvar hos köparen. Vidare måste köparen betala före dess att förfogandet sker. Det räcker således inte att köparen

⁷⁸ Se Håstad, s. 189.

⁷⁹ Se t.ex. Schmidt, s. 195, Helander, s. 649 f, Persson, s. 570. Se även Agell, Ägareförbehållets giltighet mot borgenär och senare förvärvare i nyare rättspraxis, SvJT 1965 s. 225, på s. 239 ff.

⁸⁰ Se Schmidt, s. 195.

⁸¹ Se NJA 1932 s. 292. Rättsfallet behandlas närmare nedan under avsnitt 2.6.3. Se även Håstad, s. 189, Helander, s. 649. Även om det kan förefalla vara en självklarhet bör erinras om att parterna sinsemellan inte kan åstadkomma skydd för säljaren mot köparens borgenärer. Detta på grund av den vedertagna principen att parterna inte kan påverka avtalets sakrättsliga effekter. Se Agell, SvJT 1965 s. 242.

erlägger betalning i samband med, eller direkt efter vidareöverlåtelsen. Detta skulle ju annars vara en gynnsam lösning för köparen som då kunde använda de influtna medlen till att betala säljaren. I detta fall har emellertid säljaren accepterat att stå utan säkerhet, om än bara för en kort tid, och förbehållsklausulen blir därför ogiltig.⁸² När förfogandet sker måste säljaren ha mottagit en oåterkallelig betalning.⁸³ Håstad påpekar vidare att det är just medgivandet till förfogande som renderar förbehållet dess sakrättsliga ogiltighet. Förbehållet är sålunda ogiltigt om köparen tillåts *överlåta* egendomen, trots att köparen förbjudits att låta egendomen komma i tredje mans *besittning* före betalning.⁸⁴

2.6.3 Vad krävs för att förfoganderätt skall anses föreligga?

Ett återtagandeförbehåll innebär inte per automatik ett förfogandeförbud. Samtidigt finns dock inte heller något krav på att säljaren uttryckligen skall meddela köparen om att förfogandeförbud råder. Ett sådant kan i vissa fall vara underförstått.⁸⁵ Om en köpare uttryckligen har givits rätt att förfoga över egendomen före betalning är frågan om förbehållets sakrättsliga giltighet inte särskilt svårt att avgöra. Eftersom inte heller ett förfogandemedgivande måste göras uttryckligen⁸⁶ är dock en intressant fråga i vilka fall ett medgivande annars kan anses ha lämnats. Frågan har behandlats i praxis och följande rättsfall är värda att nämna.

I NJA 1932 s. 292 hade A som var tillverkare av skördemaskiner sålt maskiner till B på kredit med ägarförbehåll. Enligt avtalet skulle de levererade maskinerna förbli säljarens egendom till dess att hela köpeskillingen hade erlagts. B hade emellertid rätt att vidareförsälja maskinerna innan de var slutbetalda och när B senare försattes i konkurs uppstod en tvist mellan A och B:s konkursbo om bättre rätt till maskinerna. Underrätten fann att förbehållet saknade verkan, både vad gällde de maskiner som vidare sålts och de som konkursboet alltjämt hade i sin besittning. Anledningen var enligt RR att B haft fri förfoganderätt över maskinerna före dess att han var skyldig att erlägga betalning för dem. Av domen framgår att det handlar om en ursprunglig

⁸² Se Håstad, s. 191.

⁸³ Se SOU 1988:63 s. 70 ff.

⁸⁴ Se Håstad, s. 191.

⁸⁵ Se NJA 2009 s. 79 som dock rör leasing. Fallet behandlas närmare nedan under avsnitt 3.2.4.

⁸⁶ Se Helander, s. 650. Se även nedan under avsnitt 2.6.4.

ogiltighet som uppstår på grund av försäljningsrätten. Domen fastställdes av såväl HovR som HD.

I NJA 1959 s. 590 hade en lantbrukare köpt grisar med avsikt att föda upp och slakta dem. I avtalet fanns ett äganderättsförbehåll enligt vilket säljaren behöll äganderätten till dess att betalningen var erlagd. Lantbrukaren hävdade trots förbehållet att han hade rätt att sälja vidare grisarna trots att betalningen ännu inte erlagts, vilket dock säljaren bestred. HD ansåg att köparen visserligen hade uppfattningen om att han ägde denna rätt men det kunde inte visas att säljaren, varken uttryckligen eller konkludent, hade accepterat att förbehållet inte skulle gälla eller godtagit vidareförsäljningsrätt. Förbehållet var därför giltigt.

I NJA 1960 s. 221 var ett ägarförbehåll uppställt att gälla till dess betalning skett av dörrar som levererades till köparen. Avsikten var att köparen, en byggtreprenör, själv skulle infoga dörrarna i en byggnad. Enligt HD tilläts köparen i fallet använda dörrarna för ändamålet direkt vid leveransen, trots att de ännu inte var betalda och trots att de genom handlandet blev tillbehör till fastigheten. Därför underkändes förbehållet.

I NJA 1974 s. 660 hade industriportar sålts till en entreprenör och ett äganderättsförbehåll hade upprättats i avtalet. Förutsättningarna liknade de i nyss nämnda 1960 års fall, dock med skillnaden att i nu aktuella fall skulle säljaren utföra inmonteringen av portarna. Enligt HD kunde inte visas att avtalsparterna kommit överens om att köparen skulle få förfoga över varorna, vare sig genom montering eller på annat vis. Varken en tyst eller uttrycklig överenskommelse om att avvika från det annars avtalade förbehållet ansågs föreligga och HD fann därmed att förbehållet var giltigt.

En slutsats som kan dras är att det krävs att säljaren, eller både köparen och säljaren, är av uppfattningen att köparen har förfoganderätt. Om endast köparen är uppfattar sig ha förfoganderätt över förbehållsegendomen torde förbehållets sakrättsliga verkan kunna bestå.⁸⁷ Eftersom inget uttryckligt medgivande till förfogande är nödvändigt för att förbehållet skall förlora sin sakrättsliga giltighet kan det vidare räcka att säljaren

⁸⁷ Se särskilt det ovan refererade NJA 1959 s. 590.

agerar *som om* förfoganderätt har medgivits. Så kan exempelvis vara fallet om säljaren utan invändningar fortsätter att leverera, trots kännedom om köparens förfoganden.⁸⁸ Dessutom kan det fallet att den naturliga förfogandetidpunkten infaller före tidpunkten för betalning innebära att en rätt till förfogande anses finnas.⁸⁹

I doktrinen intar Schmidt en strikt ställning i frågan om när en förbehållsklausul skall förlora sin sakrättsliga verkan.⁹⁰ Förutom de uppenbara fall där köparen har rätt att fritt förfoga över egendomen skall förbehåll fränkännas sin verkan i fall där säljaren, trots att han förbjudit köparen att förfoga över egendomen, ändå känt till att köparen inte skulle komma att följa förbudet. Vidare anförs att förbehåll förlorar sin sakrättsliga verkan i de fall då säljaren *bort* äga kännedom om att köparen skulle förfoga över egendomen. Enligt Helander finns dock inte stöd i praxis för dessa senare påståenden. Istället torde det ovan nämnda NJA 1959 s. 590 snarare tala i motsatt riktning.⁹¹

2.6.4 Presumerad förfoganderätt vid försäljning till återförsäljare

Som ovan nämnts har Håstad propagerat för en tämligen strikt väg genom sitt påstående om att redan ett medgivande till överlåtelse gör förbehållet ogiltigt. I detta sammanhang anförs vidare att "[ä]r det fråga om en maskin eller annan anläggningstillgång eller om försäljning till en konsument, är förbehållet ägnat att tas på allvar. Annorlunda är det vid försäljning av omsättnings- eller förbrukningsvaror till detaljister eller tillverkare. Här framgår det ofta av omständigheterna att förfogandeförbudet inte är avsett att binda köparen."⁹² Liknande tankar har tidigare framförts av Almén som ansåg att särskild vikt måste läggas vid att genomsköda och underkänna förbehåll rörande varor som inte kan brukas utan att förbrukas. Detta skulle i synnerhet gälla förbehåll i avtal mellan å ena sidan grossister och tillverkare och å andra sidan detaljister och återförsäljare, när avsikten är att varorna skall säljas vidare av de senare.⁹³ Enligt Almén är det inte en nödvändighet att vidareförsäljnings-

⁸⁸ Se Håstad, s. 192 in fine.

⁸⁹ Se Håstad, s. 192. Se även ovan refererade NJA 1959 s. 590 och NJA 1960 s. 221.

⁹⁰ Här och i det följande se Schmidt, s. 209 f.

⁹¹ Se Helander, s. 650 in fine. Agell har tidigare ifrågasatt Schmidts mening av samma anledning. Se Agell, SvJT 1965 s. 243, not 46.

⁹² Se Håstad, s. 192.

⁹³ Se Almén, Om köp och byte av lös egendom. Kommentarer till lagen den 20 juni 1905, 4 uppl., 1960, s. 408, not 129.

rätten framgår explicit. En underförstådd eller ”tyst” förfoganderätt kan föreligga, exempelvis om köparen till vardags säljer varor av den typ som förbehållet gäller.⁹⁴ Det har också hävdats att vad som sades i det ovan refererade fallet NJA 1974 s. 660⁹⁵ om presumtion för medgiven förfoganderätt när köparen själv skall infoga godset, bör råda även då en grossist levererar varor till en detaljist.⁹⁶ På grund av att de svenska reglerna om återtagandeförbehållets ogiltighet tenderar att leda till gränsdragningsproblem och oreda har Håstad dessutom gått steget längre och förordat att förbehåll vid försäljning till detaljister helt borde förklaras sakrättsligt ogiltiga.⁹⁷ Det skall dock märkas att Håstad numera förefaller ha ändrat uppfattning om hur dessa problem bäst bör lösas, vilket behandlas närmare nedan.

2.6.5 Möjligheten att medge förfoganderätt i det särskilda fallet

Det förekommer fall där avsikten är att köparen före förfogande sker, skall kontakta säljaren och inhämta ett medgivande till förfoganderätt för det specifika fallet. Som exempel nämner Håstad fallet att en bilförsäljare har en bil stående i sin butik som en kund önskar köpa.⁹⁸ Frågan är då om köparen (bilförsäljaren) kan inhämta samtycke från säljaren till att vidaresälja bilen, trots att denna ännu inte är betald, med bibehållet förfogandeförbud för de resterande bilar som finansierats med hjälp av återtagandeförbehåll och som finns hos bilförsäljaren. Håstad menar att en sådan konstruktion sannolikt inte kan accepteras. Istället kan köparen i dessa fall antas ha så pass starka förväntningar om att säljaren samtycker till förfogande att en generell förfoganderätt kan sägas föreligga. Fallet kan också ses som att säljaren utan protest har fortsatt att leverera, trots att han känt till att förfogande sker. I enlighet med vad som anfördes i föregående avsnitt torde återtagandeförbehållet i detta fall alltså inte kunna anses som allvarligt menat.

Däremot torde möjlighet finnas för köparen att i ett visst fall inhämta samtycke före försäljning, varpå tredje man övertar den ursprunglige köparens skuld till säljaren.⁹⁹ En förutsättning för detta är dock att ett ursprungligt förfogandeförbud faktiskt gäller i

⁹⁴ Se även Helander, s. 650.

⁹⁵ Se JustR Mannerfelts tillägg.

⁹⁶ Se Håstad, s. 193. Se även Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., 2009, s. 172 och SOU 1988:63 s. 68.

⁹⁷ Se Håstad, s. 193.

⁹⁸ Här och i det följande se Håstad, s. 192 f.

⁹⁹ Här och i det följande se Persson, s. 185 f, 581 f, Håstad, s. 193 f. Se även Se NJA 1980 s. 219.

parternas avtal. Genom ett sådant gäldenärsbyte åtar sig den nya köparen ansvaret för den ursprungliga skulden och säljaren får separationsrätt både vid den förre och den senare köparens eventuella obestånd. Skillnaden mot det typfall som är ämnet för denna uppsats bör noteras. Där blir förbehållet ogiltigt genom att säljaren redan i samband med det första köpet har givit köparen tillåtelse att vidare sälja egendomen, före betalning och utan säljarens samtycke.¹⁰⁰

3 Förfogandeförbudet i en nationell kontext

3.1 Inledning

I föregående kapitel har återtagandeförbehållet samt de förutsättningar och begränsningar som gäller för att en förbehållsklausul skall vara sakrättsligt giltig introducerats. I samband med detta gavs en närmare presentation av förfogandeförbudet. I förevarande kapitel behandlas detta rekvisit i ett nationellt sammanhang, medan de mer gränsöverskridande frågorna behandlas nedan under kapitel 4. Nedan behandlas de argument som förts fram till fördel för förfogandeförbudet samt de som lagts fram för ett avskaffande av rekvisitet. För att ytterligare motivera ämnet för detta arbete och för att bättre kunna utvärdera argumenten, lämnas dock inledningsvis en mer ingående beskrivning av den problematik som förfogandeförbudet i nationellt avseende tenderar att leda till, vilken läsaren gavs en introduktion till i arbetets inledande problembeskrivning. Mot bakgrund av problematiken redogörs sedan för argumenten. I argumentavsnitten följer av logiska skäl först en redogörelse för vad som ursprungligen föranledde förfogandeförbudet, varefter redogörelsen övergår till de argument som senare förts fram och som överlag kan anses vara av större vikt i en modern debatt.

¹⁰⁰ Vad gäller det svenska rättsläget kan en jämförelse göras med situationen i tysk rätt, där förbehållsklausulerna intar en jämförelsevis stark ställning. Förutom att något förfogandeförbud inte råder finns möjlighet för säljaren att upprätta ett så kallat "Weitergeleitet Eigentumsvorbehalt". Förbehållet innebär en plikt för köparen att vid vidare försäljning överföra säljarens förbehåll gentemot den nya köparen med risk för skadeståndsskyldighet om han inte gör det. Köparen skall alltså vidarebefordra den ursprungliga säljarens förbehåll och tredje man får i detta fall inte äganderätt till varan förrän den ursprungliga köparen fullgjort sina skyldigheter till den ursprungliga säljaren. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 167 f. Ett förfarande likt det tyska torde med anledning av vad ovan anförts inte vara möjligt i svensk rätt.

Ett påpekande bör redan nu göras om att det i princip är oundvikligt att diskussionen i slutändan kokar ner till en avvägning mellan olika borgenärsintressen, ofta mellan bankerna och leverantörerna. Diskussionen illustrerar egentligen den problematik som får anses utgöra kärnan i debatten om förbehållens giltighet och något givet svar på vilka intressen som bör prioriteras finns knappast.¹⁰¹ Problematiken visar istället på vad som i allmänhet karakteriserar sakrätten, nämligen en rangordning av anspråk. Styrande i utformningen av rättsområdet torde alltså ofta bli vad som bäst anses främja omsättningsintresset och ekonomin i stort.¹⁰² I slutändan således rent rättspolitiska preferenser. Med anledning av de komplikationer som förfogandeförbudet idag leder till får den fortsatta framställningen ändå anses motiverad.

3.2 En närmare beskrivning av problematiken

3.2.1 Sämre möjligheter till separationsrätt för leverantörer vid köparens obestånd

Förfogandeförbudet påverkar både köpar- och säljarsidan och som ovan har konstaterats drabbas av uppenbara skäl grossister och detaljisters mellanhavanden särskilt hårt av regleringen. Följden av att ett återtagandeförbehåll underkänns sakrättsligt blir för säljarens del att han förlorar sin separationsrätt och istället får en oprioriterad fordran i köparens konkurs. I egenskap av oprioriterad ges säljaren utdelning endast i den mån någon egendom återstår efter det att borgenärer med särskild och allmän förmånsrätt tagit sitt.¹⁰³ Traditionellt sett har utdelningen till oprioriterade borgenärer varit låg.¹⁰⁴ Förändringar i lagstiftningen har därför gjorts, exempelvis genom förmånsrättsreformen, för att öka utdelningen till oprioriterade borgenärer.¹⁰⁵ Några direkta framsteg gjordes emellertid inte genom reformen och utdelningen till oprioriterade borgenärer förefaller alltjämt vara låg.¹⁰⁶ Risken för att säljaren får stå utan säkerhet att vid köparens betalningssvårigheter, gör självfallet att

¹⁰¹ Se Millqvist, Finansiering, äganderätt och tradition – en svårhanterlig kombination, s. 2. Se även SOU 1988:63 s. 86 och där ytterligare hänvisningar. Som Håstad påpekar så är goda argument för förmåns- eller separationsrätt i sig inte svårt att uppställa; borgenärernas anspråk är ju obligationsrättsligt välgrundade. Se Håstad, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 224, på s. 229.

¹⁰² Se Håstad, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002/03 s. 745, på s. 747.

¹⁰³ Enligt huvudregeln har de oprioriterade borgenärerna inbördes lika rätt, vilket framgår av den så kallade dividendprincipen i 18 § FRL.

¹⁰⁴ Se t.ex. Håstad, SvJT 1988 s. 227. Se även Persson, s. 32 ff, särskilt s. 34, not 17 och vidare nedan.

¹⁰⁵ Se Prop. 2002/03:49 s. 1.

¹⁰⁶ Se vidare nedan under avsnitt 3.3.4.

motivationen till att leverera varor på kredit minskar. Detta kan i sin tur få handelshämmande verkningar, både på grund av att det blir svårare för företag att finansiera varandra och genom att tillgången på kredit minskar rent generellt.

3.2.2 Ökat beroende av bankerna för kreditgivning

För köparens del är risken att finansieringssvårigheterna tilltar. Återtagandeförbehållet utgör annars ett mycket användbart finansieringsalternativ, men eftersom institutet i princip blir obrukbart för vidareförsäljningsvaror, uppstår i dessa fall en besvärlig situation för köparen. Som nämndes ovan innebär förfogandeförbudet för köparens del framförallt försämrade möjligheter till extern kreditgivning. Med anledning av förfogandeförbudet ökar dessutom kraven på företagets likviditet.¹⁰⁷ Köparen måste ju betala varorna innan dessa kan säljas vidare. Dessutom blir förbehållet sakrättsligt ogiltigt även om något faktiskt förfogande inte skett. Följden av det sagda blir att en smidig och billig metod för företagare att finansiera varandra blir obrukbar. Istället tvingas köparna i många fall sätta sin tillit till bankerna. Följderna av detta kan bli flera. Exempelvis finns risk för att konkurrensen om kreditgivningen i dessa fall blir betydligt mindre, vilket kan innebära att priserna drivs upp.¹⁰⁸ I synnerhet mindre företag har dessutom inte alls samma möjligheter som större företag att ställa säkerhet i form av exempelvis pant, varför dessa riskerar att missgynnas särskilt.¹⁰⁹

Att företagare tvingas förlita sig på bankernas kreditgivningsvilja blir naturligtvis ett än större problem om bankernas generella kreditgivningsvilja minskar. Enligt siffror från Finansinspektionen kan en minskad kreditgivning märkas.¹¹⁰ Framförallt är det små och medelstora företag som påverkas¹¹¹ och det ökade antalet avslag dessa företag får på ansökan om kredit innebär att tillgången till kredit minskar ytterligare. Skälen till minskad kreditgivningsvilja beror sannolikt både på interna och externa faktorer.¹¹² Den senaste finanskrisen har av förstäliga skäl inneburit större

¹⁰⁷ Se t.ex. SOU 1988:63 s. 91.

¹⁰⁸ Det kan märkas att det i vissa andra rättsordningar förefaller råda en mer påtaglig strävan efter att i regleringen motverka att en borgenär får en monopolliknande ställning gällande kreditgivningen. Se Helander, s. 690.

¹⁰⁹ Jfr Finansinspektionen, Bankernas räntor och utlåning, 2013, s. 8.

¹¹⁰ Se Finansinspektionen, Kreditmarknadsbarometern kvartal 2 och 3, 2013, särskilt s. 8.

¹¹¹ Se Olsson, Banker stryper lån till företag, SvD Näringsliv 2012-03-02.

¹¹² Här och i det följande se Nilsson & Öhman, Kreditgivning i bank efter en finansiell kris, 2013, s. 1 ff. Se även Finansinspektionen, Bankernas räntor och utlåning, 2013, s. 7.

försiktighet bland banker vad gäller långivningen. Samtidigt ledde krisen till flera förändringar i regleringen av bankrörelser. Som exempel kan nämnas kapitaltäckningsreglerna i det senaste Basel-regelverket. Självfallet finns det goda tankar bakom de nya strängare reglerna men samtidigt uppkommer betydande svårigheter för de fall där alternativa kreditmöjligheter saknas, exempelvis vid kreditförsäljning av vidareförsäljningsvaror.¹¹³

3.2.3 Försök till kringgående av reglerna genom olika avtalskonstruktioner

På grund av förfogandeförbudet och det faktum att det inte finns någon annan lämplig form av säkerhetsrätt för en leverantör som på kredit levererar varor avsedda för vidareförsäljning, är det vanligt att parterna försöker kringgå regelverket. Detta sker genom att grossister och andra leverantörer vid försäljning till återförsäljare/detaljister försöker skapa säkerhet i varorna genom olika invecklade avtalsupplägg.¹¹⁴ Särskilt vanligt är att parterna försöker få avtalsrelationen att framstå som ett kommissionsavtal.¹¹⁵ Kommissionsförhållandet ligger mycket nära det förhållande som uppstår när återförsäljare eller detaljister anskaffar varor med syftet att sälja dessa vidare. Trots detta finns en viktig skillnad i det att kommittenten ges sakrättsligt skydd i kommissionsfallet, medan detta som bekant är uteslutet vid medgiven förfoganderätt över förbehållsgods. Vid försäljningskommission gäller enligt 23 § 1 st. KommL att kommittenten förblir ägare av de varor som lämnas till kommissionären för försäljning till dess att äganderätten övergår till tredje man. Kommissionären blir alltså aldrig ägare till varorna, så länge han inte själv inträder.¹¹⁶

Kommittentens äganderätt till varorna innebär att han har separationsrätt till dessa och vidare gäller enligt 23 § 3 st. KommL att en fordran på tredje man som uppkommer genom dennes avtal med kommissionären är förbehållen kommittenten framför kommissionärens borgenärer. Som huvudregel torde därför kommittenten ha betryggande säkerhet vid kommissionärens bristande betalning. Trots de två institutens likhet är alltså de sakrättsliga följderna vid försäljning med återtagandeförbehåll annorlunda från de vid kommission. Det har därför anförts att

¹¹³ Jfr Helander, s. 725, Persson, s. 41 f.

¹¹⁴ Se Persson, s. 42.

¹¹⁵ Se Persson, s. 592 f, Håstad, s. 147, SOU 1988:63, s. 89. Det kan noteras att denna problematik uppmärksammades redan i förarbetet till gamla kommissionslagen. Se NJA II 1914 s. 272 f. Se även Prop. 2008/09:88 s. 190 f.

¹¹⁶ Se SOU 1988:63 s. 89.

reglerna om separationsrätt vid försäljning med återtagandeförbehåll och vid kommission bör närmast varandra.¹¹⁷

Förutom att de nu aktuella avtalsuppläggen leder till en ökad administrationsbörda och tvivelaktiga avtal överlag, ligger en påtaglig osäkerhet i det att avtalet riskerar att underkännas eftersom villkoren för kommission inte är uppfyllda. Behovet av dessa bedömningar är som tidigare nämnts dessutom ägnat att medföra gränsdragningsproblem och, även för det fall avtalet underkänns, blir följden att säljaren mister sin separationsrätt. För att säljaren skall åtnjuta skydd måste nämligen ett verkligt kommissionsförhållande föreligga, det räcker inte att parterna väljer att benämna det som ett sådant.¹¹⁸ Visar det sig att parternas avtal rent faktiskt är att betrakta som ett köpeavtal spelar det alltså ingen roll att parterna har rubricerat avtalet som ett kommissionsavtal. I flera fall har efter en genomsyn av parternas mellanhavanden domstolen ansett att köp mot återtagandeförbehåll förelegat, snarare än kommission.¹¹⁹ I och med att köparen haft rätt att vidareförsälja egendomen har förbehållet, i enlighet med förfogandeförbudet, också ansetts sakrättsligt ogiltigt.

Följaktligen krävs att köparen skall sälja varorna för säljarens räkning.¹²⁰ Man brukar i sammanhanget tala om att det skall föreligga en *returrätt* eller en *returrisk*.¹²¹ Tillämpat på en grossist-detaljistrelation kan ett kommissionsförhållande inte sägas föreligga ifall detaljisten inte får lämna tillbaka egendom som inte blir såld, samt om priset han skall betala grossisten är oberoende av det pris som tas ut av tredje man.¹²² I detta fall får försäljningen anses ske för detaljistens egen räkning, snarare än för grossistens.

3.2.4 NJA 2009 s. 79

Ett rättsfall som (även om det i fallet rörde sig om leasing) tydliggör problemen med ovannämnda avtalskonstruktioner, samt effekterna av närliggande institut ges olika

¹¹⁷ Se t.ex. SOU 1988:63 s. 67. I NJA 2009 s. 79 fanns, som skall behandlas närmare nedan, en möjlighet att göra just detta. HD valde emellertid att gå en annan väg.

¹¹⁸ Se NJA II 1914 s. 272 ff. Se även Håstad, s. 147 och SOU 1988:63 s. 49.

¹¹⁹ Se Helander, s. 651 och där ytterligare hänvisningar. Jfr dock det betydligt nyare NJA 2012 s. 419 där kommission ansågs föreligga. Rättsfallet behandlas närmare nedan under avsnitt 3.3.3. Jfr även RH 1986:60.

¹²⁰ Se 1 § 1 st. KommL.

¹²¹ Se SOU 1988:63 s. 52 ff. Se även Håstad, s. 146.

¹²² Se Håstad, SvJT 1988 s. 228.

rättsverkningar är NJA 2009 s. 79. Domen kan även sägas utgöra en närmare förklaring av rättsläget vad gäller relationen mellan ägande-, separations- och förfoganderätt till lösöre.¹²³ I målet var frågan om leasegivaren (i detta fall i bilförsäljningsbranschen) kunde göra sin separationsrätt gällande i leasetagarens konkurs, trots att leasegivaren medgett att leasetagaren fick förfoga över egendomen före dess att han erlagt full betalning. HD ansåg att så var fallet eftersom leasetagaren vid konkursutbrottet inte hade gjort bruk av sin förfoganderätt.

Strax före återförsäljarens konkurs hade två fordon hämtats för finansiären. Konkursförvaltaren hävdade att objekten skulle ingå i konkursen. Genom ett finansieringsavtal tilläts återförsäljaren i fallet beställa fordon via en importör och samtidigt ansöka om kredit hos en finansiär. Ett leasingförhållande upprättades avseende fordonen genom ett ”demovagnsupplägg med allmänna villkor för leasing” och i den förtryckta blankett som användes framgick att äganderätten tillkom finansiären samt att återförsäljaren åtog sig att inte överlåta objekten vidare. Konkursförvaltaren menade dock att varken ett giltigt leasingavtal eller ägarförbehåll förelåg. Enligt honom levererades alla fordon på samma vis, utan att hänsyn togs till om de var avsedda för demonstration eller skulle utgöra lagervaror, och dessutom såldes objekten vidare utan beaktande av eventuella förbehåll. Finansiären skulle därmed sakna separationsrätt. HD ansåg emellertid att avtalen var bindande. Finansiären hade bibehållen äganderätt och förfogandeförbud ansågs föreligga. Både att förfogandeförbud föreligger och att uthyraren är ägare är enligt HD underförstått vid denna typ av avtal. Dessa villkor behöver därför inte nämnas uttryckligen i avtalet.

Därefter behandlar HD frågan om medgivet förfogande får samma effekt vid leasing som vid kreditförsäljning mot ägande- och återtagandeförbehåll.¹²⁴ I det senare fallet är ju sannolikheten stor att separationsrätten går om intet. Enligt konkursförvaltaren måste följderna bli densamma när en leasetagare har fri förfoganderätt. HD fastslår dock en allmän princip som är tillämplig när någon besitter annans egendom med fri

¹²³ Se Millqvist, Objektsfinansiering med äganderätt som kreditsäkerhet – en något svårfångad rättsfigur med undantagande drag, s. 4.

¹²⁴ Det kan noteras att HD i målet inte prövade frågan om huruvida leasingavtalet egentligen utgjorde ett kreditköp. Sannolikt berodde detta på bristande processföring från konkursboets sida, se NJA 2009 s. 79, på s. 87.

förfoganderätt men utan att han ännu har laga fång till den. HD konstaterar att principen kommer till uttryck i 53 § 1 st. gamla KommL (jfr 23 § i 2009 års lag) och innebär att både ägande- och separationsrätt består, så länge egendomen finns kvar hos den nämnda besittaren. Som exempel nämns bibehållen ägande- och separationsrätt för pantsättaren när panthavaren medgivits fri förfoganderätt över panten (till dess att förfoganderätten utnyttjas). Vidare konstaterar domstolen att rättsprincipen är tillämplig även på leasingavtal. Fram tills dess att förfoganderätten utnyttjas har leasegivaren alltså äganderätten i behåll och rätt att separera objektet i leasetagarens konkurs. Därefter gör HD emellertid det viktiga påpekandet att principen bara gäller för verkliga leasingavtal och följaktligen inte avtal som med beaktande av dess innehåll är att anse som ett kreditköp. Av detta följer att den utvidgade giltigheten inte gäller för återtagandeförbehåll vid exempelvis avbetalningsköp.¹²⁵

3.3 Argument för ett upprätthållande av förfogandeförbudet

3.3.1 Förbehållet inte allvarligt menat om köparen får förfoga över egendomen

Förfogandeförbudet motiverades ursprungligen av Almén med att det krävdes ett uttryckligt äganderättsförbehåll för att säljaren skulle få sakrättsligt skydd och därmed försteg framför köparens övriga borgenärer.¹²⁶ Enligt Almén kunde ett förbehåll inte anses allvarligt menat om säljaren tillät att köparen förfogade över egendomen före betalning. Förfogandet torde ju innebära att äganderätten upphör. Istället måste i detta fall förbehållet fränkännas all verkan, oavsett om köparen faktiskt har använt sin förfoganderätt.¹²⁷ Förfogandeförbudet var alltså ursprungligen en nödvändighet för att uppnå sakrättsligt skydd.

Enligt vad som skall behandlas nedan utsattes Alméns teorier redan tidigt för kritik. Dessutom fastslogs genom rättsfallet NJA 1975 s. 222 att förbehåll kan ha sakrättslig verkan, oavsett om de utformas som äganderätts-, hävnings-, eller

¹²⁵ Domen föranledde Håstad att göra ett tillägg som är av stor betydelse för detta arbete. Tillägget behandlas närmare nedan. Se särskilt under avsnitt 3.4.1.

¹²⁶ Här och i det följande se Almén, s. 408, not 129 sista stycket.

¹²⁷ Alméns påstående avser visserligen fri förfoganderätt gällande bearbetning, men får anses omfatta även övriga former av förfogande som nämns senare i stycket. Se Helander, s. 655, not 255.

återtagandeförbehåll.¹²⁸ Eftersom det alltså inte längre är nödvändigt för säljaren att förbehålla sig just äganderätten är Alméns motivering av förfogandeförbudet inte längre helt tillfredsställande och av förevarande avsnitt kommer framgå att tyngre argument är önskvärda för att idag motivera förfogandeförbudet. Trots detta är Alméns teorier både intressanta och delvis av betydelse för den fortsatta framställningen. Nedan följer därför en mer ingående redogörelse för Alméns resonemang.

En gammal princip i svensk rätt är, att vid köparens dröjsmål med betalning, säljaren inte kan häva köpet ifall varan utlämnats till köparen.¹²⁹ Vidare har i doktrinen hävdats att säljaren saknar såväl obligationsrättsligt som sakrättsligt skydd till egendom som denne låter köparen få i besittning. I enlighet med detta ansåg Almén, att om köparen utlämnade varan utan att kräva någon säkerhet, denne fick anses vara nöjd med köparens personliga betalningsförmåga som skydd för köpeskillingen.¹³⁰ Om säljaren misstagit sig rörande köparens betalningsförmåga borde han då inte kunna göra något anspråk på godset. Säljaren fick istället anses definitivt ha avstått från rätten att hålla godset inne. Dessa ståndpunkter kom till uttryck i förarbetena till 1905 års KöpL där Almén deltog. I förarbetena sägs att åtskilliga svårigheter skulle uppstå ifall säljaren behöll hävningsrätten trots köparens besittning av varan.¹³¹ Det enda sättet för säljaren att behålla hävningsrätten, trots att egendomen kommit i köparens besittning vid tiden för kontraktsbrottet, var enligt Almén att upprätta ett förbehåll.¹³² Resonemanget har ifrågasatts. Exempelvis kan man fråga sig varför risken för konflikter skulle minska bara för att ett förbehåll upprättas.¹³³ Alméns princip kom emellertid att godtas och i svensk rätt infördes genom 1905 års KöpL en möjlighet för säljaren att uppställa ett hävningsförbehåll i 28 § 2 st. I nuvarande lagstiftning återfinns motsvarande regel i 54 § 4 st. KöpL.

¹²⁸ I fallet hade B köpt en bil av A. Vid köparens bristande betalning skulle bilen enligt förbehållet ”falla tillbaka” till säljaren. B sålde senare bilen vidare till C, trots att bilen inte var betald. I målet ansågs inte visat att någon äganderätt förbehållits säljaren, men HD uttalade att det upprättade återtagandeförbehållet skulle ha ”samma verkan mot tredje man som ett äganderättsförbehåll”. C (som inte hade gjort ett godtrosvärvarv) skulle därför betala ersättning för bilen till A.

¹²⁹ Här och i det följande se Persson, s. 71 ff.

¹³⁰ Här och i det följande se Almén, s. 404 f.

¹³¹ Se Förslag till lag om köp och byte af lös egendom, äfvensom till andra dermed sammanhängande författningar, 1903, s. 91 och NJA II 1906 s. 59. Någon närmare förklaring till vad dessa svårigheter skulle bestå i ges inte men enligt Håstad torde avses att ”köparen kan komma att sälja godset vidare, konsumera det eller infoga det i annan egendom.” Se Håstad, Den nya köprätten, 4 uppl., 1998, s. 164.

¹³² Se Almén, s 406.

¹³³ Se Håstad, s. 181. Se även Håstad, Den nya köprätten, s. 164 och Persson, s. 74 f, 414 f.

Bortsett från 28 § 2 st. om ägarförbehåll (och 39 – 41 §§ om stoppningsrätt) var 1905 års KöpL rent obligationsrättslig. Det var dock vid tidpunkten inte självklart att ens nu nämnda lagrum hade sakrättslig effekt och länge kretsade debatten kring just detta.¹³⁴ Ett argument som fördes fram av motståndarna var att det stred mot den vedertagna principen om att panträtt i lös egendom förutsätter att godset finns i borgenärens besittning. Vid ägarförbehåll kunde ju säljaren erhålla en säkerhetsrätt i det sålda objektet trots att han inte hade det i sin besittning. Oviljan bestod följaktligen i att tillerkänna ägarförbehållet en mer fördelaktig ställning än panträdden.¹³⁵ På flera håll hävdades därför i doktrinen att ägarförbehållet var, om inte de facto en slags panträtt, så åtminstone en närstående säkerhetsrätt och att traditionskravet därför måste upprätthållas även i detta fall.¹³⁶ Vidare hävdades också att det stred mot kungörelseförfarandet i LkL att tillerkänna förbehållen sakrättslig effekt.¹³⁷ Även här var frågan varför ägarförbehållet skulle ges en mer privilegierad ställning.

Almén lyckades emellertid undvika kravet på tradition genom att hävda att förbehållet inte alls var besläktat med panträdden. Istället var grunden för säkerhetsrätten att säljaren förbehöll sig äganderätten.¹³⁸ Här skall märkas att Almén gjorde skillnad på åtminstone två olika typer av klausuler.¹³⁹ Genom principen om *lex commissoria* kunde visserligen säljaren förbehålla sig hävningsrätt enligt 1 § och 28 § 2 st. i 1905 års KöpL, men möjligheten att återta egendomen hade då endast obligationsrättslig verkan. För sakrättslig effekt och skydd mot köparens borgenärer krävdes sålunda ett uttryckligt ägarförbehåll, ett så kallat *pactum reservati domini*. Almén gjorde alltså skillnad på å ena sidan ägarförbehåll och å andra sidan återtagandeförbehåll och hävningsförbehåll, där det förra men inte de senare gav säljaren sakrättsligt skydd. Följaktligen var grunden för förbehållets giltighet att säljaren aldrig avstått från sin äganderätt. Därför var också nödvändigt att han förbehöll sig just denna.

¹³⁴ Här och i det följande se Persson, s. 102 ff. Det kan märkas att man, genom att välja formuleringen ”förbehåll om att häva köpet” i lagtexten, undvek att säga något om förbehållets sakrättsliga effekt. Denna behandlades istället huvudsakligen i Alméns kommentar, grundat på det resonemang som följer nedan. Se Persson, s. 415.

¹³⁵ Det kan noteras att vid den aktuella tidpunkten hade traditionsprincipen ännu inte etablerats i svensk rätt. Dock krävdes enligt 10:1 HB tradition för att uppnå sakrättsligt skydd vid pantsättning.

¹³⁶ Se Helander, s. 614.

¹³⁷ Se t.ex. Undén, s. 100, Persson, s. 104 f.

¹³⁸ Se Persson, s. 104 ff, 414 f. Se även Helander, s. 618 f.

¹³⁹ Här och i det följande se Almén, s. 406 ff. Se även Persson, s. 114 f.

För att komma runt problematiken med att skilja de sakrättsliga befogenheterna från de obligationsrättsliga vid ett avtal om köp anförde Almén sin lära om båda parternas villkorliga äganderätt.¹⁴⁰ På detta vis förklarade han varför ett förbehåll i ett köpeavtal ledde till andra rättsverkningar än ett vanligt köpeavtal. Dels förlorade säljaren vid ett vanligt köpeavtal sin obligationsrättsliga hävningsrätt i och med köparens besittning av varan, vilket inte gällde vid köp mot förbehåll. Dels fick köparen vid ett vanligt köpeavtal skydd mot säljarens borgenärer genom avtalet medan vid förbehållsköp, trots köparens villkorade äganderätt, denne inte erhöll något skydd mot säljarens borgenärer. Detta gällde enligt Almén dock endast när ett ägarförbehåll (pactum reservati domini) användes.

Alméns teori hade inflytande också på utformningen av 1915 års AvbetKöpL.¹⁴¹ Även här utgicks från att ägarförbehållen var sakrättsligt giltiga, eftersom säljaren aldrig hade avstått från äganderätten.¹⁴² Enligt Almén var det också här den förbehållna äganderätten i sig som gav förbehållet sakrättsliga effekt.¹⁴³ Om köparen gavs rätt att förfoga över egendomen som om den vore hans egen kunde ju säljaren inte anses bry sig nämnvärt om äganderätten. Följaktligen fanns en strävan efter att ”göra allvar” av äganderättsterminologin. Tanken att ett ägarförbehåll inte är allvarligt menat, om säljaren endast har för avsikt att bereda sig separationsrätt i en eventuell konkurs hos köparen, synes alltså ha varit kopplad till faktumet att det vid rådande tidpunkt krävdes just ett äganderättsförbehåll.¹⁴⁴

Som nämndes inledningsvis ifrågasattes Alméns argument. Exempelvis avfärdade Schmidt konstruktionen med en villkorad äganderätt för parterna.¹⁴⁵ Kritik riktades även mot det sätt på vilket Almén använde äganderättsterminologin. Hessler, som förespråkar en likställning av alla typer av förbehåll, påpekar att ”[i]fråga om säljarens rätt vore väl det bästa, om man slopade äganderättsskylten, vars enda funktion synes vara att skapa dimbildning, och kallade hans rätt för vad den är; en

¹⁴⁰ Här och i det följande se Almén, s. 150 ff, 403 ff. Se även Persson, s. 113 ff, 414 f.

¹⁴¹ Se Lag (1915:219) om avbetalningsköp.

¹⁴² Se NJA II 1915 s. 297 f. Se även Persson, s. 115, Håstad, s. 182.

¹⁴³ Här och det följande se Almén, s. 406 ff. Se även Persson, s. 578 f.

¹⁴⁴ Se Helander, s. 656.

¹⁴⁵ Se Schmidt, s. 102 ff, särskilt s. 108.

sakrättsligt skyddad hävningsrätt”.¹⁴⁶ Vidare gör Hessler gällande att syftet med alla typer av förbehåll torde vara det samma, nämligen att uppnå en mot tredje man gällande återtaganderätt för det fall köparen inte fullföljer sin del av avtalet.¹⁴⁷

Kritiken kan tyckas befogad. Bland annat är det en rimlig tanke att säljaren saknar intresse av att behålla den sålda varan. Vad en säljare eftersträvar med ett förbehåll, idag lika väl som på Alméns tid och oavsett hur detta har formulerats, är istället rimligtvis en säkerhetsrätt med möjlighet att återta det sålda om köparen brister i betalning. Man kan fråga sig om inte detta borde räcka för att förbehållet skall anses vara allvarligt menat. Helander tycks vara av uppfattningen att så är fallet.¹⁴⁸ I annat fall kan ju, som Bergendal uttalar, tyckas att förbehållsklausuler aldrig är allvarligt menade; säljarens avsikt har ju aldrig varit att förbehålla sig äganderätten.¹⁴⁹

Även om Alméns syfte var gott får förfarandet med ett användande av äganderätten som medel för att uppnå säkerhetsrätt sägas vara problematisk. Trots att avsikten uppenbarligen var att äganderättsbegreppet skulle uppfattas rent funktionellt, blir det enligt vad ovan anförts underligt när innebörden av säljarens förbehåll egentligen är något annat. I enlighet med vad Helander påpekar torde det inte vara möjligt att ”helt avfärda spørsmålet som en materiellt betydelslös fråga om terminologi, ty en inadekvat terminologi av detta slag kan erfarenhetsmässigt föranleda misstag i praktiken och t o m påverka bedömningen av materiella rättsfrågor.”¹⁵⁰ Detta måste sägas ha blivit fallet beträffande underkännandet av förbehåll i den nu aktuella situationen. Som nämndes i avsnittets inledning fastslogs dessutom i NJA 1975 s. 222 att även förbehåll om hävnings- och återtaganderätt kan ha sakrättslig verkan. Något krav på att säljaren förbehåller sig äganderätten till det sålda finns alltså inte längre. Därför får principen om att förbehållet inte är allvarligt menat och därmed saknar sakrättslig effekt, om köparen ges rätt att förfoga över egendomen, anses väga mindre

¹⁴⁶ Se Hessler, Om äganderättsförbehåll och återtagandeförbehåll i 1966 års lag om vad som är fast egendom, Nordisk gjenklang, 1969, s. 471.

¹⁴⁷ Se Hessler, Nordisk gjenklang, s. 466. Se även Hessler, s. 192. Senare har även bland andra Helander tagit fasta på detta argument. Se Helander, s. 618, 656. Se även Adlercreutz, Finansieringsformers rättsliga reglering, 2 uppl., 1995, s. 53 f.

¹⁴⁸ Se Helander, s. 656. Se även Fakultetsnämnden i Stockholm, Remissvar till SOU 1988:63, s. 6 f. Jfr Schmidt, s. 197 f.

¹⁴⁹ Se Bergendal, Anmälan av Folke Schmidt, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, SvJT 1939 s. 670, på s. 671 f.

¹⁵⁰ Se Helander, s. 618.

tungt. För att idag motivera förfogandeförbudet krävs därför mer övertygande argument än de som ursprungligen anfördes av Almén.¹⁵¹

3.3.2 Det sakrättsliga systemet i svensk rätt kräver ett förfogandeförbud

Ett annat skäl för behovet av ett förfogandeförbud som bland annat anförts av Håstad, är att det skulle strida mot det sakrättsliga systemet i svensk rätt att medge säljaren sakrättsligt skydd när köparen tillåts förfoga över egendomen.¹⁵² Någon närmare förklaring till på vilket sätt förfoganderätten skulle strida mot systemet ger inte Håstad, men enligt Persson torde avses att förfarandet skulle strida mot exempelvis de regler som gäller för andra säkerhetsrätter.¹⁵³ Persson ifrågasätter emellertid att så nödvändigtvis är fallet. Inledningsvis gör Persson en jämförelse med panträttsinstitutet och konstaterar att uttag i vissa fall kan ske ur panten, ifall panthavaren ger sitt medgivande och utan att panten för den sakens skull mister sin sakrättsliga effekt.¹⁵⁴ Persson liknar detta vid ett förfogande som är tillåtet och som inte medför att borgenären förlorar sin säkerhetsrätt. Vidare görs en jämförelse med företagshypoteket där ju underlaget skall säljas vidare men borgenären alltså har bibehållen säkerhetsrätt. Gällande borgensinstitutet fastslår Persson att varken borgensmannens ansvar eller borgenärens säkerhetsrätt nödvändigtvis påverkas av en eventuell vidareförsäljningsrätt för gäldenären.

Vid kommission påpekas vidare att rätt till vidareförsäljning är naturlig och kommittenten har separationsrätt. Vid finansiell leasing noteras emellertid att huvudregeln torde vara att rätt till vidareförsäljning inte föreligger. Också här verkar dock parterna i vissa fall kunna upprätta en tillåten rätt till vidareförsäljning med sakrättsligt skydd. Till Perssons påstående skall tilläggas att HD i NJA 2009 s. 79 som ovan nämnts fastslog att förfogandemedgivande i ett leasingförhållande inte i sig behöver innebära att leasegivarens separationsrätt går förlorad.¹⁵⁵ Detta gäller till dess att förfoganderätten utnyttjas. Vid deponering torde vidareförsäljningsrätt

¹⁵¹ Se Helander, s. 656 f, 724, SOU 1988:63 s. 82 f. Se även Remissvaret, s. 6.

¹⁵² Se Håstad, s. 189. Liknande tankar föranledde även kommissionslagskommittén, där Håstad förövrigt var ordförande under en tid, att i sitt slutbetänkande avråda från att införa ”det stora steget”. Se SOU 1988:63 s. 91.

¹⁵³ Här och i det följande se Persson, s. 579 f.

¹⁵⁴ Även principen om pignus irregulare torde kunna nämnas. Se t.ex. Undén, s. 173, Håstad, s. 347 f och NJA 2009 s. 79, på s. 87. Dock att situationen inte är helt jämförlig.

¹⁵⁵ Se NJA 2009 s. 79, på s. 86 f.

regelmässigt *inte* föreligga. Dock att möjlighet finns att kringgå denna huvudregel med hjälp av så kallade konsignationsavtal. Enligt Persson är det följaktligen bara vid säkerhetsöverlåtelser och retentionsrätt som det strider mot det sakrättsliga systemet att medge sakrättslig effekt för förbehållsklausulen, trots att köparen givits förfoganderätt.

Utöver Perssons iakttagelser torde följande kunna sägas. Vad Håstad avser med sitt påstående om att förfoganderätt skulle strida mot det sakrättsliga systemet, kan enligt min uppfattning till viss del sägas sammanfalla med den problematik Almén syftade till att undgå genom sitt äganderättsresonemang.¹⁵⁶ Genom äganderättsterminologin lyckades ju Almén till stor del manövrera bort förbehållet från exempelvis jämförelsen med panträttsinstitutet och därmed kravet på tradition. Eftersom Alméns teorier på senare tid, enligt vad ovan anförts, kommit att tillmätas mindre betydelse kan det tyckas logiskt att de sakrättsliga frågorna kring kravet på tradition och publicitet återigen blir aktuella. Resonemanget blir alltså liknande det som ursprungligen fördes i diskussionen kring förbehållens sakrättsliga giltighet. I detta avseende bör dock erinras om vad som tidigare nämnts, nämligen att det huvudsakliga syftet med traditionskravet vid pant, snarare än att göra panträkten synlig för tredje man, är att motverka skentransaktioner och att tvinga pantsättaren till en uppoffring.¹⁵⁷ Eftersom denna problematik inte kan sägas föreligga på samma sätt vid kreditköp mot återtagandeförbehåll kan analogin med panträkten inte anses helt motiverad.

Visserligen utgör kravet på specialitet en viktig sakrättslig princip gällande förbehållsklausulerna, genom den kompensation för bristen på publicitet som kravet bjuder.¹⁵⁸ Att medge säkerhetsrätt till den sålda egendomen fram till dess förfogandet faktiskt äger rum torde dock inte nödvändigtvis inkräkta på detta krav, åtminstone inte dess funktion. Före dess att förfogandet sker är ju egendomen alltjämt identifierbar och i detta avseende hade alltså ett avskaffande av förfogandeförbudet inte behövt strida mot det sakrättsliga systemet.¹⁵⁹ Det är också befogat att fråga sig om inte en ordning utan förfogandeförbud i detta avseende faktiskt hade varit mer förenlig med

¹⁵⁶ Se ovan under avsnitt 3.3.1.

¹⁵⁷ Se ovan under avsnitt 2.3.3. Se även Undén, s. 101.

¹⁵⁸ Se Helander, s. 631, Schmidt, s. 150. Se även ovan under avsnitt 2.4.4.

¹⁵⁹ Jfr Hessler, s. 191. Jfr även vad som sades ovan i not 56.

det sakrättsliga systemet. En sådan reglering hade tvevelsutan ökat förutsägbarheten, som ju utgör en viktig del av sakrätten, i den meningen att behovet av att bedöma huruvida förbehållet förblir giltigt hade minskat.¹⁶⁰

Beträffande det ovan sagda och i kontrast till ett strikt upprätthållande av sakrättsliga principer, har anförts att ett större fokus på förbehållsklausulernas funktion och ändamålsenlighet sannolikt kunde gynna affärlivet och bidra till en mer välfungerande kreditgivning.¹⁶¹ Detta får antas gälla även för övriga säkerhetsrätter. I sammanhanget kan noteras att Håstad förefaller ha reviderat sina åsikter rörande förfogandeförbudet. Detta, tillsammans med flera andra utvecklingstendenser de senaste åren, kan uppfattas som tecken på en eventuell utveckling i svensk rätt. En utveckling som således kan tala för en framtid utan förfogandeförbudet. I det följande avsnittet redogörs för några av dessa utvecklingstendenser.

3.3.3 Tendenser till ett skiftande fokus inom den svenska sakrätten?

I den sakrättsliga debatt som alltså föregick Almén var ett av de argument som anfördes till fördel för att tillerkänna förbehållsklausulerna sakrättslig effekt, något som av vissa ansågs omöjligt, att detta skulle gynna omsättningsintresset och därför var motiverat av samhällsekonomiska skäl.¹⁶² Enligt min mening kan liknande resonemang idag göras gällande vad gäller förfogandeförbudet och frågan är som sagt om inte ett skiftande fokus går att skönja i svensk rätt; från ett strikt upprätthållande av sakrättsliga krav till en mer liberal och omsättningsfrämjande hållning med samhällsekonomiska hänsyn.¹⁶³ Detta skulle i så fall tala för en framtid utan förfogandeförbudet. Som nämndes i arbetets inledning så infördes ju förbehållsklausulerna ursprungligen i svensk rätt för att tillgodose marknadens behov av en ny typ av säkerhet. Sedan dess har de ekonomiska förhållandena och gängse affärsmetoderna i samhället självfallet utvecklats, samtidigt som sakrätten i stora delar bestått oförändrad. Det får därmed anses önskvärt att reglerna anpassas till det

¹⁶⁰ Jfr Persson, s. 689 f. Jfr även den princip som fastslogs av HD i NJA 2009 s. 79. Se ovan under avsnitt 3.2.4. Som närmare skall behandlas nedan har det dock hävdats, att utan förfogandeförbudet, återtagandeförbehållet som säkerhetsrätt ändå skulle bli allt för slumpmässig. Se nedan under avsnitt 3.3.4.

¹⁶¹ Se Persson, s. 688 ff, särskilt s. 696 f. Se även Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 33 f och vidare nedan under avsnitt 3.4.4.

¹⁶² Se t.ex. Agell i SvJT 1965 s. 230.

¹⁶³ Jfr t.ex. Persson, s. 693 ff angående bland annat behovet av en utveckling av de hypotekariska säkerhetsrätterna till fördel för kreditgivningen i ett modernt samhälle.

faktiska behov som finns i näringslivet. Risken är annars att regelverket inverkar negativt och hämmande på affärlivet och samhällsekonomin i stort.¹⁶⁴

En eventuell uppmjukning av kravet på att förbehållet skall avse bestämd egendom kan ses som ett tecken av det ovan nämnda slaget, även om det förefaller råda delade meningar kring om en sådan verkligen har skett.¹⁶⁵ Enligt Persson är det, som ovan framförts, främst inom doktrinen som dessa liberala tankar kring surrogation har gjorts gällande. Även om så skulle vara fallet, och även om en konkret förändring i praxis hade vägt tyngre, så kan en sådan utveckling ändå ses som ett tecken på ett skiftande fokus. Det samma kan sägas beträffande de möjligheter som gjorts gällande till så kallad á conto-betalning för fungibel egendom, som i princip innebär ett avsteg från specialitetsprincipen.¹⁶⁶

Vidare har Håstad som tidigare nämnts till synes ändrat inställning i frågan kring förfogandeförbudet. I sitt tillägg till domen i NJA 2009 s. 79 förespråkar Håstad en reglering som tillåter att förbehållssäljaren ges separationsrätt i varorna, fram till dess att vidareförsäljning sker.¹⁶⁷ Anledningen är bland annat att det skulle öka förutsebarheten och göra rättssystemet mer konsekvent att låta separationsrätten vid kreditförsäljning sammanfalla med separationsrätten till anförtrodd egendom som besittaren har fri förfoganderätt över. Vidare påpekas uttryckligen att ett avskaffande av förfogandeförbudet borde övervägas av lagstiftaren. Vad Håstad uttrycker är uppenbarligen av mer omsättningsfrämjande karaktär än de tankar som tidigare gjorts gällande om att helt underkänna återtagandeförbehåll för vidareförsäljningsvaror.¹⁶⁸

Även principen som fastslogs av HD i NJA 2009 s. 79, som innebar att man godtog leverantörens säkerhetsarrangemang genom att fastslå att förfogandemedgivande inte berövade leasegivaren hans separationsrätt, kan ses som ett steg i nu nämnda riktning. Genom att godkänna avtalskonstruktionen underlättas ju kreditförsäljning via en återförsäljare som saknar kapital. I enlighet med Håstads resonemang vore väl det bästa ifall principen utsträcktes till att även omfatta kreditförsäljning med

¹⁶⁴ Se Persson, s. 37 ff, 698.

¹⁶⁵ Se ovan under avsnitt 2.4.5.

¹⁶⁶ Se vidare nedan under avsnitt 3.4.2.

¹⁶⁷ Se NJA 2009 s. 79, på s. 87 ff. Tillägget behandlas mer utförligt nedan under avsnitt 3.4.1. Se även Håstad, Köprätt, s. 172.

¹⁶⁸ Se ovan under avsnitt 2.6.4.

återtagandeförbehåll. Enligt min mening finns utrymme för detta. Som ovan påpekats torde dessutom inte specialitetsprincipen behöva åsidosättas i de fall separationsrätt medges fram till förfogandetidpunkten. Samtidigt hävdas, enligt vad närmare skall behandlas nedan, från vissa håll att en så pass begränsad utvidgning av förbehållens giltighet inte skulle leda till ökad kreditgivning.

I sammanhanget kan också rättsfallet NJA 2012 s. 419 (Citraönmålet) nämnas. Utgången i målet kan eventuellt tyda på en viss lättnad kring kriterierna vid kommission. Målet rörde frågan om bilar var föremål för ett kommissionsavtal mellan en distributör (C) och en bilhandlare (B). Vid försäljning till tredje man skulle B redovisa ett bestämt pris till C och fick behålla överskottet. B tilläts i vissa fall även göra självinträde. Vid kommission krävs som ovan nämnts att försäljningen sker för annans räkning och HD anförde beträffande rekvisitet att kommittenten skall ha ett verkligt intresse av försäljningen till tredje man. För att ett sådant skall föreligga anfördes vidare att returrätt, returrisk samt resultatintresse (framförallt beträffande försäljningspriset) utgör de väsentligaste kriterierna, även om också andra omständigheter kan spela in. Beträffande returrisken skedde i praktiken inte några retur, istället användes ett slags omdirigeringsystem mellan olika återförsäljare. Trots detta ansågs risken för utebliven försäljning ligga hos C. Beträffande det ekonomiska ansvaret fastslogs att C visserligen inte hade något självständigt intresse i det pris som uppnåddes men i att så många bilar som möjligt såldes. Sammantaget ansågs C sålunda ha ett verkligt intresse av försäljningen till tredje man och enligt HD förelåg ett kommissionsförhållande.

Beträffande ett eventuellt skiftande fokus i svensk rätt skall också nämnas att nedan i kapitel 4 behandlas några av de åtgärder, i form olika av lagmodeller, som vidtagits på internationell nivå i avsikt att underlätta och bidra till ökad harmonisering beträffande förbehållens rättsverkningar i olika länder. Som närmare framgår nedan synes dessa förslag huvudsakligen förespråka mer funktionella och flexibla säkerhetsrätter, uppenbarligen utan att uppställa något reellt förfogandeförbud. Även om detta inte är direkt hänförligt till den inhemska utvecklingen är det självfallet något som kan komma att påverka denna. Som närmare framgår nedan torde flera fördelar kunna uppnås, inte minst inom den gränsöverskridande handeln, om mer likartade rättsföljder för förbehållsklausuler och övriga säkerhetsrätter skapas.

Avslutningsvis kan konstateras, att vid tidpunkten för tillkomsten av detta arbete, regeringen har tillsatt en kommitté för att utreda ett avskaffande av traditionsprincipen.¹⁶⁹ En redogörelse för hur en återgång till avtalsprincipen skulle kunna påverka återtagandeförbehållet och förfogandeförbudet kräver omfattande utrymme och vore i viss mån ett avsteg från syftet med detta arbete. Relevant för förevarande avsnitt är emellertid det faktum att regeringen har efterfrågat en utredning av detta slag. Enligt min uppfattning visar detta på både behovet av, och de eventuella möjligheterna till, förändring av den svenska sakrätten inkluderat återtagandeförbehållet. En mer omsättningsvänlig reglering med viss lättnad kring de sakrättsliga kraven är alltså inte omöjlig i framtiden.

Vid en jämförelse kan också märkas att flera av de synpunkter som förs fram till fördel för ett avskaffande av traditionsprincipen bygger på argument som liknar dem som talar för ett avskaffande av förfogandeförbudet och som behandlas nedan i detta arbete. Bland annat anförs att hänsyn måste tas till den utveckling som skett i handeln, exempelvis genom ökad användning av avbetalningsköp och kommissionsavtal.¹⁷⁰ Det hävdas också att en återgång till avtalsprincipen kan innebära att parterna inte behöver överväga andra krångliga avtalsupplägg.¹⁷¹ Vidare påpekas att förutsättningarna för utrikeshandeln bör beaktas i bedömningen. Det faktum att regleringen ser annorlunda ut i många andra länder är ägnat att komplicera dessa förhållanden.¹⁷² Det kan också noteras att vissa argument *mot* ett avskaffande av traditionsprincipen känns igen. Exempelvis påpekas att det måste beaktas att en återgång till avtalsprincipen kan innebära att värdet på företagshypotek som säkerhet minskar.¹⁷³

En utveckling av det slag som redogjorts för i detta avsnitt är visserligen intressant beträffande förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet. För att närmare kunna bedöma dessa förutsättningar och för att kunna redogöra för de eventuella konsekvenserna av ett avskaffande av rekvisitet, måste dock fler konkreta

¹⁶⁹ Se Dir. 2013:28.

¹⁷⁰ Se Håstads tillägg i NJA 2008 s. 684.

¹⁷¹ Se Dir. 2013:28, s. 4. Gregow, som förespråkar ett avskaffande av traditionsprincipen, anför att avtalsprincipen överlag skulle motverka skentransaktioner. Se Gregow, Avtalsprincipens fördelar, SvJT 2013 s. 1062 ff, särskilt s. 1073. Jfr diskussionen nedan under avsnitt 3.4.1.

¹⁷² Se Dir. 2013:28, s. 3 ff. Se även Mattson, Traditionsprincipen eller avtalsprincipen?, SvJT 2013 s. 1044, på s. 1047 och Håstads tillägg i NJA 2008 s. 684. Jfr diskussionen nedan under avsnitt 4.2.1 och 4.3.1.

¹⁷³ Se Dir. 2013:28, s. 5. Jfr diskussionen nedan under avsnitt 3.3.5.

argument analyseras. I återstoden av detta kapitel skall fokus därför riktas mot de ytterligare argument som framlagts i debatten. Detta görs mot bakgrund av den tidigare belysta problematiken och det idag rådande samhällsliga och ekonomiska klimatet, inkluderat de faktiska behov som finns av en välfungerande kreditmarknad.

3.3.4 Köparens förfoganderätt medför en slumpartad säkerhetsrätt

”Sakrätten avskyr slumpen.”¹⁷⁴ I enlighet med denna devis synes också det främsta skälet till att kommissionslagskommittén i sitt slutbetänkande motsätter sig en utvidgning av förbehållets giltighet vara att säkerhetsrätten annars riskerar bli allt för tillfällig. Enligt kommittén är det istället troligt att en utvidgning av giltigheten skulle urholka företagshypoteket och leda till en mindre effektiv belåning av varulagret.¹⁷⁵ Samtidigt finns det, som skall visas, redan betydande osäkerhetsmoment i dagens utformning av återtagandeförbehållet. Det kan också argumenteras för att det snarare vore bättre för säljaren att få utdelning i den mån egendomen finns kvar hos köparen, än att behöva göra sina anspråk gällande såsom oprioriterad borgenär.

Inledningsvis skall dock konstateras att argumentet, att säkerhetsrätten blir allt för tillfällig eller slumpartad om köparen tillåts förfoga över egendomen med den sakrättsliga giltigheten i behåll, på intet sätt är nytt.¹⁷⁶ Som ett berättigande av förfogandeförbudet hävdas således att det annars blir slumpen som avgör om säljaren får separationsrätt i köparens konkurs eller inte. Om köparen tillåts förfoga över egendomen blir ju effekten att säljaren erhåller separationsrätt, endast om köparen vid konkursen ännu inte har förfogat över denna. Genom att medge förfoganderätt kan säljaren anses ha godtagit risken att hans säkerhet kan sakna underlag. Därmed blir det också svårt för säljaren att på förhand avgöra om han tillhör skaran av borgenärer som får utdelning i konkursen. Det har därför anförts att ett utvidgat återtagandeförbehåll skulle vara av begränsat värde.¹⁷⁷ Enligt kommittén ger nämligen inte leverantörerna, på grund av en så pass slumpmässig säkerhetsrätt, större kredit än de skulle gjort om de saknade säkerhetsrätt över huvud taget.¹⁷⁸ Genom att underkänna förbehållet vid förfoganderätt går också, enligt Schmidt, en större del av

¹⁷⁴ Se Zetterström, s. 66. Jfr även Persson, s. 689.

¹⁷⁵ Se SOU 1988:63 s. 83, 91 f.

¹⁷⁶ Se SOU 1988:63 s. 83 f, Schmidt, s. 204 f, Agell, SvJT 1965 s. 242 f.

¹⁷⁷ Se Agell, SvJT 1965 s. 242, SOU 1988:63 s. 83. Håstad har efter liknande resonemang gjort samma påpekande. Se Håstad, s. 181. Se även Håstad, SvJT 1988 s. 229.

¹⁷⁸ Se SOU 1988:63 s. 83.

gäldenärens egendom just till de oprioriterade borgenärerna. Schmidt anför i detta sammanhang att det är bättre för den enskilde borgenären att alla delar lika såsom oprioriterade borgenärer, än att somliga *ibland* ges separationsrätt.¹⁷⁹

Helander kritiserar de nu nämnda ståndpunkterna.¹⁸⁰ Till att börja med torde det vara tveksamt om en betydande del av gäldenärens egendom verkligen tillfaller de oprioriterade borgenärerna, vilka traditionellt har fått dålig utdelning. Helander pekar som ett skäl till detta, dels på utvidgningen av företagsinteckningsinstitutet och dels på den ökade betydelsen av allmänna förmånsrätter för skatter och löner. Gällande slumpmässigheten anføres vidare att det för den enskilde leverantören måste anses mer fördelaktigt att ibland erhålla separationsrätt i köparens konkurs, låt vara att det kan vara svårt att på förhand bedöma när så är fallet, än att som oprioriterad borgenär sannolikt bli utan utdelning. I flertalet fall kommer ju säljare som inte kan göra återtagandeförbehåll gällande i konkursen inte få någon utdelning alls.

Det är lätt att hålla med Helander i viss grad. De allmänna förmånsrätterna för skatter har visserligen avskaffats men utdelningen till oprioriterade borgenärer är också idag vanligtvis dålig.¹⁸¹ Ett av de huvudsakliga skäl som kommissionslagskommittén annars anförde mot att utvidga återtagandeförbehållets giltighet var just möjligheten att på annan väg stärka leverantörernas ställning.¹⁸² Sedan Helanders avhandling har flera förändringar gjorts inom förmånsrätten, bland annat genom förmånsrättsreformen. Ett av reformens syften var att möjliggöra effektivare kreditgivning till företag och att öka utdelningen till oprioriterade borgenärer.¹⁸³ Någon vidare förbättring verkar dock alltså inte ha skett, trots att bland annat företagshypoteket i dess tidigare form avskaffades och vissa statliga anspråk slopades under reformen.¹⁸⁴ Genom lag (2008:990) om företagshypotek (FHL) återinfördes företagshypoteket igen. Underlaget omfattar idag dessutom hundra procent av

¹⁷⁹ Se Schmidt, s. 204 f.

¹⁸⁰ Här och i det följande se Helander, s. 657 f, 724. Se även Remissvaret, s. 1 ff, 22 ff.

¹⁸¹ Se Welamson och Mellqvist, Konkurs och annan insolvensrätt, 11 uppl., 2013, s. 205. Se även Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, 7 uppl., 2009, s. 149 och Håstad, SvJT 1988 s. 227.

¹⁸² Se SOU 1988:63 s. 92 ff.

¹⁸³ Se Prop. 2002/03:49 s. 1.

¹⁸⁴ En uppföljning av reformens effekter har publicerats av Institutet för tillväxtpolitiska studier. Se Danell, Jernström, Jonsson & Pelli, Förmånsrättsreformen – En utvärdering av reformens konsekvenser för små och medelstora företag, 2007, t.ex. s. 100 ff.

tillgångarna och därmed har hypotekshavarnas ställning åter stärkts. Den är idag kanske till och med starkare än tidigare.¹⁸⁵

Den alltjämt dåliga utdelningen till oprioriterade borgenärer tyder på att den nuvarande utformningen inte fungerar helt tillfredsställande, eftersom man inte i någon vidare utsträckning lyckats åtgärda de brister man ursprungligen avsåg. Vidare får konstateras att Schmidts tanke om att ett underkännande av förbehållen skulle leda till bättre utdelning för oprioriterade borgenärer inte har förverkligats. Någon ”avsevärd del av gäldenärens egendom”¹⁸⁶ tillfaller ju uppenbarligen inte dessa. Vikten av argumenten som ursprungligen framfördes av Schmidt, men som även togs i beaktande av kommissionslagskommittén, kan därför ifrågasättas. Enligt min mening utgör de inte en tillfredsställande motivering till ett upprätthållande av förfogandeförbudet i dagens affärsliv. Det torde i så fall vara förmånligare för leverantörerna att, i enlighet med Helanders resonemang, åtminstone kunna erhålla utdelning ibland.

Utvecklingen i norsk rätt är visserligen värd att notera i sammanhanget.¹⁸⁷ Av § 3-15 2 st. i norska Panteloven (PL) framgår att salgspant inte kan göras gällande i egendom om köparen givits rätt att sälja denna vidare före betalning har erlagts. På samma vis som i svensk rätt behöver något faktiskt förfogande inte ha ägt rum för att förbehållet skall underkännas.¹⁸⁸ Tidigare gjordes emellertid tämligen långtgående undantag, bland annat genom att salgspant i egendom som skulle säljas vidare var giltig om försäljningen var avsedd att ske efter att köparen hade bearbetat eller infogat godset i annan egendom.¹⁸⁹ Reglerna i PL ändrades dock år 1999 och de nu nämnda undantagen upphävdes till stor del. Den huvudsakliga motiveringen till detta var att

¹⁸⁵ Intressant att notera är att när bankernas förmånsrätt genom reformen sänktes till att endast omfatta hälften av företagsinteckningens värde, så minskade och fördyrades kreditgivningen påtagligt för små och medelstora företag. Se Svenskt Näringsliv, Förmånsrättsreformen försvårar kapitalförsörjningen för små företag, 2005. Det skall sägas att Svenskt Näringsliv före reformen varnade för denna tämligen uppenbara effekt, vilken sannolikt också var ett av de huvudsakliga skälen för återgången till den tidigare ordningen. Enligt min mening visar detta dock tydligt på det beroende som i Sverige finns av bankerna för kreditgivning och likaledes på bristen av alternativa kreditvägar, exempelvis genom ett välfungerande återtagandeförbehåll.

¹⁸⁶ Se Schmidt, s. 204.

¹⁸⁷ Den sakrättsliga debatten i Norge tycks huvudsakligen ha kretsat kring samma frågor som här i Sverige, det vill säga kring vem av de olika borgenärerna som är mest skyddsvärd och hur situationen skall förbättras för de oprioriterade borgenärerna. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 289 ff, särskilt s. 291.

¹⁸⁸ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 161.

¹⁸⁹ Undantagen framgick av §§ 3-15 (2), 3-19 och 3-20 PL.

salgspanten blir för osäker på grund av risken att köparen gjort sig av med egendomen när salgspanten görs gällande. Därför ansågs den kreditkapande effekten för denna typ av säkerhet i vidareförsäljningsvaror vara begränsad.¹⁹⁰ Skälet till lagändringen är sålunda i hög grad jämförbart med det nu aktuella argumentet för ett upprätthållande av förfogandeförbudet i svensk rätt.

I anknytning till resonemanget kan dock följande påpekanden göras. Redan med nuvarande utformning råder i vissa fall osäkerhet för leverantören, nämligen på grund av att det på förhand är svårt att avgöra om ett förfogandeförbud skall anses allvarligt menat och risken detta medför för att säljaren får förbehållet underkänt. Att så är fallet blir tydligt exempelvis om man beaktar de kringgåenden av regelverket som sker genom olika avtalskonstruktioner, vilket beskrevs ovan. Värdet av en säkerhetsrätt i återtagandeförbehåll kan därför redan på denna grund ifrågasättas.¹⁹¹ I och med att det i varje enskilt fall måste avgöras om säljaren kan anses ha medgivit förfoganderätt uppstår lätt bevisvärigheter.¹⁹² Det måste anses mindre önskvärt att förbehållens giltighet blir beroende av spekulationer i bedömningen av huruvida förfogandeförbudet varit allvarligt menat eller om avsikten endast varit att skapa en säkerhetsrätt fram till dess att köparen förfogar över egendomen. Bristen på förutsägbarhet visar på behovet av en översyn av förbehållsklausulerna men också säkerhetsrätterna i stort. I slutänden kan med nuvarande utformning ifrågasättas om förfarandet verkligen leder till ett konsekvent och säkert sakrättsligt system.¹⁹³

Genom att avskaffa förfogandeförbudet och medge separationsrätt för säljaren, åtminstone såvida egendomen finns kvar hos köparen, kunde problemen med dessa bedömningar undvikas med en mer användbar säkerhetsrätt som följd.¹⁹⁴ Enligt vad närmare skall behandlas nedan skulle dessutom behovet av krångliga avtalsupplägg minska, samtidigt som ett underlättande av användningen av förbehåll skulle göra det

¹⁹⁰ Se Skoghøy, Panteloven. Kommentarer til lov 8 februar 1980 nr 2. om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett, 2003, s. 323.

¹⁹¹ Se Remissvaret, s. 8. Jfr även SOU 1988:63 s. 78 f. Som bekant behöver ju inte förfogandemedgivandet vara uttryckligt för att ett förbehåll skall underkännas. Dessutom förefaller som tidigare konstaterats råda en presumtion för att återtagandeförbehåll i grossist-detaljstrelationer inte innefattar ett förfogandeförbud. Se ovan under avsnitt 2.6.3 och 2.6.4.

¹⁹² Se Helander, s. 724 f. Jfr även SOU 1988:63 s. 87.

¹⁹³ Se Persson, s. 582, 689. Se även Remissvaret, s. 22.

¹⁹⁴ Se Remissvaret, s. 22. Se även SOU 1988:63 s. 89.

lättare för företag att finansiera varandra, vilket som nämnts kunde gynna kreditmarknaden i stort.

Att ett avskaffande av förfogandeförbudet skulle göra återtagandeförbehållet allt för slumpmässigt kan således ifrågasättas som ett skäl till att behålla regeln, även om argumentet i sig är befogat. Samtidigt bör självfallet de ovannämnda orsakerna till lagändringen i norsk rätt beaktas. Problematiken som uppstod på grund av de delvis utvidgade förbehållen stöder i och för sig teorin om att de positiva effekterna av separationsrätt för säljaren fram till dess att förfogandet sker kan vara begränsade.¹⁹⁵ Enligt min mening utesluter detta dock inte per automatik de positiva effekterna som kan uppnås genom ett avskaffande av förfogandeförbudet. Snarare kan då konstateras att det finns lämpligare vägar att gå. Exempelvis kan nämligen märkas att argumentet om att det blir slumpen som avgör om säljaren erhåller separationsrätt i köparens konkurs, synes utgå från att rätt till säkerhet i surrogat är uteslutet vid en eventuell reform. I annat fall blir ju inte nödvändigtvis det avgörande för säljarens separationsrätt huruvida egendomen finns kvar hos köparen eller ej.

Möjlighet för säljaren att erhålla säkerhet i surrogat finns bland annat i Tyskland, där säljaren vid vidareförsäljning erhåller säkerhet i fordringen på tredje man genom möjligheten att upprätta ett förlängt ägarförbehåll.¹⁹⁶ En särskild typ av förlängt förbehåll är "Vorausabtretungsklausel", där köparen anvisar de rättigheter som uppkommer genom vidareförsäljningen till säljaren. Detta sker genom att fordringar som uppstår mot tredje man genom vidareförsäljningen överlåts till säljaren upp till ett belopp som motsvarar hans fordran. Vidare kan villkor intas i avtalet om att betalningar som görs av tredje man skall uppbäras av köparen för säljarens räkning. På detta vis står säljaren inte vid någon tidpunkt utan säkerhet. När köparen säljer varan övergår säkerheten i egendomen till en säkerhet i medel som inflyter från vidareförsäljningen.

¹⁹⁵ Det bör visserligen märkas att det norska rättssystemet trots allt i vissa fall avviker från det svenska. Därför är kanske de slutsatser som i detta avseende kan dras om de eventuella konsekvenserna av ett avskaffande av förfogandeförbudet i svensk rätt begränsade. Se Persson, s. 712.

¹⁹⁶ Här och i det följande se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 165 f. Även i amerikansk och i viss mån dansk rätt torde denna möjlighet finnas. Se nedan under avsnitt 3.4.4.

Till skillnad från i Sverige intar förbehållsklausulerna en stark ställning i tysk rätt. Samtidigt finns beaktansvärda skillnader mellan rättssystemen. I det aktuella sammanhanget bör till exempel noteras att någon motsvarighet till det svenska företagshypoteket inte existerar i Tyskland.¹⁹⁷ Därmed blir det tämligen starka argument som skall behandlas i nästföljande avsnitt, om att ett avskaffande av förfogandeförbudet riskerar att urholka företagshypoteket, inte särskilt relevant för tysk del. Det kan också märkas att specialitetsprincipen som vi känner den i svensk rätt till viss del har uttunnats i tysk rätt, bland annat just genom att säkerhet i surrogat medges.¹⁹⁸ Som konstaterades ovan torde denna princip alltså vara av betydelse i svensk rätt. Därför kan en utvidgning av förbehållens giltighet till att omfatta även surrogat, med nuvarande regelverk vara problematisk. Åtminstone med en modell likt den tyska.¹⁹⁹ Samtidigt bör, på grund av de eventuella positiva effekterna, dörrarna för att i en framtida svensk reglering medge säkerhet i surrogat tillsvidare hållas öppna.²⁰⁰ Om den bristande specialiteten på något vis kan kompenseras bör förutsättningarna bli annorlunda.²⁰¹

3.3.5 Risk för att företagshypoteket urholkas

Ett annat vanligt förekommande argument till fördel för ett upprätthållande av förfogandeförbudet är att företagshypotekets värde som säkerhet riskerar att försämrans ifall förbudet avskaffas.²⁰² Genom inteckningsbrevet får hypotekshavaren enligt 2 kap 1 § 1 st. FHL säkerhet i näringsidkarens lösa egendom i den mån egendomen hör till den intecknade verksamheten. Motsatsvis gäller att egendom som omfattas av exempelvis återtagandeförbehåll inte ingår i underlaget.²⁰³ Hypotekshavarna kan alltså vanligen, såvida inte köparen är en kommissionär, tillgodoräkna sig värdet av köparens varulager. Vad som hävdas är att om leverantörerna ges rätt att återta

¹⁹⁷ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 21, Håstad, SvJT 1988 s. 226.

¹⁹⁸ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 19, 139.

¹⁹⁹ Vidare kan märkas att problem med kollisioner mellan förbehållen och andra säkerhetsrätter verkar förekomma i tysk rätt. Bland annat synes delade meningar råda kring vilka fordringar som skall ges företräde. Trots att önskemål om en reglering mer lik den tyska har framlagts i Sverige, särskilt från leverantörshåll, anser Persson att ett närmande av det svenska systemet till det tyska inte är rätt väg att gå. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 166 ff, 292. Schmidt framför liknande åsikter. Se Schmidt, s. 205.

²⁰⁰ Jfr Håstad, JT 2002/03 s. 770. Det kan även märkas att flera av de lagmodeller som är produkten av internationella harmoniseringsåtgärder förefaller vara jämförelsevis tillåtande beträffande säkerhet i surrogat. Se vidare nedan under avsnitt 4.4.

²⁰¹ Som skall visas nedan kunde en möjlighet vara att införa någon form av registersystem för säkerhetsrätter. Se nedan under avsnitt 3.5.

²⁰² Se SOU 1988:63 s. 83 f, Persson, s. 705, 710, Helander, s. 725.

²⁰³ Se Håstad, s. 356.

varorna, trots att köparen haft rätt att förfoga över dem före betalning, skulle hypoteksunderlaget minska och följaktligen utgöra en sämre säkerhet. Det är framförallt banker som använder sig av företagshypotek och följderna, har det sagts, kan bli att dessa ser sig tvingade att begränsa sin kreditgivning med resultatet att det blir både svårare och dyrare för företag att erhålla bankkredit.²⁰⁴

En jämförelse kan göras med den tidigare nämnda situationen i tysk rätt där exempelvis detaljister huvudsakligen erhåller finansiering via leverantörerna, bland annat eftersom något företagshypotek inte existerar. Om svenska banker enligt vad ovan anförts ser sig tvingade att begränsa kreditgivningen blir detaljisterna i större utsträckning beroende av finansiering via leverantörerna, vilka visserligen skulle ha bättre möjlighet till kreditgivning genom att förfogandeförbudet avskaffas. Leverantörerna skulle dock i sin tur få ett ökat behov av kredit och då vända sig till bankerna.²⁰⁵ Inte sällan torde leverantörerna kunna ställa bättre säkerhet än detaljisterna, vilket naturligtvis vore positivt för bankernas del. Även om denna lösning vid första anblick synes tilltalande, har för svensk del gjorts gällande att kreditgivning som sker i fler led än i dag skulle fördyra kreditgivningen.²⁰⁶

Mot de ovan nämnda argumenten kan dock följande anföras. Företagshypotek anses ofta vara en svag och sekundär säkerhet.²⁰⁷ Anledningen är framförallt att underlaget skiftar. Till exempel kan egendomen plötsligt försvinna genom att säkerheten upplåts till en annan borgenär. Vad gäller varulagret kan egendomen dessutom säljas vidare med följderna att hypoteksunderlaget minskar i värde.²⁰⁸ För hypotekshavaren råder alltså redan en inte obetydlig osäkerhet. Detta tydliggörs vidare av att banker ofta söker skaffa sig ytterligare säkerhet, bland annat genom panträtt i näringsidkarens fasta egendom eller genom borgen.²⁰⁹ Möjligheten finns visserligen att uppställa en så

²⁰⁴ Se SOU 1988:63 s. 84 f.

²⁰⁵ Jfr Håstad, SvJT 1988 s. 227.

²⁰⁶ Se SOU 1988:63 s. 90 f. Trots att det ur tysk synvinkel kan tyckas fullt rimligt att ge förbehållsklausulerna en så pass stark ställning som gjorts bör sålunda hänsyn tas till skillnaderna mellan det tyska och det svenska rättssystemet.

²⁰⁷ Se SOU 1988:63 s. 85, Remissvaret, s. 8. Se även Lennander, Kredit och säkerhet. Lärobok i krediträtt, 10 uppl., 2011, s. 17. Jfr dock Persson, s. 97, not 291.

²⁰⁸ Märk dock att vissa möjligheter finns för hypotekshavaren att erhålla säkerhet i surrogat i form av exempelvis kundfordringar. Däremot kan noteras att företagshypoteket är efterställt andra säkerhetsrätter vid fördelningen av konkurskostnader. Se 14 kap. 18 § 2 st. KonkL.

²⁰⁹ Se Persson, s. 97, 707. Se även Sacklén, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994 s. 136, på s. 157.

kallad negativklausul men detta torde inte ge kreditgivaren en bättre ställning än den som en creditsäljare som gjort ett återtagandeförbehåll med förfogandeförbud intar.²¹⁰

För bankerna finns alltså alternativa creditsäkringsmetoder, medan så inte är fallet för förbehållssäljarna i den nu aktuella situationen. Vidare bör hänsyn tas till den minskade kreditgivningen från banker till små- och medelstora företag som nämnts ovan. Om bankernas kreditgivning till de aktuella företagen minskar ytterligare finns en uppenbar risk att situationen blir än mer negativ för de dessa företag. Samtidigt är det möjligt att betrakta situationen på ett annat vis. Eftersom situationen för dessa företag vad gäller extern kreditgivning redan är prekär, dels på grund av minskad kredit från banker, dels på grund av förfogandeförbudet som försvårar finansiering via leverantörerna, kanske inte hotet om en potentiellt försämrade kreditgivning från banker skall överdrivas. Åtminstone bör man inte stanna för det.

Istället är det inte orimligt att tänka att ett avskaffande av förfogandeförbudet i själva verket inte bara skulle gynna de utsatta företagen, utan också kunde inverka positivt på kreditmarknaden i stort. Genom att säljare tillåts uppställa ett återtagandeförbehåll som förblir sakrättsligt giltigt även när köparen får sälja egendomen vidare, låt säga fram till att förfogandet sker, ökar möjligheterna för näringsidkare att finansiera varandra samtidigt som bankberoendet minskar. Detta skulle kunna stimulera kreditgivningen också från bankerna, leda till ökad konkurrens om kreditgivningen och i slutänden även medföra lägre kostnader och bättre kreditvillkor generellt.²¹¹

Dessutom har från bankernas sida hävdats att företagshypoteket är en förutsättning för kreditgivning till många företag.²¹² Om bankerna då brister i kreditgivningen, trots att företagshypoteket har återinförts med full effekt, kan det enligt min mening knappast anses helt rimligt att detta argument tillmäts avgörande betydelse.²¹³ Enligt kommissionslagskommittén torde visserligen det totala antalet kreditgivare kunna ökas genom ett avskaffande av förfogandeförbudet. Samtidigt ifrågasätts dock, dels

²¹⁰ Se Persson, s. 707.

²¹¹ Se Håstad's tillägg i NJA 2009 s. 79, på s. 89. Jfr även Håstad, SvJT 1988 s. 228 f och SOU 1988:63 s. 91.

²¹² Se Håstad, JT 2002/03 s. 768.

²¹³ Det bör noteras att den minskade kreditgivningen, som ovan påpekats, åtminstone till viss del torde vara en effekt av den senaste finanskrisen. Vid tiden för kommitténs ställningstagande var förutsättningarna alltså annorlunda.

att det totala kreditbeloppet skulle öka och dels att en ökad kreditgivning från leverantörerna skulle kompensera en eventuellt minskad dito från bankerna.²¹⁴ Återigen bör emellertid de ovan nämnda möjligheterna, att genom ett avskaffande av förfogandeförbudet stimulera den totala kreditgivningen beaktas och således inte bara den från leverantörer genom kreditförsäljning.

3.3.6 Risk för negativ inverkan på konkursinstitutet

Som tidigare redogjorts för var Schmidt av den tanken att det mest fördelaktiga för den enskilde leverantören är ett tillvägagångssätt där alla delar lika (som oprioriterade), snarare än att var och en tar sitt ur gäldenärens konkurs. I enlighet med detta har hävdats att konkursförvaltaren, om förfogandeförbudet inte vore rådande, skulle tvingas vidta åtgärder för att utreda vilken egendom som finns kvar hos köparen vid konkursutbrottet och vad som tillhör respektive leverantör.²¹⁵ Om en enskild leverantör vid flera tillfällen har sålt gods av samma slag och endast en del av detta är betalt måste förvaltaren dessutom utreda huruvida godset som fanns vid konkursutbrottet är hänförligt till ännu ej betalda leveranser.²¹⁶ Frågor av detta slag torde med dagens utformning av förbehållsklausulerna vara av mindre relevans.

Avgörande blir idag istället exempelvis frågan om säljaren kan anses ha givit köparen tillåtelse att förfoga över egendomen före betalning. Som tidigare har påpekats utgör denna bedömning dock ett påtagligt osäkerhetsmoment i sig. En positiv följd av ett avskaffande av förfogandeförbudet kunde därför bli att säljaren alltid skulle ha rätt till godset och att frågan huruvida köparen ägt förfoga över egendomen därmed i princip skulle sakna betydelse.²¹⁷ Systemet skulle därmed bli mer förutsebart. Dessutom kan tyckas att arbetet för förvaltaren att utreda om viss egendom är föremål för ett återtagandeförbehåll med vidareförsäljningsrätt, inte är mer betungande än motsvarande arbete beträffande en ”vanlig” förbehållsklausul idag. I båda fallen torde ju egendomen alltjämt finnas i köparens besittning.²¹⁸

²¹⁴ Se SOU 1988:63 s. 84 f, 91.

²¹⁵ Här och i det följande se Schmidt, s. 205. Se även SOU 1988:63 s. 86 f.

²¹⁶ Angående förbudet mot kopplingsförbehåll se ovan under avsnitt 2.4.6.

²¹⁷ Se SOU 1988:63 s. 89.

²¹⁸ Jfr Persson, s. 708.

Vidare hävdas att den problematik med en reglering utan förfogandeförbud som Schmidt nämner är mindre allvarlig och att den redan förekommer med nuvarande reglering.²¹⁹ Dessutom finns, som skall visas nedan, kanske möjlighet att med hjälp av modern registreringsteknik råda bot på bristande specialitet och tvister kring vad som är den enes eller den andres egendom. Om leverantörer i högre utsträckning tilläts återta förbehållsgods vid köparens konkurs kunde också den kapitalförlust som försäljning i konkurs vanligen innebär undvikas. Leverantörerna skulle då kunna bjuda ut varorna på nytt till marknadsmässigt pris, istället för att varorna säljs till ett betydligt lägre pris av konkursförvaltaren.²²⁰

Samtidigt har emellertid gjorts gällande att en utvidgning av förbehållens giltighet skulle kunna underminera konkursinstitutet i sig.²²¹ Detta förefaller i viss utsträckning ha skett i Norge men enligt Persson torde denna farhåga till stor del vara överdriven.²²² Persson påpekar visserligen att risken för att konkursinstitutet undermineras växte i Norge på grund av de tidigare möjligheterna att stifta olika utvidgade förbehållsklausuler, men också det faktum att både det norska sakrättsliga systemet och landets lagstiftning på insolvensområdet skiljer sig från den svenska torde ha inverkat. De slutsatser som kan dras om de eventuella konsekvenserna i svensk rätt av ett avskaffande av förfogandeförbudet i detta avseende är därför begränsade.

3.4 Argument till fördel för ett avskaffande av förfogandeförbudet

3.4.1 Tvivelaktiga avtalskonstruktioner blir onödiga och rättssystemet mer konsekvent

Ovan under avsnitt 3.2.3 visades på den problematik som uppstår när parterna, på grund av bristen på användbara säkerhetsrätter, begagnar olika invecklade avtalskonstruktioner för att säljaren skall kunna erhålla säkerhetsrätt. I det efterföljande avsnittet refererades även rättsfallet NJA 2009 s. 79. Som konstaterats gjorde HD i fallet det principiellt viktiga påpekandet att bibehållen separationsrätt

²¹⁹ Se Helander, s. 658. Jfr även Persson, s. 90, 142.

²²⁰ Detta torde visserligen i viss mån bero på typen av varor. Det är antagligt att värdet på vissa typer av varor minskar redan genom leveransen till köparen. Dessutom måste återtagandekostnaderna beaktas.

²²¹ Se SOU 1988:63 s. 93, Persson, s. 707 ff.

²²² Här och i det följande se Persson, s. 712.

trots förfogandemedgivande är möjligt vid leasing (och även vid kommission och konsignation) men inte vid återtagandeförbehåll. Håstad, som visserligen inte var skiljaktig i domen, gjorde med anledning av HD:s ställningstagande som nämnts ett tillägg för egen del, vilket är av intresse även i detta sammanhang.

Inledningsvis konstaterar Håstad att fallet visar hur återförsäljning finansieras med avtalskonstruktioner som leder till ”besvärliga gränsdragningar mellan å ena sidan leasing-, kommissions- eller konsignationsavtal och å andra sidan försäljning på kredit med äganderätts- eller återtagandeförbehåll, samt när det är fråga om kreditförsäljning, till besvärliga bedömningar av om ett förfogandeförbud varit allvarligt menat.”²²³ Det påpekas att de aktuella avtalsuppläggen leder till dålig förutsägbarhet och att, vid finansiering av återförsäljning, finansiären borde kunna erhålla säkerhet utan att olika omvägar måste användas. Vidare anförs att ”[e]n tydlig separationsrätt – eller snarare säkerhetsrätt – i varor fram till vidareförsäljningen [...] skulle stimulera till ökad leverantörskredit och därmed till ökad konkurrens om kreditgivningen med lägre kreditkostnader som följd. Rättssystemet skulle också bli konsistent genom att separationsrätten (eller säkerhetsrätten) vid kreditförsäljning skulle sammanfalla med separationsrätten till anförtrodd egendom till vilken besittaren har fri förfoganderätt (53 § första stycket kommissionslagen).”²²⁴ Tillägget avslutas med ett påpekande om att en ändring av den gällande sakrättsliga ogiltighetsregeln borde övervägas av lagstiftaren.

Det är även min uppfattning att omotiverade skillnader i rättsföljder för institut som annars är likartade får anses vara något uppenbart negativt. Som tidigare har betonats är förutsägbarhet något som bör eftersträvas i sakrätten. Avtalskonstruktionerna bidrar tvivelsutan till det motsatta och trots att skälen till att parterna vidtar dessa åtgärder är just att komma runt ett osäkerhetsmoment kvarstår alltså problematiken. Att Håstad har bytt fot i frågan om förfogandeförbudet får därför anses välkommet. Både rättstekniskt och rent praktiskt vore det bästa om återtagandeförbehåll med rätt för köparen att sälja egendomen vidare, i sakrättsligt hänseende likställdes med

²²³ Se NJA 2009 s. 79, på s. 89.

²²⁴ Se NJA 2009 s. 79, på s. 89 f.

kommissions- och leasingavtal.²²⁵ Detta skulle innebära ökad konsekvens och bättre förutsägbarhet. Som Persson påpekar vore det ”[i]stället för att parterna måste anpassa sina transaktioner till en viss av lagstiftningen vald avtalstyp eller säkerhetsrätt, [...] bättre om det förhöll sig tvärtom.”²²⁶

Det kan märkas liknande problematik har förekommit i nordisk rätt överlag. Problemen med att kommission används för att kringgå reglerna för förbehållsklausuler förefaller dock ha minskat i Norge under den tid då de norska reglerna i vissa fall medgav vidareförsäljning med salgspant.²²⁷ För det fall någon hyst tvivel härom, stärker detta ytterligare orsakssambandet mellan förfogandeförbudet och de tvivelaktiga avtalskonstruktionerna, även om norsk rätt numera alltså får anses ha närmat sig svensk rätt genom att säljarens möjligheter att låta köparen förfoga över egendomen har inskränkts.

I tysk rätt, där ju som ovan konstaterats något förfogandeförbud inte råder, torde avtalskonstruktioner likt de nu aktuella inte vara ett problem. Eftersom sakrättsligt giltiga förbehållsklausuler kan upprättas beträffande vidareförsäljningsgods, är en rimlig följd att problemen med att skilja kommission från köp i fast räkning är mindre i tysk rätt än i svensk.²²⁸ Det är svårt att se varför parterna i detta fall skulle vilja upprätta ett kommissionsavtal i situationer där villkoren för ett sådant inte faktiskt föreligger. Även i amerikansk rätt torde problem mellan kommission och förbehållsklausuler vid köp i fast räkning vara sällsynt. Det huvudsakliga skälet är det enhetliga regelsystem som UCC utgör, där de båda avtalstyperna regleras på likartat vis.²²⁹

Genom att i svensk rätt komma till rätta med den bakomliggande problematiken skulle parterna kunna kalla avtalet för vad det verkligen är och behovet av kommissionsupplägg och andra slags konstruktioner med svårbedömd giltighet skulle

²²⁵ Liknande åsikter har framförts bl.a. av Persson. Se Persson, s. 704. Se även Millqvist, *Objektsfinansiering*, s. 4, SOU 1988:63 s. 89 f.

²²⁶ Se Persson, s. 694.

²²⁷ Se Persson, s. 605. Se även Persson, *Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem*, s. 179 f.

²²⁸ Se Persson, *Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem*, s. 184 f. Persson framhåller att även den tyska kommissionslagstiftningen inverkar i detta avseende.

²²⁹ Se Persson, s. 605, 614 och vidare nedan under avsnitt 3.4.4.

minska. Detta talar således för ett avskaffande av förfogandeförbudet.²³⁰ Regleringen som den ser ut idag och den osäkerhet den medför, riskerar annars att inverka negativt på affärlivet. Förutom att kreditgivningen hämmas och leverantörerna utsätts för onödiga risker, kan priset på varorna drivas upp.²³¹ Millqvist konstaterar klarsynt i detta avseende att "[o]säkerheten om vad som skulle bli utfallet i en domstolsprövning i kredittagarens konkurs är påtaglig och onödig. Det borde inte behöva gå ända till prövning i Högsta Domstolen (HD), för att avgöra om en verksam kreditsäkerhet föreligger och vilka rättsverkningar den har."²³²

3.4.2 Å conto-upplägg – en möjlig lösning?

Mot de argument som framfördes i föregående avsnitt har framhållits att det kan finnas ett sätt att få bukt med problemen redan med nuvarande reglering. Genom att parterna använder sig av så kallad å conto-betalning hävdas att säljaren kan skaffa sig säkerhet i vidareförsäljningsgods.²³³ Förfarandet bygger på att köparen i förskott betalar säljaren en summa som motsvarar beräknad eller normal försäljning under exempelvis en vecka, ett så kallat å conto-belopp. Köparen kan sedan sälja vidare varor under förutsättning att å conto-beloppet täcker säljarens fordran avseende varorna. Såvida säljaren inte på annat vis har tillåtit att köparen säljer vidare egendomen torde säljarens separationsrätt vara intakt.

Tillvägagångssättet vållar kanske inte någon större problematik vad gäller egendom som lätt kan identifieras. Om det däremot rör sig om fungibel egendom är risken att förfarandet blir mer invecklat. Kommissionslagskommittén anför dock att å conto-betalning är möjligt även i det senare fallet.²³⁴ Det måste dock vid varje tidpunkt kunna fastställas till vilket specifikt köp det gods som finns kvar hos köparen hör. Detta kan leda till problem. Kommittén ger ett exempel med en köpare som vid flera olika tillfällen men av samma säljare, köpt olja som är av samma slag vid varje köp. I detta fall skulle köparen för att upprätthålla specialitetsprincipen tvingas hålla oljan från de olika köpen separerad. Förfarandet får anses högst omständligt och kommittén föreslår att man istället skall tillåta surrogation mellan de olika köpen, såtillvida lagret

²³⁰ Se SOU 1988:63, s. 89 f. Se även Millqvist, *Objektsfinansiering*, s. 4.

²³¹ Se Persson, s. 42.

²³² Se Millqvist, *Objektsfinansiering*, s. 1.

²³³ Se SOU 1988:63 s. 70 ff. Se även Håstad, s. 191.

²³⁴ Här och i det följande se SOU 1988:63 s. 71 f.

som i nu nämnda fall är helt homogent. För att det skall gå att avgöra till vilket köp en betalning är hänförlig konstaterar kommissionen att parterna istället kan avtala om en först in-först ut-princip, vilken i princip utgör en avvikelse från specialitetsprincipen.

À conto-betalning skulle alltså i teorin kunna vara ett möjligt sätt att beakta och ta tillvara på både omsättningsintresset och borgenärsintresset. Dess tyngd som argument för att bibehålla ett generellt förfogandeförbud kan emellertid ifrågasättas. Godset må visserligen vara avsett för vidareförsäljning och säljaren får en säkerhet i varorna som genom avstämning motsvarar det gods som ännu inte betalats, men någon egentlig möjlighet för köparen att förfoga över godset före betalning finns inte. Köparen betalar ju för varorna som han räknar med att sälja, någon eller några dagar *före* förfogandet sker. Problemet med att köparen inte kan använda de influtna medlen till betalning av de aktuella varorna kvarstår sålunda vid à conto-betalning.

Trots detta vore det självklart positivt om tillvägagångssättet erbjuder ökade möjligheter för säljaren att utöva sin separationsrätt. Detta skulle kunna stimulera kreditgivningen och i viss mån motverka de invecklade avtalskonstruktioner som ovan beskrivits. Det får dock anses ofrånkomligt att dessa à conto-arrangemang i sig kan bli invecklade och dessutom innebär en inte obetydlig administrationsbörda. I enlighet med vad som anfördes ovan rörande kommissionsarrangemangen så är komplicerade avtalsupplägg något som bör undvikas. Detta får anses gälla överlag. Istället bör strävas efter en reglering där vi slipper komplicerade avräkningssystem och där parterna kan benämna avtalet för vad det verkligen är, utan att behöva använda olika omvägar. Det kan därför anses mindre lämpligt att parterna tvingas till avtalsupplägg av à conto-slag.²³⁵

3.4.3 Produktionsfrämjande och rättvist med företräde för den kredit som möjliggjort förvärvet

Ett ytterligare argument till fördel för ett avskaffande av förfogandeförbudet är att det bör gynna produktionen att prioritera den kredit som möjliggör förvärv av

²³⁵ Fakultetsnämnden i Stockholm anser i sitt remissvar att kommittén genom förslaget på användning av à conto-upplägg har "lämnat ytterligare starka skäl för ett 'öppet' och rakt erkännande av principen, att säkerhetsrätten bör gälla intill dess att förfogande faktiskt sker och detta oavsett hur betalningen är avsedd att inflyta till säljaren." Se Remissvaret, s. 23.

egendomen.²³⁶ Om rekvisitet avskaffades skulle detta kunna motivera leverantörer till att leverera varor på kredit även om köparen har ekonomiska problem, vilket i sin tur skulle underlätta för företagen att klara sig ur situationen. Risken är annars stor att leveranserna till dessa företag upphör. Argumentet kan dock ifrågasättas, eftersom det inte alltid torde ligga något positivt i att gynna företag i ekonomisk kris. Risken är istället att insolvensen i dessa fall fördjupas.²³⁷

Vidare har i diskussionen kring förfogandeförbudet också vissa rättviseaspekter förts fram. Bland annat kan det tyckas oskäligt att en leverantör som precis före köparens konkurs levererat varor, förlorar sin rätt till egendomen till förmån för andra borgenärer och följaktligen att det vore rimligt att prioritera den kredit som möjliggjort förvärvet av godset.²³⁸ Helander nämner den amerikanska regleringen i art. 9 UCC, där leverantörens säkerhetsrätt prioriteras i förhållande till den amerikanska motsvarigheten till företagshypotekshavare.²³⁹ Här har man sålunda ansett att det finns anledning att prioritera den kredit som möjliggjort förvärvet och genom vilken gäldenären tillförts nya värden av identifierbart slag.

Ur ett rent rättsekoniskt perspektiv kan det tyckas mest rimligt att ge de borgenärer med sämst möjligheter att övervaka gäldenären möjlighet till säkerhetsrätt.²⁴⁰ Till förbehållssäljarnas fördel talar således att det generellt sett bör vara lättare för hypotekshavarna (läs: bankerna) att bevaka en presumtiv kredittagares ekonomiska status och bedöma eventuella risker. Med dagens moderna datorteknik får visserligen information om företags ekonomiska ställning anses vara förhållandevis lättillgänglig för den som önskar ta del av sådan. Från bankernas sida har dessutom framförts åsikter om att leverantörerna, istället för att förbehållsklausulerna utvidgas, borde tvingas göra bättre riskbedömningar innan de levererar varor.²⁴¹ Det ligger dock nära till hands att anta att bankerna, på grund av sin expertis och sina resurser, bättre kan

²³⁶ Här och i det följande se SOU 1988:63 s. 87 ff.

²³⁷ Kommittén erinrar också i sammanhanget om de argument som ovan redogjorts för, dels att de utvidgade förbehållen kanske inte alls blir produktionsfrämjande på grund av slumpmässigheten och dels att företagshypotekets värde som säkerhet minskar. Det är rimligt att tro, att vid leverans till ett företag på fallrepet, leverantören anser det särskilt viktigt att erhålla en effektiv säkerhet.

²³⁸ Se Persson, s. 702 f, SOU 1988:63 s. 87 f.

²³⁹ Se Helander, s. 726 och vidare nedan under avsnitt 3.4.4.

²⁴⁰ Se Håstad, JT 2002/03 s. 769.

²⁴¹ Se Persson, s. 36 och där vidare hänvisning.

göra dessa bedömningar.²⁴² Effektiviteten i ett sådant förfarande kan därför ifrågasättas. I rättviseresonemanget bör också erinras om bankernas möjligheter att säkra sin fordran på annat vis, vilket kan jämföras med bristen på tillgängliga säkerhetsrätter för förbehållssäljarna.

Mot det faktum att det är rimligt och rättvist att prioritera förbehållssäljarna kan slutligen anföras att det vid en konkurs sannolikt finns åtskilliga kreditgivare som möjliggjort förvärv, men som trots det bara erhåller en oprioriterad fordran i konkursen. I detta hänseende kan det anses befogat att jämställa en förbehållssäljare som medgivit förfoganderätt med ”vanliga” kreditgivare.²⁴³ En jämförelse kan också göras med en köpare som betalar i förskott men vid säljarens konkurs ännu inte fått godset i sin besittning. Denne erhåller endast en oprioriterad fordran i säljarens konkurs. Frågan är dock hur adekvat denna jämförelse är. Till stöd för motsatsen kan anföras att det visserligen ligger ”i de sakrättsliga reglernas natur att medföra förluster för dem som inte iakttagit nödvändiga formaliteter och åtgärder för att tillskapa sakrättslig skydd. Men ett sådant resonemang kan inte tas till intäkt för att uppställa så stränga regler för att åstadkomma ett sådant skydd att sådana parter som har ett berättigat behov av skyddet förlorar sin egendom till sådana som strängt taget efter en allmän värdering inte är lika förtjänta av egendomen.”²⁴⁴

3.4.4 Fokus på återtagandeförbehållets funktion

Ovan under avsnitt 3.3.2 påpekades att positiva effekter sannolikt hade kunnat uppnås i affärslivet ifall större fokus lades på förbehållens (och även andra säkerhetsrätters) funktion, snarare än på ett strikt upprätthållande av sakrättsliga principer. I sammanhanget ovan beskrevs dessutom några eventuella utvecklingstendenser som skulle kunna tyda på ett skiftande fokus i svensk rätt. Av vad som därefter redogjorts för i detta arbete kan konstateras att återtagandeförbehållets ursprungliga funktion, att skapa tillgång till kredit och möjliggöra för näringsidkare att finansiera varandra, idag i vissa fall inte upprätthålls. Detta, samt den jämförelsevis svaga ställning svenska

²⁴² Jfr dock SOU 1988:63 s. 88. Där hävdas att banken ofta är den som sist får reda på att ett bolag har ekonomiska problem. Under den hearing som utfördes av kommittén framfördes nämligen från bankernas sida att företagen ofta strävar efter att framstå som solventa inför sin bankförbindelse.

²⁴³ Se SOU 1988:63 s. 88.

²⁴⁴ Se Remissvaret, s. 9. Att leverantörerna i fallet är mer ”förtjänta” av egendomen motiveras av Fakultetsnämnden med att den förmögenhetsökning som inträffar hos konkursgäldenären skett genom tillförseln av varor från leverantörerna.

leverantörer intar vid en köpares konkurs, kan illustreras ytterligare genom en jämförelse med dansk rätt. Där har lagstiftaren, just i syfte att underlätta för företag att finansiera varandra, infört en möjlighet till så kallad kreditkonsignation.²⁴⁵

Genom kreditkonsignationsinstitutet tillåts köparen disponera över egendomen, exempelvis genom vidareförsäljning, men trots detta förblir förbehållet giltigt fram till dess att förfogandet sker. Köparen måste dock betala strax efter dispositionen och en rad ytterligare villkor måste vara uppfyllda för att konsignation skall anses föreligga.²⁴⁶ Trots detta förefaller betalning även relativt lång tid efter vidareförsäljning ha godtagits i praxis. I vissa branscher anses förbehållet giltigt, trots att avräkning bara sker en gång per år.²⁴⁷ För att uppnå fullgod säkerhet för säljaren medger man vidare, förutsatt att övriga villkor är uppfyllda, att parterna avtalar om att uppkomna fordringar på tredje man skall tillkomma säljaren. I konsekvens med detta kan säljaren även erhålla separationsrätt till medel som inflyter från köparens vidareförsäljning, givet att dessa hålls åtskilda.²⁴⁸

Något förfogandeförbud likt det svenska råder följaktligen inte i dansk rätt.²⁴⁹ Genom reglerna om konsignation har man istället skapat en säkerhetsrätt som tar tillvara på näringslivets behov, utan att för den sakens skull göra avsteg från den för sakrätten så viktiga systematiken. Som Illum framhåller har man genom kravet på att betalningen skall vara knuten till vidareförsäljningen åstadkommit en välfungerande säkerhet i återtagandeförbehållet, samt en kompensation för köparens fria förfoganderätt, vilken

²⁴⁵ Här och i det följande se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 160. För att ett återtagandeförbehåll skall vara sakrättsligt giltigt enligt dansk rätt krävs annars i princip samma ursprungliga förutsättningar som i svensk rätt, vilket framgår av 10 kap 34 § KAL. Enligt huvudregeln förlorar därför ett förbehåll sin sakrättsliga verkan om köparen tillåts sälja egendomen vidare före dess att den är betald.

²⁴⁶ Se Håstad, s. 190. Se även Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 160, not 1100. Till skillnad mot i kommissionsfallet sker försäljningen vid kreditkonsignation för köparens egen räkning och ett villkor som brukar tillmätas stor vikt vid bedömningen av om ett konsignationsavtal föreligger är hur avräkningen sker mellan parterna. När betalningstiden är avhängig vidareförsäljningen brukar separationsrätt medges. Se SOU 1988:63 s. 73, Illum, Dansk tingsret, 3 uppl., 1976, s. 258 ff.

²⁴⁷ Se SOU 1988:63 s. 73. Kommittén hänvisar dock inte till någon konkret rättspraxis.

²⁴⁸ Se SOU 1988:63 s. 74.

²⁴⁹ Det kan märkas att i svensk rätt underkändes genom RH 1986:60 ett upplägg som sannolikt hade inneburit separationsrätt enligt reglerna om dansk kreditkonsignation. Åtminstone sedan NJA 2009 s. 79 skall dock noteras att, förutsatt att de svenska reglerna för ett konsignationsavtal är uppfyllda, bibehållen separationsrätt (fram till förfogandet) trots förfogandemedgivande torde vara möjligt. Se Håstads tillägg i NJA 2009 s. 79, särskilt på s. 89. Dock att det självfallet måste röra sig om ett verkligt konsignationsavtal.

annars strider mot de allmänna principerna för säkerhetsrätter.²⁵⁰ Trots att bakgrunden till den danska regleringen uppenbarligen bygger på spørsmål som är aktuella även i Sverige har man alltså valt att prioritera andra intressen än vad den svenska lagstiftaren gjort.²⁵¹ Följden blir att köparens behov av rörelsekapital minskar och att möjligheterna för företag att finansiera varandra blir bättre.²⁵² Dessutom ökar förutsättningarna för leverantörer att erhålla utdelning vid köparens konkurs. I enlighet med vad som har anförts i detta arbete vore dessa effekter positiva också för svensk rätts del.

I en diskussion om att ta tillvara säkerhetsrätternas funktion bör även den amerikanska regleringen i Art. 9 UCC²⁵³ nämnas.²⁵⁴ Speciellt för regleringen är att de obligations- och sakrättsliga reglerna för samtliga säkerhetsrätter i princip är likartade. Hur mellanhavandet benämns av parterna spelar därför ingen roll. Genom att begagna sig av ett enhetligt säkerhetsbegrepp har man lyckats undvika de problem som begreppet ”title” länge innebar, både i amerikansk och engelsk rätt och som kan jämföras med den ovan beskrivna problematik som förekommit gällande äganderättsterminologin i svensk rätt.²⁵⁵ Enligt lagregeln tillfaller den faktiska äganderätten till egendomen köparen, medan förbehållssäljaren erhåller ”security interest” i egendomen. Var parterna väljer att placera äganderätten är således oväsentligt.²⁵⁶

²⁵⁰ Se Illum, s. 264. Jfr även Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 291 och avsnitt 3.3.2 ovan.

²⁵¹ Den danska regleringen påminner om det ”lilla steget”, som kommissionslagskommittén behandlade i sitt slutbetänkande. Även om kommittén konstaterade flera fördelar med regleringen ansåg man att den inte borde antas, på grund av de rättstekniska svårigheter och tillämpningsproblem den medför. Kommittén menar också att rättsläget i Danmark blivit osäkert på grund av reglerna, något som avspeglas i rättspraxis. Se SOU 1988:63 s. 79 ff, 94. Huvudsakligen verkar det vara kring förutsättningarna för när ett giltigt konsignationsavtal föreligger som oenighet råder. Se t.ex. Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 291.

²⁵² Följaktligen borde den danska regleringen i detta hänseende utgöra ett bättre alternativ än t.ex. de á conto-upplägg som beskrevs ovan under avsnitt 3.4.2.

²⁵³ Se UCC Article 9 – Secured transactions, 2010.

²⁵⁴ Här och i det följande se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 27 ff. UCC utgör en federal ramlag och sålunda en gemensam lagstiftning som gäller för samtliga stater. Det kan märkas att Louisiana ursprungligen valde att inte införa UCC men senare efter vissa modifikationer har accepterat lagen genom att införa art. 1, 3, 4, 5 samt 7 – 9 UCC. Anledningen till att man ursprungligen avstod var att det ansågs för komplicerat att införliva UCC med den rättsordning som existerar i Louisiana, vilken till skillnad från övriga staters rättsordningar bygger på romerskrättslig grund. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 29, 294.

²⁵⁵ Se Helander, s. 88 f. Se även ovan, särskilt under avsnitt 3.3.1.

²⁵⁶ Se UCC § 9-202.

Genom reglerna i art. 9 UCC har man i amerikansk rätt intagit ett mer funktionellt synsätt på säkerhetsrätterna än det svenska (och europeiska) synsätt, som snarare är begreppsindelad. Likt situationen i tysk rätt finns i amerikansk rätt möjlighet att upprätta förlängda och utsträckta förbehåll. Något förfogandeförbud råder följaktligen inte. Istället framgår av § 9-205 att förbehållet förblir obligationsrättsligt giltigt även för det fall köparen äger använda, sammanblanda eller sälja egendomen vidare.²⁵⁷ Förbehållets sakrättsliga verkningar regleras för vidareförsäljningsfall i § 9-315 UCC. Borgenären kan göra anspråk på surrogat, så kallade ”proceeds”, men som huvudregel krävs att detta kan identifieras. Följaktligen kan säljaren erhålla sakrättsligt skydd exempelvis i försäljningsintäkterna ifall köparen säljer egendomen vidare.

Genom Art. 9 UCC har man lyckats skapa en reglering som inte bara leder till starkare förbehållsklausuler, utan också ger ett mer förutsebart system av säkerhetsrätter överlag.²⁵⁸ Som nämndes ovan har man undvikit att centrera förbehållsklausulerna kring äganderättsbegreppet, till fördel för ett mer funktionellt synsätt. På grund av att den amerikanska regleringen i stora delar fungerar tämligen väl, har åsikter förts fram om att art. 9 UCC kunde tjäna som förebild för en ny svensk reglering.²⁵⁹ Givetvis skall beaktas att betydande skillnader råder mellan det svenska och det amerikanska rättssystemen, inte minst eftersom det senare bygger på common law. Det faktum att även Louisiana, vars rättsordning huvudsakligen inte är baserad på common law, antagit reglerna i UCC talar dock för att det inte vore en omöjlighet att införa ett liknande system i ett rättssystem baserat på civil law.

I min mening råder därför ingen större tvekan om att UCC skulle kunna utgöra en inspirationskälla, antingen för en framtida svensk reglering eller en gemensam EU-rättslig sådan. Som tidigare visats i detta arbete har återtagandeförbehållet i svensk rätt erhållit en sämre ställning än andra säkerhetsrätter, något som kan bero på den tidigare starka kopplingen till äganderättsbegreppet och ett fokus på form snarare än

²⁵⁷ Här och i det följande se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 177 ff. Det kan märkas att giltigheten upprätthålls även om köparen förfogar över influtna medel eller om han underlåter att hålla dessa avskilda. Inte heller krävs att köparen förfogat över egendomen mot säljarens vilja för att rätt till säkerhet i surrogat skall medges. För rätt till säkerhet i försäljningsintäkterna måste parterna dock ha avtalat om detta.

²⁵⁸ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 294.

²⁵⁹ Se t.ex. Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 33 f, 294, Helander, s. 679 ff.

funktion. Detsamma torde gälla för ordningen i flera andra europeiska stater.²⁶⁰ I amerikansk rätt har man kommit till rätta med ovannämnda problem genom att skapa ett enhetligt säkerhetsbegrepp. Men man har även lyckats skapat ett enhetligt regelsystem, något som ju fattas svensk rätt och som bidrar till oreda, dels vad gäller säkerhetsrätterna men också för sakrätten i stort. Samtidigt måste noteras att det finns en faktor som i hög grad bidragit till den framgång som UCC inneburit i amerikansk rätt. För samtliga säkerhetsrätter gäller nämligen som sakrättsligt moment, utöver tradition, registrering i ett offentligt register. Frågan är om detta vore en möjlig väg att gå även i svensk rätt.

3.5 Registreringsförfarande – en möjlig helhetslösning?

På flera håll i doktrinen har åsikter framförts rörande behovet av att införa ett registersystem för säkerhetsrätter.²⁶¹ Möjligheten att införa ett sådant system har visserligen ofta anförts som ett medel för att komma till rätta med den problematik som överlag förekommer inom sakrätten. Diskussionen är dock utan tvekan av betydelse också för förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet, samt de eventuella konsekvenser detta hade medfört. Eftersom möjligheterna till ett införande av ett registersystem i svensk rätt påverkar delar av den argumentation som behandlats ovan och även har kopplingar till nästföljande kapitel, behandlas diskussionen samlad här i ett avslutande avsnitt.

Som vid flera tillfällen blivit tydligt ovan har i huvudsak de argument som framförts kretsat kring möjligheterna att medge separationsrätt fram till dess ett eventuellt förfogande sker från köparens sida. Ovan konstaterades att detta i sakrättsligt hänseende inte bör vålla någon större dramatik. Så länge förbehållet är giltigt finns ju egendomen alltjämt i köparens besittning och går att urskilja. Något avsteg från specialitetsprincipen bör därför inte vara nödvändigt. Det faktum att äganderättsterminologin i princip har övergivits styrker påståendet om förenligheten med det sakrättsliga systemet ytterligare. En sådan utvidgning av förbehållsklausulernas sakrättsliga verkan hade varit positiv genom den ökade möjligheten för leverantörerna att uppställa giltiga förbehåll. Samtidigt har, som ovan

²⁶⁰ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 34.

²⁶¹ Se t.ex. Persson, s. 714 f. Se även Helander, s. 54 f, 617 och Håstad, JT 2002/03 s. 771.

anförts, gjorts gällande att de positiva effekterna av en sådan åtgärd kan vara begränsade.²⁶²

Förutsättningarna för att gå ett steg längre, och exempelvis medge säljaren separationsrätt även till surrogat, är som konstaterats emellertid inte lika goda i svensk rätt idag. Ett sådant förfarande torde ju strida mot de sakrättsliga principerna i svensk rätt, eftersom specialitetsprincipen måste frångås. Dessutom finns ingen skyldighet för köparen att redovisa resultatet av försäljningen till säljaren.²⁶³ Eftersom förbehållsklausulerna i övrigt saknar sakrättsligt moment fyller principen som tidigare fastslagits en viktig funktion genom att hålla säkerhetsrätten inom bestämda gränser och minska risken för tvister. Det är i detta sammanhang registreringsförfarandet blir intressant. En förutsättning för att kunna medge säljaren säkerhet i surrogat är ju att bristen på specialitet på något vis kompenseras. En möjlig lösning vore då att införa ett registersystem med krav på registrering, likt det som finns för exempelvis företagshypotek eller i LkL.²⁶⁴ Själva registreringen utgör då sakrättsligt moment. På detta vis kunde de bakomliggande skälen, både till kravet på specialitet för återtagandeförbehåll och övriga sakrättsliga moment för andra säkerhetsrätter, tillgodoses. Ett registersystem för samtliga säkerhetsrätter, anför det, skulle genom att bidra till ökad konsekvens och systematik i systemet minska den osäkerhet som råder, bland annat på grund av bristen på uttrycklig lagstiftning på området.²⁶⁵ Därmed skulle också risken för konflikter mellan borgenärer minska.

Persson påpekar att användandet av hypotekariska säkerhetsrätter sannolikt kommer öka i framtiden och även kommer omfatta exempelvis framtida skulder.²⁶⁶ Omvänt innebär det att säkerhetsrätter som kräver att egendomen överlämnas till borgenären minskar i betydelse. Samtidigt som detta kommer innebära större krav på att borgenären kan identifiera egendomen blir det också svårare för honom att uppfylla specialitetsprincipen. Bristande publicitet för dessa säkerhetsrätter innebär vidare att tredje man får svårt att bedöma huruvida egendomen sedan tidigare är belastad med säkerhetsrätt. Persson nämner även behovet av att kunna använda alla typer av

²⁶² Se ovan, särskilt under avsnitt 3.3.4.

²⁶³ Se SOU 1988:63 s. 81 och jfr vad som gäller när ett kommissionsförhållande föreligger.

²⁶⁴ Se Persson, s. 91.

²⁶⁵ Se Persson, s. 689 f.

²⁶⁶ Här och i det följande se Persson, s. 693 f.

egendom i gäldenärens besittning som säkerhet, utan att han skall tvingas avsäga sig rätten att förfoga över tillgången (exempelvis genom vidareförsäljning). Kreditsäkerheterna bör alltså vara så flexibla som möjligt för att kunna användas av alla slags företag och för olika typer av transaktioner.

Vad Persson förespråkar är egentligen ett nytt moderniserat sakrättsligt system i svensk rätt, där säkerhetsrätternas funktion är central, snarare än dess form.²⁶⁷ Som ovan påpekats kan en sådan utveckling anses vara önskvärd. Säkerhetsrätternas huvudsakliga funktion torde ju vara att underlätta näringsidkares finansiering och bidra till goda kreditgivningsmöjligheter. Redan tidigt i arbetet konstaterades att det måste vara just detta som är avsikten även med ett återtagandeförbehåll.²⁶⁸ Möjligheten att erhålla säkerhet i surrogat vore således attraktiv både för leverantörerna och för köparna. Eftersom förbehållet skulle vara giltigt även efter att förfogandet ägt rum skulle köparen av förbehållsegendomen kunna betala denna genom medel som inflyter från vidareförsäljningen, utan att säljaren vid någon tidpunkt behöver stå utan säkerhet. Därmed skulle kravet på detaljisters och andra kreditköpares rörelsekapital minska samtidigt som de nya värden som skapas genom vidareförsäljningen tas till vara, vilket ökar leverantörens chanser att få betalt. Dessutom skulle argumentet om att leverantörens säkerhetsrätt blir slumpmässig i princip bli ointressant, eftersom säkerhetsrätten skulle vara giltig även efter ett eventuellt förfogande.²⁶⁹

Om samtliga säkerhetsrätter inordnades under systemet skulle vidare exempelvis hypotekshavarnas kreditbedömningar underlättas, bland annat genom att det blir lättare att undersöka om varulagret omfattas av återtagandeförbehåll. Med ett välfungerande registreringsystem hade därför en eventuell utvidgning av återtagandeförbehållet kunnat göras, utan att företagshypoteket riskerade urholkas som säkerhet.²⁷⁰ Eftersom publicitetskravet får anses väl uppfyllt genom registrering tillgodoses dessutom på ett smidigt vis tredje mans intressen.

²⁶⁷ Se Persson, s. 688, 696.

²⁶⁸ Se ovan under avsnitt 3.3.1.

²⁶⁹ Jfr resonemanget ovan under avsnitt 3.3.4. I sammanhanget kan även nämnas att man i norsk rätt diskuterat möjligheterna att införa ett registreringsystem. Anledningen torde vara just att liknande argument beträffande slumpmässiga säkerhetsrätter gjorts gällande även i Norge. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 291 och ovan nämnda avsnitt.

²⁷⁰ Jfr resonemanget ovan under avsnitt 3.3.5.

Med ett registersystem på plats är det också möjligt att i ett senare skede, om det anses lämpligt, möjliggöra för så kallade förlängda eller utvidgade förbehåll där köparen tillåts vidareöverlåta egendomen med säljarens förbehåll intakt.²⁷¹ Det skulle även finnas möjlighet att koppla samman ett svenskt register med ett framtida europeiskt eller till och med världsomspännande register, vilket skulle underlätta det gränsöverskridande användandet av förbehållsklausuler.²⁷² Vidare får märkas att metoden med ett registreringsförfarande uppenbarligen har fallit väl ut i amerikansk rätt. Detta blir tydligt inte minst genom det faktum att UCC utgjort en förebild vid framtagandet av flera internationella lagmodeller beträffande säkerhetsrätter, något som behandlas närmare i nästföljande kapitel.

Avslutningsvis skall sägas att en förändring av nu nämnda slag av förståeliga skäl inte är något litet projekt och en modernisering av säkerhetsrätterna skulle troligen behöva ske genom ny lag.²⁷³ Här skall dock erinras om den ovannämnda utredning som i skrivande stund pågår rörande en återgång till avtalsprincipen i svensk rätt. Skulle traditionsprincipen avskaffas behövs rimligen ett alternativt sakrättsligt moment och ett registreringsförfarande skulle då vara en möjlighet.²⁷⁴ Därtill får förutsättningarna för att i praktiken inrätta ett registreringssystem för säkerhetsrätter anses bättre idag än tidigare, inte minst på grund av den tekniska utvecklingen som skett de senaste decennierna.²⁷⁵ Modern datorteknik och utbredd internetanvändning talar således för ett effektivt och lättillgängligt system. Som skall visas i nästföljande kapitel finns dessutom, utöver det amerikanska systemet, flera inspirationskällor tillgängliga för svensk del i form av lagmodeller som upprättats av internationella organisationer.

3.6 Sammanfattande kommentarer

Ovan har det faktum belysts att svenska leverantörer, i synnerhet av vidareförsäljningsvaror, intar en jämförelsevis svag position vid köparens obestånd. Detta

²⁷¹ Ett sådant förfarande är som ovan konstaterats möjligt i exempelvis tysk rätt. Se ovan under avsnitt 2.6.5.

²⁷² Detta ämne behandlas närmare i kapitel 4 nedan.

²⁷³ Se Persson, s. 697.

²⁷⁴ Under arbetet med denna uppsats har jag varit i kontakt med Henrik Matz, ämnesråd vid Justitiedepartementet och delaktig i nämnda utredning. Matz bekräftar att möjligheten med ett registersystem diskuteras. Det skall dock märkas, att när detta skrivs, utredningen på intet sätt är färdigställd. Några slutsatser kring möjliga utfall kan därför inte dras, vare sig beträffande en återgång till avtalsprincipen eller ett framtida registersystem i svensk rätt.

²⁷⁵ Jfr Persson, s. 714 f.

blir tydligt inte minst vid jämförelser med tysk rätt, men även i exempelvis dansk rätt finns tydliga skillnader. Samtidigt måste hänsyn tas till den normativa miljön där dessa regler figurerar, samt till det faktum att dessa rättsordningar kan medföra andra typer av problem och konflikter. Detta till trots finns anledning att fråga sig huruvida den svaga ställning som svenska leverantörer idag intar är motiverad. I inledningen av kapitlet påpekades att den för arbetet centrala diskussionen i princip bottnar i en avvägning mellan borgenärsintressen och att vad som är ”rätt” eller ”fel” i detta sammanhang är svårt att säga. Att detta alltjämt stämmer har tydliggjorts av de argument som behandlats ovan.

Flera i och för sig goda argument har förts fram för ett upprätthållande av förfogandeförbudet i svensk rätt. Samtidigt kan vikten av dessa i flera fall ifrågasättas med beaktande av idag rådande samhälleliga och ekonomiska realiteter. Det påtagliga gynnandet av företagshypotekshavare förefaller idag mindre befogat och det faktum att man inte lyckats förbättra situationen för oprioriterade borgenärer talar för att en annorlunda ordning vore önskvärd. Det kan också märkas att argumenten för ett avskaffande av förfogandeförbudet i sig inte är nya. Samtidigt kan hävdas att problemen med dagens utformning av återtagandeförbehållet ökat ytterligare, bland annat på grund av minskad kreditgivningsvilja från banker till små och medelstora företag. Detta måste beaktas. I detta sammanhang skall även nämnas att de åtgärder som kommissionslagskommittén föreslog, istället för ett utvidgande av förbehållens giltighet, uppenbarligen inte har fått avsedd effekt.

Det finns således flera goda argument för ett avskaffande av förfogandeförbudet som huvudsakligen bygger på ett mer förutsägbart system för säkerhetsrätter och en bättre fungerande kreditgivning. Att man i vissa andra stater uppenbarligen redan lyckats skapa en reglering som i högre grad uppfyller detta har framkommit genom de utblickande jämförelser som gjorts ovan. Hänsyn bör dock tas till de bakomliggande skälen till att man i norsk rätt valt att inskränka förbehållens räckvidd. Detta styrker i princip argumentet om att separationsrätt trots förfoganderätt kan innebära att säkerheten anses så pass slumpartad att något faktisk ökning i kreditgivningen inte sker. Samtidigt är detta i linje med vad som tidigare framhållits. Separationsrätt fram till dess att förfogandet sker torde kunna medges utan några större ingrepp i svensk lagstiftning. Emellertid kan tänkas att de positiva effekterna av detta blir begränsade.

En mer vittgående utvidgning av förbehållsklausulernas sakrättsliga effekt, exempelvis till att medge separationsrätt till surrogat, torde kräva en mer genomgripande förändring av systemet för att de positiva effekterna skall bli tydliga och för att undvika ännu mer oreda i det sakrättsliga systemet. Införande av ett registersystem kunde då vara en möjlighet.

Det faktum att den tidigare rådande äganderättsterminologin har övergivits får visserligen anses vara ett litet steg mot mer funktionella förbehållsklausuler i svensk rätt. Kvarstår gör emellertid en rent sakrättslig problematik som huvudsakligen bottnar i bristen på sakrättsligt moment vid användande av återtagandeförbehåll. Vissa tendenser torde gå att skönja inom sakrätten, även om dessa är svåra att fastslå med någon större säkerhet. Intressant för förfogandeförbudets framtid vore tvivelsutan en återgång till avtalsprincipen i svensk rätt och likaledes de möjligheter att stärka återtagandeförbehållet som ett registreringsförfarande hade inneburit. En sådan utveckling hade enligt min mening legat rätt i tiden, eftersom större vikt härigenom kunde läggas vid förbehållsklausulernas huvudsakliga och ursprungliga funktion i att skapa effektiv och säker tillgång till kredit. På så vis kunde återtagandeförbehållets viktiga funktion i affärlivet bättre tas tillvara. Dessutom hade man kunnat komma till rätta med de problem som generellt uppkommer genom hypotekariska säkerhetsrätters brist på sakrättsligt moment. Då det finns anledning att tro att användningen av denna typ av säkerhetsrätter kommer öka, kunde detta vara särskilt önskvärt. Ett registersystem hade vidare kunnat motverka flera av de potentiellt negativa effekter som ett avskaffande av förfogandeförbudet kan innebära. Eftersom sakrättsligt skydd genom registrering inte i sig är någon ny företeelse i svensk rätt, torde dessutom förutsättningarna i detta avseende vara goda.

4 Förfogandeförbudet i en internationell kontext

4.1 Inledning

I föregående kapitel diskuterades flertalet argument som framförts i debatten rörande förfogandeförbudet. Gemensamt för dem var att de huvudsakligen innefattade rent nationella spörsmål. Som tidigare har påpekats riskerar emellertid förfogandeförbudet att få effekter även på ett internationellt plan, något som naturligtvis förtjänar

uppmärksamhet i och med dagens utbredda handel mellan stater. Redan i arbetets inledande avsnitt konstaterades att Sverige är en av få stater som uppställer ett reellt krav på förfogandeförbud för att ett återtagandeförbehåll skall vara sakrättsligt giltigt. I föregående kapitel illustrerades den svenska avvikelser ytterligare genom de jämförelser som gjordes med regleringen i vissa främmande stater. Av vad som närmare skall behandlas nedan framgår att både den avvikande svenska regleringen och den rent generella bristen på samordning av olika länders säkerhetsrätter, inte minst inom EU, utgör ett problem och riskerar att verka handelshämmande. Därmed har det även gjorts gällande att den avvikande regleringen kan strida mot EU-rätten.

I detta kapitel diskuteras således förutsättningar för, och eventuella konsekvenser av, ett avskaffande av förfogandeförbudet i en internationell kontext. Inledningsvis ges en närmare beskrivning av de problem som förfogandeförbudet kan leda till i internationellt avseende. Därefter behandlas de argument som med anledning av problematiken förts fram. I och med den svenska avvikande regleringen är argument av rent internationell karaktär som talar för ett upprätthållande av förfogandeförbudet svåra att finna. De argument som behandlas är därför i huvudsak sådana som, med anledning av problematiken, kan göras gällande till fördel för ett avskaffande av rekvisitet. Vidare ges i kapitlet en kommentar till några av de konkreta åtgärder som genom olika lagmodeller har vidtagits både inom och utom EU, i syfte att underlätta för stater att modernisera sin lagstiftning på området och för att motverka diskrepansen i förbehållens rättsverkningar. Avsikten med denna utblick är främst att fördjupa diskussionen kring förutsättningarna för ett avskaffande av förfogandeförbudet. En möjlig väg för svensk del vore ju att hämta inspiration från någon av dessa regleringar, alternativt att anta en sådan reglering att gälla som svensk rätt, förutsatt att de aktuella lagarna gjorts operationella.

4.2 En närmare beskrivning av problematiken

4.2.1 Risk för att den gränsöverskridande handeln hämmas

Handeln med andra länder, både inom och utom EU, är av förståeliga skäl mycket viktig både för svenska företag och för landet i stort.²⁷⁶ Inom EU är dessutom avsikten

²⁷⁶ Här och i det följande se Persson, s. 690 ff.

att upprätthålla en gemensam inre marknad, just för att främja handeln inom unionen.²⁷⁷ För att upprätthålla den inre marknaden strävar man också efter att öka harmoniseringen inom många rättsområden. Till skillnad från andra säkerhetsrätter används återtagandeförbehåll i de flesta länder inom EU och förbehållsklausuler är därför vanligt förekommande i internationella köpeavtal. Både förbehållens utformning och dess rättsverkningar skiljer sig dock åt.²⁷⁸ Även om variationer förekommer så är regleringen i våra nordiska grannländer i detta hänseende visserligen jämförbara med den svenska. Inom övriga EU torde förfogandeförbudet emellertid utgöra en anomali. Utöver de nordiska länderna är det nämligen bara Spanien som uppställer ett förfogandeförbud.²⁷⁹ I övriga länder förblir förbehållet följaktligen giltigt, trots att köparen medgivits förfoganderätt.²⁸⁰ Som har visats ovan är detta fallet i exempelvis Tyskland, en av Sveriges viktigaste handelspartners.²⁸¹

Med en ökande internationell handel och dito kreditgivning blir det tämligen uppenbart att problem uppstår när exempelvis den köp- och krediträttsliga regleringen skiljer sig åt mellan länder. Ett problem som riskerar att uppstå på grund av diskrepansen i förbehållens rättsverkningar är att en förbehållsklausul avsedd för ett visst objekt är sakrättsligt giltig i ett land men upphör att vara det när objektet passerar gränsen till ett annat land.

Ett belysande rättsfall är NJA 1978 s. 593 (mattfallet).²⁸² I fallet hade en tysk säljare och en svensk köpare träffat ett avtal om köp av mattor. Enligt den förbehållsklausul som säljaren ställt upp i avtalet ägde köparen rätt att vidareförsälja mattorna före dess att betalning hade skett. Efter att säljaren levererat mattorna gick köparen i konkurs och tvist uppstod mellan säljaren och konkursboet. Säljaren menade å ena sidan att tysk rätt skulle tillämpas på avtalet och yrkade på separationsrätt i köparens konkurs. Konkursboet hävdade å andra sidan att svensk rätt skulle tillämpas på avtalet och att

²⁷⁷ Se art. 26 p. 1 FEUF.

²⁷⁸ Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 7. Se även Persson, s. 736 f.

²⁷⁹ Se Håstads tillägg i NJA 2009 s. 79, på s. 90. Se även Håstad, JT 2002/03 s. 750. Jag har inte funnit något som talar för att detta inte alljämt skulle vara fallet. Påståendet görs dock med reservation för eventuella nyligen gjorda förändringar i utländsk lagstiftning. Som ovan visats förekommer också på vissa håll undantag bland de nordiska länderna.

²⁸⁰ Se Persson, s. 742.

²⁸¹ Se Persson, s. 690 f. Se även Samuelsson & Rickardsson, EU står för mer än hälften av den svenska utrikeshandeln med varor, SCB 2012-06-12.

²⁸² Jfr dock NJA 1984 s. 693.

förbehållet därmed skulle anses som ogiltigt. I underinstanserna fastslogs att köparen enligt avtalet hade rätt att sälja egendomen vidare och att svensk rätt var tillämplig på avtalet i fråga. Därmed var förbehållet sakrättsligt ogiltigt. HD fastslog underinstansernas dom och fann att mattorna visserligen befann sig i Tyskland när de såldes, men i Sverige när säljaren väckte anspråk mot köparens konkursbo grundat på förbehållet. HD fann att i sådana fall bör, åtminstone när egendomen sålts för att exporteras till Sverige, frågan huruvida förbehållet äger verkan mot köparens borgenärer bedömas enligt svensk rätt.²⁸³ Trots att förbehållet var sakrättsligt giltigt i Tyskland förlorade det alltså sin verkan i Sverige.

4.2.2 Risk för att de svenska reglerna är oförenliga med EU-rätten

Med anledning av problematiken som nämndes i föregående avsnitt har gjorts gällande att den fria rörligheten för exempelvis varor och kapital, en del av den gemensamma marknaden inom EU, försvåras av det faktum att säkerhetsrätter inte med bibehållen effekt kan ”flyttas” över landsgränserna.²⁸⁴ Bland annat har kritik riktats mot att parternas lagval förlorar sin verkan genom de regler om *lex rei sitae* som gäller vid handel mellan olika stater.²⁸⁵

Av art. 34-35 FEUF framgår förbudet mot kvantitativa import- och exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan, som uppställts i syfte att främja den inre marknaden.²⁸⁶ Förbudet gäller inte enbart för tullar och liknande åtgärder, utan även hinder av icke-tariffär karaktär.²⁸⁷ EU-domstolen har slagit fast att ”åtgärder med motsvarande verkan” innefattar alla slags åtgärder som direkt eller indirekt riskerar påverka den mellanstatliga handeln.²⁸⁸ Om de svenska reglerna anses utgöra ett handelshinder som begränsar den fria rörligheten för varor är dessa enligt art. 36 FEUF endast tillåtna ifall ett trängande allmänintresse kräver det. Vidare måste reglerna kunna tillämpas på ett icke-diskriminerande och proportionerligt sätt.

²⁸³ Man synes alltså ha frångått principen om *lex rei sitae* för rättsordningen i det land där egendomen befann sig när sakrätten ursprungligen stiftades. Se Håstad, JT 2002/03 s. 750.

²⁸⁴ Se t.ex. Persson, s. 684 f, 692, 766. Se även Håstad, JT 2002/03 s. 751.

²⁸⁵ För svensk del förefaller HD dessutom ha uppställt tämligen höga krav för att utländska säkerhetsrätter skall förbli giltiga i Sverige, i situationer där förbehållet visserligen varit giltigt i ursprungslandet men inte enligt svensk rätt. Jfr förutom ovan nämnda NJA 1978 s. 593 även NJA 1972 s. 192 och NJA 1984 s. 693.

²⁸⁶ Upprätthållandet av den inre marknaden framgår av art. 26 FEUF.

²⁸⁷ Se Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 3 uppl., 2010, s. 36, 117 ff.

²⁸⁸ Se Case 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.

4.3 Argumenten

4.3.1 Ett avskaffande av förfogandeförbudet skulle gynna den internationella handeln

Till fördel för ett avskaffande av förfogandeförbudet talar sålunda att en sådan reglering skulle kunna motverka den problematik som beskrevs ovan. Det nämnda mattfallet, NJA 1978 s. 593, visar tydligt varför utländska företag bör iakttä försiktighet vid export till Sverige. I ett större perspektiv visar fallet också på problemen med ett institut vars rättsföljder avviker från majoriteten av de övriga EU-ländernas. Likaväl som svenska leverantörer av gods avsett för vidareförsäljning har svårt att erhålla adekvat säkerhet vid kreditgivning blir ju så fallet för utländska leverantörer. Dessa får dessutom i regel antas ha begränsade möjligheter att sätta sig in i den svenska regleringen. Risker är att detta får en avskräckande verkan och i längden hämmar den internationella handeln, eftersom utländska leverantörer avstår från att handla med vissa länder eller tvingas skaffa sig säkerhet genom andra dyrare alternativ.²⁸⁹ Det är inte särskilt svårt att föreställa sig att den tyska mattförsäljaren i det nämnda fallet tänker sig för både en och två gånger innan han gör affärer med svenska köpare igen. Detta talar således för en svensk reglering som bättre överensstämmer med den reglering som förekommer i övriga EU.

Det finns också risk för att avvikande regleringar leder till att forumshopping uppstår, vilket kan vara mindre önskvärt.²⁹⁰ Likaväl som att företag söker undvika länder med avvikande lagstiftning kan hända att företag som har de förutsättningar som krävs för att sätta sig in i främmande staters rättsordningar, endast handlar med länder där förbehållens sakrättsliga giltighet är mer omfattande. Därmed kan diskrepansen utnyttjas för att minska risken för att avtalet underkänns i en eventuell tvist. Också detta kunde sannolikt undvikas genom ett slopande av förfogandeförbudet, eftersom förbehållens rättsverkningar då skulle bli mer lika rättsverkningarna i övriga stater.

För att undvika problem av det slag som uppkom i 1978 års fall har i doktrinen gjorts gällande att en flexiblare attityd till internationella förbehållsklausuler i vissa fall vore

²⁸⁹ Se Persson, s. 45, 692.

²⁹⁰ Se Persson, Om utvecklingstendenser beträffande harmonisering av reglerna för säkerhetsrätter, JT 2000/01 s. 331, på s. 336 f. Se även Persson, s. 682.

önskvärd. Bogdan anför att följden bör bli beroende av omständigheterna i det specifika fallet.²⁹¹ Om säljaren före dess att transaktionen vidtas känner till att egendomen skall föras till Sverige, borde han ha möjlighet att skaffa en säkerhet som motsvarar de krav som ställs i svensk rätt. Om säljaren däremot inte känner till att egendomen skall föras till Sverige anförs dock att det är skäligt att säljarens säkerhetsrätt upprätthålls och att han får företräde framför köparens övriga borgenärer.

Bogdans åsikt belyser de negativa effekter som avvikande rättsföljder för säkerhetsrätter medför i den internationella handeln. En reglering som minskar de problem som exempelvis det svenska förfogandeförbudet medför hade därför självklart varit välkommen. Mot bakgrund av de problem förfogandeförbudet innebär för många inhemska leverantörer och återförsäljare kan man dock fråga sig varför endast utländska leverantörer skulle ges denna möjlighet till dispens från förfogandeförbudet. Vore inte det mest rimliga att också ge svenska företag möjligheten att upprätta ett sakrättsligt giltigt återtagandeförbehåll, trots att köparen har rätt att sälja egendomen vidare?

De handelshämmande effekterna föranledde Håstad att i sitt tillägg i NJA 2009 s. 79 betona att en harmonisering av den aktuella regleringen på sikt är oundviklig, eftersom den svenska avvikelser inverkar negativt på det fria varuutbytet i Europa. Därför anförs att en ändring av den sakrättsliga ogiltighetsregeln borde övervägas.²⁹² Min åsikt är att detta vore en bättre helhetslösning och eftersom det uppenbarligen är svensk reglering som i det aktuella avseendet avviker från den gängse, borde det inte vara någon nackdel att anpassa regleringen redan nu.²⁹³ Istället är det troligt att, i enlighet med vad som anförts ovan, en tillförlitlig och mindre slumpartad säkerhetsrätt skulle leda till att utländska säljare i större utsträckning skulle vara

²⁹¹ Här och i det följande se Bogdan, Lagkonflikter i utrikeshandeln, 1 uppl., 1996, s. 51, där han också menar att NJA 1978 s. 593 stödjer den flexibla attityd som han förespråkar.

²⁹² Se NJA 2009 s. 79, på s. 90.

²⁹³ Tidigare har Bernitz gjort gällande att ”utrymmet för särpräglade nationella lösningar på t.ex. sakrättsliga problem torde komma att minska väsentligt”. Se Bernitz, Svensk lagstiftning och rättsvetenskap inför EG. Reflexioner i det aktuella läget, JT 1992/93 s. 235, på s. 244. Av avsnitt 4.4 nedan framgår att flera av de lagmodeller som arbetats fram på både EU-nivå och i globalt avseende, huvudsakligen förespråkar en funktionell och mer omsättningsvänlig reglering av förbehållsklausuler och andra säkerhetsrätter. Detta kan knappast sägas tala till fördel för det svenska förfogandeförbudet. Enligt vad närmare behandlas nedan kan detta däremot tänkas gynna förutsättningarna för ett avskaffande av rekvisitet.

villiga att ge kredit vid försäljning till svenska företag. Den minskade risken skulle också kunna leda till bättre marginaler för leverantörerna, med lägre priser för köparna som följd.²⁹⁴ Även det minskade behovet för utländska leverantörer av att sätta sig in särskilt i svensk lagstiftning skulle sannolikt inverka positivt på slutpriserna.²⁹⁵ Eftersom handeln med andra länder både är storskalig och viktig för Sverige kunde det ovan sagda motivera en anpassning av svensk rätt till vad som gäller i andra stater.²⁹⁶

4.3.2 En reglering utan förfogandeförbud är mer förenligt med EU-rätten

Som ovan nämndes har gjorts gällande att den svenska regleringen (och även skillnader i förbehållens rättsverkningar mellan länderna rent generellt) verkar handelshindrande. Skulle så vara fallet är frågan om reglerna uppfyller kraven på icke-diskriminering i art. 18 FEUF.²⁹⁷ Den svenska regleringen tar förvisso ingen uttrycklig hänsyn till parternas hemvist men som ovan konstaterades är risken att utländska leverantörer drabbas extra hårt på grund av sämre kännedom om de svenska reglerna. Vidare torde det i vissa fall vara svårt för en leverantör att bedöma var den sålda egendomen kommer sändas, varför det kan vara problematiskt att förutse vilken reglering som slutligen kommer gälla. Situationen kan sammantaget leda till att den svenska regleringen får utländska näringsidkare att avstå från att utnyttja rätten till fri rörlighet för varor som stadgas i art. 28 FEUF. För det fall regleringen skulle anses utgöra ett handelshinder är risken alltså att den strider mot förbudet mot import- och exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan. Det kan nämligen inte uteslutas att reglerna kan ha en indirekt diskriminerande verkan för leverantörer och andra näringsidkare i främmande stater.²⁹⁸

Med anledning av vad som anförts bör en reglering utan ett förfogandeförbud vara mer förenlig med EU-rätten än nuvarande reglering.²⁹⁹ Risken för indirekt diskriminering av utländska näringsidkare skulle minska om rättsverkningarna av återtagandeförbehåll i Sverige stämde bättre överens med verkningarna i övriga stater. En sådan reglering torde därför vara mer i linje med exempelvis regeln om fri

²⁹⁴ Se SOU 1988:63 s. 90.

²⁹⁵ Jfr Persson, s. 682.

²⁹⁶ Jfr även Kommissionslagskommitténs uttalande i Prop. 2008/09:88 s. 83.

²⁹⁷ Utöver direkt diskriminering omfattar artikeln även indirekt diskriminering.

²⁹⁸ Se Bogdan, Den EG-rättsliga ursprungslandsprincipen och svensk internationell sakrätt, 2007, s. 70.

²⁹⁹ Jfr Persson, s. 684, 692.

rörlighet för varor i art. 28 FEUF. Det kan dock märkas att vissa åtgärder har vidtagits på internationell nivå, i syfte att öka harmoniseringen beträffande staters säkerhetsrättsliga regleringar. I nästföljande avsnitt redogörs slutligen för några av dessa initiativ.

4.4 Internationella åtgärder

4.4.1 Inledning

Ovan under avsnitt 4.3 konstaterades att en anpassning av svensk rätt genom ett avskaffande av förfogandeförbudet vore ett möjligt steg i strävan efter en mer enhetlig reglering inom EU. Håstad har tidigare påpekat att även om det finns ekonomiska argument för att upprätthålla förfogandeförbudet, torde det inte finnas någon framtid för principen i ett europeiskt sammanhang. Istället konstateras att "[d]en stora stöttestenen kommer att bli huruvida säkerheten skall begränsas till att gälla i den överlåtna egendomen eller om den skall kunna övergå till att gälla i egendomens substitut, nämligen fordran på tredje man och produkter som tillverkats av säljarens vara."³⁰⁰ Detta är enligt min uppfattning ett rimligt antagande. Som tidigare konstaterats intar ju leverantörerna i de flesta länder redan idag en betydligt starkare ställning än vad som är fallet i Sverige. Eftersom en utveckling mot mer funktionella säkerhetsrätter med hänsyn till omsättningsintresset går att skönja internationellt sett, får det nog hållas för otroligt att de stater som idag har en leverantörsvänlig reglering av förbehållsklausulerna skulle välja att närma sig den svenska.³⁰¹

Både inom EU och FN har olika projekt genomförts med syftet att möjliggöra för länder att anpassa sina lagstiftningar till en mer enhetlig utformning. Säkerhetsrätter i lös egendom, men även sakrätten i stort, har emellertid länge stått utanför EU:s harmoniseringsåtgärder.³⁰² Skälen till detta kan vara att sakrätten generellt är mer invecklad än exempelvis avtalsrätten och att de sakrättsliga reglerna till större del än inom andra rättsområden skiljer sig åt mellan de olika länderna.³⁰³ Att de politiska åsikterna om vad som bäst gynnar ekonomin varierar mellan staterna bidrar självfallet

³⁰⁰ Se Håstad, JT 2002/03 s. 770.

³⁰¹ Jfr Håstad, JT 2002/03 s. 769.

³⁰² Se Persson, JT 2000/01 s. 331.

³⁰³ Se Håstad, JT 2002/03 s. 747 ff. Jfr även Persson, s. 688.

också till svårigheterna med att harmonisera sakrätten. Under de senaste åren har emellertid vissa framsteg gjorts på området och dessa stöder vad som ovan sades angående förfogandeförbudets framtid i ett internationellt sammanhang. Med anledning av syftet med denna uppsats skall redogöras för några av de åtgärder som vidtagits, samt hur man där har valt att reglera förbehållen. En jämförelse är relevant eftersom dagens ökande internationalisering på sikt torde göra någon form av harmoniseringsåtgärder ofrånkomliga.³⁰⁴

4.4.2 Draft Common Frame of Reference

Inom EU har man tidigare genom Principles of European Contract Law (PECL), sökt en systematisk unifiering av den europeiska förmögenhetsrätten.³⁰⁵ PECL är tänkt att utgöra en modellag inom unionen och saknar sålunda bindande verkan. Genom Study Group on a European Civil Code (SGECC) har vidare Draft Common Frame of Reference (DCFR) presenterats. DCFR innehåller riktlinjer, på samma vis som PECL, och bygger dessutom i stora delar på den senare. Ett av syftena med DCFR är att regleringen i framtiden skall fungera som en politiskt sanktionerad europeisk civilrättslig lagstiftning. Förhoppningen är även att DCFR i sig skall utgöra en inspirationskälla för lagstiftare inom unionen och därmed kunna bidra till en informell harmonisering av den europeiska civilrätten.³⁰⁶ Det kan nämnas att HD i åtminstone ett fall hänvisat till reglerna i DCFR.³⁰⁷

I arbetet med DCFR har SGECC inspirerats av amerikanska UCC som behandlats ovan, något som framgår inte minst vid en jämförelse av DCFR Book IX och art. 9 UCC. Likt UCC bygger också DCFR på ett register där olika typer av säkerhetsrätter kan registreras. I DCFR görs åtskillnad mellan å ena sidan ”security rights” och å andra sidan ”retention of ownership devices”, där de senare omfattar bland annat äganderättsförbehåll.³⁰⁸ Trots åtskillnaden behandlas de olika instituten samlat (i Book IX), på ett vis som även det påminner om det amerikanska systemet.³⁰⁹ I Book IX art. 1:103 (1) definieras äganderättsförbehåll som en transaktion där säljaren

³⁰⁴ Se Håstads tillägg i NJA 2009 s. 79, på s. 90. Se även Persson, s. 685.

³⁰⁵ Se Håstad, JT 2002/03 s. 746.

³⁰⁶ Se von Bar & Clive, DCFR Full Edition, 2009, s. 3 f.

³⁰⁷ Se NJA 2009 s. 672. Målet rörde uppsägning av handelsagentur.

³⁰⁸ Se Book IX art 1:101, 1:103.

³⁰⁹ I vissa fall behandlas emellertid retention of ownership devices annorlunda än övriga security rights. Se Book IX art. 1:104.

behåller äganderätt till egendomen för att på så vis säkra motprestationen. Till skillnad från i den svenska regleringen har man sålunda valt att lägga vikt vid äganderätten i sig.³¹⁰ I kommentaren till artikeln påpekas att den svenska metoden, med en säkerhetsrätt som ger separationsrätt oavsett benämning, visserligen är enklare och smidigare. Vidare konstateras emellertid att majoriteten av de övriga rättsordningarna i Europa i nuläget saknar regler som gör det möjligt att återta egendomen i dessa fall, varför man istället valt den nämnda lösningen.³¹¹

Säkerhetsrätternas effekt gentemot tredje man regleras i DCFR kap 3. Även om inga direkta formkrav finns vid upprättandet, krävs för sakrättslig effekt antingen att kreditgivaren får egendomen i sin besittning eller att registrering sker.³¹² För äganderättsförbehåll krävs enligt art. 3:107 registrering. Anledningen till detta är förbehållens egenskap av tyst säkerhetsrätt. Registreringen är alltså tänkt att på ett lämpligt vis kompensera för den bristande publiciteten i dessa fall.³¹³ Av art. 3:107 (2) framgår att om registreringen sker inom 35 dagar från det att egendomen har överlämnats, får förbehållet sakrättslig effekt med retroaktiv verkan från och med dagen för upprättandet. För säljarens del är det självfallet önskvärt att låta registrera mellanhandet inom den nämnda tiden, inte minst om han misstänker att köparen kan komma att hamna i betalningssvårigheter. Genom registreringen erhåller säljaren dessutom så kallad ”superpriority”.³¹⁴ Sker registreringen senare än 35 dagar efter överlämnandet av egendomen blir förbehållet enligt art. 3:107 (3) sakrättsligt giltigt från och med dagen för registrering och någon ”superpriority” erhålls ej.

Det register som DCFR föreslår är ett europeiskt register för olika slags säkerhetsrätter och i kommentaren konstateras att möjlighet att skapa publicitet genom registrering redan finns i flera stater. Sålunda stadgas att möjligheten att ställa säkerhet i lös egendom med publicitet genom registrering ”can therefore with sufficient justification be regarded as a principle of European private law”.³¹⁵ Registret finns tillgängligt direkt via internet och genom den publicitet som

³¹⁰ Som konstaterats saknar det ju numera i svensk rätt betydelse vilken typ av förbehåll som avtalas. Se ovan, särskilt under avsnitt 3.3.1.

³¹¹ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5397 f.

³¹² Se Book IX art. 3:102.

³¹³ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5483. Jfr även ovan under avsnitt 2.3.3.

³¹⁴ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5484 och definitionen i Book IX art. 4:102.

³¹⁵ Se Book IX art. 3:301, von Bar & Clive, DCFR, s. 5494 f.

registreringen innebär är avsikten att tillhandahålla potentiella kreditgivare och tredje män nödvändig information för deras mellanhandanden med upplåtaren av säkerheten. Presumtiva borgenärer kan exempelvis använda sig av registret för att utreda huruvida egendom i kredittagarens besittning redan tagits i anspråk som säkerhet av andra borgenärer. Vidare anförs att registreringsförfarandet är ett effektivt vapen mot borgenärsbedrägerier samt ett användbart ett medel för att avgöra prioritetsordningen borgenärerna emellan.³¹⁶

Något strikt förfogandeförbud likt det svenska uppställs inte i DCFR. I kommentaren till art. 1:103 stadgas att efter det att förbehållsegendomen mottagits av exempelvis en köpare kan denne använda egendomen.³¹⁷ Säljaren kan visserligen lämna föreskrifter om villkor eller begränsningar för användning men det är också möjligt för säljaren att tillåta att köparen förfogar över egendomen, exempelvis genom vidareförsäljning. Möjligheterna härtill varierar beroende av omständigheterna i det specifika fallet. Det framgår dock att "[t]he resale of the transferred assets may be permitted, especially if merchandise is involved, because resale may often be the only realistic way for a merchant to raise the money for payment of the price credited by the original seller/owner. Such a power of disposition will usually be limited to dispositions 'in the ordinary course of business'".

Köparen har alltså som huvudregel rätt att förfoga över egendomen, låt vara att denna rätt kan inskränkas genom villkor i det specifika avtalet. Vidare nämns uttryckligen vidareförsäljning av handelsvaror och vikten av att en återförsäljare i dessa fall har möjlighet att erlægga betalning för varorna genom de medel som inflyter från vidareförsäljningen av desamma. En begränsning av möjligheten till vidareförsäljning till försäljning "in the ordinary course of business" torde inte påverka en återförsäljare/detaljist, vars huvudsakliga verksamhet består just i att sälja varor. Istället får denna möjlighet till förfogande före betalning av egendomen anses vara av omsättningsvänlig natur. Regleringen minskar ju likviditetskraven på återförsäljarna

³¹⁶ Se Book IX art. 3:302, 4:101, von Bar & Clive, DCFR, s. 5495 f. Av art. 3:305 framgår att det är borgenären/kreditgivaren som utför själva registreringen. Samtidigt krävs emellertid gäldenärens/köparens samtycke till åtgärden, vilket framgår av art. 3:309. Risk finns förstås att detta krav gör förfarandet både mer utdraget och mer kostsamt, men de fördelar som förfarandet innebär genom att det blir lättare att undvika "falska" och felaktiga registreringar har ansetts väga tyngre än de eventuella nackdelarna. Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5507 f.

³¹⁷ Här och i det följande se von Bar & Clive, DCFR, s. 5399.

och möjliggör att förbehållsklausuler kan upprättas i avtalsförhållanden och under omständigheter där svensk rätt hade underkänt dessa.

Vad gäller leverantörens ställning och möjligheten att erhålla säkerhet i surrogat gäller för vidareförsäljningsfall att detta är fullt möjligt. För att säljaren skall erhålla säkerhetsrätt i exempelvis medel som inflyter från köparens vidareförsäljning gäller dock att detta måste avtalas särskilt, vilket framgår av art. 2:306. I annat fall torde huvudregeln vara att endast den ursprungliga egendomen omfattas.³¹⁸ Förutsatt att parterna har avtalat om att förbehållet skall utsträckas till att omfatta ”proceeds”, och under förutsättning att registrering har skett, kan dock säljaren erhålla ”superpriority” även i ett eventuellt surrogat.³¹⁹ Ifall detta sker har säljaren företräde framför en annan borgenär som erhållit säkerhetsrätt i samma surrogat, även om den senare rätten har registrerats först. Detta kan jämföras med de förlängda förbehållens rättsverkan i tysk rätt.³²⁰

Sammanfattningsvis kan konstateras att den reglering som DCFR erbjuder utgör ett sorts semi-funktionellt tillvägagångssätt där viss åtskillnad visserligen görs mellan å ena sidan traditionella säkerhetsrätter och å andra sidan äganderättsförbehåll. Metoden kan sägas utgöra en kompromiss mellan EU-staternas inhemska rättssystem och sett i en internationell kontext vore givetvis positivt med ett enhetligt europeiskt registersystem för alla typer av säkerhetsrätter, förutsatt att det fungerar som avsett. Med anledning av den tekniska utvecklingen som skett de senaste decennierna och dagens utbredda internetanvändande är det som tidigare konstaterats inte obefogat att bedöma förutsättningarna för ett omfattande register som goda.³²¹ Även om reglerna givetvis får betraktas som ett framsteg mot en mer enhetlig europeisk ordning måste erinras om att DCFR i nuläget endast utgör ett icke-bindande förslag. Skulle regleringen komma att godtas av EU:s medlemsländer skulle detta dock sannolikt kunna bidra till att råda bot på de problem som tenderar att uppstå på grund av diskrepansen i förbehållens rättsverkningar.³²²

³¹⁸ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5458 f.

³¹⁹ Se art. 4:105 (2) (b), von Bar & Clive, DCFR, s. 5460, 5566 ff.

³²⁰ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5568.

³²¹ Jfr Persson, s. 714 f.

³²² Jfr Persson, s. 738 ff.

Med anledning av de problem som åskådliggjorts i denna uppsats finns anledning att tro att den reglering som DCFR erbjuder skulle kunna få positiva effekter även för svensk del.³²³ Vad gäller ett potentiellt registreringsförfarande konkluderades redan i föregående kapitel att en rad positiva effekter sannolikt kunde uppnås på detta vis. De möjligheter som enligt DCFR finns till att upprätta förbehåll som förblir giltiga, även om köparen tillåts förfoga över egendomen, visar dessutom på en leverantörs- och omsättningsvänlig inställning som enligt min mening stämmer bättre överens med de behov av en välfungerande kreditgivning som finns i handeln och det moderna affärslivet idag. I kommentaren sägs uttryckligen att man beaktat de senaste decenniernas utveckling genom att bland annat ta hänsyn till att användandet av traditionella säkerhetsrätter, som kräver att egendomen överlämnas till borgenären, har minskat till fördel för säkerhet i egendom som används i gäldenärens verksamhet.³²⁴ På grund av denna utveckling, men också på grund av behovet av flexibla kreditsäkerheter överlag, kommer sannolikt kraven på individualisering av egendomen att öka framöver. Dessa krav kan bli svåra att uppfylla utan någon form av registersystem.³²⁵

4.4.3 Ytterligare initiativ på internationell nivå

Europeiska utvecklingsbanken presenterade 1994 en modellag avseende ”secured transactions”. Anledningen var att lagstiftningen i flera av staterna i det forna Sovjetunionen ansågs obsolet. Inspiration har hämtats från bland annat amerikanska UCC och genom att använda sig av ett enhetligt säkerhetsbegrepp (”charge”) har man lyckats skapa en funktionell term som bland annat innefattar förbehållsklausuler.³²⁶ Likt DCFR och UCC erbjuder utvecklingsbankens modellag ett enhetligt system där alla typer av säkerhetsrätter kan registreras. Till skillnad från i svensk rätt blir inte förbehållet ogiltigt på grund av köparens rätt att förfoga över egendomen genom exempelvis vidareförsäljning.³²⁷ I art. 15.1 stadgas att parterna själva är fria att avtala om de rättigheter och skyldigheter som skall gälla dem emellan. Av art. 15.2 framgår annars att gäldenären inte får sälja egendomen vidare. Flera undantag görs dock.

³²³ Jfr Håstad, JT 2002/03 s. 777. Håstad anför att harmoniseringsåtgärder överlag torde gynna, inte bara den gränsöverskridande handeln, utan också den inhemska marknaden.

³²⁴ Se von Bar & Clive, DCFR, s. 5474. Notera att man alltså beaktat den utveckling som Persson gjort gällande och som nämndes ovan under avsnitt 3.5.

³²⁵ Se Persson, s. 693 f. Jfr även Håstad, JT 2002/03 s. 771.

³²⁶ Se Persson, s. 727 f.

³²⁷ Se Persson, s. 730.

Bland annat framgår av art. 19.1 – 19.3 och 20.1 att gäldenären får sälja förbehålls-egendomen vidare, såvida försäljning av sådan egendom görs i hans ”ordinary course of business”.³²⁸

Även om DCFR är betydligt mer omfattande så utgör även utvecklingsbankens modellag ett gott exempel på möjligheterna att skapa ett enhetligt system för säkerhetsrätter. Säkert kunde inspiration hämtas här vid en eventuell reform av det svenska systemet. Persson betonar emellertid att regleringen har utsatts för viss kritik, bland annat på grund av att den ansetts vara allt för borgenärsvänlig.³²⁹ Faktum kvarstår dock att man, genom att parterna tillåts utforma sina mellanhavanden på det sätt de själva anser bäst, lyckats skapa ett system som är tämligen flexibelt. Vidare innebär registreringsförfarandet som tidigare konstaterats ett modernt och effektivt sätt att skapa publicitet och sakrättslig effekt på. Regleringen har sålunda fått stor uppmärksamhet, även utanför de ursprungligen avsedda staterna i Östeuropa.³³⁰

Ett ytterligare initiativ värt att nämna i sammanhanget är den modellag för säkerhetsrätter som United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) presenterade år 2007, nämligen UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. FN:s generalförsamling antog följande år modellen genom en resolution.³³¹ I lagens introduktion stadgas att syftet är att erbjuda en lösning, dels för stater som i dag inte har en effektiv reglering av säkerhetsrätter, dels för stater som visserligen har lagstiftning på området men som önskar modernisera denna i harmoniseringssyfte.³³² Vidare poängteras vikten av en fungerande lagstiftning för säkerhetsrätter. Avsikten är att lagmodellen skall leda till ökad kreditgivning och handel, både inom och mellan stater, samt gynna handeln och bidra till tillväxt speciellt bland små och medelstora företag.³³³ Lagmodellen är utformad för att kunna tillämpas i stater med olika juridisk tradition och målet har varit att uppnå en balans mellan borgenärer, gäldenärer, tredje män samt staten. Genom en väl avvägd balans

³²⁸ Se även art. 27 gällande rätten till ”proceeds”.

³²⁹ Se Persson, s. 733 f.

³³⁰ Bland annat har möjligheterna att införa modellagen tidigare diskuterats i norsk rätt. Se Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, s. 291.

³³¹ Se Resolution 63/121, Legislative Guide on Secured Transactions of the United Nations Commission on International Trade Law.

³³² Se UNCITRAL, Legislative Guide on Secured Transactions, s. 1 p. 1.

³³³ Se UNCITRAL, s. 1 p. 2, s. 2 f, p. 9.

mellan inblandade intressenter och hög förutsebarhet beträffande rättsföljder, är tanken sålunda att kreditgivningen skall stimuleras.³³⁴

Likt de ovan presenterade lagmodellerna erbjuder även förevarande modell ett registreringsförfarande för att uppnå sakrättsligt skydd.³³⁵ Enligt guiden är ett välfungerande registersystem det mest centrala för att uppnå en säker och förutsebar reglering kring säkerhetsrätter.³³⁶ Vidare saknas i lagmodellen ett förfogandeförbud likt det svenska. Anledningen torde vara avsikten att skapa en funktionell och enhetlig reglering. Genom att erbjuda en säkerhetsrätt utan besittningskrav, som gäller för alla typer av tillgångar och som dessutom låter gäldenären förfoga över egendomen i den löpande verksamheten, stadgas att många av de traditionella kreditsäkringsmetoderna inte längre blir nödvändiga.³³⁷ Följaktligen rekommenderar guiden, att som huvudregel, säkerhetsrätten automatiskt skall övergå till att gälla i identifierbara ”proceeds”, exempelvis i medel som inflyter från vidareförsäljning av den aktuella egendomen.³³⁸ För det fall förbehållsegendomen överlåts rekommenderar guiden dessutom att borgenären ges möjlighet att, likt i tysk rätt, göra säkerhetsrätten gällande även mot tredje man.³³⁹

Sammanfattningsvis får konstateras att likheterna mellan de internationella initiativ som redogjorts för i detta kapitel är tämligen påtagliga. Det är i sammanhanget inte särskilt svårt att se åt vilket håll utvecklingen i den säkerhetsrättsliga regleringen går. Samtidigt blir de avvikande momenten i den svenska regleringen än mer märkbara vid en jämförelse av detta slag. I min mening talar detta särskilt för att effekterna av ett avskaffande av förfogandeförbudet, i ett internationellt avseende kunde bli positiva. Samtidigt bidrar de initiativ som tagits på internationell nivå till att förbättra förutsättningarna för ett faktiskt avskaffande av rekvisitet. Som nämndes ovan under avsnitt 4.4.1 har Håstad tidigare påpekat att förfogandeförbudet i ett internationellt hänseende torde vara dömt till undergång. Tolv år senare kan nog fastslås att han hade rätt.

³³⁴ Se UNCITRAL, s. 1 p. 3, s. 3 p. 10.

³³⁵ Se UNCITRAL, s. 30 rekommendation 1 (f).

³³⁶ Se UNCITRAL, s. 149 p. 1. Se även kapitel IV och rekommendation 54 – 75.

³³⁷ Se UNCITRAL, s. 83 p. 70.

³³⁸ Se UNCITRAL, s. 86 p. 81, s. 98 rekommendation 19.

³³⁹ Se UNCITRAL, s. 83 f p. 72, s. 143 rekommendation 31, s. 230 rekommendation 79.

4.5 Sammanfattande kommentarer

I kapitlets inledande avsnitt behandlades de negativa effekter som kan uppstå när förbehållsklausulernas rättsverkningar varierar mellan stater. Det råder rimligen ingen större oenighet om att det vore positivt för det internationella varuutbytet ifall dessa diskrepanser åtgärdades. Det är befogat att tro att en reglering fri från förfogandeförbudet skulle innebära att utländska näringsidkare i högre grad skulle vara villiga att ge kredit vid försäljning till svenska företag. En logisk följd av detta är även en positiv inverkan på slutpriserna. Genom att risken för att de svenska reglerna anses utgöra indirekt diskriminering minskar, får en sådan reglering dessutom anses mer förenlig med EU-rätten och den fria rörligheten för varor än nuvarande reglering.

Vidare är det inte svårt att se fördelarna med ett gemensamt internationellt system för säkerhetsrätter. Handeln mellan stater är både viktig och utbredd och därför får de ansträngningar som görs på internationell nivå för att uppnå en mer enhetlig reglering anses välkomna. Tidigare i arbetet har de fördelar framhållits som sannolikt hade kunnat uppnås genom en mer funktionalitetsbetonad inriktning av förbehållsklausulerna. Enligt min uppfattning är det tydligt att utvecklingen på internationell nivå i detta avseende går åt rätt håll. I enlighet med vad Håstad förutspådde synes också förfogandeförbudet på denna nivå i princip utgöra en ickefråga. Istället finns en tydlig avsikt att lägga så få restriktioner på avtalsparterna som möjligt, förutsatt att kraven för exempelvis registrering uppfylls. För att en generell harmonisering skall vara möjlig inom EU krävs dock ett mycket omfattande arbete, eftersom staternas rättssystem trots allt har betydande olikheter.

I en internationell kontext får således konstateras att de positiva effekterna av ett avskaffande av förfogandeförbudet kunde bli långtgående. Samtidigt får de kollektiva ansträngningar som har gjorts och alltjämt görs, i syfte att uppnå en mer enhetlig reglering av staternas säkerhetsrätter, sägas innebära att också förutsättningarna för ett avskaffande av rekvisitet finns, om inte idag så inom en snar framtid. Mer befogat att fråga sig än *om* förfogandeförbudet skall avskaffas är därför enligt min mening att fråga sig *när* och *hur* det skall ske. Skulle exempelvis DCFR komma att utgöra en vedertagen ordning inom EU kunde en möjlighet vara att tillämpa denna istället för den svenska lagstiftningen, eftersom DCFR då kunde användas för säkerhetsrätter

både inom Sverige och internationellt. Följaktligen kan argumenteras för att en rent inhemska reform i detta fall inte skulle vara nödvändig. Å andra sidan kan åtgärderna som vidtagits på europeisk nivå leda till att en reform av den svenska rätten de facto initieras, för att på så vis göra denna mer överensstämmande med en framtida europeisk reglering.

Min uppfattning är att det är just de internationella frågorna som talar starkast för en framtid utan förfogandeförbudet i svensk rätt. Som nämndes i detta kapitelns inledning är det i dessa sammanhang svårt att framlägga några direkt goda argument för ett upprätthållande av förfogandeförbudet i sig. Samtidigt måste de konstateranden beträffande eventuella inhemska effekter som gjordes i kapitel 3 beaktas. Som tidigare sagts skulle dock flera av de potentiella negativa effekter som utgör de huvudsakliga argumenten för ett upprätthållande av förfogandeförbudet sannolikt kunna undvikas med ett registersystem. Förfarandet kan därför tyckas utgöra en behändig lösning för att komma till rätta med de problem förfogandeförbudet medför i den inhemska och gränsöverskridande handeln, och om samtliga säkerhetsrätter inkluderas, även ytterligare problem i den svenska sakrätten. Som tidigare nämnts sker dock inte införandet av ett registersystem i en handvändning. I nuläget kunde därför, till att börja med, separationsrätt medges fram till dess att förfogandet äger rum. Som HD visade i NJA 2009 s. 79 torde ju detta i vissa fall vara fullt möjligt.

Källförteckning

Offentligt tryck, propositioner m.m.

Dir. 2013:28 Köparens rätt till varor i förhållande till säljarens borgenärer.

Fakultetsnämnden i Stockholm, Remissyttrande över SOU 1988:63 (cit. Remissvaret).

Förslag till lag om köp och byte af lös egendom, äfvensom till andra dermed sammanhängande författningar, Stockholm, 1903.

NJA II 1906

NJA II 1914

NJA II 1915

Prop. 1986/87:90 om ny konkurslag.

Prop. 2002/03:49 Nya förmånsrättsregler.

Prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag.

SOU 1988:63 Kommission och dylikt.

Litteratur

Adlercreutz, A, Finansieringsformers rättsliga reglering, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 1995.

Almén, T, Om köp och byte av lös egendom. Kommentrar till lagen den 20 juni 1905, 4 uppl., Ombesörjd av Rudolf Eklund, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1960 (cit. Almén).

von Bar, C & Clive, E (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, München 2009 (cit. von Bar & Clive, DCFR).

Barnard, C, The substantive law of the EU: the four freedoms, 3 uppl., Oxford University Press, Great Britain 2010.

Bogdan, M, Lagkonflikter i utrikeshandeln. Om jurisdiktion och lagval, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996.

Bogdan, M, Den EG-rättsliga ursprungslandsprincipen och svensk internationell sakrätt. I vänbok till Axel Adlercreutz, s. 59-71, Juristförlagen, Lund 2007.

Folkesson, E, Företaget i ekonomisk kris – en inblick i insolvensjuridiken, 7 uppl., Talentum, Stockholm 2009.

Helander, B, Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spørsmål, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1984 (cit. Helander).

Hessler, H, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973 (cit. Hessler).

Hessler, H, Om äganderättsförbehåll och återtagandeförbehåll i 1966 års lag om vad som är fast egendom. Nordisk gjenklang. Festskrift till Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo 1969 (cit. Hessler, Nordisk gjenklang).

Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. med supplement från 2000, Norstedts Juridik, Stockholm 1996 (cit. Håstad).

Håstad, T, Den nya köprätten, 4 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 1998 (cit. Håstad, Den nya köprätten).

Håstad, T, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2009 (cit. Håstad, Köprätt).

Illum, K, Dansk tingsret, 3 uppl., ved Vagn Carstensen, Juristforbundets Forlag, Köpenhamn 1976 (cit. Illum).

Karlgren, H, Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1959.

Lennander, G, Kredit och säkerhet. Lärobok i krediträtt, 10 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2011.

Persson, A H, Förbehållsklausuler: En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning, Jure, Stockholm 1998 (cit. Persson).

Persson, A H, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem, Jure, Stockholm 1998 (cit. Persson, Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem).

Sandgren, C, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007 (cit. Sandgren).

Schmidt, F, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, Almqvist & Wiksells Boktryckeri, Uppsala 1938 (cit. Schmidt).

Skoghøy, J E A, Panteloven. Kommentarer til lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett, Gyldendal, Oslo 2003.

Undén, Ö, Svensk sakrätt I. Lös egendom, 8 uppl., CWK Gleerup Bokförlag, Lund 1973 (cit. Undén).

Welamson, L & Mellqvist, M, Konkurs och annan insolvensrätt, 11 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2013.

Zetterström, S, Sakrättens fyra huvudfall, 2 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2008 (cit. Zetterström).

Artiklar

Agell, A, Ägareförbehållets giltighet mot borgenär och senare förvärvare i nyare rättspraxis, SvJT 1965 s. 225.

Bergendal, E, Anmälan av Folke Schmidt, Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, SvJT 1939 s. 670.

Bernitz, U, Svensk lagstiftning och rättsvetenskap inför EG. Reflexioner i det aktuella läget, JT 1992/93 s. 235.

Gregow, T, Avtalsprincipens fördelar, SvJT 2013 s. 1062.

Håstad, T, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 224 (cit. Håstad, SvJT 1988).

Håstad, T, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002/03 s. 745 (cit. Håstad, JT 2002/03).

Mattson, D, Traditionsprincipen eller avtalsprincipen?, SvJT 2013 s. 1044.

Millqvist, G, Finansiering, äganderätt och tradition – En svårhanterlig kombination, publicerad på InfoTorg 2010-03-22. Tillgänglig via www.infotorg.se

Millqvist, G, Objektsfinansiering med äganderätt som kreditsäkerhet – en något svårfångad rättsfigur med undanligande drag, publicerad på InfoTorg 2009-03-19. Tillgänglig via www.infotorg.se (cit. Millqvist, Objektsfinansiering).

Persson, A H, Om utvecklingstendenser beträffande harmonisering av reglerna för säkerhetsrätter, JT 2000/01 s. 331 (cit. Persson, JT 2000/01).

Sacklén, M, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994 s. 136.

Zackariasson, L, Svensk rättspraxis. Sakrätt 1982 – 2001, SvJT 2003 s. 753.

Övriga källor

Danell, T, Jernström, M, Jonsson, G & Pelli, A, Förmånsrättsreformen – En utvärdering av reformens konsekvenser för små och medelstora företag, Institutet för tillväxtpolitiska studier, augusti 2007 (lydelse 2 april 2014). Tillgänglig via www.tillvaxtanalys.se/download/18.56ef093c139bf3ef89027bc/1349863431709/formansrattsreformen-07.pdf

Europeiska utvecklingsbankens modellag, Model Law on Secured Transactions, april 2004 (lydelse 1 april 2014). Tillgänglig via www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf

Finansinspektionen, Bankernas räntor och utlåning kvartal 3 – 2013, 5 december 2013. Tillgänglig via www.fi.se

Finansinspektionen, Kreditmarknadsbarometern kvartal 2 – 2013, 6 september 2013. Tillgänglig via www.fi.se

Finansinspektionen, Kreditmarknadsbarometern kvartal 3 – 2013, 2 december 2013. Tillgänglig via www.fi.se

Nilsson, A & Öhman, P, Kreditgivning i bank efter en finansiell kris, Centrum för forskning om ekonomiska relationer, Rapport 2013:3, maj 2013 (lydelse 10 mars 2014). Tillgänglig via [pure.ltu.se/portal/da/publications/kreditgivning-i-bank-efter-en-finansiell-kris\(b86a8a4d-fda2-4ee7-9292-0054f4234166\).html](http://pure.ltu.se/portal/da/publications/kreditgivning-i-bank-efter-en-finansiell-kris(b86a8a4d-fda2-4ee7-9292-0054f4234166).html)

Olsson, E, Banker stryper lån till företag, SvD Näringsliv, 2 mars 2012 (lydelse 27 mars 2014). Tillgänglig via www.svd.se/naringsliv/banker-stryper-lan-till-foretag_6895987.svd

Samuelsson, R & Rickardsson, M, EU står för mer än hälften av den svenska utrikeshandeln med varor, SCB, 12 juni 2012 (lydelse 1 mars 2014). Tillgänglig via www.scb.se/sv/_Hitta-statistik/Artiklar/EU-star-for-mer-an-halften-av-den-svenska-utrikeshandeln-med-varor

Svenskt Näringsliv, Förmånsrättsreformen försvårar kapitalförsörjningen för små företag, 1 juli 2005 (lydelse 30 april 2014). Tillgänglig via www.svensktnaringsliv.se/material/pressmeddelanden/formansrattsreformen-forsvarar-kapitalforsorjningen-for-sma-foret_534828.html

The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, december 2007 (lydelse 1 mars 2014) (cit. UNCITRAL). Tillgänglig via www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf

Uniform Commercial Code – Article 9 – Secured Transactions, 2010 (lydelse 15 februari 2014). Tillgänglig via www.law.cornell.edu/ucc/9

United Nations General Assembly, Resolution 63/121. Legislative Guide on Secured Transactions of the United Nations Commission on International Trade Law, januari 2009 (lydelse 12 februari 2014). Tillgänglig via www.uncitral.org/pdf/english/assemblyresolutions/A-RES-63-121-e.pdf

Rättsfallsregister

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1899 s. 487	s. 23n
NJA 1910 s. 216	s. 24n
NJA 1916 s. 16	s. 23n
NJA 1923 s. 80	s. 21n, 24n
NJA 1932 s. 103	s. 26
NJA 1932 s. 292	s. 30n, 31
NJA 1932 s. 755	s. 23n
NJA 1941 s. 711 I	s. 27n
NJA 1959 s. 590	s. 20n, 27n, 28n, 32, 33
NJA 1960 s. 221	s. 32, 33n
NJA 1971 s. 288	s. 23, 28n
NJA 1972 s. 192	s. 79n
NJA 1974 s. 660	s. 20n, 32, 34
NJA 1975 s. 222	s. 16, 41, 45
NJA 1976 s. 134	s. 23
NJA 1976 s. 251	s. 25
NJA 1978 s. 593	s. 78, 79n, 80, 81n
NJA 1980 s. 219	s. 34n
NJA 1984 s. 693	s. 78n, 79n
NJA 1989 s. 304	s. 23n
NJA 1994 s. 506	s. 27n
NJA 2008 s. 684	s. 51n
NJA 2009 s. 79	s. 5, 31n, 39, 40, 46, 48n, 49, 59n, 61, 62n, 68n, 78n, 81, 84n, 92
NJA 2009 s. 672	s. 84n
NJA 2012 s. 419	s. 39n, 50

Rättsfall från hovrätterna

RH 1983:154	s. 25n
RH 1986:60	s. 39n, 68n
RH 1986:63	s. 26n, 27n

EU-domstolen

Case 8/74 Procureur du Roi v. Dassonville [1974] ECR 837	s. 79n
---	--------